UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Bruno Brasil de Carvalho

A REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS EXISTENCIAIS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO PATERNO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DO RESGATE DE VIDAS NUAS

Tese de doutorado apresentada para obtenção do título de Doutor em Direito.
Área de concentração: Direitos Fundamentais, Concretização e Garantias.
Orientadora: Prof.ª Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal.

Belém, PA
2023

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Bruno Brasil de Carvalho

A REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS EXISTENCIAIS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO PATERNO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DO RESGATE DE VIDAS NUAS

Tese de doutorado apresentada para obtenção do título de Doutor em Direito.

Data da defesa: 20 de abril de 2023.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof.ª Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal
Orientadora

_____

Prof.ª Dra. Loaine da Ponte Souza Prado
Membro

_____

Prof. Dr. Sandoval Alves da Silva
Membro

Prof.ª Dra. Mária Cristina dos Santos Rêgo

Membro

Prof. Dr. Ernani Pinheiro Chaves

Membro

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C331r Carvalho, Bruno Brasil de.
A reparação civil dos danos existenciais decorrentes do abandono afetivo paterno: uma análise sobre a possibilidade do resgate de vidas nuas / Bruno Brasil de Carvalho. — 2023.
209 f.

Orientador(a): Profª. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal
Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2023.

1. Abandono Afetivo. 2. Responsabilidade Civil. 3. Vidas Nuas. 4. Cuidado. I. Título.

CDD 342.1

Aos meus afetos mais viscerais, Lia, que partilha a vida comigo e me ensina todo dia a tentar ser um pai melhor para Bernardo e Lígia; amores que fazem da minha existência uma estrada muito melhor de ser percorrida.

AGRADECIMENTOS

Toda ideia e iniciativa só se concretiza a partir do incentivo que recebe, e tenho muito a agradecer a uma grande rede de apoio e de afeto que me cerca, que cuida de mim. Como defendido ao longo desta tese, o cuidado é a expressão mais evidente do amor.

Assim, quero sinceramente agradecer aos que compartilharam e ajudaram nesta trajetória acadêmica e de vida, que acompanhou parte da infância dos meus filhos, uma pandemia e um momento político complicado para o ensino e pesquisa no Brasil.

Inicialmente, agradeço à Professora Doutora Pastora do Socorro Teixeira Leal pelo acolhimento e dedicação na orientação, pela confiança e profundidade das conversas e pela oportunidade de tornar real este trabalho. É nosso segundo momento juntos na academia, o primeiro na orientação da minha dissertação de mestrado. Espero continuar a contar, doravante, com a sua confiança e parceria.

Agradeço à Universidade Federal do Pará e, especialmente, a este Programa de Pós-Graduação em Direito; estudei no NPI – Núcleo Pedagógico Integrado, fiz graduação nesta Faculdade de Direito, mestrado e agora o doutorado neste PPGD – Programa de Pós-Graduação em Direito. Devo minha formação pessoal, profissional e acadêmica a este centro de excelência, de resistência e de ensino público de qualidade e dedicado à cultura dos direitos humanos.

Da mesma forma, agradeço ao Cesupa – Centro Universitário do Pará, instituição de ensino comprometida com a qualidade, pelos anos de magistério e aprendizado, de troca com os alunos e amigos que lá conquistei e que prezo muito.

Aos meus pais e irmãos, David, Célia, André, Tiago, Ana Paula e Liliane, pela amizade e carinho certos e profundamente estimados.

Aos meus amigos, os de longa data e os afetos novos, mas já tão profundos e enraizados; a idade nos dá essa pressa no viver, essa valorização do que nos faz bem, talvez pela sensação – real – de não ter mais tempo a perder, por isso vos agradeço por compartilharem a vida comigo.

À Lia, meu amor, por sempre ter me incentivado e suportado minhas ausências, suprindo-as nos vários momentos de reclusão para a conclusão deste trabalho – minha parte nos cuidados com Bernardo e Lígia, a quem nem consigo agradecer para não molhar o teclado de lágrimas.

Pai, fiquei no silêncio do inverno que abraçaste. Não há primavera se não imaginar erva fresca ditas por ti; não haverá verão se não imaginar o sol da palavra dita por ti; não haverá outono se não imaginar o fundo esquecimento da palavra morte dita nos teus lábios. Por isso, pai, no ar, o silêncio de ti é sofrer, no tempo que passa, no ar, no tempo que não passa já. (...) Falta o teu olhar a guiar-nos se a chuva nos puxa. Pai, ter a tua memória dentro da minha é como carregar uma vingança, é como carregar uma saca às costas com uma vingança guardada para este mundo que nos castiga, cruel, este mundo que pisa aquele outro que pudemos viver juntos, de que sempre nos orgulharemos, que amámos para nunca esquecer.
(José Luís Peixoto, Morreste-me)

Para ódio e amor que dói, amanhã não é consolo.
(João Guimarães Rosa, Grande Sertão Veredas)

RESUMO

A tese procura responder se é possível, por meio da responsabilidade civil, resgatar vidas nuas – desqualificadas politicamente – pelo abandono afetivo paterno. O trabalho foi estruturado nas seguintes hipóteses: de que a afetividade, enquanto mudança paradigmática das relações familiares, precisa ser analisada sob a ótica do cuidado e da divisão social e sexual do trabalho; de que a tutela ressarcitória da responsabilidade civil não é suficiente para reparar os danos decorrentes de abandono afetivo – por sua natureza de danos existenciais, sendo necessário que os juristas fundamentem suas decisões de forma mais criativa e adensada, com a integração entre a tutela ressarcitória e a tutela satisfativa; de que a vida do filho abandonado é desqualificada politicamente pela negligência afetiva, em regra paterna, sendo preciso ressignificar as estruturas do sistema-mundo capitalista, o que não é possível apenas por meio do ordenamento jurídico. Para tanto, foram analisados o Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, do Superior Tribunal de Justiça, e a Apelação Cível n.º 2014.3.015267-3, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Palavras-chave: Abandono Afetivo; Responsabilidade Civil; Vidas Nuas; Cuidado.

ABSTRACT

This dissertation attempts to answer whether it is possible to save bare lives-politically disqualified-by paternal affective neglect through civil liability. This study was structured around the hypotheses that: affectivity needs to be analyzed as a paradigm shift in family relations from the perspective of care, social and gender division of labor; that the compensatory protection of civil liability is insufficient to remedy the harm resulting from affective neglect – due to its nature as existential harm; the need for jurists to justify their decisions in a more creative and dense way, with the integration of compensatory protection with satisfactory protection; the political disqualification of the life of the abandoned child by affective neglect, usually by the father, which entails the need to redesign the structures of the capitalist world system, which is not possible only through the legal system. For this purpose, the Special Appeal n.º 1.159.242/SP of the Superior Court of Justice and the Civil Appeal n.º 2014.3.015267-3 of the Court of Justice of the State of Pará will be analyzed.

Keywords: Affective abandonment; Civil liability; Bare lives; Care.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10

CAPÍTULO I - OS DANOS EXISTENCIAS NAS RELAÇÕES FAMILIARES ... 16
1.1 A AFETIVIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO JURÍDICO DE RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES 17
1.2 A DIFERENÇA ENTRE DANOS MORAIS E EXISTENCIAIS: OS DANOS EXISTENCIAIS ENQUANTO DANOS MORAIS HIPERAGRAVADOS 41
1.3 OS DANOS EXISTENCIAIS ENQUANTO DANOS DECORRENTES DA NEGATIVA DE AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES 54

CAPÍTULO II - A ADEQUAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DA REPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES 64
2.1 DA INADEQUAÇÃO DA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL – APENAS NA PERSPECTIVA OBRIGACIONAL – PARA AS RELAÇÕES FAMILIARES 64
2.2 PAUL RICOEUR E A ANÁLISE SEMÂNTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL 90

CAPÍTULO III - O RESGATE(?) DA QUALIFICAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DE UMA VIDA NUA 104
3.1 A VIDA NUA DO HOMO SACER 104
3.2 DO ABANDONO FAMILIAR E O DESVALOR DA VIDA 121

CAPÍTULO IV - ANÁLISE DE CASOS DE DANOS EXISTENCIAIS DECORRENTES DE ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: AS RESPOSTAS JURÍDICAS POSSÍVEIS PARA RESSIGNIFICAÇÃO AFETIVA DOS NÚCLEOS FAMILIARES 138
4.1. A INDENIZAÇÃO E O RESGATE DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DE UMA VIDA NUA 142

4.1. A POSSIBILIDADE DA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL ALÉM DA TUTELA RESSARCITÓRIA 151

CONCLUSÃO 169

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 173

APÊNDICES 182

1.1 Acórdão do Recurso Especial n.º 1.159.242/SP do Superior Tribunal de Justiça 182

1.2 Acórdão da Apelação Cível n.º 2014.3.01.015267-3 do Tribunal de Justiça do Estado do Pará 201

INTRODUÇÃO

Este trabalho se dedica à análise da possibilidade de reparação civil dos danos existenciais decorrentes do abandono familiar, material e afetivo, naturalizado com a ausência paterna, seja antes do nascimento dos filhos ou mesmo após o registro da paternidade.

Para tanto, será analisado se a responsabilização civil do ofensor é capaz de resgatar o valor político de vidas que nunca o tiveram efetivamente, as vidas nuas e desqualificadas, cujas existências restaram maculadas decisivamente pelo abandono afetivo paterno.

O valor político a ser resgatado é entendido na perspectiva da possibilidade de uma vida digna, cujo reconhecimento e garantia devem ser comum a todas as pessoas.

Para tanto, será necessário demonstrar a diferenciação entre os danos morais e os danos existenciais e reflexos específicos que estes possam ter de prejudiciais, ou mesmo, decisivos, aos projetos de vida – dignas – das vítimas, no caso, dos filhos abandonados afetivamente, e se as respostas que os institutos clássicos da responsabilidade civil garantem uma solução adequada à questão, do ponto de vista de reparação da dignidade dos ofendidos.

A primeira reflexão sobre a existência de danos existenciais se deu a partir da leitura do livro póstumo de Albert Camus, “O primeiro homem”, no qual o autor inicia a narrativa com a impactante declaração de que a Primeira Guerra Mundial lhe retirou a possibilidade de conviver com o primeiro homem da sua vida, seu próprio pai, o que representou para ele, como para qualquer pessoa que tenha tido prematuramente ceifada essa convivência, um dano extremamente agudo e que marcou de forma indelével a sua existência.

Na literatura, também me deparei com a tradução mais visceral do abandono afetivo paterno-filial, para Coelho (2022, p. 33), é difícil remediar o “mais vil dos abandonos”, praticado por um “desertor”, alguém que foge do seu lugar.

No caso do escritor, a ausência paterna não decorreu de uma iniciativa do pai. No entanto, como se demonstrará ao longo do trabalho, a realidade brasileira é bastante significativa nesse ponto, pois, como apontam os registros históricos do último Censo Demográfico do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a família tradicional brasileira é essencialmente monoparental feminina, na medida em que, em média, 1/3 (um terço) dos lares brasileiros é formado por uma mulher e sua prole, sendo

uma constante a ausência afetiva paterna, decorrente de uma cultura machista que naturaliza à mulher o papel do cuidado.

A pergunta que o trabalho pretende responder é a seguinte: em que medida a responsabilização civil dos danos existenciais, decorrentes das relações familiares, pode resgatar o valor de uma vida politicamente desqualificada?

Para buscar as possíveis respostas, partiu-se das seguintes hipóteses: a) de que a afetividade, enquanto mudança paradigmática das relações familiares, precisa ser analisada sob a ótica do cuidado e da divisão social e sexual do trabalho; b) de que a tutela ressarcitória da responsabilidade civil não é suficiente para reparar os danos decorrentes de abandono afetivo – por sua natureza de danos existenciais, sendo necessário que os juristas fundamentem suas decisões de forma mais criativa e adensada, com a integração entre a tutela ressarcitória e a tutela satisfativa; c) que a vida do filho abandonado é desqualificada politicamente pela negligência afetiva, em regra paterna, sendo preciso ressignificar as estruturas do sistema-mundo capitalista, o que não é possível apenas por meio do ordenamento jurídico.

O trabalho foi estruturado em quatro capítulos. *O Capítulo I - Os danos existenciais nas relações familiares* foi dividido em três tópicos: *1.1 A afetividade enquanto princípio jurídico de reconhecimento das relações familiares*; *1.2 A diferença entre danos morais e existenciais: os danos existenciais enquanto danos morais hiperagravados (?)*; e *1.3 Os danos existenciais enquanto danos decorrentes da negativa de afetividade nas relações familiares*.

O capítulo tem como objetivo discutir os danos existenciais, suas consequências e a resposta jurídica para sua reparação, notadamente quando estes ocorrem em relações familiares; a divisão por tópicos objetivou uma leitura mais fluida e densa sobre o princípio da afetividade; o princípio da dignidade humana; danos existenciais; relações familiares; e reparação civil.

No primeiro tópico *1.1 A afetividade enquanto princípio jurídico de que permite a ressignificação da interpretação jurídica das relações familiares*, a narrativa é centrada no reconhecimento dos membros de uma família, enquanto núcleo de intimidade que forma uma rede de cuidado, de solidariedade e de apoio, com vínculos e deveres legais – objetivos – de proteção, com natureza de garantias fundamentais.

Já o segundo tópico – *1.2 A diferença entre danos morais e existenciais: os danos existenciais enquanto danos morais hiperagravados (?)* – tem como finalidade a conceituação de dano existencial a partir de sua distinção dos danos extrapatrimoniais,

conferindo ao primeiro a importância correspondente ao grau de sua lesividade e seus impactos capazes de sabotar, ou mesmo ceifar, a potencialidade da vida de um indivíduo.

O terceiro tópico do primeiro capítulo – *1.3 Os danos existenciais enquanto danos decorrentes da negativa de afetividade nas relações familiares* – trata especificamente dos danos existenciais nas relações familiares, a partir do não desempenho do papel paterno de proteção e cuidado dos seus filhos enquanto ofensa grave ao princípio da afetividade, que se sujeita ao interesse e à atuação do poder judiciário.

O *Capítulo 2 – A adequação da utilização da responsabilidade civil nas relações familiares* foi dividido em 2 tópicos: 2.1 Da inadequação da aplicação da responsabilidade civil – apenas na perspectiva obrigacional – para as relações familiares; e 2.2 Paul Ricoeur e a análise semântica da responsabilidade civil.

A finalidade do capítulo é estabelecer a discussão sobre a adequação metodológica e material da utilização da responsabilidade civil como resposta do sistema jurídico aos danos oriundos de relações familiares.

Em seu primeiro tópico – *2.1 Da inadequação da aplicação da responsabilidade civil – apenas na perspectiva obrigacional – para as relações familiares* – discute-se sobre a ressignificação da responsabilidade civil para além da perspectiva obrigacional/negocial de reparação de danos materiais, para dar suporte a uma resposta jurídica adequada aos danos existenciais nas relações familiares, com a finalidade de que a tutela jurisdicional ultime a transformação da relação de afeto, com a imposição da reparação material e de obrigações de fazer que importem no comprometimento do pai quanto aos cuidados com o seu filho.

O segundo tópico - 2.2 Paul Ricoeur e a análise semântica da responsabilidade civil – trata da necessidade de fundamentar a ressignificação da responsabilidade civil para as relações familiares, com o comprometimento ético necessário, por meio do aporte na filosofia moral do autor, com a discussão sobre a imposição de condutas que responsabilizem o agente do dano – o pai – com a ideia de imputação moral com a vítima – o filho, por quem tem responsabilidade de cuidado.

Esse tópico fará a leitura de Paul Ricoeur em diálogo com as ideias de responsabilidade de Hans Jonas e de reconhecimento de Axel Honneth.

O *Capítulo 3 – O resgate (?) da qualificação político-jurídica de uma vida nua*, por sua vez, tem como objetivo analisar, a partir da perspectiva da dignidade humana, a possibilidade de resgatar ou conferir – por meio da responsabilidade civil – a qualificação política de vidas que nunca a tiveram de fato. Metodologicamente, o capítulo foi dividido

em dois tópicos: *3.1 A vida nua do Homo sacer*; e *3.2 Do abandono familiar e o desvalor da vida*.

No primeiro tópico – *3.1 A vida nua do Homo sacer* – o debate se centra na perspectiva de Agamben e Butler sobre a desqualificação política do indivíduo sem proteção nenhuma, material, jurídica ou simbólica, cuja vida – se perdida – não vale o seu luto, enquanto estrutura social sistêmica de exclusão de pessoas indesejadas, notadamente, a partir da perspectiva da existência do filho abandonado pelo pai; o que demonstra a precarização da vida de boa parte dos indivíduos sob a ótica da governamentalidade neoliberal e da necropolítica.

Já no segundo tópico – 3.2 Do abandono familiar e o desvalor da vida – a discussão se centra nos conceitos trabalhados no tópico anterior para a análise do abandono afetivo nas relações familiares, para contextualizar a vida do filho abandonado como uma existência politicamente desqualificada e a possibilidade de ressignificação dessa existência por meio da responsabilização civil do ofensor.

O *Capítulo 4 – Análise de casos de danos existenciais decorrentes de abandono afetivo nas relações familiares: as respostas jurídicas possíveis para ressignificação afetiva dos núcleos familiares* faz a análise do Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, do Superior Tribunal de Justiça, eleito como caso paradigma para demonstrar como vêm sendo fixados os precedentes judiciais sobre a responsabilização civil decorrente de abandono afetivo e material nas relações familiares. Ao final, é analisada a Apelação Cível n.º 2014.3.015267-3, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que teve como parâmetros os fundamentos do caso paradigma.

A importância do caso paradigma é muito significativa porque, a partir dele, ocorreu uma mudança na orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema da responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo e material, pois, até então, a corte não admitia a possibilidade de compensação civil dos danos morais oriundos de relações familiares.

Para tanto, serão discutidas quais respostas vêm sendo dadas pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará; se tais soluções são suficientes para satisfazer as ofensas existenciais das vítimas; e, também, quais outras respostas podem ser dadas com a finalidade de possibilitar a ressignificação das relações familiares marcadas por vínculos de reconhecimentos fracos e hostis entre seus membros, em decorrência da conduta omissa paterna que importe em negligência ou abandono afetivo.

O capítulo foi dividido em duas partes; no tópico 4.1. *A indenização e o resgate da qualificação jurídica de uma vida nua*, a discussão é centrada nos parâmetros utilizados para a construção dos valores indenizatórios impostos nas condenações.

Por sua vez, o tópico 4.2 *A possibilidade da imputação de responsabilidade civil além da tutela ressarcitória* tem como proposta adensar o argumento de que os juristas devem fundamentar suas decisões judiciais de forma mais criativa e inovadora para assegurar às vítimas que tanto a tutela restituitória quanto a tutela satisfativa, ou ao menos esta, possa(m) ser garantidas por meio da decisão judicial, além da tutela compensatória já consagrada como a resposta até então considerada adequada para a solução de tais questões.

A escolha da análise da decisão paradigma se mostra muito pertinente porque o julgado orienta materialmente os casos posteriores, como também por ter enfrentado, de forma pioneira, nos tribunais superiores, o tema da responsabilização civil de um pai por quebra do dever de cuidado, inclusive, em relação à obrigação constitucional de dar tratamento isonômico e não discriminatório aos filhos.

A análise também é de grande importância porque o julgado paradigma fixou a corrente – até então preponderante no Superior Tribunal de Justiça – de que apenas a tutela ressarcitória, por meio da compensação financeira, é cabível como possibilidade de satisfazer os abalos psicológicos da vítima nos casos de danos morais oriundos de relações familiares, mais especificamente para as hipóteses de abandono afetivo e material paterno; uma vez que resta consagrado o entendimento de que não é possível impor ao pai que ponha em prática, por meio de atos de cuidado, um amor que, por ser subjetivo, não pode ser exigido; assim, como o cumprimento da obrigação de fazer não vem sendo imposta, mas sua recusa é reconhecida como uma quebra de dever objetivo, a solução utilizada vem sendo a imposição do pagamento da compensação financeira pelo ato ilícito.

Mesmo sendo a afetividade um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, no nosso entender o mais importante para o direito de família, nenhum julgado do Superior Tribunal de Justiça avançou além dos limites da decisão paradigma para discutir os danos psicológicos dos filhos enquanto danos existenciais; ou a possibilidade da imposição de obrigações de fazer ao pai negligente, quanto ao seu dever objetivo de cuidado de seu filho, que importe num comprometimento ético do pai para com seu filho, capaz de possibilitar o início de um processo de ressignificação da relação de ambos.

Isso ratifica a necessidade de rever o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça para que a resposta seja outra, até porque o bem jurídico em discussão assim o exige, qual seja, a vida de um indivíduo negligenciado afetivamente por seu pai ao longo de sua infância e juventude, e muitas vezes durante toda a sua vida.

CAPÍTULO I

OS DANOS EXISTENCIAS NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Inicialmente cumpre ressaltar a importância metodológica de dividir o presente capítulo em três tópicos: *1.1 A afetividade enquanto princípio jurídico de reconhecimento das relações familiares*; *1.2 A diferença entre danos morais e existenciais: os danos existenciais enquanto danos morais hiperagravados (?)*; e 1.3 *Os danos existenciais enquanto danos decorrentes da negativa de afetividade nas relações familiares*.

Como o capítulo tem como objetivo discutir a ideia dos danos existenciais, a relevância de seu estudo, suas consequências drásticas para as vítimas e o tratamento jurídico para sua reparação, notadamente quando estes ocorrem em relações familiares, a divisão por tópicos permite uma leitura mais fluida e densa sobre conceitos fundamentais para o trabalho, como: o princípio da afetividade; o princípio da dignidade humana; danos existenciais; relações familiares; e reparação civil.

Para tanto, no primeiro tópico – *1.1 A afetividade enquanto princípio jurídico que permite a ressignificação da interpretação jurídica das relações familiares*, no que diz respeito ao reconhecimento dos membros daquele núcleo de intimidade enquanto pessoas que formam uma rede de cuidado, de solidariedade e de apoio, com vínculos e deveres legais – objetivos – de proteção, extremamente importantes, porque têm natureza de garantias fundamentais.

O segundo tópico – *1.2 A diferença entre danos morais e existenciais: os danos existenciais enquanto danos morais hiperagravados (?)* – tem como finalidade a conceituação de dano existencial a partir de sua distinção da espécie danos extrapatrimoniais, conferindo ao primeiro a importância correspondente ao grau de sua lesividade e seus impactos capazes de sabotar, ou mesmo ceifar a potencialidade da vida de um indivíduo.

O terceiro e último tópico deste primeiro capítulo – *1.3 Os danos existenciais enquanto danos decorrentes da negativa de afetividade nas relações familiares* – trata, especificamente, dos danos existenciais nas relações familiares, a partir do não desempenho do papel paterno de proteção e cuidado dos seus filhos enquanto ofensa – grave – ao princípio da afetividade, sujeito ao interesse e a atuação do poder judiciário.

1.1 A afetividade enquanto princípio jurídico de reconhecimento das relações familiares

A ideia da afetividade enquanto princípio jurídico norteador do direito das famílias é uma conquista recente, que começou a ser discutida – de forma mais decisiva – para o reconhecimento jurídico das entidades familiares, em meados do século XX, nos tribunais brasileiros, e especificamente quanto à responsabilidade civil decorrente de omissões nas relações familiares, no final do mesmo século.

Até então, parecia ser imutável e suficiente o modelo da família patriarcal[1], identificada como um núcleo autoritário, formal, patrimonialista e conservador, notadamente quanto ao enquadramento dos papéis sociais destinados a cada gênero[2] e componente do único modelo de família aceito formalmente pelo ordenamento jurídico como legítimo, o do matrimônio de pessoas de gêneros diferentes com a finalidade de procriar[3].

Esse padrão social e legal hegemônico tinha fortes reflexos na realidade cotidiana, com a distinção das famílias socialmente valorizadas, das marginalizadas e relegadas a pouca, ou mesmo a nenhuma, proteção legal.

Ainda que o fato de estar inserido em um contexto familiar hegemônico, ou seja, em um núcleo familiar formado com pais de gêneros diferentes e financeiramente distinto da insuficiência patrimonial-financeira da maioria, jamais tenha sido por si só garantia e continua a não ser, de que os filhos não sofreriam abandono afetivo e, portanto, dano existencial. Até porque a análise que se propõe a fazer é intersecional, para que as

---

[1] O patriarcado é definido por Biroli (2016, p. 726) como um sistema político baseado na exploração do trabalho das mulheres pelos homens, tendo a divisão sexual do trabalho como cerne da questão, com o benefício pelos homens da apropriação do trabalho feminino, tanto do reprodutivo, como do produtivo, uma vez que - em regra - a remuneração delas é menor que a dos homens para o desempenho das mesmas funções. Segundo a autora, "A distinção entre trabalho remunerado e não remunerado é colocada, assim, no cerne das formas de exploração características do sistema patriarcal no mundo capitalista. O trabalho que as mulheres fornecem gratuitamente, como aquele que está envolvido na criação dos filhos e no cotidiano das atividades domésticas, libera os homens para que se engajem no trabalho remunerado".

[2] É importante a delimitação do conceito de gênero e sexualidade para Louro (2000, p. 63-4), "Estudiosas e estudiosos feministas têm empregado o conceito de gênero para se referir ao caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo; assim sendo, as identidades de gênero remetem-nos às várias formas de viver a masculinidade ou feminilidade. Por outro lado, o conceito de sexualidade é utilizado, nesse contexto, para se referir às formas como os sujeitos vivem seus prazeres e desejos sexuais".

[3] Lopes e Aguiar (2020, p, 7) defendem que "é preciso incluir na análise do jogo perverso de relações de poder conjuntamente ao patriarcado aquelas violências em defesa das identidades de gênero normativas, enquanto norma geral de gênero a ser observada e da heteronormatividade, norma geral de desejo, na modernidade binária ocidental. O patriarcado consiste então, em um complexo que articula tais normatividades por meio de um processo de masculinização e heterossexualização dos universalismos que consolida tais vivências como hegemônicas.".

questões de gênero e classe social permitam a observação de que o abandono afetivo decorre de um modelo de paternidade estrutural que precisa ser ressignificado.

A afetividade passou a ganhar fôlego após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que formalizou perante o ordenamento jurídico a isonomia entre homens e mulheres nas relações familiares. O reconhecimento da afetividade perpassa – fortemente – pela aceitação de que esse dever de cuidado para com os filhos é comum a pais e mães.[4]

O reconhecimento formal da afetividade enquanto valor expressamente incorporado ao ordenamento jurídico pelo art. 227 da Constituição Federal[5], e sua ampliação para a categoria de princípio jurídico, ainda que não pacificada, é extremamente importante e culminou na recepção expressa no texto constitucional de outras entidades familiares – além do casamento, como a união estável e a família monoparental[6].

A importância do reconhecimento da afetividade enquanto princípio jurídico, e não apenas como um valor social, justifica-se no fato de que os valores sociais se identificam com um dever ser, mas não determinam a interpretação de uma regra positivada; como um princípio, que tem caráter deontológico. Os valores possuem caráter axiológico, indicam o que é melhor para a regra. A afetividade, portanto, deve ser entendida como princípio porque norteia a interpretação da legislação.

Esse reconhecimento, por sua vez, é fruto das lutas dos movimentos feministas das últimas décadas do século passado, quando, então, começaram a ganhar espaço e a pautar a ressignificação da importância do gênero feminino no protagonismo familiar e, também, um novo modelo de paternidade.

---

[4] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)
§ 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher;

[5] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[6] Art. 226. (...)
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O reconhecimento da afetividade enquanto princípio jurídico capital para as relações familiares ganha corpo, portanto, com a luta feminista por sua emancipação e aceitação pelo gênero masculino da necessidade de reestruturar sua performance nas relações familiares, tendo que passar a dar conta de questões até então ignoradas, como a assunção de cuidados à prole e domésticos, entendidos como exclusivos do gênero feminino.

Sob esse prisma, o estudo de temas como trabalho produtivo e assalariado e trabalho reprodutivo e não assalariado, e suas consequentes demarcações sociais, importaram em um profundo questionamento sobre as relações familiares brasileiras, o que redundou em uma valorização da subjetividade e da busca pela liberdade e autonomia individual no grupo familiar.

Às mulheres, o mundo destinado era o do trabalho improdutivo, considerado parasitário; Arendt (2016, p. 170) destacava que esse preconceito não escapou a muitos autores, pois "tanto Smith quanto Marx estavam de acordo com a opinião pública moderna quando menosprezavam o trabalho improdutivo, por considerá-lo parasitário".

O lugar das mulheres era o da escravização do lar, seu lugar simbólico de identificação, fora da vida pública, como uma trabalhadora sem reconhecimento de sua condição humana e social de ser produtivo, porque desempenhava tarefas equiparadas a uma perversão do termo trabalho, por supostamente não produzir riquezas[7].

A esfera pública e política era o local do homem livre, que trabalha produtivamente gerando renda para a família e riquezas para a sociedade. E essa liberdade masculina era – e continua a ser – institucionalizada, daí porque desempenhada tão naturalmente pelos homens. Ainda que atualmente as mulheres não estejam mais impedidas – pelo menos formalmente - de atuar no espaço público, essa atuação ainda é – em sua maior parte, subordinada à persistente hierarquia de gênero, portanto, ao modelo heteronormativo, tipo hegemônico aceito como o normal.

Isso é um ledo engano porque a maior garantia da geração de riquezas do sistema capitalista é a perpetuação do trabalho reprodutivo e não remunerado do gênero feminino, qual seja, o de gerar, parir e reproduzir seres socialmente condicionados às engrenagens laborais, de acordo com a "concepção de 'mãe moderna', a qual ditava não apenas

[7] Wollstone (2016, p. 191) compara o casamento à prostituição comum e legalizada, em que as mulheres assumem o papel de esposa por necessidade, quando "elas poderiam se dedicar a tarefas de várias espécies, caso fossem educadas de maneira mais ordenada, o que poderia salvar muitas da prostituição comum e legalizada. As mulheres, então, não se casariam para ter um sustento, como fazem os homens que aceitam postos no governo e negligenciam os deveres implícitos".

padrões de comportamento, mas transformou as mulheres em cuidadoras dos "futuros cidadãos da pátria"."[8]

A construção da subjetividade, desse modo, é fruto de um processo – em curso – de emancipação da normalização dos papéis sociais tradicionalmente impostos aos atores familiares, na perspectiva de uma família formada por um casal heteroafetivo com papéis produtivos e reprodutivos muito bem demarcados, até porque a maternidade era a forma de legitimação social atribuída à mulher.

Esse processo de emancipação dos destinos de gênero, que permitiram a ressignificação dos papéis sociais, importava, segundo Calderón (2017, p. 201), na realidade de não imperar "mais outras instâncias a decidir pelo destino afetivo e matrimonial das pessoas; o indivíduo, no exercício da sua individualidade e subjetividade, livremente exerceria a escolha."

A questão, no entanto, é que a construção dessa emancipação perpassa pela desconstrução dos papéis familiares socialmente tão marcados de forma sufocante nas vidas das pessoas, notadamente as do gênero feminino.

Por isso que tais questionamentos não importaram em uma revisão de tais papéis de forma definitiva, porque nas relações humanas não há lugar para essa trajetória que chegue a um ponto pronto e acabado, muito menos linear; pelo contrário, as forças sociais que se arvoram como progressistas tiveram e continuam tendo muitos embates e tensões com o campo que se orgulha de um conservadorismo que pretende manter ou recolar as coisas como eram, ou como nunca deixaram de ser, majoritariamente. A construção da libertação individual não se dá apenas em relação ao outro, mas também em relação a si mesmo[9].

Nesse contexto, em que a busca de meios materiais para a emancipação é fundamental, para escapar do jugo opressor do marido, proprietário e senhor, é importante

---

[8] Importante reflexão feita por Marília Lobão, Daniele Leal e Valeska Zanelo (Capítulo 3 - Guarda compartilhada a despeito do desejo da mãe: violência institucional contra às mulheres) *in* BIRCHAL, Alice de Souza e BERNARDES, Bruno Paiva (orgs). Pontes para a paz em casa: práticas e reflexões. Belo Horizonte: Conhecimento Editora: 2020, p. 44.

[9] Segundo Rego e Pinzani (2014, p. 59/60), "o mundo doméstico das mulheres, independentemente da proveniência da classe social, é culturalmente voltado para a valoração suprema das virtudes e dos valores ligados à vida privada e destituído de conteúdos vinculados aos princípios da autonomia moral e do autogoverno – com isso formando pessoas avessas a deveres e direitos públicos. Sua dinâmica se processa em sentido oposto à compreensão normativa do que é um cidadão democrático. O resultado histórico disso é, como bem se sabe, a reprodução de sujeitos modelados para a dominação no caso masculino, e para o servilismo, no caso das mulheres. Ambas as subjetividades são formadas de maneira a encontrarem grandes dificuldades para a vida democrática que supõe, entre tantas coisas, relações igualitárias entre os sexos. Seu reflexo no mundo público não tem como não ser negativo.".

insistir na discussão do trabalho produtivo, remunerado e valorizado socialmente, tradicionalmente destinado aos homens; comparando-o com o que se construiu como seu oposto, o trabalho reprodutivo, doméstico, invisibilizado e desvalorizado socialmente sob todos os aspectos, inclusive ante a falta de remuneração[10].

Okin (1989, p. 138), ao comentar o contrato de casamento entre homens e mulheres, entendeu que o matrimônio resulta para as mulheres em "um ciclo de vulnerabilidade socialmente causada e distintamente assimétrica", justamente em razão da imposição do trabalho reprodutivo de forma quase que exclusiva.

Fraser (2022, p. 265), por sua vez, ao comentar esse clico de vulnerabilidade e assimetria a que a mulher é submetida no casamento, vaticina que "a tradicional responsabilidade das mulheres pela criação dos filhos ajuda a moldar mercados de trabalho que a desfavorecem", pois o poder desigual no mercado econômico importa em um poder desigual nas relações familiares.

> Assim, a vulnerabilidade das mulheres se agrava no casamento, pois elas o iniciam com oportunidades inferiores no mercado de trabalho e, portanto, com menor poder de barganha que os maridos. Mais do que isso, a vulnerabilidade no casamento aumenta ao longo do tempo, à medida que se amplia o hiato no poder aquisitivo dos cônjuges e, portanto, nas opções de saída. Por fim, as mulheres se tornam vulneráveis quando se separam ou se divorciam, porque sofrem uma queda brusca de padrão de vida, ou mesmo a penúria absoluta.

Não é à toa que o Código Civil Português, em seu art. 2.016º-A, 1[11], ao regular os alimentos devidos entre os cônjuges após o rompimento da sociedade conjugal, leva em

---

[10] Para Federici (2019, p. 42/43), "É importante reconhecer que, quando falamos em trabalho doméstico, não estamos tratando de um trabalho como os outros, mas sim, da manipulação mais disseminada e da violência mais sutil que o capitalismo já perpetuou contra qualquer setor da classe trabalhadora. É verdade que, sob o capitalismo, todo trabalhador é manipulado e explorado, e sua relação com o capital é totalmente mistificada. O salário dá a impressão de um negócio justo: você trabalha e é pago por isso, de forma que você e seu patrão ganham o que lhe é devido, quando, na realidade, o salário, em vez de ser o pagamento pelo trabalho que você realiza, oculta todo o trabalho não pago que resulta no lucro. Mas, pelo menos, o salário é uma forma de reconhecimento como trabalhador, sendo possível barganhar e lutar contra os termos e a quantidade desse salário. Ter um salário significa fazer parte de um contrato social, e não há dúvidas a respeito do seu significado: você não trabalha porque gosta, ou porque é algo que brota naturalmente dentro de você, mas porque é a única condição sob a qual você está autorizado a viver. Explorado da maneira que for, você não é esse trabalho. (...) A diferença em relação ao trabalho doméstico reside no fato de que não só tem sido imposto às mulheres como também foi transformado em um atributo natural da psique da personalidade femininas. (...) O trabalho doméstico foi transformado em um atributo natural em vez de ser reconhecido como trabalho, porque foi destinado a não ser remunerado."

[11] "Na fixação do montante dos alimentos deve o tribunal tomar em conta a duração do casamento, à colaboração prestada à economia do casal, a idade e o estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações

consideração o tempo dedicado para o trabalho reprodutivo como requisito para a fixação do valor da verba alimentar, uma vez que os ganhos das mulheres em regra serão menores, pelo tempo que dedicaram e dedicam à criação dos filhos, na maior parte das vezes assimétrico em comparação com o tempo dedicado pelos pais, ou muitas vezes mesmo de forma exclusiva.

Essa dedicação ao trabalho reprodutivo, em regra, será decisiva para o nível de escolaridade formal e de inserção da mulher no mercado de trabalho, influindo de forma drástica sobre seus rendimentos e sua autonomia pessoal.

Fala-se em regra porque a análise não pode ser fechada, mas a subordinação é um marcador pessoal e social dificilmente indissociável da condição feminina, porque a questão não é conjuntural das sociedades do capitalismo tardio, mas estrutural do sistema mundo capitalista[12].

Essa discussão é absolutamente necessária para o debate sobre o papel que ao afeto, enquanto assunção no cuidado para com o outro, vem sendo creditado nas relações familiares. Ressaltando que o afeto, quando não tem sua origem no reconhecimento recíproco e solidário na própria relação familiar, é legalmente imposto enquanto dever de cuidado para com o outro, notadamente na medida de sua vulnerabilização pessoal ou social.

Ainda que em muitos agrupamentos familiares o afeto não seja o elemento de ligação psíquica preponderante entre seus membros, seu papel é fundamental na busca por um conceito mais aberto de família, de acordo com os seguintes pontos:

> 1. Espaço vincular íntimo construído por sentimentos de compromissos afetivos recíprocos e de cumplicidade, de qualquer natureza, amorosos e/ou perversos, que pretende ser de longa duração.
> 2. Estes vínculos se estabelecem a partir da filiação e afiliação e podem ter várias configurações em sua organização dinâmica, independentemente dos gêneros. Vínculos que variam de acordo com o momento histórico-cultural.

---

profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente à criação de filhos comuns, aos seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta."

[12] Segundo Fraser (2022, p. 273), "a desigualdade de gênero vem sendo transformada por um deslocamento das relações diádicas de domínio e sujeição para mecanismos estruturais mais impessoais, que são vivenciados como formas culturais mais fluidas. Uma consequência é a (re)produção da subordinação mesmo quando as mulheres cada vez mais agem como indivíduos que não estão sob o mando direto dos indivíduos homens."

> 3. A transmissão de heranças, apesar das transformações que ocorrem ao longo da história, garantem a continuidade do espaço familiar.
> 4. Espaço complexo de trocas afetivas onde ocorrem identificações, alianças conscientes e inconscientes, aquisição de comportamentos, valores culturais, éticos e morais, que interagem no desenvolvimento das personalidades individual e grupal.[13]

O afeto é entendido no presente trabalho enquanto marcador de reconhecimento positivo das relações familiares baseadas no acolhimento, no sentimento de pertencimento, de proteção, de cuidado, de compromisso com o bem-estar e de respeito recíproco entre os membros daquele agrupamento familiar.

O afeto é materializado como cuidado e imposto pela legislação como dever de cuidar, com o comprometimento pessoal pela existência do outro, seja pelo seu sustento material, como pelo acompanhamento de sua saúde física e mental, de sua formação pessoal e educação formal, das suas companhias e ambientes frequentados.

Comparato (2006, p. 532-33) defende que o verdadeiro amor se exterioriza na ação, sem reservas, que tudo oferece ao outro em dedicação e cuidado, o que possibilita o reconhecimento social desta afetividade.

E essa dedicação pessoal pela existência do outro é proporcional à condição vulnerabilizada do indivíduo a quem os cuidados são dirigidos, podendo variar de acordo com a idade, o grau de discernimento e inserção social, o gênero, a condição específica de comprometimento de saúde física e/ou mental.

O papel do afeto como base principiológica do direito das famílias é contrário ao ambiente opressor e discriminatório, que invisibiliza e nega voz e participação autônoma aos filhos e às mulheres, tanto no ambiente doméstico, como na esfera pública, locais do exercício do trabalho reprodutivo e do produtivo, no tocante à dominação e sujeição ao gênero feminino.

A importância do destaque à opressão ao gênero feminino se dá porque é uma característica estrutural no sistema-mundo capitalista e não teria, portanto, como também deixar de ser um marcador importante nas relações familiares, com repercussão direta no comportamento masculino, inclusive quanto à negligência ou ao abandono na criação negligenciada dos filhos.

---

[13] Maria Luiza Dias *in* LEVISKY, Ruth Blay; DIAS, Maria Luiza; Levisky, David Léo (orgs.). Dicionário de psicanálise de casal e família. – 1ª ed. – São Paulo: Blucher: 2021, p. 79.

Federici (2019, p. 46) sustenta que o papel das mulheres para o sistema-mundo capitalista importa no desempenho gratuito de serviços físicos, emocionais e sexuais.

> Tal como Deus criou Eva para dar prazer para Adão, assim fez o capital criando a dona de casa para servir física, emocional e sexualmente o trabalhador do sexo masculino, para criar seus filhos, remendar suas meias, cuidar de seu ego quando ele estiver destruído por causa do trabalho e das (solitárias) relações que o capital lhe reservou. É precisamente essa combinação particular de serviços físicos, emocionais e sexuais que está envolvida no papel que as mulheres devem desempenhar para que o capital possa criar a personagem específica da criada que é a dona da casa, tornando seu trabalho tão pesado e, ao mesmo tempo, tão invisível.

Nesse contexto, os homens não precisavam e muitos acreditam ainda não precisar exteriorizar o afeto, nem mesmo no interior de seus lares. Essa exteriorização importa em cumprir suas obrigações paternas de cuidados com seus filhos, como sustento, fiscalização de alimentação, educação e saúde, entre outros deveres.

Como a família brasileira do século XX é uma construção essencialmente patriarcal, esta não poderia ser reconhecida social e legalmente com base na afetividade, porque não era, ou para muitos ainda continua não sendo, o afeto uma característica masculina, muito pelo contrário, o afeto no discurso heteronormativo – ainda vigente – representa fraqueza e é identificado como uma característica essencialmente feminina, o que cria um nó que parece que a todos escraviza, inclusive aos próprios homens, que para estabeleceram relações afetuosas em suas vidas devem abdicar de uma performance heteronormativa que parecem tanto valorizar.

As relações domésticas, nesse contexto, ao longo dos tempos, eram questões da vida privada, feudo incontestável do chefe da sociedade conjugal, com poder despótico sobre a vida de todos, inclusive, sobre os corpos de sua esposa e filhos. A autoridade masculina era incontestável também no ambiente que se destinava às mulheres, porque a rainha do lar devia obediência ao seu senhor.

As discussões sociais, acadêmicas e as positivações sobre a necessidade de revisão dos limites a castigos corporais e outras limitações e humilhações destinadas ao gênero feminino, inclusive, sobre a posse da sexualidade da mulher e da prole, são das últimas

décadas do século XX, com o advento da Constituição Federal de 1988[14] e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990[15].

Como exemplos fortes de mudança, pelo menos formais, podemos ressaltar que a jurisprudência civil e penal somente deixou de considerar como um direito do homem se satisfazer sexualmente, a despeito da vontade de sua esposa, no final da década de 80 do século passado, quando o entendimento de que não havia estupro da mulher casada quanto ao débito conjugal começou a ser relativizado[16].

A violência de gênero nas relações familiares, além de explícita, como o aludido direito masculino de exigir o cumprimento do débito conjugal, também era simbólica, com a manutenção da posse do corpo da mulher, ainda que a sociedade conjugal tivesse sido rompida pelo desquite, por meio da necessidade de a mulher se manter íntegra, como o constructo social e jurídico representado pela expressão "mulher honesta", enquanto categoria jurídica que somente foi retirada do Código Penal no ano de 2005.

A questão, como defendem Lopes e Aguiar (2020, p, 17), de "ser mulher honesta era requisito jurídico-legal para configuração de determinados tipos penais como a posse sexual, o atentado ao pudor mediante fraude". Percebe-se que o conceito de *mulher honesta* era valorado pela doutrina e jurisprudência de então, de uma época que defendia que a honra do homem era afetada pelo comportamento da mulher e justificava, inclusive, a tese de legítima defesa da honra para justificar a retirada de sua vida.

A ideia de respeitabilidade da mulher no meio social e a autorização para existir, ou seja, seu reconhecimento enquanto uma pessoa que não merece ser estuprada e que pudesse ser digna de receber alimentos, para não morrer de fome, é um aprisionamento a um modelo social opressor, que quanto mais se busca seguir, mais se escraviza.

---

[14] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[15] Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

[16] Conforme nota publicada em 23/12/2016, na página eletrônica do Instituto Brasileiro de Direito de Família (https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/12973/estupro+marital+frente+aos+deveres+conjugais), "Nelson Hungria, afirma que é impossível ocorrer o crime de estupro cometido pelo marido em relação a sua mulher, uma vez que a relação sexual entre pessoas casadas trata-se de uma das obrigações desse contrato, e, portanto, qualquer um dos consortes tem o direito de exigi-la. Magalhães Noronha concorda com esse posicionamento e aduz (1990, p. 70) "a violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo".

Wollstonecraft (2016, p. 192) observou que as “mais respeitáveis mulheres são as mais oprimidas; e, a menos que elas tenham intelecto muito superior ao da média, considerando os dois sexos, tornar-se-ão desprezíveis por serem tratadas como seres desprezíveis”.

De acordo com o entendimento de Couto, Fonseca e Carrieri (2018, p. 192), “Enquanto na esfera pública o poder é exercido por meio da persuasão e do discurso, na esfera privada o poder é decorrente do arranjo familiar, determinado a partir da utilidade encontrada para satisfazer os desejos íntimos do homem”.

Da mesma forma, como o fato do direito do homem de anular o casamento nos dez dias subsequentes a sua celebração, ante o defloramento de sua esposa, previsto no art. 178, § 1º, do Código Civil de 1916, somente deixou de ser um direito masculino com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Rego e Panzini (2014, p. 202), recorrem ao pensamento de John Stuart Mill, na obra *The subjection of women*[17], para identificar a principal consequência da dominação sofrida pelo gênero feminino como a “ausência de soberania das mulheres sobre sua própria vida, sobre seu próprio corpo, bem como sobre a esfera das decisões que lhes dizem respeito”.

A verdadeira revolução no direito das famílias se dá a partir das lutas feministas pela ressignificação do papel das mulheres nos núcleos familiares e na sociedade, garantindo-lhes a busca de um protagonismo que somente poderia ser alcançado se as bases da família fossem outras, a partir de construção de sua inclusão na esfera pública do debate social, o que lhe era negado com o não reconhecimento de que sua força produtiva gerava riqueza.

Era necessário, portanto, sua inserção no mercado de trabalho formal, como questão de reconhecimento de sua dignidade enquanto pessoa humana com o direito de participação na esfera pública; ou ainda pela queda de rendimentos das famílias, não sendo possível o sustento do núcleo familiar apenas com os rendimentos do homem; ou mesmo, ante o cenário mais drástico, pela abandono afetivo e material das famílias provocado pela diáspora masculina quanto à assunção de suas responsabilidades familiares.

Bonetti e Abreu (2011, p. 46-7) destacam a importância da inserção das mulheres no mercado de trabalho formal para a reconfiguração das famílias brasileiras e as razões culturais e econômico-financeiras dessa mudança.

---

[17] Tradução livre, A sujeição das mulheres.

> A crescente inserção das mulheres no mercado de trabalho é outro importante aspecto a ser considerado no estudo sobre as famílias brasileiras. É verdade que este fenômeno não se deve somente a questões culturais e que também não se apresentou da mesma forma para todas as mulheres. Para as mulheres de classes mais baixas, por exemplo, a entrada no mercado de trabalho – como resposta a uma necessidade de complementar a renda familiar – já era uma realidade há muito mais tempo. De todo modo, as taxas de participação feminina aumentaram substancialmente nas últimas décadas e estão associadas, entre outros fatores, às transformações culturais, à redução da fecundidade, ao gradual aumento no nível de escolaridade e à necessidade de aumentar a renda das famílias, especialmente durante a década de 1990 – marcada pela estagnação econômica e pela precarização das ocupações de forma geral.
> Tal inserção, aliada à maior participação da renda feminina no rendimento total das famílias nas quais há um companheiro, pode interferir na organização familiar, alterar as relações de gênero em seu interior, afetar a distribuição interna de poder e a divisão do trabalho entre os diferentes membros do grupo familiar, levando a um possível maior empoderamento das mulheres. É importante frisar, entretanto, que apesar de explicitar transformações comportamentais relevantes, os avanços são lentos e estão longe de representar uma divisão sexual do trabalho doméstico mais equitativa.

Melo e Castilho (2009, p. 139) destacam, quanto à inserção feminina no mercado de trabalho formal, o acesso a níveis de escolaridade mais qualificados, que proporciona a emancipação feminina e o questionamento e enfrentamento do modelo familiar patriarcal.

> (...) ao longo destas últimas décadas houve uma transformação do papel feminino: a participação das mulheres no mercado de trabalho é crescente e houve maior acesso à escolaridade feminina (o que provocou, entre outros, uma mudança nos arranjos familiares, tais como a redução no tamanho das famílias e quebra do modelo patriarcal).

O casamento, a partir dessa ressignificação do papel do gênero feminino na sociedade – esfera pública, não mais poderia ser um contrato de trabalho doméstico para as mulheres[18], mas uma forma de constituição familiar efetivamente libertadora, ou pelo

[18] Para Federici (2019, p. 46), “Essa fraude que se esconde sob o nome de “amor” e “casamento” afeta a todas nós, até mesmo se não somos casadas, porque, uma vez que o trabalho doméstico é totalmente

menos em igualdade de condições entre as partes, ainda que apenas do ponto de vista formal.

O questionamento da divisão sexual do trabalho naturalizada na sociedade, que dá origem a uma divisão social do trabalho, importa para o direito de família na valorização da afetividade enquanto princípio jurídico mais importante das relações familiares, porque ressignifica as bases estruturantes das relações sociais e familiares.

A família desenhada no Código Civil de 1916 é uma família patriarcal, indissolúvel e patrimonialista, com um espaço extremamente reduzido para a subjetividade e autonomia pessoal e familiar da mulher, portanto, para o seu desenvolvimento enquanto sujeito de direto, e para suas escolhas afetivas e de vida.

A condição subestimada da mulher perante a revogada legislação civil somente foi suavizada, pelo menos formalmente, a partir do Estatuto da Mulher Casada de 1962; pois até então a mulher vivia presa em um casamento indissolúvel, que relativizava sua capacidade civil (art. 6º, II, Código Civil/1916), a deixava dependente da autorização marital para o exercício profissional e para a administração do próprio patrimônio (art. 233, II e IV, Código Civil/1916)[19].

As regras jurídicas então vigentes importavam na negativa da afetividade enquanto razão jurídica das entidades familiares, porque o normalizado era a invisibilidade da mulher, relegada a cumprir seu papel na família fora do espaço público. A afetividade, considerada como uma característica naturalizada do gênero feminino, era um assunto doméstico, e dentro dos padrões até então preponderantes – ou mesmo ainda, como a liberdade consentida à vivência da sexualidade da mulher e dos filhos.

A afetividade, portanto, era algo ligado à fraqueza ínsita do gênero feminino, circunscrita ao recesso do lar, que não poderia ganhar *status* de princípio jurídico, salvo se as próprias bases legais das relações familiares fossem alteradas, porque a chefia da sociedade conjugal era prerrogativa masculina, como se encontrava previsto no art. 233 do Código Civil de 1916.

---

naturalizado e sexualizado, uma vez que se torna um atributo feminino, todas nós, como mulheres somos caracterizadas por ele".

[19] Pereira (2012, p. 82) sustenta que "As notícias e os registros sobre a origem e a evolução da família são de sua estruturação em sistema patriarcal. Daí uma explicação, sem maiores aprofundamentos, da supremacia do homem sobre a mulher. Foi o homem quem construiu o mundo e impôs sua linguagem, seu discurso. O mundo é masculino. E os ordenamentos jurídicos confirmavam isso. A mulher era a *incapaz*, como os loucos e os menores."

O giro hermenêutico para a valorização do afeto enquanto princípio nuclear das relações familiares se deu com o movimento de publicização do direito privado, mais precisamente de constitucionalização do Código Civil, que importou na repersonalização da legislação privada, com a valorização dos direitos subjetivos dos indivíduos em detrimento das relações patrimoniais e, a reboque, na identificação da afetividade enquanto razão e filtro para o reconhecimento dos laços familiares.

O direito das famílias também passou por decisiva mudança paradigmática com o texto constitucional de 1988. A família indissolúvel identificada apenas com o matrimônio, interpretado com base na legislação civil como um núcleo familiar muito mais ligado ao formalismo e ao patrimônio do que às relações pessoais, agora tem no afeto seu vínculo maior, na noção de comunhão de vida dos conviventes e da proteção e cuidado entre si e com a eventual prole.

Leal e Fampa (2017, p. 18) identificam esse giro hermenêutico com a transição paradigmática que possibilitou romper com a interpretação tradicional do direito civil, ainda ombreada com o ideal de um modelo de legislação individualista, para a valorização de princípios e valores personalistas orientados pelo texto constitucional.

> Com o advento da Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, houve uma ruptura no modo tradicional de enxergar o Direito Civil e os institutos e categorias jurídicas a ele inerentes, com a relativização do patrimônio e a elevação do ser humano ao patamar de fundamento de nossa República (CF, art. 1º, III), em torno do qual devem gravitar as disposições de caráter constitucional e infraconstitucional, visando sempre à satisfação de suas necessidades.
> Doravante, o Direito Privado – e, em particular, o Direito Civil – afasta-se paulatinamente do individualismo exacerbado que predominava na vigência do Código de 1916 e anteriormente à CF/88, com o culto desenfreado às liberdades e à autonomia no âmbito contratual e no das titularidades, e passa a se arraigar em um conjunto próprio de princípios e valores, sem deixar de se inspirar nas matrizes axiológicas constitucionais doravante definidas.

Nesse sentido, as lutas pela valorização do papel do gênero feminino nas relações sociais, notadamente as atinentes na família e no mercado de trabalho, têm papel decisivo nessa transição.

Calderón (2017, p. 235) reconhece o decisivo papel de transição paradigmática desempenhado pela jurisprudência e pelo texto constitucional de 1988 para a legislação privada e, principalmente, para o direito de família.

A afetividade se apresenta como a exteriorização de atos materiais de afeto, como os que são destacados pelo ordenamento jurídico como imprescindíveis nas relações familiares, como a assunção da responsabilidade por gastos materiais, da presença e dedicação, de cuidados com a saúde, alimentação, educação e socialização, com o apoio psicológico, com o companheirismo; a família, assim, passou a ser identificada como resultado de uma comunhão plena de vida, baseada na igualdade de direitos e deveres de seus participantes, como reconhecido pelo art. 1.511 do Código Civil[20].

A comunhão plena de vida importa em dedicação irrestrita, em cuidar da existência do outro como finalidade da sua própria existência, em decorrência da responsabilidade por este outro oriunda do vínculo familiar que os une, ou pelo menos deveria unir.

Essa mudança interpretativa das relações familiares na contemporaneidade importa na mudança do paradigma da legitimidade baseada na consanguinidade para o paradigma da afetividade[21], ou seja, o modelo de família idealizado na legislação anterior à Constituição Federal de 1988, com regras formais e papéis rígidos, não mais representa o que o ordenamento jurídico reconhece como uma entidade familiar, enquanto local de realizações interpessoais e com uma textura mais aberta para o respeito às relações subjetivas que não se enquadram em modelos inflexíveis.

Tais relações interpessoais se baseiam na busca pelo respeito a modos de vida diversos, com reconhecimento pelos próprios pares que se impõe fora dos muros do lar, portanto, o reconhecimento de uma entidade familiar não mais perpassa – tão somente – pela legitimidade legal, não é mais fruto de um movimento externo, de fora para dentro, com a imposição de um padrão único a ser seguido para ser considerado legítimo.

A afetividade que transborda dos atos cotidianos de cuidado e solidariedade reflete fora do âmbito doméstico das relações familiares e impõe seu reconhecimento pela sociedade e pela legislação. O reconhecimento daquele núcleo de afeto e de cuidado como um núcleo familiar é mais que latente, é flagrante. Não há como negar a relação familiar

---

[20] Art. 1.511/CC. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

[21] Segundo Ricardo Lucas Calderón *in* Silva, PEREIRA, Tânia, D. et al. *Cuidado e Afetividade - Projeto Brasil/Portugal 2016-2017*. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2016, p. 500.

baseado na afetividade socialmente reconhecida pelos cuidados diários, independentemente da existência de vínculos formais ou biológicos; da mesma forma que a existência de vínculos afetivos não impede o reconhecimento social do abandono afetivo, pela falta de cuidados do pai ausente.

O subjetivismo que importa em acolhimento e proteção, e que é reconhecido como matéria prima da afetividade, se impõe para além do modelo positivado e leva à ressignificação constante do que se entende por família, buscando uma abertura que só é possível com a adoção do paradigma da afetividade.

Não há necessariamente uma medida, régua ou modelo único que alcançado impõe o reconhecimento social, na verdade, quando há este reconhecimento social é porque a afetividade, seja pela posse do estado de pai ou de filho, na filiação socioafetiva, ou pela posse do estado de casados, na união estável, é inegável, ante a exteriorização da proteção e atenção inerentes a quem cuida do outro.

O paradigma da legitimidade é formal e excludente, porque somente reconhece um modelo familiar – o matrimônio – como legítimo e, assim, relega à margem os que não se enquadram na idealização, por muitas vezes inalcançável de modelo austero e asséptico da família eleita; já o paradigma da subjetividade é includente e generoso, porque parte da realidade, do fático, e não da abstração arquitetada de forma artificial. E dessa forma possibilita o respeito às individualidades e reconhece os integrantes do núcleo familiar como seres humanos com desejos e perspectivas próprios.

A ressignificação do papel dos gêneros nas relações familiares, por meio da afetividade, importa, pelo menos do ponto de vista formal, no reconhecimento de posições isonômicas e solidárias, e reflete na refundação das relações entre cônjuges e companheiros e nas paterno-filiares, com a necessidade de que os homens passem a ressignificar os laços de cuidado com seus filhos, para não mais se limitarem ao custeio material de suas existências, mas também para participarem decisivamente e de forma compartilhada com a mãe dos cuidados com a educação, saúde, higiene, alimentação, lazer, enfim, com os cuidados diários de vidas que estão sob sua responsabilidade.

A solidariedade dos pais com o compartilhamento dos cuidados com os filhos importa em cuidado com os próprios cônjuges ou companheiros, porque divide os ônus, retira da solidão e do cansaço – físico e mental – da assunção de todos os cuidados sozinhos, que geralmente sobram para a mãe; é ato de demonstração de respeito e companheirismo que se traduz em afetividade.

Formalmente, a legislação civilista quanto aos deveres familiares, como em relação ao poder familiar e guarda, passou a impor aos pais – também – o dever de cuidar da prole, isto é, de dar conta de suas existências subjetivas, para além do tradicional papel de provedores das necessidades objetivas – materiais – dos filhos, como consta dos artigos 229 da Constituição Federal e 1.634, I e II, do Código Civil[22].

O reconhecimento recíproco, o sentimento de pertencimento a um núcleo íntimo de acolhimento e proteção, materializa a afetividade e confere ao agrupamento familiar um *status* existencial positivo, de uma família funcional, cuja ligação de seus membros se dá por sentimento de atos de cuidado.

Para Calderón (2017, p. 347), a responsabilidade e a afetividade são paradigmas orientadores das relações familiares.

> As questões da *responsabilidade* e da *afetividade*, em nível infraconstitucional, podem se constituir em paradigmas orientadores das famílias do presente e, especificamente na questão do abandono afetivo, podem se consubstanciar nas balizas para a construção das respostas que esses conflitos requisitam.

O autor defende que a jurisprudência brasileira, notadamente a partir do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, por meio do Acórdão proferido no Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, diferenciou juridicamente os conceitos de amor e de afeto, no tocante ao direito de família.

A diferenciação ente amor e afeto, exposta na decisão, com a qual concordo, é de que ao primeiro restou a abstração, muitas vezes difícil de se precisar e de se cobrar; já ao segundo, a possibilidade de objetificação jurídica, capaz de materialização por meio dos deveres de cuidado e de proteção[23], passíveis de exigibilidade judicial e, portanto, da

---

[22] Art. 229/CF. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
Art. 1.634/CC. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
I - dirigir-lhes a criação e a educação;
II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

[23] Segundo Lôbo (2019, p. 73), “A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”.

consequente responsabilização civil ante a recusa ao cumprimento de tais deveres jurídicos.[24]

A Ministra Relatora buscou na filosofia a inspiração para fundamentar seu voto, ao defender que o amor pode ser concretizado, inclusive, por ordenação, pelo menos em sua perspectiva prática de cuidado para com o outro, conforme Kant (2019, p. 31):

> o amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever, mesmo que a isso não sejamos levados por nenhuma inclinação e até se oponha a ele uma aversão natural e invencível, é amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade, em princípios de acção e não em compaixão lânguida. E só esse amor é que pode ser ordenado.

O amor prático, como sustentado por Kant, é o que pode ser exigido pelo judiciário, portanto não o idealizado, mas o possível de ser imposto sem que gere efeito contrário, de aversão; o que, inclusive, possa permitir que as ações possam ser realizadas a partir de uma tomada de consciência do papel não performado e das consequências para a vida do filho negligenciado.

Esse amor, cuja imposição judicial importe de forma pragmática, em obrigação jurídica passível de exigibilidade, importa na execução de deveres de cuidado e proteção, que serão melhor trabalhados nos Capítulos II e IV, com a imposição de obrigações de dever que busquem ressignificar a relação de ausência e abandono familiar, como a imposição de um pedido de desculpas público nas redes sociais, com a finalidade de comprometimento do ofensor em não reiterar as faltas e de mudar de postura; o acompanhamento de terapias individuais e familiares para que se entenda a origem do afastamento e se tente construir ou reconstruir os laços esgarçados; o acompanhamento de cursos, palestras e oficinas, já oferecidos de forma remota pelas varas de infância e juventude, de família e pelo próprio CNJ – Conselho Nacional de Justiça; além da indenização pecuniária.

---

[24] Na fundamentação do seu voto, a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, assim se manifestou sobre o cuidado, enquanto concretização do princípio da afetividade: "O cuidado, distintamente, é tisnado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação das ações concretas: presença; contato, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apresentação do julgador, pelas partes.".

Ademais, a resistência no cumprimento das obrigações de fazer acima mencionadas deve importar na imposição de multa diária, como previsto no art. 814, *caput*, do Código de Processo Civil[25], como forma de inibir a mora do devedor.

O próprio texto constitucional já tinha conferido ao cuidado o papel de dever para com o outro de acordo com a sua necessidade, ou sua vulnerabilização sócio-existencial em decorrência de idade, grau de discernimento, inserção socioeconômica, gênero, entre outros fatos, quando, em seu art. 229, impôs ao papel paterno e filial essa relação recíproca, ao prescrever que os "pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

Não se está negando que pode haver abandono afetivo materno, ainda que pela via da alienação parental, quando a contínua desconstrução dos laços efetivos dos filhos com os pais se dá por meio de uma incessante – ainda que sutil – campanha difamatória.

No entanto, em regra, o abandono é masculino, e a Lei da Alienação Parental vem sendo usada como uma forma dos pais se auto alienarem do convívio com seus filhos e de suas responsabilidades parentais, em regra com o reforço do estereótipo de loucura ou histeria atribuído comumente à mulher. Assim tem-se a justificado moralmente perante a sociedade a omissão paterna, por culpa da mulher.

A necessidade de se obrigar os homens com a criação dos filhos é decorrente do entendimento de que o cuidado envolve um comprometimento – que desafia a estrutura da sociedade – que não pode ser unilateral, muito menos naturalizado como um dever exclusivo do gênero feminino.

Como o próprio art. 229 da Constituição Federal acima mencionado dispõe, os laços de afeto que criarão bases para que os cuidados sejam feitos, com a dedicação do tempo, ou melhor, da existência de uma pessoa com a criação, amparo, acompanhamento diuturno, muitas vezes com progressos ínfimos, ou com nenhum progresso, importam em uma dedicação da existência do cuidador para com o outro que requer mais que paciência, requer comprometimento ético e amor.

Os cuidados na infância, o amparo na velhice, com as limitações físicas, sociais e mentais inerentes, a dedicação com um indivíduo autista, com uma pessoa idosa ou senil, com um parente dependente químico ou com transtornos neurológicos é a efetiva

[25] Art. 814. Na execução de obrigação de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

materialização da afetividade, por meio de atos de cuidado e comprometimento de vida, muitas vezes sem a menor perspectiva de independência por parte do indivíduo cuidado.

Criar um filho, amparar um pai, tutelar um órfão, curatelar um maior incapaz importam em cuidados que só se justificam com base na afetividade, no amor.

A afetividade, para Calderón (2017, p.180.), tem uma dupla dimensão, enquanto afetividade jurídica de natureza objetiva, reconhecida pela exteriorização de fatos sociais de cuidado, e afetividade subjetiva, de cunho íntimo e em regra presumida pela dedicação inerente ao ato de cuidar do outro[26].

Defende Calderón[27] que "Notadamente nas relações de afeto, de solidariedade e de responsabilidade familiar e social, o cuidado conduz a compromissos efetivos e ao envolvimento necessário com o outro, como norma ética da convivência".

Essa dupla dimensão tem uma conexão clara, porque só se exterioriza em atos materiais de cuidado quem tem dentro de si o envolvimento afetivo com o outro, uma ligação psíquica, pois não há mecanicismo estéril e artificial que possibilite o transbordamento afetivo; o reconhecimento social da afetividade não é fruto de um ato ensaiado, mas de uma verdade que não se pode esconder.

Para Calderón[28], a valoração jurídica da afetividade é uma construção jurisprudencial anterior a qualquer previsão legislativa.

> As situações existenciais intersubjetivas estão caracterizadas pela afetividade, de modo que a importância que lhe foi paulatinamente conferida no plano fático implicou na sua subsequente assimilação jurídica. A jurisprudência brasileira desempenhou um papel fundamental na valoração jurídica da afetividade, pois, anteriormente a qualquer previsão legislativa, diversas decisões judiciais a acolheram na solução de casos concretos (como por exemplo, os casos de parentalidade socioafetiva consolidados no Superior Tribunal de Justiça e o emblemático julgado do Supremo Tribunal Federal que reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, no

[26] Para Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez *in* Silva, PEREIRA, Tânia, D. et al. *Cuidado e Afetividade - Projeto Brasil/Portugal 2016-2017*. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2016, 128, "as «melhores intenções» teóricas não bastam por si sós para garantir o acerto moral de algumas posturas; depende também, e sobretudo, da factibilidade de seus propostas e de suas consequências, porque a ação é a única prova fiável e fidedigna para valorar uma teoria: se a ação nunca aparece, não é realizável ou é inapropriada, é muito provável que se trate de uma teoria incapaz de ter alguma eficácia fora dos *limites físicos* do *papel* em que está impressa."

[27] *Op. cit.* (2016, p. 180)

[28] *Op. cit.* (2016, p. 502).

> qual diversos ministros fizeram remissão explícita à afetividade ao tratar do tema).

Assim como a posse, para os direitos reais, materializa o direito fundamental de moradia ou de labor, em relação à propriedade registrada em cartório, que não passa de uma mera abstração jurídica; no tocante ao direito de família, pode ser trabalhada – por analogia – a ideia da sociedade conjugal, enquanto realidade de uma convivência familiar de verdade, em comparação com o vínculo matrimonial, muitas vezes mera ficção jurídica, se não acompanhado da posse do estado de casado; quanto à paternidade, esta somente se efetiva por meio de vínculos de afeto independente de origem biológica ou de registro cartorial. Na verdade, quando a formalidade registral e a descendência biológica se unem à posse do estado de pai e de filho, pela assunção do dever de proteção que garante o cuidado com o outro, pode se dizer que o genitor se tornou pai[29].

A discussão já pacificada nos tribunais superiores sobre a desbiologização da paternidade, com o protagonismo da socioafetividade no reconhecimento judicial de vínculos parentais, é uma demonstração clara que a busca pela verdade real nas relações familiares ultrapassou os paradigmas de registro cartorário e vínculo sanguíneo, que representam aspectos que muitas vezes são meramente formais, quando os genitores não performam o papel paterno e se fazem pais pela assunção costumeira de atos de cuidado.

A paternidade, segundo Calderón, enquanto papel social e jurídico, é reconhecida pela atenção ao "valor jurídico cuidado, quando considerado em sua dimensão de alteridade, reciprocidade e complementariedade"[30].

A afetividade tem *status* de princípio jurídico porque norteia a interpretação das regras, como as que definem a guarda, o tempo de convívio, os alimentos, a sucessão patrimonial. Já o cuidado é um valor jurídico orientado pelo princípio da afetividade, enquanto conjunto de atos materiais de proteção.

A confiança dos filhos em seus pais há de ser a regra, uma vez que o indivíduo a quem os cuidados devem ser dirigidos, deve poder confiar que será cuidado, não de forma sazonal ou superficial, mas com o comprometimento existencial de seus pais.

---

[29] Comparato (2006, p. 533) também defendeu que o amor enquanto abstração subjetiva é fonte de deveres para com o outro, deveres de comprometimento de vida, de vínculos objetivamente exigíveis: "Tudo isso sob o aspecto subjetivo. Mas o amor, como dissemos, é um princípio ético e, como tal, uma norma superior, que cria deveres objetivos e gerais de comportamento na vida social.".

[30] *Op. cit.* (2016, p. 181)

Comprometimento importa em sacrifício de algo em razão de outra coisa, de uma carreira, de uma formação acadêmica, de sucesso financeiro, como é comum às mães terem que – em regra – renunciarem a alguma dessas questões, ou mesmo a todas para cuidarem – muitas vezes – sozinhas dos filhos.

Uma das questões cruciais que o presente trabalho trata é exatamente essa, quando o abandono afetivo de um dos pais, em regra do gênero masculino, importa na sobrecarga de dedicação da outra parte que, geralmente, também não escolheu que fosse assim.

A paternidade, ressignificada pelo reconhecimento da afetividade enquanto princípio e do cuidado enquanto valor jurídico, ganhou novos contornos com a tese jurídica da Repercussão Geral n.º 622, extraída do julgamento de 21/09/2016, ocorrido no Plenário do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC, que teve como Relator o Ministro Luiz Fux.

O texto da Tese de Repercussão Geral n.º 622 assegura que "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios", ou seja, mesmo não havendo nenhuma ligação biológica entre os indivíduos, a construção de uma relação sólida de confiança, baseada em atos de cuidado e proteção, se faz um fato público e notório[31], passível de reconhecimento judicial, por cumprir o papel da paternidade responsável, qual seja, de assunção desses deveres de cuidado e proteção.

A partir desse julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva, mesmo ante à falta de registro – tema que ainda encontrava resistência em parte da doutrina de direito de família; afirmou que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda categoria diante da paternidade biológica; e reconheceu a multiparentalidade, ou pluriparentalidade dos vínculos familiares, possibilitando a ampliação da proteção e cuidado aos filhos, por meio da valorização do princípio da paternidade responsável, que assume o dever de cuidado com a prole, como previsto no art. 226, § 7º, do texto constitucional[32].

---

[31] Art. 374/CPC. Não dependem de provas os fatos:
I – notórios;

[32] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O voto do Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC, como demonstra o trecho a seguir transcrito, deixa claro que a ampliação da tutela normativa das relações parentais ressalta a importância da afetividade.

> 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.[33]

É a vitória da afetividade sobre o biológico, o que se vem chamando já há algumas décadas de desbiologização da filiação, que se legitima por laços efetivos de intimidade, cuidado, portanto, de afetividade, que são indispensáveis, ante a valoração de que a relação biológica deve ser qualificada pela afetividade entre as partes.

A afetividade, além da ressignificação nas relações de parentalidade, um pouco antes também embasou o histórico julgamento em 05/05/2011, realizado no Plenário do Supremo Tribunal Federal, sobre as uniões estáveis homoafetivas, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277/DF, cujo Relator foi o Ministro Ayres Brito.

No voto do Ministro Relator Ayres Brito o afeto foi tratado como conformador da família e alçado do *status* de valor para princípio jurídico.

Um dos pontos mais interessantes do julgamento foi o reconhecimento de que o afeto importou na ressignificação da designação entre pessoas do mesmo gênero, para que a nomenclatura preconceituosa que atribuía ao termo a qualidade de doença, em razão do sufismo *ismo* – homossexualismo, fosse substituída, inicialmente, pelo termo homossexualidade, ligado a um modo de vida, para, enfim, se entender que o mais adequado é a designação que valoriza o afeto, a homoafetividade.

> Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo

[33] RExt n.º 898.060/SC, Plenário do STF, Relator Ministro Luiz Fux, p. 3

> chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais" (Homoafetividade: um novo substantivo)"[34]

Importante, para concluir este tópico, ressaltar a importância da afetividade enquanto princípio mais importante para o direito de família, e entender que essa afetividade continua sendo uma característica imputada fortemente ao gênero feminino, a quem os cuidados na reprodução dos trabalhos domésticos com filhos, idosos e incapazes é naturalizado, ainda que os rendimentos da mulher nos ganhos da família sejam os maiores.

Essa reflexão é importante para reforçar a necessidade de ressignificação da paternidade, para um parâmetro de comprometimento e reponsabilidade pelo indivíduo que está sob seu cuidado, com o compartilhamento de seus cuidados, para brecar o ciclo de abandono afetivo e sobrecarga da mãe.

Nuria Belloso Martíns[35] trata desta realidade enfatizando o que denomina como *crise do cuidado* na *dupla presença feminina* na esfera pública e na esfera privada, pois mesmo ascendendo à esfera pública, e passando a atuar em trabalhos produtivos, as mulheres não perdem, ou não as deixam perder, sob pena de forte julgamento moral, às vezes autojulgamento, o protagonismo com os cuidados no âmbito doméstico.

A ideia da dupla presença feminina no cuidado escancara como a presença feminina no espaço público continua sendo menosprezada e, consequentemente, nas atividades produtivas e simbólicas ligadas ao setor produtivo.

Suzana Muskat, no artigo Revisitando Adão e Eva[36], ressaltam a assimetria dos papéis sociais destinados aos gêneros masculino e feminino na sociedade.

> (...) vale ressaltar a brutal defasagem dos lugares atribuídos a homens e mulheres no imaginário cultural, que não corresponde às práticas sociais de fato. Estatísticas revelam que a metade da

---

[34] *In* Ementário 2607-3, Dje n.º 198, Divulgação 13/10/2011, Publicação 14/10/2011, Coordenadoria de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

[35] *in* Silva, PEREIRA, Tânia, D. et al. *Cuidado e Afetividade - Projeto Brasil/Portugal 2016-2017*. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN,, 2016, p. 401/407.

[36] *in* AMBRA, Pedro (Org.). Cartografias da Masculinidade. São Paulo: Cult Editora, 2021, p. 47.

> força de trabalho do país é composta por mulheres, sendo elas mesmas as mulheres responsáveis exclusivas pelo sustento de quase metade das famílias brasileiras.

A ausência paterna, que sobrecarrega a mãe ao assumir em grande parte das famílias todos os papéis na criação dos filhos, não é uma realidade apenas das famílias brasileiras. Para Cooper (2017, p. 8), a ausência paterna também importa na discussão de uma crise tida como perpétua para boa parte das famílias estadunidenses.

> The history of the family is one of perpetual crisis. Yet, this crisis presents itself in distinct, even contradictory fashion to different political constituencies. For social conservatives of the left and right — the inheritors of 1970s neoconservatism — the contours of family crisis appear to have changed very little over the past several decades. The American family still seems to be suffering from a general epidemic of "fatherlessness."[37]

Essa onipresença do gênero feminino no tocante aos cuidados nas relações familiares importa no que a autora chama de *feminização do cuidado*, em uma perspectiva de intimidade e privacidade das relações domésticas não valorizadas, e na ratificação da divisão sexual e social do trabalho, cabendo ao homem o trânsito no espaço público para a realização do trabalho remunerado, com a caracterização sexual do cuidado, no *eterno feminino*.

Segundo dados atualizados até 08/06/2018, pelo IBGE, na série "Estatísticas de gênero: responsabilidade por afazeres afeta a inserção das mulheres no mercado de trabalho", mesmo sendo mais escolarizadas, o rendimento das mulheres equivale em média a ¾ do pago aos homens.

Além deste fato, as mulheres ainda dedicam muito mais tempo que os homens em trabalhos reprodutivos, mesmo sendo mais escolarizadas, como demonstram os dados abaixo, divulgados pelo IBGE.

> A proporção de trabalhadores em ocupações por tempo parcial (até 30 horas semanais) é maior entre as mulheres (28,2%) do que

[37] Tradução livre: A história da família é de crise perpétua. No entanto, essa crise se apresenta de maneira distinta, até mesmo contraditória, para diferentes eleitorados políticos. Para os conservadores sociais de esquerda e direita – os herdeiros do neoconservadorismo dos anos 1970 – os contornos da crise familiar parecem ter mudado muito pouco nas últimas décadas. A família americana ainda parece estar sofrendo de uma epidemia geral de "ausência de pai".

> entre os homens (14,1%). Isso pode estar relacionado à predominância feminina nos cuidados de pessoas e afazeres domésticos, aos quais as mulheres trabalhadoras dedicavam 73% mais horas do que os homens.[38]

A valorização do princípio da afetividade é o reflexo mais nítido para o direito de família da valorização das buscas por emancipação do gênero feminino, e das desconstruções e reflexões a partir e dentro das lutas por um protagonismo social maior das mulheres.

O reconhecimento desse protagonismo, ainda que muitas vezes limitado às discussões judiciais e, portanto, de forma contramajoritária perante a representação parlamentar, vem tendo um papel muito relevante para as ressignificações em curso no direito de família; isso importa na valorização do afeto em sua perspectiva prática para as relações familiares, principalmente quanto ao cuidado e à atenção dedicados às crianças e adolescentes.

1.2 A diferença entre danos morais e existenciais: os danos existenciais enquanto danos morais hiperagravados (?)

Imputar a responsabilidade sobre a autoria de um fato a alguém, no campo jurídico, comumente importava, na esfera civil, para o agente, na obrigação de compensar o lesado pelo que deveria ter sido entregue, feito ou tolerado (no sentido de abstenção), ou ainda, na perspectiva penal, de puni-lo pelo ato ilícito cometido.

O instituto, dessa forma, tinha uma perspectiva na esfera civil eminentemente compensatória, com a função de tentar repor a vítima ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito, o que, em razão de sua impossibilidade fática, era satisfeito com a compensação pelas perdas ou pelos prejuízos sofridos.

Ainda que timidamente, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, além da proteção ao patrimônio material, já havia a busca pela valorização da tutela da subjetividade do sujeito, com a proteção de sua intimidade e imagem, mesmo que a partir do prisma de reparar uma ofensa pretérita ao seu patrimônio material, ou seja, a possibilidade de imposição da composição civil dependia de ter havido ofensa ao patrimônio material da vítima.

---

[38] https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho

Segundo Barreto (2013, p. 261) o termo responsabilidade importa na chamada de alguém a prestar contas de um ato ilícito pretérito em uma perspectiva de correção futura de rumos.

> A etimologia da palavra "responsabilidade" mostra como se considerava "responsável" todo o indivíduo que pudesse ser convocado pelos tribunais em virtude de sobre ele pesar certa "obrigação", dívida procedente, ou não, de um ato de vontade livre. Esse é o significado jurídico original da palavra, encontrado no direito romano. Tratava-se, portanto, de uma prestação determinada pela lei e que seria finalmente resolvida nos tribunais, caracterizando-se, assim, a responsabilidade como referida ao futuro, mas conseqüência de um ato pretérito.

A pessoa que pode cometer ou sofrer danos, para Kant (2013, p. 29-31), é "aquele sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação", um ser livre que se submete a leis morais e universais que entende que devem ser imputadas a si da mesma forma que aos outros, como um imperativo categórico que estabelece a seguinte obrigação: "aja conforme a uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como uma lei universal".

A possibilidade de imputação da responsabilidade civil pela prática de determinado ato decorre da sujeição da pessoa aos limites do ordenamento jurídico, isto é, do que o direito considera como lícito ou ilícito, fronteiras estas muitas vezes alteradas, ainda que de forma lenta e paulatina, desestabilizando a precisão tão cara aos juristas, que a defendem em nome da *segurança jurídica*.[39]

Para Ricoeur (2008, p. 39), a imputação a alguém de uma ação ou ato passível de censura "consiste na conjunção de duas ideias mais primitivas, a atribuição de uma ação a um agente e a qualificação moral e geralmente negativa dessa ação", ou seja, é preciso que o ordenamento jurídico regule a ação como antijurídica, porque não condizente como um modelo de conduta a ser seguido, um *dever ser* moralmente valorizado.

Importante ressaltar que nas hipóteses de danos com apuração subjetiva da responsabilidade é necessária a comprovação da culpa ou dolo do agente quanto ao ato antijurídico; o que é dispensado na hipótese de responsabilidade objetiva, em que basta a

---

[39] Para Barreto (2013, p. 265), a responsabilização só é possível a partir da "definição de pessoa formulada por Kant: "uma pessoa é um sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação", enquanto as coisas são tudo aquilo que não é suscetível de imputação. A imputação moral faz a pessoa responsável por um ato bom ou mau, enquanto, essencialmente, ela seja a causa livre e suscetível de ser determinada, a não ser por si mesma. A imputação jurídica, por sua vez, faz a pessoa responsável por um ato justo ou injusto na medida em que transgrida ou não aquilo que deve estar de acordo com a norma jurídica."

positivação do risco, porque o agente já o assume, independentemente de sua vontade, em razão da importância do bem jurídico protegido.

À medida em que as relações sociais foram se tornando mais complexas, ou que o sistema jurídico-social foi reconhecendo a necessidade de regular tais complexidades, como a preocupação com os direitos de outros atores sociais – até então invisibilizados social e juridicamente, como as mulheres, as crianças e os idosos; ou mesmo a partir da valorização de direitos coletivos e difusos, como o do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a preservação e valorização da cultura e memória de determinado povo – o instituto da responsabilidade civil precisou ter seu conceito reinterpretado de forma mais sofisticada para tentar dar conta das novas demandas sociais, notadamente para responder à questão da reponsabilidade pelo outro pelo qual somos responsáveis, muitas vezes de forma objetiva[40].

Há, assim, um deslocamento da reponsabilidade civil, que não mais pode ser reduzida à imputação de um dever de compensar a ofensa a uma obrigação que tenha um objeto tangível protegido; uma vez que o bem maior a ser protegido passa a ser a própria vítima, aquele quem sofre a agressão, notadamente, quando a violação de direito ultrapassa os danos ao patrimônio material da vítima.

A ofensa à subjetividade, enquanto bem a ser tutelado, decorre da falta de cuidado para com o outro, que, de alguma forma, está sob a responsabilidade do ofensor; seja porque o ofensor tem um dever de cuidado específico para com a vítima e não o cumpre; seja porque a ofensa atinge a sua humanidade e, então, ofende a de todos, inclusive a do próprio agressor, que, enquanto ser humano, deveria agir na perspectiva de um legislador universal[41], atribuindo aos outros direitos e deveres que entende que lhe são – da mesma forma – previstos.

Como sustenta Ricoeur (2008, p. 54), o outro é o objeto imediato da responsabilidade de quem tem – em relação a ele – o dever de cuidado.

---

[40] Ricoeur (2008, p. 34) defende que o "adjetivo responsável arrasta em seu séquito uma diversidade de complementos: alguém é responsável pelas consequências de seus atos, mas também é responsável pelos outros, na medida em que estes são postos sob seu encargo ou seus cuidados e, eventualmente, bem além dessa medida. Em última instância, somos responsáveis por tudo e por todos. Nesses empregos difusos, a referência à obrigação não desapareceu; tornou-se obrigação de cumprir certos deveres, de assumir certos encargos, de atender a certos compromissos. Em suma, é uma obrigação de fazer que extrapola o âmbito da reparação e da punição."

[41] Kant (2013, p. 31) defende que a pessoa deve se comportar de acordo com a seguinte regra prática-moral, que se impõe como obrigação a respeito de certas ações, por denominada de imperativo categórico: "aja conforme a uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como uma lei universal".

> A responsabilidade já não se reduz ao juízo feito sobre a relação entre o autor da ação e os efeitos desta no mundo; ela se estende à relação entre o autor da ação e aquele que a sofre, à relação entre agente e paciente (ou receptor) da ação. A ideia da pessoa que está a nosso cargo, somada a ideia da coisa que está sob nossa guarda, conduz assim a uma notável ampliação, que faz do vulnerável e do frágil, enquanto coisa posta sob os cuidados do agente, o objeto imediato de sua responsabilidade.

A noção de alteridade não tem como ser ignorada para que a conduta do indivíduo possa ser considerada justa, porque quando o *eu* se torna amorfo ao perder a noção do que é o *outro*, abre caminho para a barbárie.

A não assunção da responsabilidade para com o outro importa em sua coisificação e gera responsabilidade que vai além dos danos mais fáceis de serem apurados, porque também importa no cuidado e dever de reparar ofensas ainda mais graves, ou com um grau de lesividade maior, e que muitas vezes importa na impossibilidade de esquecê-las[42].

Assim, a própria imputação da responsabilidade precisa ser repensada, porque o dano extrapatrimonial pode ser agravado se o ofensor deveria ter agido para com a vítima de maneira absolutamente contrária como comumente vinha agindo; no caso de omissão, deveria ter garantido uma proteção decorrente de um dever de cuidado, o que pode levar à dificuldade – por vezes, extrema – de reparação satisfatória do dano[43].

Alguns autores, entre eles Tepedino (2021, p. 59), entendem que, na verdade, somente existiriam duas modalidades de danos, os patrimoniais e os extrapatrimoniais, a despeito de todos – por vezes infinitos – os desdobramentos que a criatividade dos juristas

---

[42] Arendt (1999, p. 153/54) trouxe à tona a distorção dos ensinamentos Kantianos praticada no Alemanha Nazista, quando foi comum uma espécie de "imperativo categórico do Terceiro Reich" para "uso doméstico do homem comum". A autora cunhou a expressão *banalidade do mal* ao tratar da incapacidade dos funcionários nazifascistas de compreender a dimensão perversa do cumprimento incondicional das ordens de Hitler, de execução de qualquer ser humano que não se encaixasse em sua ideia de raça ariana pura; e destacou que a "primeira indicação de que Eichmann tinha uma vaga noção de que havia mais coisas envolvidas nessa história toda do que a questão do soldado que cumpre ordens claramente criminosas em natureza e intenção apareceu no interrogatório da polícia, quando ele declarou, de repente, com grande ênfase, que tinha vivido toda a sua vida de acordo com os princípio morais de Kant, e particularmente segundo a definição kantiana do dever.".

[43] Segundo Ricoeur (2008, p. 60), "o deslocamento do *objeto* da responsabilidade para outrem vulnerável e frágil tende incontestavelmente a fortalecer o polo imputação no par imputação singular/risco compartilhado: à medida que alguém é responsável por injunção moral proveniente de outrem, a seta de tal injunção mira um sujeito capaz de se designar como autor de seus atos."

possa trazer ao lume, mas que muitas vezes sequer seriam ressarcíveis, ante a impossibilidade da identificação precisa do dano em si, ou do nexo de causalidade.

> A rigor, toda essa miríade de danos indenizáveis, que, sob diferentes designações e desígnios, surgem a cada instante, aqui e alhures, pode ser atribuída à interação concomitante de alguns fatores, entre os quais se destacam a identificação de novos interesses juridicamente tutelados, bem como a configuração de novas situações lesivas, muitas delas decorrentes das inovações tecnológicas.
> Daqui decorrem ao menos duas observações. Em primeiro lugar, não há como estabelecer critérios para a solução do problema da reparação de danos com base exclusivamente nas normas do Código Civil. Torna-se indispensável a busca de balizas que, fundadas nos princípios e valores constitucionais, sirvam para unificar o sistema de responsabilidade, discriminando-se os chamados danos ressarcíveis e reconhecendo a irreparabilidade de inúmeros danos do cotidiano.
> Em segundo lugar, por mais louvável que seja a ampliação do dever de reparar, protegendo-se as vítimas de uma sociedade cada vez mais sujeita a riscos – decorrentes das novas tecnologias, dos bancos de dados pessoais, dos aparatos industriais, da engenharia genética, e assim por diante –, não se pode desnaturar a finalidade e os elementos da responsabilidade civil. O dever de reparar não há de ser admitido sem a presença efetiva do dano e do nexo de causalidade entre a atividade e o evento danoso, tendo por escopo o ressarcimento da vítima.
> E em terceiro lugar, não há que se falar propriamente em "novos danos", vale dizer, em expansão das espécies autônomas de danos, que sempre se restringiram – e assim continua a ser – a duas categorias: o dano moral, entendido como a lesão à dignidade da pessoa humana, a abarcar todos os danos extrapatrimoniais; e o dano patrimonial, subdividido em dano emergente, relativo à efetiva diminuição do ativo ou incremento do passivo patrimonial, e lucro cessante, definido como o não aumento do ativo ou a não diminuição do passivo. Portanto, tertium non datur: ou a lesão ocorre no patrimônio da vítima, a acarretar dano patrimonial, ou há lesão à dignidade da pessoa humana, a gerar dano moral. Qualquer lesão, por conseguinte, reconduzir-se-á, necessariamente, a uma dessas duas espécies de dano, e apenas a análise do caso concreto poderá indicar se se trata de uma e/ou outra categoria.

A despeito da identificação da necessidade de interpretação constitucional da tutela da dignidade humana, como defendida pela autor, na linha defendida no presente trabalho nem todos as hipóteses de ofensas passíveis de reparação possibilitam que os danos sejam facilmente identificados, porque podem levar muitos anos para as

consequências do fato se manifestarem, pelo menos aos olhos de terceiros e muitas vezes da própria vítima; portanto, para que passem a ser perceptíveis além da esfera do prejuízo ou do sofrimento individual das vítimas, em uma perspectiva menor, de pouca importância sob o pensamento comum de que *são coisas da vida*.

Tais danos, por sua natureza, isto é, por ofenderem questões centrais da vida das pessoas, muitas vezes ficam como uma espécie de dano oculto, de difícil percepção, em muitos casos até mesmo para a própria vítima, que pode ter contribuído para tanto ao se negar ou ter dificuldade de enfrentá-lo, como um estado de negação mais duradouro, ou muitas vezes de não percepção do abuso sofrido.

E não se está defendendo que quaisquer suscetibilidades ou questões pessoais – muitas vezes impenetráveis – possam vir a ser indenizáveis, mas sim que as consequências decorrentes de ações ou omissões afetivas podem vir a se manifestar muito posteriormente ao fato que as originaram, seja pela dificuldade da vítima entender o fato, ou mesmo romper o silêncio e se manifestar; fato comum decorrente de assunção de culpa ou vergonha pelo episódio ou sucessão de abusos.

Para o recorte feito no presente trabalho, são os danos extrapatrimoniais que interessam. Notadamente, a distinção entre os danos morais e os existenciais, que podem ser considerados como danos morais hiperagravados, gênero da espécie dano extrapatrimonial, em decorrência da análise de dois pontos: a *omissão a dever específico de cuidado do agente com a vítima* e a *possível perpetuidade da lesão*.

O primeiro ponto, a *omissão a dever específico de cuidado do agente com a vítima*, será tratado no próximo tópico, especificamente, no que interessa ao presente trabalho, no tocante às relações familiares, como causa de boa parte das questões relativas a ações ou omissões familiares que importem em danos afetivos e que geram questões centrais na vida de uma pessoa.

Kant (2013, p. 85-86) defende que o dever de proteção paterno-filial sequer precisaria estar positivado, porque se trata de um dever de conservação e cuidado do indivíduo com seus frutos, um direito personalíssimo análogo ao dever de cuidar de si mesmo, que importa no de cuidar da humanidade em sua própria pessoa, sem a opção de abandono.

> os filhos, como pessoas, têm com isso ao mesmo tempo o direito originário e inato (não herdado) de serem cuidados pelos pais até que sejam capazes de manter-se por si mesmos – e isso, na

> verdade, imediatamente pela lei (lege), isto é, sem que seja exigido para tal um ato jurídico particular.
> (...) de um ponto de vista prático, a obrigação que pesa sobre os pais de, na medida de suas forças, tornar os filhos satisfeitos com a sua condição, já que o ato de procriação tem que ser considerado como aquele pelo qual nós colocamos uma pessoa no mundo sem seu consentimento, trouxemo-la a ele arbitrariamente.

Assim, só há responsabilidade por omissão quando há um dever de evitar o resultado danoso. É preciso delimitar que a omissão que o trabalho pretende tratar concerne na responsabilização civil familiar e decorre da omissão paterna quanto aos deveres de cuidado e proteção com o filho, considerados legalmente como objetivos em razão de ofenderem o princípio da afetividade, como previsto nos artigos 932, I e 933 do Código Civil[44].

Já o segundo ponto, da *possível perpetuidade da lesão*, é o que embasa a qualificação defendida no presente trabalho, de que a designação de *dano existencial* só possa ser conferida às ofensas que acompanhem a vida de um indivíduo, ou pelo menos boa parte dela, porque da forma covarde com que foram impostas, ou pela importância do bem jurídico atingido, impedem o desenvolvimento do plano de vida da vítima[45].

Ainda que este plano de vida possa ainda não ter sido definido, ou pelo menos não de forma tão clara na infância ou na juventude do indivíduo, a questão é o impedimento de ter um plano de vida, ou se mesmo o tendo, a extrema dificuldade em concretizá-lo sem os cuidados paternos. Seria como a máxima arendtiana de impedir alguém de ter direito a um direito, ao seu futuro, a seu sonho.

Os danos existenciais importam em impedimentos à concretização de projetos de vida, individuais e coletivos, isto é, danos decorrentes de ausências ou atos que tenham ceifado a potência humana do que aquela pessoa poderia vir a ser, do tornar-se o sonhado. Assim, ante o prejuízo à liberdade de escolha, ou à efetiva possibilidade dessa escolha vir a resultar no fim desejado, ou ainda de qualquer escolha, Santana (2017, p. 73) defende

---

[44] Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

[45] Para Santana (2017, p. 71), "O projeto de vida decorre da autodeterminação do ser humano, que, em estado pleno de autonomia, pode escolher o que almeja para sua vida para alcançar um projeto no futuro, sendo que, quando sua possibilidade de escolha é frustrada ou é obrigado a reformular suas escolhas pela ação de terceiros, dá-se o que se chamou de dano ao projeto de vida, que nada mais é do que o conteúdo do que neste trabalho se denomina de dano existencial."

ser esse “o mote do dano existencial: a autonomia para alcançar o que se almeja para existir plenamente”.

Isso pode ocorrer tanto na perspectiva individual de alguém, como coletiva de determinada comunidade, que não possa alcançar um projeto de vida por um ato ilícito praticado por outra pessoa, que lhe impede a qualidade de uma existência digna, em variados aspectos, como a possibilidade de estudar, de viver em família, de ter um filho, de permanecer em determinado lugar. A título de exemplo, podemos pensar em violências sexuais que resultem em danos físicos e extrapatrimoniais traumáticos ao indivíduo; ou em políticas públicas de esterilização de camadas empobrecidas da sociedade, de comunidades indígenas, tradicionais ou de minorias étnicas e raciais.

O dano existencial, nesse contexto, não importa apenas na mácula à autoestima ou à honra da vítima, ante a ofensa a seus direitos subjetivos; consiste, na verdade, em danos ainda mais graves, que precisam de um tratamento diferenciado por parte da doutrina e da jurisprudência, porque não se confundem e não podem ser tratados da mesma forma como o dano moral, ante a possibilidade de potencialmente impactar e paralisar o projeto de vida que a vítima tinha liberdade de ter, ou mesmo porque sequer pôde sonhar em tê-lo[46].

Não se trata apenas da ideia de um dano moral agravado, ou hiperagravado, que redunde no deferimento de uma indenização financeira de valor mais elevado; porque o dano essencial, ao solapar a autonomia do indivíduo, esvazia a sua própria vida, e o valor da compensação, por mais elevado que seja, por si só não poderá compensá-lo.

Quanto ao dano extrapatrimonial, segundo Tepedino (2005, p. 479), sua origem pode ser atribuída

> (...) a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que tem sua fonte no princípio constitucional de respeito à dignidade humana.

A cláusula geral de tutela às ofensas aos direitos da personalidade, disposta no artigo 12, *caput*, do Código Civil[47], é um marco inquestionável da relevância da proteção

---

[46] Santana (2017, p. 82) sustenta que “o dano existencial é o dano que se pode aferir quando se priva o ser humano da escolha dentro do âmbito de sua autonomia privada”.

[47] Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

aos seus direitos de personalidade, à subjetividade da pessoa, ao respeito a sua existência num plano de vida individual e coletivo, pois especifica a proteção da cláusula geral de reparabilidade prevista no artigo 186 do mesmo diploma legal[48], para que fique claro que a proteção à integridade da pessoa em sua esfera não patrimonial faz parte da tutela central da legislação civil; a proteção à subjetividade da pessoa não fica, assim, restrita a uma referência subsidiária, dependente da apuração de danos ao seu patrimônio material.

O abuso de direito também foi regulado como uma cláusula geral de responsabilidade civil, no art. 187 do Código Civil[49], porque afronta a máxima de nada em excesso, uma vez que o exercício do direito sem moderação importa em sua perda; na hipótese das relações familiares, se ao indivíduo não pode ser exigido o amor, enquanto dever ético, por outro lado, não se permite a indiferença ou negligência do dever para com o outro, como na hipótese do presente trabalho; com crítica à postura negligente paterna quando a assunção dos deveres objetivos de cuidado pela pessoa sobre sua responsabilidade, no caso, o filho.

Até porque a tutela da situação jurídica existencial do indivíduo é o reconhecimento da proteção da pessoa humana por suas características subjetivas, como a proteção a sua autoestima, privacidade, pensamentos, crenças e de suas condições pessoais, cujas violações importam em sua maior vulnerabilização, o que afronta o dever de proteção absoluta e integral de crianças e adolescentes; contrário, portanto, à lógica reificada – dos sistema-mundo capitalista – de reconhecimento material, pelo consumo e posse de capital, inclusive, social e cultural.

A tutela da personalidade comprova a orientação do ordenamento em priorizar o cuidado com a pessoa humana, com toda a complexidade de sua existência, respeitando as diferenças na perspectiva de exigir da sociedade que se organize para o acolhimento das diferenças, e não que a pessoa se adapte à imposição de um modo de vida único, que invisibiliza e estigmatiza como inúteis as pessoas que não se encaixam nessa hegemonia; na maior parte das vezes por não terem condições para tanto, ou nunca lhes ter sido possibilitado experimentá-las.

O que se conclui, dessa forma, é que os danos morais consistem em danos aos direitos da personalidade, e que as violações a estes direitos importam em ofensas à

---

[48] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[49] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

subjetividade de uma pessoa, que, por sua vez, é tutelada pelo ordenamento jurídico. Isto porque os direitos de personalidade, ainda que não de forma exaustiva, estão protegidos pela dogmática civilista, segundo Tepedino (2007, p. 46-47):

> O legislador assim dividiu os 11 artigos sobre a matéria: os artigos 11 e 12, tratam da natureza e da tutela destes direitos; todos os demais artigos referem-se a específicos direitos da personalidade: o direito à integridade psicofísica (arts. 13 a 15), o direito ao nome e ao pseudônimo (arts. 16 a 19), o direito à imagem (art. 20) e o direito à privacidade (art. 21).

É preciso ressaltar que os princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, já garantiam a tutela da subjetividade no ordenamento jurídico; ainda que se considere inquestionável a importância da inclusão dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002, ante a formalização da garantia da tutela da subjetividade da pessoa, que, em razão da repersonalização e constitucionalização do direito civil, passou a ser reposicionado ao centro do sistema de proteção do direito privado.

Como trata Sarmento (2004, p. 116), com a repersonalização do direito privado, passou-se a reconhecer que os bens e direitos patrimoniais não constituem fins em si mesmos, mas sim meios para a realização da pessoa humana.

Segundo Amaral Júnior e Perrone-Moisés (1999, p. 384), “A Constituição não garante a propriedade em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais da pessoa humana”

Está configurada, portanto, a importância da subjetividade e de sua tutela por meio da proteção dos direitos da personalidade, enquanto direitos humanos na esfera privada, recepcionada pela legislação infraconstitucional na parte que regula os direitos da personalidade, nos artigos 11 a 20 do Código Civil; mesmo diante do reconhecimento de que a proteção dos direitos humanos na órbita do direito internacional público, como direitos reconhecidos a todas as pessoas pelo fato de serem seres humanos, constou expressamente do texto da Constituição Federal de 1988, notadamente nas garantias fundamentais do art. 5º, como cláusula pétrea; como também pela recepção dos tratados e das convenções supralegais e com status de emenda constitucional.

Feito esse esclarecimento, cumpre delimitar o alcance do dano existencial, para a necessária distinção do dano moral e para o alcance que se pretende na tese.

O dano existencial, assim, caracteriza-se por ultrapassar as ofensas dirigidas aos direitos da personalidade da pessoa humana, porque importa na negativa à sua própria

existência no plano de uma vida digna, não por um fato isolado, ainda que grave, mas que possa ser, ainda que minimamente, compensado financeiramente.

A negativa à possibilidade de um indivíduo ter uma vida digna condena essa existência à desqualificação política, porque a deixa nua, desprotegida de uma rede de apoio e proteção, como será tratado no Capítulo III.

Trata-se – o dano existencial – de uma ofensa a um fato capital na vida de uma pessoa, portanto, de um dano potencialmente perpétuo, contínuo e que, inclusive, geralmente é inerente a sua própria condição de vida, por se tratar de uma realidade que lhe nega – desde sempre – a possibilidade de uma existência digna, qualificada politicamente.

A relevância de se precisar o conceito de existência digna é capital para a formulação do entendimento de dano existencial, porque é a partir da sua não concretização ou de sua ofensa, é que se pode reconhecer a mácula existencial imposta à vítima; quando seu projeto de uma vida é ceifado, ou mesmo impedido de se iniciar, pelo menosprezo ou impedimento de sua potência enquanto existência única e merecedora do reconhecimento de sua dignidade.

A doutrina e jurisprudência italianas tiveram a primazia na construção da ideia de dano existencial, na década de 60 do século 20, quando passaram a reconhecer ofensas ao que chamavam de "dano à vida", mas ainda assim na perspectiva de que tais ofensas deveriam, para serem indenizáveis, ter relação a um decréscimo patrimonial; ou seja, o reconhecimento do dano existencial precisaria – necessariamente – que o fato gerasse repercussão negativa nos bens do indivíduo. [50]

A mudança paradigmática começou, de fato, quando as cortes italianas passaram a aceitar a discussão sobre danos irreversíveis. Santana (2017, p. 27) destaca que:

> (...) os Tribunais italianos passaram a discutir a dimensão pessoal do sujeito lesado, bem como a promoção da valorização da pessoa em seus direitos fundamentais, progressivamente remodelando o problema do sistema ressarcitório, sendo o dano extrapatrimonial como o catalizador dessa mudança paradigmática do direito privado, aproximando-o dos direitos humanos cristalizados na sua respectiva Constituição.

[50] De acordo com Santana (2017, p. 25), "tal dano à vida de relação, também chamado de dano à vida em sociedade, não poderia ser considerado como um verdadeiro dano extrapatrimonial, dado que o objeto de análise era, ainda que indiretamente, o patrimônio da vítima, uma vez que descambava sobre a possibilidade de redução da capacidade da vítima em obter rendimentos."

A questão da irreversibilidade dos danos, por frustrar decisivamente o projeto de vida da vítima, se coaduna com a segunda questão tratada no presente tópico para a caracterização dos danos existenciais, a *possível perpetuidade da lesão*[51].

A frustração ao projeto de vida retira da pessoa um direito inalienável de autonomia, de reconhecimento e garantia de que suas escolhas sejam respeitadas e passíveis de concretização.

O reconhecimento do dano existencial nas relações de família se deu originalmente com a prolação da Sentença 7.713, oriunda da Corte de Cassação Italiana, em 07/06/2000. Segundo Santana (2017, p. 49), "o filho ajuizou ação contra seu pai, pelo fato de não haver provido, intencionalmente, seu sustento, na época própria e em valor menor que o devido".

A decisão judicial em comento, de acordo com Santana (2017, p. 49-50), foi prolatada conforme a interpretação das garantias constitucionais sobre a potencialidade da vida humana.

> Da interpretação dada às garantias constitucionais e civis italianas, conjugando os valores referentes ao ser humano, bem como o artigo 2043 do Código Civil Italiano que determina indenização de danos patrimoniais e de todos os que ao menos em potencial obstaculizem a atividade realizadora da pessoa humana, caracterizadas, no caso concreto, pelo comportamento omissivo e negligente do genitor que ocasionaram lesões a vários direitos do filho, violando e desequilibrando seus interesses extrapatrimoniais, prejudicando seu desenvolvimento pleno.
> Por outro lado, a vítima paralelamente ajuizou ação civil indenizatória, requerendo ressarcimento pelos danos pessoais sofridos em consequência do comportamento do pai, que lhe causou inúmeros desgastes, processo esse em que foi condenado ao pagamento de uma quantia para compensar o dano provocado em seu filho. Foi considerado, assim, que a conduta do genitor, além de injusta, ilícita, ofendeu a condição humana jurídica de filho e de criança ou adolescente, cujo respeito dos pais é pressuposto fundamental para seu desenvolvimento sadio, condição essa para uma inserção saudável e não problemática no seio social, dado que o poder familiar constitui um poder-dever. Desta forma, a Corte condenou o pai ao pagamento de indenização ao filho por danos extrapatrimoniais do tipo

[51] Santana (2017, p. 92) sustenta que, "quanto ao critério de análise da essência, o dano existencial possui características próprias, uma vez que não configura, no âmbito dos danos extrapatrimoniais, como um dano de natureza transitória tal qual o dano moral, mas sim uma verdadeira permanência do dano modificando o modo de vida de uma pessoa que já demonstrava objetivamente seu projeto de vida, de modo a não configurar a perda de uma chance hipotética, mas um verdadeiro dano ao seu modo de viver."

> existenciais, considerando que o filho foi vítima da conduta omissiva reprovável do pai, causando-lhe restrições em seus interesses e até mesmo colocando-o em posição de maior vulnerabilidade frente a sociedade.

Para concluir esse tópico, e ilustrar como a frustação a um projeto de vida importa muitas vezes em *perpetuidade da lesão* decorrente dos danos existenciais, começamos tratando de uma história de domínio público, atribuída a São Felipe Néri, um padre italiano que viveu no século XVI, famoso por dar penitências criativas, que pode bem ilustrar o poder de um dano perpétuo, cuja imposição da pena, em nada pode resolver a ofensa sentida pela vítima, e que na verdade serve apenas para dar o perdão ao ofensor, satisfazer sua aceitação social e invisibilizar a dor do ofendido.

A história seria a de uma mulher que o teria procurado em confissão e dito que tinha o hábito da maledicência, e que todas as vezes, mesmo depois de ter se arrependido, confessado seus pecados e cumprido as penitências, voltava a falar mal dos outros.

O padre, então, teria lhe dito para caminhar pelas ruas de Roma depenando uma galinha, e que, depois de concluída a penitência, aproveitasse a carne do animal para o alimento de sua família e, então, no outro dia retornasse para conversar com ele.

Após seguir risco o que lhe fora dito e retornar à igreja para conversar com o padre, bastante surpresa com a estranha penitência que lhe foi incumbida, a mulher questionou o sacerdote se estava perdoada, quando ouviu que não, pois, para tanto, deveria retornar pelas ruas por onde havia caminhado e recolher as penas espalhadas, sem deixar sequer uma pena perdida da ave; o que foi prontamente refutado como impossível de ser feito pela penitente, que argumentou que provavelmente o vento já deveria ter levado as penas para outros caminhos, impossíveis de serem conhecidos.

Nesse momento, o padre lhe informou que seu perdão também era impossível de ser alcançado, tal qual a tarefa de recolher as penas espalhadas pelas ruas de Roma, porque as duras palavras que espalhava, sem compaixão, pareciam com as penas levadas pelo vento, não poderiam jamais serem recolhidas; porque era perpétua a mácula à existência das vítimas da maledicência da penitente.

Essa história nos permite refletir se os danos existenciais podem ser anistiados, escusados, esquecidos ou mesmo reparados; e se o eventual perdão ou compensação podem importar em justiça para as vítimas, ou somente em lenitivo para as consciências dos ofensores, como será tratado na primeira parte do capítulo seguinte.

1.3 Os danos existenciais enquanto danos decorrentes da omissão do dever de cuidado nas relações familiares

A afetividade não é algo dado, natural ou inato entre familiares, ou mesmo uma característica que nasça, ou não, com um indivíduo – como por obra do acaso, da genética ou de ordem divina – e que esteja latente para ser dirigida a outro, ainda que este outro seja o próprio filho.

Na verdade, sequer seria uma faculdade, mas uma obrigação para com o outro que deve ser exercida cotidianamente.

> (...) o cuidado do «outro» não é uma «faculdade» congênita, que atua em nós de maneira espontânea e sem esforço. A empatia racional mobiliza muitas faculdades distintas, às vezes em conflito entre si. A afetividade não é, portanto, um dado psicológico imediato, senão mais bem um complexo exercício que tem que ser aprendido e conquistado primeiro, e mantido depois com certo custo psicológico. A afetividade ideal é «ideal» e, como tal, necessita ser educada para "o cuidado, com a conscientização deste como valor moral e de conteúdo jurídico, praticando-o como exercício diário pois «o cuidado humano constitui um processo de empoderamento, de crescimento e de realização da nossa humanidade», sendo interativo e se apresentando nas mais variadas expressões de cuidar".[52]

A afetividade, assim, deve ser entendida enquanto valor ou princípio social e jurídico, sentimento ou ligação entre indivíduos por conta de laços familiares, de amizade, ou mesmo do reconhecimento de sua humanidade, é algo que precisa ser construído e, mesmo depois de ser fato, ainda precisa ser alimentada, sob pena de se esgarçar ou se perder.

E dificilmente nascerá ou se desenvolverá de forma espontânea sem que exista uma ressignificação pessoal e a intimidade, proximidade ou interatividade entre as pessoas, ainda que de forma virtual. A afetividade precisa de dedicação, de cuidado, de se dispor a ouvir, a apoiar, a opinar – ainda que para discordar, a acompanhar a vida do outro e permitir que este também participe da sua vida.

Segundo Puthin (2018, p. 231-232), a psicologia entende que a afetividade é um comportamento pró-social de reconhecimento do outro na sua humanidade, e que deve

---

[52] Ricardo Lucas Calderón *in* Silva, PEREIRA, Tânia, D. et al. *Cuidado e Afetividade - Projeto Brasil/Portugal 2016-2017*. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2016, p. 500. (2016, p. 134).

ser valorizado, uma vez que a “pró-sociabilidade é a chave para a vida civilizada, por revelar aspectos positivos e sadios do psicológico humano”, notadamente, o de altruísmo e restituição.

> Qualquer comportamento que envolva a interação entre duas ou mais pessoas é essencialmente pró-social, já que promove o contato social, conforme explica Branco (1983). A autora relaciona esse comportamento aos conceitos de altruísmo e restituição. O altruísmo, um dos termos mais corriqueiros na literatura de comportamentos pró-sociais, é caracterizado como o comportamento que tem fim em si mesmo, isto é, que não busca nada em troca. Já a restituição está ligada à ideia de reciprocidade ou compensação, como uma troca de favores entre duas ou mais pessoas, sendo também um conceito bastante relacionado à compreensão de comportamentos pró-sociais.

A tradução jurídica da afetividade, passa por um comportamento de dedicação e cuidado para com o outro, que em algumas pessoas é decorrente de um *altruísmo*, muito valorizado socialmente, exatamente por caracterizar indivíduos que, pelo menos de forma expressa, nada exigem em troca, nem mesmo reciprocidade nas suas ações ou na dedicação de suas existências para com o outro.

A valorização do *altruísmo* geralmente é feita de forma mais incisiva pelos seus próprios beneficiários ou pelos que se regozijam de praticá-lo, mas nesse caso a vaidade já denota um narcisismo que se contrapõe ao necessário desinteresse altruísta, e a necessária falta de desinteresse para a caracterização do *altruísmo* pode indicar que, nesse caso, a relação pode ser embasada em outro sentimento menos nobre, geralmente hipócrita e interessado em autopromoção para fins pragmáticos.

Nas relações familiares essa via de mão única pode representar muitas vezes um estado de naturalização de um papel atribuído ao gênero feminino, de cuidado e afeto. A questão é que a normalização deste papel social é nociva, porque é estrutural do sistema mundo capitalista, alicerçado no machismo e racismo, como tratado anteriormente nesse capítulo. Tal visão – naturalizada – de mundo ainda dificulta, muitas vezes, o reconhecimento da ressignificação das relações familiares, por meio da valorização do princípio da afetividade, em decorrência da falta de questionamento dos papéis sociais e familiares identificados fortemente como naturais ao gênero masculino e ao feminino.

Daí a defesa de que a *restituição* para as relações familiares é um comportamento pró-social mais honesto, porque baseado na reciprocidade; não em trocas decorrentes de

interesses patrimoniais, mas em compromissos decorrentes de interesses legítimos nas relações familiares, como o bem-estar do outro. Há, assim, a construção de vínculos sólidos de reconhecimento, pertencimento e ajuda; derivados de outro comportamento pró-social muito importante para as relações familiares, a *empatia*.

É por meio da *empatia* que as relações familiares podem estabelecer vínculos de *restituições*, com reais interesses no bem-estar do outro, de forma generosa e sensível, com a disponibilização solidária quando o outro precise de ajuda, sem um julgamento ou enquadramento moralista, mas da forma que possibilite a este outro ser ouvido, compreendido e acolhido.[53]

A dimensão pragmática da solidariedade para o Direito é tratada no conceito de *solidarismo jurídico*, que, para Comparato (2006, p. 520), decorre da natureza dos princípios éticos, de "normas objetivas, sempre correlacionadas a virtudes objetivas", fundadas no respeito ao princípio da dignidade humana, paradigma da vida social e do ordenamento jurídico.

Por esse prisma, é possível que o valor social da solidariedade alcance relevância jurídica e, também, exigibilidade de condutas específicas nas relações familiares, esquematizados como um *dever ser* de cuidado fundamentado no respeito absoluto à dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões.

A dignidade humana, enquanto fundamento de toda vida ética, decorre de normas universais de comportamento social, que tem por objetivo preservar os modos de vida individuais e coletivos, não apenas na perspectiva de reprodução, mas também do respeito a todos os modos de vida.

Comparato (2006, p. 495-496) fundamenta a dignidade humana como a junção de princípios éticos absolutos, distintos de meras metas de vida, premissas doutrinárias, regras racionais matemáticas ou biológicas. E tais princípios éticos se dirigem ao outro, de forma altruísta e compreensiva.

> *Compreender* significa, aí, pôr-se no lugar dos outros, sofrer com os outros; o que corresponde a concepção etimológica de *simpatia* (ovuráOela): *syn*, prefixo que significa conjuntamente, *ao mesmo*

[53] De acordo com Puthin (2018, p. 235), "A empatia é entendida como um estado emocional derivado da pró-sociabilidade. Comportamentos pró-sociais são resultados da internalização de valores pessoais e, frequentemente, estão relacionados a sentimentos de empatia e compaixão. A habilidade empática é condição necessária, ainda que não única, para a expressão de tais comportamentos, justamente por favorecer o vínculo entre as pessoas. A empatia é um estado emocional relacionado à capacidade de percepção da situação emocional do outro e à ação sob essa perspectiva. A resposta empática é derivada da percepção do estado emocional de outra pessoa, sendo coerente com a situação pela qual ela está passando".

> *tempo*, e *pathê*, sofrimento. As normas éticas – nunca é demais repetir – são essencialmente altruístas: elas dizem respeito ao interesse alheio, ou ao bem comum da coletividade, nunca ao interesse próprio do agente. Mesmo no pensamento do individualismo utilitário, a porfia na realização do interesse próprio do agente é considerada simples meio para a realização do interesse geral da coletividade. A posição egocêntrica é um fermento da desunião e de desconcerto na vida social: é o caminho da morte.

Por isso, o dever de cuidado paterno-filial é tão abrangente e intolerável sua omissão, por representar o caminho da morte de uma vida digna, como será tratado no Capítulo III.

O abandono afetivo denota a negação de comportamentos pró-sociais, e pode – também – ser traduzido por egoísmo, falta de altruísmo ou de empatia, desde que esta interpretação não limite este abandono a um julgamento maniqueísta e individualizado, mas que busque uma compreensão macro do problema, isto é, de que se trata de uma realidade que reflete a estrutura dos papéis de gênero socialmente construída e naturalizada no sistema mundo capitalista, e se reflete decisivamente nas relações familiares do sistema patriarcal.

De acordo com a perspectiva da análise do comportamento pró-social, o abandono afetivo importa na negação do altruísmo e da empatia, pois é a interrupção do relacionamento familiar, ou muitas vezes, o abortamento do que nunca nasceu, do cuidado com o outro, já que sequer há o estabelecimento de qualquer relação ou vínculo pessoal, o que, de qualquer jeito, pela ação deliberada ou pela omissão negligente, importa em violência e causa danos existenciais.

Puthin (2018, p. 128-129) entende que a violência no interior dos núcleos familiares pode ocorrer por omissões de cuidado, que deixam marcas indeléveis no indivíduo negligenciado.

> (...) pode ser considerada violência intrafamiliar toda e qualquer ação, ou mesmo omissão, de um membro da família, que impacte de forma negativa no bem-estar e na integridade física e psicológica ou na liberdade e no desenvolvimento pleno de outro membro.
> (...)
> A violência psicológica resulta em marcas profundas no desenvolvimento de quem a sofre, podendo comprometer a vida dessa pessoa de forma global. Um tipo importante de violência psicológica é a negligência, principalmente por afetar de forma

> mais direta crianças e adolescentes. A negligência se configura quando pais (ou responsáveis) não promovem os cuidados básicos necessários para o desenvolvimento de um de seus dependentes, como cuidados relacionados à saúde, à nutrição, à higiene pessoal, à educação, à vestimenta e à sustentação emocional.

Na perspectiva dos direitos das famílias, é possível se pensar a hipótese do abandono afetivo, quando o pai deixa o filho abandonado à própria sorte, negando-lhe – ao omitir-se de assumir sua responsabilidade pela existência do filho – a proteção e o cuidado necessários ao longo de sua vida, até tornar-se adulto; realidade de grande parte das famílias brasileiras, em que os pais sequer registram seus filhos, ou se o fazem, logo em seguida os abandonam material e afetivamente; ou, ainda, quando os pais rejeitam os filhos após estes assumirem suas escolhas de vida, frustrantes para a idealização paterna, muitas vezes em razão das orientações sexuais dos filhos.

A negligência paterna se traduz em *omissão a dever específico de cuidado do agente com a vítima*, como anunciado no item anterior do presente capítulo, é um dever específico porque se trata de obrigação derivada da relação parental, que impõe ao pai uma série de obrigações de dar e de fazer para a materialização de condições de vida digna aos filhos; como a garantia ao sustento, à alimentação e educação, a atenção à saúde física e mental, à moradia, à informação, à sociabilidade e ao lazer.

A par das consequências mais visíveis, como a não concretização de melhores oportunidades materiais de educação, alimentação ou de moradia, há a ausência na alma, sentida na falta do afeto, que seria materializada no cuidado diário, na proteção, no ter alguém para se importar, no exemplo, na companhia não concretizada ante a ausência do primeiro homem na vida do filho.

Muitas vezes, a ausência se dá por demandas profissionais, pela própria condição precarizada de saúde física ou mental do pai, o que pode ser – em alguns casos – compreensível; mas não a ausência protagonizada por um comportamento egoísta; a que justifica a reclamação pelo abandono afetivo é a ausência dolosa, ou culposa, fruto de um comportamento negligente, de não se importar com as graves consequências dessa ausência para a vida do indivíduo que estava sob seus cuidados.

Rodrigo Pereira da Cunha[54] defende que o abandono afetivo do filho pode ser configurado como a perda de uma chance decorrente da omissão parental, na perspectiva

---

[54] *In* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coords.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 407.

da responsabilidade civil; a perda da oportunidade da convivência familiar, que importe em garantia de segurança alimentar, de cuidados básicos de saúde e higiene, de atenção psicológica, fundamentais para a proteção de crianças e de adolescentes, para o futuro e seguranças emocionais e sociais.

Em outras palavras, a perda da chance de uma vida com significado e importância, com reconhecimentos de solidariedade, de uma existência protegida e que se permitiu sonhar e buscar a concretização de um plano de vida.

O papel paterno, de acordo com Pereira (2012, p. 131), "sob o primado da linguagem, tem o polo paterno como um lugar estruturante de cada sujeito", e a falta dessa estruturação importa numa falta de lugar no mundo.

Pereira (2012, p. 137) analisa a função paterna na perspectiva da estruturação do filho enquanto sujeito:

> (...) o pai, ou melhor, "um" pai que exerça a função de representante da lei básica e primeira, essencial para que todo ser possa humanizar-se por meio da linguagem e tornar-se sujeito. Esse pai, como já se disse, não é necessariamente o pai-genitor, mas aquele que empresta o seu nome para interferir e interditar a simbiótica relação mãe-filho. Ele é o *outro* que possibilita ao filho o acesso à cultura.

O abandono afetivo importa em descumprimento das obrigações decorrentes do poder familiar, ou seja, em uma omissão de assistência familiar, moral, psíquica, social; no desatendimento ético com a vida do outro, a quem se impõe um dever fundamental de proteção, correlato a um direito fundamental de cuidado do filho abandonado.

Além da questão subjetiva do sentimento negligenciado, há o reconhecimento da materialização desse afeto como compromisso – dever – jurídico, e o seu não atendimento importa na necessidade de responsabilização civil do pai ausente.

Jonas (2006, p. 175) entende que há um princípio de afinidade do sujeito com o próprio objeto da responsabilidade, porque todo "o Ser vivente é seu próprio fim". Dessa forma, assumir a responsabilidade pelo outro é assumir sua própria condição humana[55];

---

[55] De acordo com Jonas (2006, p. 176), "Ser responsável efetivamente por alguém ou por qualquer coisa em certas circunstâncias (mesmo que não assuma nem reconheça tal responsabilidade) é tão inseparável da existência do homem quanto o fato de que ele seja genericamente capaz de responsabilidade – da mesma maneira que lhe é inalienável a sua natureza falante, característica fundamental para a sua definição, caso alguém deseje empreender essa duvidosa tarefa. Nesse sentido, há um dever contido de forma muito concreta no Ser do homem existente; sua faculdade de sujeito capaz de causalidade traz consigo a obrigação objetiva sob a forma de responsabilidade externa. Com isso, ele ainda não se torna moral, mas apenas um Ser capaz de ser moral ou imoral."

a questão é que o outro desta relação de responsabilidade, a quem o dever de afeto – traduzido no cotidiano como cuidado – deveria se concretizar, está numa relação assimétrica, vulnerabilizado, ou mesmo hipervulnerabilizado, por sua condição de infante ou de adolescente; e a não assunção dessa reponsabilidade fragiliza este outro ser de forma decisiva ao longo de sua vida.

É verdade que todas as vidas são precárias, seja por fatores externos – sociais, políticos, pandêmicos; ou intrínsecos ao indivíduo – como as questões congênitas de saúde física e emocional. E que as condições próprias de sujeição a ausências podem levar ao abreviamento de uma vida, em razão de sua fragilidade material e emocional; como a possibilidade de adoecimento ou mesmo da morte, que podem ser ocasionadas ou potencializadas por omissões de quem deveria protegê-las e cuidá-las.

Nesse contexto de precariedade inerente à condição humana, a condição da criança e do adolescente é extremada pela dificuldade de autonomia pessoal em decorrência da falta de experiência, de recursos materiais, de maturidade emocional e física, de redes estruturadas e funcionais de apoio.

Por tais razões, a rede de apoio parental é imprescindível e se materializa por meio de cuidados constantes, com a garantia de satisfação das necessidades vitais, de alimentação, de higiene e de descanso adequados; a proteção à exposição e situações de abandono e negligência, que podem resultar em traumas graves de abusos emocionais e físicos.

A precarização da existência – enquanto sabotagem das potencialidades – de uma pessoa, ou de uma coletividade, pode ser do mesmo modo decorrente da negativa de acesso ao básico existencial, material e subjetivo; a negativa a níveis de segurança alimentar, de saúde; como a garantia da vacinação, a educação para emancipação, a compreensão e o acolhimento para a segurança pessoal.

A afetividade, nesse contexto, importa na razão e no filtro para o reconhecimento dos laços familiares, e se apresenta como a exteriorização de atos materiais de afeto que são apreendidos pelo ordenamento jurídico como deveres familiares de cuidado e proteção; como o poder familiar, que impõe aos pais o dever de cuidar dos filhos, isto é, de dar conta de suas existências material e subjetivamente.

O reconhecimento recíproco, o sentimento de pertencimento a um núcleo íntimo, o acolhimento e a proteção, o cuidado, portanto, materializam a afetividade e conferem ao agrupamento familiar um *status* existencial positivo.

No tocante à responsabilidade civil, em relação ao direito das famílias, é preciso tratá-la sob outro viés que não somente o do direito obrigacional – na perspectiva negocial, que mesmo tendo uma inegável e ampla dimensão ética, não entrega as respostas suficientes e adequadas para a proteção de negligências e abandonos paterno-filiais.

Assim, é necessário tratar a questão por meio de uma dimensão ética – inclusive a do próprio direito obrigacional – ainda pouco explorada, que somente faz sentido se pensada ante o prisma da alteridade[56], do comprometimento radical com o outro.

Para Calderón (2017, p. 354), as regras da responsabilidade civil devem ter interpretação e aplicação próprias nas questões familiares, diferentes das relações negociais.

> [...] as relações familiares possuem peculiaridades próprias que não podem ser ignoradas quando da aplicação de institutos de outros campos do direito civil nas relações *jusfamiliares*. Não se deve aplicar indistintamente aos conflitos familiares (situações existenciais) regras inicialmente desenhadas para as relações contratuais em geral ou mesmo para os casos de responsabilidade extranegociais (situações patrimoniais). As vicissitudes das relações familiares exigem que a responsabilização civil nas suas tratativas sejam apreciadas com modus in rebus, com o temperamento que a vida em família acaba por exigir dos institutos que pretendam tutelá-las.

Calderón (2017, p. 350) trabalha a ideia de que a reparação civil, no caso das relações familiares, notadamente quando há abandono afetivo, "não se restringe à mera responsabilidade civil, voltada ao passado, com finalidade reparadora, mas envolve também a dimensão ética da responsabilidade, voltada a uma conduta futura desejável", de garantia à proteção da infância e juventude, o que pode ser trabalhado na perspectiva da imposição de um *dever ser*, de um comportamento socialmente esperado de exercício efetivo do poder familiar, da proteção à existência digna do filho[57].

---

[56] De acordo com a definição de Walderez Bittencourt *in* LEVISKY, Ruth Blay; DIAS, Maria Luiza; Levisky, David Léo (orgs.). Dicionário de psicanálise de casal e família. – 1ª ed. – São Paulo: Blucher: 2021, p. 21, "Alteridade é a qualidade do que é outro, da relação do sujeito com o outro, esse outro que se apresenta em situação de igualdade e diferença constituintes da subjetividade de cada um. (...) "O outro, na alteridade, é um rosto que se apresenta diante do Eu, em uma relação face a face e que exige do Eu um comportamento ético que o permita ser, isto é, existir outramente" (Lévinas apud Bernardes, 2012, p. 87)".

[57] Segundo Ricoeur (2008, p. 54), este dever ser em relação a pessoa, que tem um papel na vida do outro, impõe-se "Tornando-o fonte de moralidade, o outro é promovido à posição de objeto do cuidado, proporcionalmente à fragilidade e à vulnerabilidade da própria fonte da injunção. O deslocamento

Esse é o desafio da atividade jurídica comprometida e criativa: delimitar quais comportamentos são adequados para a ressignificação da relação paterno-filial, cuja omissão quanto aos deveres de cuidado e proteção tenha ocorrido, e o modo de impor o cumprimento de tais obrigações de fazer.

Quando essa ressignificação não se efetive de fato, com a mudança das relações afetivas de pais e filhos, há a necessidade – para o cumprimento do papel pedagógico da decisão judicial – de se repensar os institutos da responsabilidade civil e da atuação do sistema jurídico, inclusive, com a utilização de *astreintes* e a imposição de acompanhamento profissional para mediação psicossocial, além da reparação civil na perspectiva da imposição de compensações pecuniárias.

A cobrança de uma dimensão ética para a apuração da reparação civil nas relações familiares decorre do fato de esta reparação civil ser fruto de conflitos existenciais, pois a família pode, ou deveria ser, o local do acolhimento, do sentimento de pertencimento, da compreensão e da proteção, realidade, portanto, indissoluvelmente ligada à afetividade e à solidariedade; mas nem sempre o é.

A realidade mostra que a família é, muitas vezes, o lugar da violência, do apagamento da subjetividade, do sadismo, da negação da assunção pela responsabilidade pelo outro, que em nada lembram o dever de cuidado exigido pela doutrina e pelos tribunais pátrios, inclusive, os superiores.

Ademais, há outro desafio a ser enfrentado, a aplicação técnica e neutra da lei positivada, que muitas vezes importa no contentamento em se garantir o pagamento de pensão alimentícia, ante o entendimento – ainda corrente – de que é a única obrigação paterna exigível e passível de punição, inclusive por meio da restrição de liberdade, como previsto no art. 528, § 3º, do Código de Processo Civil[58].

Para Perilingieri (2002, p. 243), a família é constitucionalmente garantida "não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa", e esse

---

transforma-se então em inversão: alguém se torna responsável pelo dano porque, de início, é responsável por outrem.".

[58] Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

desenvolvimento se faz sentido sob a ótica de uma existência plena de realizações pessoais, de busca da felicidade, da busca da satisfação virtuosa, como fim das ações humanas.[59]

No próximo capítulo será tratado como e os limites da responsabilidade civil para tentar reparar, ou não, os danos existenciais imputados a um filho pelo abandono afetivo paterno.

[59] De acordo com Comparato (2001, p. 100), "O conceito de felicidade (*eudaimonia*, literalmente, ter um bom espírito guardião), da filosofia grega está intimamente ligado a uma vida virtuosa e, por isso, era bem distinto da noção puramente objetiva e sentimental que o termo adquiriu na idade moderna. Para Aristóteles, esse bem supremo é eminentemente prático, isto é, está ligado às ações próprias do ser humano, que dizem respeito às qualidades superiores da alma. Mas para que o homem alcance a felicidade na ação, é preciso que lhe sejam dadas condições externas de vida mais adequadas. Ou seja, tudo depende da organização da *pólis*.".

CAPÍTULO II

A ADEQUAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DA REPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O presente capítulo foi dividido em 2 tópicos: *2.1 Da inadequação da aplicação da responsabilidade civil – apenas na perspectiva obrigacional – para as relações familiares*; e 2.2 *Paul Ricoeur e a análise semântica da responsabilidade civil*.

Após a delimitação da importância da afetividade para as relações familiares e delimitação dos danos decorrentes do abandono paterno filial como existenciais, a finalidade do presente capítulo é estabelecer a discussão sobre a adequação metodológica e material da utilização da responsabilidade civil como resposta do sistema jurídico aos danos oriundos de relações familiares.

No primeiro tópico – 2.1 *Da inadequação da aplicação da responsabilidade civil – apenas na perspectiva obrigacional – para as relações familiares* – o cerne da discussão é sobre a ressignificação do instituto da responsabilidade civil, suas tutelas e funções, para além da perspectiva obrigacional/negocial de reparação de danos materiais, para dar suporte a uma resposta jurídica adequada para os danos existenciais na relações familiares, notadamente decorrente do abandono afetivo paterno, na busca de que a tutela ultime a transformação da relação de afeto entre os familiares, buscando além da reparação material a condenação em obrigações de fazer que importem no comprometimento ético do pai quanto aos cuidados com seu filho.

O segundo tópico – 2.2 *Paul Ricoeur e a análise semântica da responsabilidade civil* – por sua vez, trata da necessidade de fundamentar a ressignificação da responsabilidade civil para as relações familiares, com o comprometimento ético necessário, por meio do aporte na filosofia moral do autor, com a discussão sobre a imposição de condutas que responsabilizem o agente do dano – o pai – com a ideia de imputação moral com a vítima – o filho, por quem tem responsabilidade de cuidado.

2.1 Da inadequação da aplicação da responsabilidade civil – apenas na perspectiva obrigacional – para as relações familiares

A reponsabilidade civil, desde sempre, mesmo que não reconhecido expressamente pela legislação, foi o meio adequado para a busca judicial de compensação de danos oriundos de relações extracontratuais; mesmo que tenha tido sua estrutura

pensada, inicialmente, para tentar solucionar as relações negociais, ou seja, para recompor interesses contratuais prejudicados, em uma perspectiva de proteção ao patrimônio material dos contratantes.

Sob esse prisma, a aplicação das recentes regras para a prevenção e reparação de situações existenciais e familiares exige a modulação e a superação dos limites originalmente estabelecidos para o instituto; e de todo o tradicionalismo estruturado na formatação da linguagem e do pensamento jurídicos para a busca de danos materialmente emergentes.

A lógica da responsabilidade civil consistia, originalmente, em determinar a compensação da vítima em razão da obrigação – contratual ou não – descumprida pelo agente que respondia, com todo o seu patrimônio, pelos danos materiais causados por seus atos ou omissões.

Além de seu patrimônio material, nos primórdios do instituto, o agente respondia também com seu corpo, ou mesmo com sua própria liberdade, pois o paradigma do instituto ainda era a busca da vingança do ofendido, sua satisfação pessoal com a imposição de uma penalização financeira, corporal e social ao ofensor.

Assim, além da composição do prejuízo material, era preciso satisfazer a verve de vingança da vítima e da sociedade, por meio da estigmatização do agente, em uma aplicação moralista da responsabilidade civil, com a exposição pública da conduta do ofensor. Essa expiação tinha a função de fazer o contraponto da postura reta e imaculada da vítima e, desse modo, reforçar uma conduta virtuosa socialmente valorizada dos autoproclamados inocentes[60].

A utilização do direito e da justiça como instrumentos de uma cruzada moralista, baseada em critérios de virtudes falseados e hipócritas, é uma realidade que desde sempre vem fazendo um desfavor para a vida em sociedade, porque estimula e reverbera frustrações, ressentimentos e a manipulação da opinião pública, pelo sequestro da verdade por meio de uma narrativa messiânica; o direito e os tribunais não vêm se furtando a contribuir para essa realidade.

---

[60] Segundo Durkheim (2015, p. 107), a moral pode ser entendida como um “conjunto de juízos que os homens, individual ou coletivamente, fazem sobre seus próprios atos como sobre os de seus semelhantes, tendo em vista atribuir-lhes um valor muito especial, que eles estimam incomparável com os outros valores humanos”, apesar de dificilmente conseguirem lhes seguir, limitando-se a condutas moralistas, com a performação para os outros da conduta virtuosa, sem introjeção desta em um modo de viver verdadeiramente virtuoso.

Rosenvald (2017, p. 557) sustenta que essa cruzada moralista possibilitou que a vingança fosse – por muito tempo – o fundamento da motivação dos ofendidos e da legislação, na busca da punição dos agentes causadores dos danos:

> Na pré-história da responsabilidade civil, pode-se situar a vingança como a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos. Na ausência de um poder central, a vendeta era levada a efeito pela própria vítima ou pelo grupo ao qual pertencia. O passo sucessivo foi a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente – típico da tradição bíblica –, a qual, não obstante o seu rigor, tratava-se indubitavelmente de um temperamento dos costumes primitivos, em função da proporcionalidade do castigo. Apenas em um momento posterior a estas primitivas formas de autotutela, deu-se início à compensação pecuniária, um acordo pelo qual a devolução de uma soma em dinheiro substituía tanto a vingança incondicional como a Lei de Talião. Neste ambiente nasce a responsabilidade civil, no sentido moderno da expressão, compreendida como obrigação de restituir ao ofendido uma soma em pecúnia com a função de sancionar o ofensor e satisfazer o ofendido.

Para o direito romano, a legitimidade das vinganças corporais, segundo Rosenvald (2017, p. 558), se explica pelo fato de que, em paralelo às penas públicas impostas aos ilícitos penais – *delitti pubblici*, eram admitidas pena privadas – *delitti privati* – como reações legítimas do ofendido, que não se satisfazia com o recebimento da compensação financeira, mas precisava do reconhecimento social de sua superioridade moral a partir do aniquilamento do outro, para satisfação de sua demanda.

Nessa fase, Rosenvald (2017, p. 567) sustenta que o direito ainda não tinha alcançado uma função preventiva quanto à possibilidade de concretização de danos, pois ainda estava centrado no prisma punitivista, assim, “o direito não reagia contra o evento danoso, mas preferia agir em ódio ao culpado, alterando a sua situação pessoal ou patrimonial”, perseguindo todos os seus bens, o escravizando ou o tornando um pária perante a sociedade; resposta mais branda que a retirada de sua vida pela imposição da pena capital.

Uma questão importante e atual a se saber consiste no seguinte questionamento: essa realidade social restou de fato superada e a vida em comunidade ressignificada, ou simplesmente os argumentos e justificativas utilizados para a manutenção de um moralismo punitivista passaram a ser elaborados de forma mais sofisticada e continuam a serviço da dominação e encapsulamento da realidade? As construções maniqueístas de

narrativas sobre culpados e inocentes refletem uma realidade dissonante da natureza real das pessoas[61].

Quanto à justificativa da vingança no direito, Rosenval (2017, p. 571) comenta que a legislação vigente previa e legitimava penas corporais e a capital, além da reparação pecuniária, como forma de satisfação do direito do ofendido.

> A estrutura do delito na Lei das XII Tábuas é composta de fatos que ensejam penas, devidas ao réu mediante soma de dinheiro, mas não em resposta ao fato cometido. Trata-se de um ônus, não de uma obrigação. Ônus de evitar a *manus iniectionem*, que representa a estrutura de aplicação da pena última: a pena capital. Antes da *sponsio*, não há dever de pagar, não é obrigação, mas somente um sistema de ônus que permite evitar a vingança final legítima, a morte.

Somente a partir do "período clássico que nasce a distinção entre *res* e *poena*", de acordo com Rosenvald (2017, p. 589), a primeira no sentido de restituir ao patrimônio da vítima o dano sofrido, enquanto a segunda com a finalidade de punir o agente.

A punição, para o direito civil, passou a se restringir à constrição patrimonial; no direito brasileiro, essa mudança paradigmática se dá com a limitação da possibilidade de prisão civil somente para as hipóteses de inadimplemento da obrigação alimentar de crianças e adolescentes.

Essa mudança no direito civil foi notada por Ricoeur (2008, p. 49) como uma renovação do conceito de responsabilidade no plano jurídico, que consistiu na despenalização da responsabilidade civil, cujo papel de instrumento de compensação dos danos materiais e extrapatrimoniais passou a ser suficiente para a reparação do ilícito sofrido pela vítima.

No entanto, as regras da responsabilidade civil continuavam parecendo artificiais, ou pelo menos de maior dificuldade de serem aplicadas, quando se tratava da compensação de danos extrapatrimoniais, porque tais danos só seriam indenizáveis quando tivessem repercussão patrimonial que fosse passível de restituição material ao

---

[61] A psicologia tem uma posição muito forte em relação à normalização moralista de um indivíduo em relação ao outro, pois o que é dito sobre o outro, na verdade, diz muito mais sobre quem diz. Segundo Freud (2021, p. 62), "Uma série de censuras contra outras pessoas faz supor uma série de autocensuras com o mesmo conteúdo. É preciso apenas dirigir cada uma das censuras de volta para a própria pessoa do falante. Essa maneira de se defender contra uma autocensura, dirigindo a mesma censura contra outra pessoa, tem algo de inegavelmente automático."

patrimônio da vítima. Há, até hoje, grande controvérsia se a Lei Aquilia (286 a. C) e o conjunto da legislação justiniana teriam, de fato, ampliado a possibilidade de reparabilidade do dano extrapatrimonial.

A necessidade do dano auferível materialmente para imposição de uma reparação civil – também, em regra, patrimonial – diminuía o necessário entendimento da tutela da subjetividade dos danos extrapatrimoniais e, por sua vez, da própria natureza da humanidade da vítima, cujo reconhecimento não perpassa por uma noção patrimonial, mas sim do reconhecimento de uma dignidade inata à sua condição de pessoa humana.

A dificuldade se tornava ainda maior quando se passou a considerar a possibilidade de imputação da responsabilidade civil em razão de ofensas a direitos subjetivos de personalidade, e o reconhecimento de danos existenciais e dos decorrentes de descumprimento de obrigações familiares, cujas consequências não importam, necessariamente, em prejuízos materiais emergentes ou fáceis de comprovação.

No Brasil, é recente o reconhecimento do dever de indenizar os danos extrapatrimoniais de forma distinta dos danos materiais, sem que, necessariamente, para tanto, fosse necessário a comprovação da existência de danos emergentes no patrimônio da vítima, constituído de seus bens materiais e tangíveis[62].

A jurisprudência considerava que, uma vez indenizados os danos materiais oriundos do ato ilícito, os extrapatrimoniais também estariam devidamente reparados; o posicionamento dominante, portanto, era pela negativa da cumulatividade da reparação de ambos os danos em razão do mesmo evento, o que demonstrava claramente o entendimento de que a reparação dos prejuízos materiais era suficiente para a satisfação da vítima.

Na verdade, até a Constituição Federal de 1988 ter assegurado como garantia fundamental e cláusula pétrea a proteção da pessoa humana em sua dimensão moral, em seu art. 5º, V[63], a jurisprudência era vacilante quanto a essa possibilidade, ou mais do que

---

[62] Segundo Theodoro Júnior (2016, p. 3), "Entre nós, embora sem maior explicitude acerca dos direitos da personalidade, a doutrina majoritária defendia a tese de que o art. 159 do Código Civil [de 1916], ao disciplinar a responsabilidade civil aquiliana e ao mencionar a reparabilidade de qualquer dano, estaria incluindo, em sua sanção, tanto o dano material como o moral. A jurisprudência, todavia, vacilava e predominava a corrente que negava a reparabilidade do dano moral fora das hipóteses explicitamente enumeradas em textos de lei. Com a Constituição de 1988 veio, finalmente, o enunciado do princípio geral que pôs fim às vacilações e resistências dos tribunais (art. 5º, V e X). Por fim, o Código Civil de 2002 adotou expressamente a reparabilidade do dano moral (art. 186).".

[63] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

é atualmente, uma vez que ainda é comum o tratamento da dignidade humana de forma amesquinhada por julgados que estabelecem limites do que deve ou não ser indenizável, sob o argumento de que meros dissabores, melindres, suscetibilidades ou aborrecimentos decorrentes de fatos normais e cotidianos da vida em sociedade não devem ser indenizados porque representariam uma tendência de banalização da reparação do dano moral, que, na verdade, pode ser traduzido como resistência ao reconhecimento da necessidade de proteção da tutela subjetiva, ante a impossibilidade de apequenamento da natureza humana.

Faltam critérios razoáveis para fundamentar a fixação dos valores das indenizações por danos extrapatrimoniais, como também mais rigor na fixação de valores que efetivamente sejam satisfatórios para as vítimas e não acabem por humilhá-las novamente e ainda mais.

No estado da arte da jurisprudência, aos juízes é esperado que se coloquem no papel de pessoas comuns, até porque não é possível terem outra natureza, e em nome da preservação de um suposto equilíbrio econômico-financeiro das partes, que não leva em consideração a preservação da dignidade do ofendido, tenham razoabilidade no reconhecimento das pretensões indenizatórias e na fixação de seus valores; estes são os efeitos perversos que uma análise meramente econômica e liberal do direito continua a espalhar nas consciências dos juristas, que, em nome de uma técnica jurídica neutra e positivada, acabam por reproduzir os interesses dos que violam os direitos fundamentais dos outros, como a preservação dos direitos de personalidade, de proteção familiar, de preservação ambiental, de segurança alimentar, de valorização e divulgação cultural e religiosa, entre outros danos subjetivos individuais e coletivos.

Atualmente, a dispensa de comprovação de repercussão patrimonial para o reconhecimento de danos extrapatrimoniais representa que a responsabilidade civil mudou seu paradigma e se recolocou no ordenamento jurídico em relação à proteção da tutela da subjetividade das pessoas e das suas relações interpessoais. E não poderia ser diferente em relação à proteção das relações familiares, principalmente quanto à valorização do afeto e à reprovabilidade de sua omissão, em razão de obrigações já reconhecidas legalmente como irrenunciáveis, como o exercício da autoridade parental e

---

(...)
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

de todos os deveres de cuidado e proteção decorrentes desse papel, ou da transformação de sua dimensão.[64]

A ressignificação da responsabilidade civil para que possa dar conta de situações existenciais das pessoas em suas relações interpessoais e familiares decorre também das mudanças no direito de família, notadamente quanto à atenção dispensada à tutela das subjetividades das pessoas em seus núcleos familiares. Segundo Schreiber[65], há uma aproximação entre o direito de família e a responsabilidade civil, muito em razão da abertura da responsabilidade civil a outros campos da existência, além do patrimonial.

> O Direito de Família tem estreitado cada vez mais sua relação com a Responsabilidade Civil. Se, antes, eram vistos como campos quase incomunicáveis dentro da sistemática civilista – o Direito de Família representando o capítulo mais existencial do Direito Civil, enquanto a Responsabilidade Civil pertencia ao domínio do patrimônio –, os dois setores têm se aproximado intensamente, em virtude de transformações que sofreram desde as últimas décadas do século XX. A Responsabilidade Civil abandonou, como se sabe, o perfil exclusivamente patrimonial para se abrir ao que já foi chamado de "oceano da existencialidade".

Daí o porquê de se questionar se a noção clássica de obrigação infringida que gera o dever correspondente de indenizar é suficiente para que a dogmática civilista dê à questão do dano existencial uma reposta adequada. Ou, ainda, se a única reparação possível, ainda que mínima, para uma vida desqualificada politicamente – pelo abandono afetivo – se dê exclusivamente pela compensação financeira a ser paga pelo ofensor. Nos parece que a resposta deve ser negativa, uma vez que a estéril satisfação de que o ofensor tenha uma pena a cumprir, ainda que na esfera administrativa ou penal[66], com o gozo

---

[64] Segundo Jonas (2006, p. 170), "A responsabilidade constituída pela natureza, ou a responsabilidade natural, no único exemplo apresentado até agora (e que é o único familiar) da responsabilidade parental, não depende de aprovação prévia, sendo irrevogável e não-rescindível, além de englobar a totalidade do objeto. A responsabilidade "artificial", instituída a partir da atribuição e aceitação de um encargo, por exemplo, a assunção de uma função (mas também aquela resultante de um acordo tácito ou da competência), é delimitada pela tarefa, seja quando ao conteúdo, seja quanto ao tempo; a aceitação comporta um elemento de escolha em relação ao qual é possível uma renúncia, da mesma forma que do outro lado é possível uma dispensa da obrigação."

[65] *In* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coords.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

[66] Rosenvald (2017, p. 962-964), ao tratar da sanção, defende que "duas perspectivas distintas se abrem como reação ao ilícito: surgem as sanções restituitórias e as sanções punitivas. No primeiro grupo, inserem-se todas as sanções capazes de restabelecer a situação jurídica anterior ao ilícito, dentre elas as sanções

generalizado de sua estigmatização social, não é muito diferente da sede de vingança do período clássico. Na verdade, se assim o for, só nos resta concluir que a sofisticação dos argumentos não consegue encobrir o que se espera ao final, a vergonha do outro na arena pública.

Não acredito que essa deva ser a única resposta possível, que não possa existir outra função para a responsabilidade civil além da compensatória ou punitiva. Essa descrença se dá tanto pela pouca fé de que uma indenização pecuniária ressarcirá toda a perda sentida com o abandono ou afastamento familiar/afetivo paterno; como também pela ínfima efetividade transformadora que a punição possa ter para ressignificar papéis familiares nunca desempenhados, ou não performados a contento.

A resposta adequada para a questão perpassa pela necessidade de se trabalhar a despatrimonialização da repercussão do dano, que precisará de esforço criativo dos juristas, ou pelo menos de sensibilidade em observar a situação e ter a mínima empatia pela situação de abandono afetivo, que é a realidade vivenciada em boa parte dos núcleos familiares brasileiros.

A compensação financeira, por meio da imposição do pagamento de uma indenização em dinheiro, como "remédio típico de uma visão patrimonialista do fenômeno reparatório", de acordo com Schreiber (2015, p. 33), precisa ser repensada, para que se evite que "a trajetória existencial da lesão acaba tendo de ser convertida em uma cifra numérica", ou pelo menos em apenas uma questão monetária.

A questão, como posta, é bastante pertinente, porque a responsabilidade civil pensada exclusivamente em sua função compensatória não tem se mostrado como uma solução suficiente e, portanto, como uma resposta adequada, para recompor ou refundar situações existenciais, notadamente familiares.

Para Rosenvald (2017, p. 238), a lesão a um bem jurídico e o restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico está no cerne da responsabilidade civil. Importante ressaltar que o autor não sustenta que o restabelecimento do equilíbrio entre as partes, ofensor e vítima, se dê apenas com o pagamento de uma compensação financeira; é necessário ir além da análise da repercussão na esfera patrimonial do indivíduo, porque a

---

ressarcitórias, em que o retorno ao estado originário é alcançado por um equivalente econômico. Já no grupo das sanções punitivas a ameaça precede à violação da norma com imposição de desvantagem para o agente violador da norma. A sua previsão será exercitada seja mediante dissuasão (a ameaça de um mal como consequência do ilícito), seja mediante persuasão (ao intimidar com uma sanção punitiva o ordenamento comunica uma valoração negativa do comportamento objeto de proibição)."

dimensão da vida humana é muito mais abrangente que apenas o aspecto econômico, e sua regulação, por meio do ordenamento jurídico, também deve sê-lo, para não diminuir a dignidade humana.

> A ideia da lesão está no centro da responsabilidade civil e a sua função, consequentemente, o restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico desfeito por ocasião do fato danoso. Volta-se para o passado, o fato já ocorrido, seja pela forma da reparação pecuniária ou pela reintegração em forma específica, ou seja, pela repristinação da situação existente, como pela demolição de uma construção, entrega de um novo bem em substituição ao destruído, ou, na hipótese de ofensa a situações existenciais, por um direito de resposta ou destruição do material pelo qual se perpetua a lesão à imagem ou privacidade.

Como é possível, dessa forma, *a repristinação da situação existente* na realidade de relações intersubjetivas familiares nunca estabelecidas de forma satisfatória? Ainda mais levando em conta que muitas vezes a ausência/abandono paterno se deu antes do nascimento do filho, ou seja, a volta ao passado sequer é uma opção válida em muitos casos, porque importaria, ao fim e ao cabo, em ir do nada para nenhum lugar.

Boa parte da dogmática civilista ainda está presa no paradigma de que a reparação dos danos existenciais está ligada à repercussão econômica negativa na vida da vítima, a um dano que se traduza em rés, matéria, como a indenização decorrente da fruição da ideia, do invento ou da imagem sem a autorização do seu titular; porque, como defendido acima, esse pensamento é estruturante na sociedade e, consequentemente, no campo jurídico.

Não há repercussão patrimonial facilmente identificada na subjetividade da vítima, para imposição ao ofensor de uma pena pecuniária, quando os danos em análise são de natureza existencial, ou pelo menos não é esta a repercussão mais importante para a vida da vítima. A bem da verdade, não é fácil a análise, inclusive jurídica, dos danos existenciais e da lesividade que estes têm à possibilidade de perpetuar ao projeto de vida de uma pessoa, como também da resposta adequada a ser dada.

No entanto, certamente, a repercussão material não é, nem pelo dano, muito menos por sua reparabilidade, o que possibilitará a redenção pessoal da vítima; a reparação pecuniária é importante, mas o resgate da subjetividade ofendida deve ser – eminentemente – feito de outra forma.

A dificuldade de se trabalhar essa categoria de dano e sua repercussão reparatória é evidente até para os estudiosos da seara do direito de família, porque as respostas não são passíveis de uma esquematização simples; é mais fácil a ligação evidente entre o dano imputado e a indenização em uma situação de danos a bens tangíveis – a uma ofensa material ou mesmo extrapatrimonial, quando o dano é objetificado no mercado, por exemplo, como a utilização sem permissão de uma música, invento ou fotografia, por exemplo; mas essa esquematização mais direta não se repete nas relações familiares, porque não se objetifica um projeto de vida, pela sua individualidade e porque esse projeto de vida só pode ser sonhado, planejado e materializado em existências qualificadas, cujas dignidades já tivessem sido respeitadas, promovidas, esperançadas antes da ocorrência dos danos.

A questão se torna ainda mais difícil quando os danos fundam a desqualificação de uma existência, ou mesmo a agravam, como o abandono afetivo antes do nascimento ou ao longo da vida de uma pessoa; porque, neste caso, a falta de parâmetros se torna a tônica para dificultar a efetivação de qualquer função da responsabilidade civil, preventiva ou ressarcitória.

Os danos existenciais decorrentes de relações familiares, evidentemtente, não têm apreciação econômica óbvia; uma vez que se trata de matéria de outra natureza, de monta intercambiável.

Para Baudrillard (2002, p. 20), o grande dilema da contemporaneidade é tentar achar um correspondente para tudo, uma compensação muitas vezes difícil de ser feita, na verdade uma troca impossível, como a parametrização de uma existência sabotada pelo abandono afetivo. Para o autor, nem todas as trocas são possíveis, mas a lógica de mercado imposta à vida de todos quer fazer crer que tudo é cambiável, tudo tem preço. “Troca mercantil, troca significante, troca sexual, é preciso que tudo possa ser trocado. É preciso achar a equivalência final de todas as coisas, achar para elas um sentindo e um fim”, como se tudo tivesse um preço, como se a existência de alguém pudesse ser apreciada ou valorada sob a ótica das trocas, quando o lugar por excelência das trocas é o mercado[67], que, decisivamente, não pode ser o local de veridição da natureza de vidas humanas.

---

[67] Baudrillard (2002, p. 12), em relação à hipertrofia do mercado, entende que a “ilusão do econômico é a de haver-se pretendido fundar um princípio de realidade e de racionalidade no esquecimento dessa realidade última da troca impossível. Ora, esse princípio só tem valor no interior de uma esfera artificialmente circunscrita – fora daí, é a incerteza radical. E é essa incerteza exilada, excluída, que assombra os sistemas e se contenta com a ilusão econômica, com a ilusão do político”.

Exatamente, o que se está questionando é a possibilidade da busca por trocas possíveis para os danos existenciais; no caso do objeto de estudo da presente tese, de equivalência para o abandono afetivo, que é tarefa das mais instigantes e ao mesmo tempo perigosa, porque pode redundar na diminuição da importância do afeto, enquanto laço de reconhecimento entre as pessoas, ou mesmo em amesquinhamento maior da própria pessoa humana.

A questão da troca impossível não diz respeito apenas sobre o risco grave do déficit de efetividade da tutela ressarcitória, que de fato não tem o condão de satisfazer a vítima do dano existencial; trata-se, na verdade, de se reafirmar que tal tutela não pode ser capaz de ressarcir o prejuízo subjetivo, porque, se o for, importará no apagamento da dimensão humana em uma perspectiva macro, e na invisibilidade da vítima sob o prisma pontual; como nos casos de crimes sexuais no âmbito penal, em que o Estado-sociedade se satisfaz ao punir o agressor, sem se importar com a satisfação e o porvir da vida da pessoa violentada, cujas sequelas físicas e emocionais não podem ser satisfeitas com a prisão do ofensor, muito menos com a eventual compensação financeira deferida. É difícil vislumbrar gozo possível para a vítima.

Schreider (2015, p. 40) chama a atenção para essa questão, porque essa troca só beneficia o ofensor, que paga e consegue seu perdão ou quitação, mas jamais pode satisfazer plenamente a vítima.

> (...) o problema não reside tanto na atribuição de um custo para as consequências das violações de deveres familiares (o chamado "preço do afeto"), mas, muito ao contrário, concentra-se sobre a reafirmação de uma situação de superioridade de quem paga e, talvez mais que isso, sobre a sensação generalizada de que o pagamento encerra os efeitos da falha, pondo fim à satisfação devida à sociedade.

Também na responsabilidade civil a vítima não é valorizada, porque suas perdas são pretensamente resolvidas por meio da compensação financeira, com o desprezo por sua subjetividade, muitas vezes tratada como suscetibilidade, mero aborrecimento, coisa da vida; não há lugar para o acolhimento, para a escuta, para a (re)humanização da vítima brutalizada pelo abandono afetivo.

Parece só haver lugar para a reafirmação da violência, ao se declarar quitado o débito e o ofensor, mediante o pagamento de uma indenização financeira, com a confirmação de que a única troca possível é a da dor pela pecúnia; e o mercado, o lugar por excelência para a valoração das subjetividades, passando tudo a ser mercadoria e passível de troca.

Ao tratar das funções da reponsabilidade civil, na tentativa de vislumbrar outras respostas para as vítimas, Rosenvald (2017, p. 2978-2982), chama a atenção para a necessidade de se expandir duas possibilidades para além da limitação da discussão, a parâmetros de contenção ou inibição do comportamento desviante do agente causador do dano, e na contenção do prejuízo da vítima, por meio do reequilíbrio patrimonial, com a reparação econômica.

> As funções da responsabilidade civil variam entre a contenção de danos e a contenção de comportamentos. No primeiro caso o ordenamento jurídico mira o olhar nas consequências lesivas do fato do agente, especialmente na repercussão patrimonial e na esfera da personalidade do ofendido. O juiz visualiza o passado para remover os efeitos do dano na tentativa de restaurar o equilíbrio patrimonial rompido pela lesão. Por seu turno, na contenção de comportamentos, o magistrado desviará as lentes para a pessoa do ofensor e a reprovabilidade de sua conduta. Ele assumirá um enfoque prospectivo para inibir a reiteração de ilícitos, seja pelo próprio ofensor, seja por outro agente que pretenda se conduzir de maneira semelhantemente desprezível.

Essa discussão é necessária para combater a ideia de que não há outro espaço na esfera pública, outro lugar, portanto, para a satisfação existencial que não seja o mercado e suas trocas econômicas.

A vida sob a narrativa do mercado é um paradigma antiestético para a existência humana[68], como será discorrido no Capítulo III.

No caso de danos existenciais decorrentes de abandono familiar, não se deve esquecer que tudo o que é humano e, portanto, o afeto também, não é passível de coisificação, de trocas ou de instrumentalização; como também a solução para a sua falta e necessária ressignificação passam por outros caminhos, que não apenas o da responsabilidade civil enquanto sinônimo de compensação financeira.

---

[68] Para Baudrillard (1990, p. 23), “o grande empreendimento do Ocidente é a mercantilização do mundo, de tudo entregar ao destino da mercadoria”.

É preciso ampliar os horizontes e as possibilidades da responsabilidade civil, pensar em outras funções além das ressarcitória e punitiva, em funções que importem em uma vinculação ética e solidária com o futuro, e que facilitem a ressignificação das relações interpessoais por meio da (re)construção de laços de afeto para o reconhecimento dos papéis familiares[69], porque a compensação financeira não tem como dar conta de recompor o passado – o que não seria de grande valia nos casos de abandono afetivo, muito menos de redesenhar um futuro mais promissor para a subjetividade das vítimas.

Por isso, inclusive, será preciso trabalhar o alcance da indenização na dogmática da responsabilidade civil, para que a compensação financeira não represente a morte do fundamento ético do ordenamento jurídico, no tocante à responsabilidade civil nas relações familiares em que o afeto não foi construído como pressuposto de reconhecimento entre as pessoas, como melhor será desenvolvido no próximo tópico.

A responsabilidade civil é um sistema complexo com várias finalidades: de reparação, de precaução, de prevenção e de punição; muitas vezes atuando ao mesmo tempo e de forma complementar e interdependente. Nessa perspectiva, Rosenval (2017, p. 469) sustenta que a "responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva – em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos –, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro".

Nas relações paterno-filiais, como no caso do abandono afetivo do filho, é exatamente a orientação prospectiva que pode garantir esperança de um cálculo para o futuro, que projete a pena civil na seara da responsabilidade civil muito mais afeita à imposição de obrigações de fazer, de comprometimento ético para com o outro, do que de obrigações de dar, que se limite a impor o pagamento do aludido equivalente em dinheiro pelo ato ilícito.

Além da função punitiva, que visa a repressão a comportamentos tidos como reprováveis, como o abandono afetivo, a reponsabilidade civil pode assumir nas relações familiares outras funções, como: a função reparatória, que visa à conferir à vítima uma compensação por meio de indenização pecuniária que lhe possibilite um reequilíbrio

---

[69] De acordo com Rosenvald (2017, p. 2085), "nenhum ressarcimento, por mais que se assuma compensativo, poderá eliminar a perda produzida pelo ilícito. A responsabilidade não é capaz em um passe de mágica a retornar a um passado ideal e repor o lesado à situação anterior ao ilícito. A série de eventos desencadeada pelo comportamento ilícito é irreversível e o ressarcimento, quando muito, realizará uma alocação subjetiva de uma parte da riqueza monetária que transitará do ofensor ao ofendido."

patrimonial; e a função precaucional, ou preventiva, para inibir comportamentos ilícitos de grande potencial de riscos, ou suas reiterações.

Rosenvald (2017, p. 1932) defende que a função preventiva é a função primordial da nova leitura da responsabilidade civil, ante sua plasticidade quase que principiológica[70]. Tanto é que deve ser entendida como sua antonomásia ou metonímia, levando o jurista a aplicar o direito de forma prudencial e proativa, com a conservação de bens maiores, como os existenciais, "Ao invés de agir reativamente ao dano consumado (direito remediador) – pela via da indenização ou da compensação".

A busca deve ser, então, pela dissuasão de comportamentos lesivos e suas reiterações despreocupadas, por meio do estímulo à adoção de comportamento virtuosos. Para tanto, além da regulamentação, é necessário a fiscalização prévia de comportamentos; caso contrário, a aparente neutralidade do sistema de responsabilidade civil confirmará a seletividade de um sistema de justiça patriarcal, que confere aos homens a isenção de responsabilidade pelo abandono afetivo nas relações familiares, por meio de uma linguagem asséptica e de julgados técnicos[71].

A neutralidade no sistema de responsabilidade civil, sustentada por alguns autores por meio da busca de sua laicização, não é defendida por Rosenvald (2017, p. 2023-2020), que entende que a função preventiva tem uma responsabilidade com a proteção de bens e interesses existenciais a que não pode se furtar de exercer, ante a vulnerabilização das vítimas nas relações sociais.

> A responsabilidade civil exerce função demarcatória no sentido de estabelecer uma delimitação entre as fronteiras dos âmbitos de liberdade de atuação e aqueles outros, em que se outorga uma certa dose de proteção a determinados bens e interesses, que, pela mesma razão, estipulam limites a liberdade ou autolimitações à mesma medida em que determinadas atuações livres podem determinar um grau de responsabilidade. Nesse sentido, Canaris e Larenz afirmam que o problema fundamental de toda a responsabilidade civil extracontratual consiste na relação de tensão entre a proteção de bens jurídicos e a liberdade de atuação.

[70] Para Rosenvald (2017, p. 1975-1979), "a elevação da prevenção ao posto de princípio da responsabilidade civil indica uma quebra de paradigmas mais ampla do que aquela produzida quando da paulatina ascensão da teoria objetiva da responsabilidade civil, ao longo do século XX."

[71] Segundo Ricoeur (2008, p. 60), "é para esta prudência, no sentido forte do termo, que é remetida a tarefa de reconhecer, de entre as consequências inumeráveis da acção, aquelas por que podemos ser legitimamente responsáveis, em nome de uma moral da medida.".

Essas funções podem e devem ser aplicadas simultaneamente para que tenham mais eficácia quanto à reparação das ofensas, punição dos agentes e ressignificação de posturas, no intuito de que as ofensas não venham mais a ocorrer como comportamento padrão dos ofensores, quase que de forma automática e inconsciente, como um direito adquirido próprio de quem sempre agiu assim e nunca respondeu por suas omissões deliberadas; pois a liberdade de atuação é ato ilícito quando o agente se omite a assumir seu papel social e legal, sem se importar com as graves consequências de sua inatuação, como se observa no desprezo demonstrado por pais quando confrontados, inclusive judicialmente, em relação ao abandono afetivo de seus filhos, e ao fato do ônus emocional e financeiro recair, neste casos, exclusivamente para a mãe e sua rede de apoio, o que representa uma sobrecarga brutal às mulheres.

A função preventiva tem um papel muito importante fora do âmbito negocial, como nas hipóteses de responsabilidade civil de ilícitos ambientais e familiares; uma vez que as outras funções – reparatória e punitiva – dificilmente importarão na restauração da vítima ao estado anterior ao dano, porque em regra não é possível; e, porque em razão da timidez do judiciário quanto à fixação dos valores das indenizações, como será tratado no Capítulo IV, acaba por tornar o cálculo da resposta à conduta ilícita favorável ao agente, que se sente autorizado, ou pelo menos confortável com a assunção dos riscos assumidos pela prática do ato ilícito.

É preciso insistir, como afirmado no capítulo anterior, que a responsabilidade civil não seja pensada apenas como uma medida compensatória aplicada a atos pretéritos de ofensa ou omissão a deveres jurídicos negociais, na proposição de Jonas (2006, p. 167).

A responsabilidade civil também deve ser imposta em relação a ações ou omissões – deliberadas e conscientes – do que se tem obrigação objetiva a fazer, e das consequências do seu não cumprimento, como no caso do dever paterno de cuidado e proteção para com os filhos.

O poder familiar, ou como a doutrina vem se habituando a chamar, a autoridade parental, enquanto conjunto de obrigações legais impostas aos pais para garantir os cuidados e a proteção à existência – precária e insegura – de seus filhos menores, é decorrente do fato de que a vida desse seres – crianças ou adolescentes – depende decisivamente de atos de seus pais, que, assim, objetivamente, são responsáveis por aqueles que lhes foram confiados, e devem se engajar afetivamente, ou de alguma forma

serem engajados afetivamente – por meio da imposição de obrigações de fazer, a este sentimento de responsabilidade.

Além das tutelas restituitória e compensatória, que se mostram extremamente importantes, mas não plenamente eficazes para resgatar sentido às relações existências em discussão, que muitas vezes sequer foram iniciadas, Rosenvald (2017, p. 2065) discorre sobre a tutela satisfativa da responsabilidade civil, mas ligada a um fazer, no caso de outra forma como vinha sendo atuada – se vinha – a paternidade, com o comprometimento em assumir – doravante – a responsabilidade pelo outro.

O autor trabalha a ideia das três formas de tutela da responsabilidade civil: a restituitória, a ressarcitória e a satisfativa.

> (...) três formas de tutela: (a) restituitória – volta-se a reconstituir as condições em que se encontrava o titular do interesse antes da violação, como exigência de uma repristinação ao status quo ante. Por objetivar a restauração de uma situação atingida por uma lesão, apresenta uma vocação de satisfação in natura; (b) ressarcitória – objetiva compensar o lesado pelo prejuízo econômico sofrido. Esta tutela poderá possuir caráter subsidiário em relação à restituitória, onde esta não seja viável, ou mesmo se colocar em relação de complementaridade, quando a restauração da situação originária não elimine por completo o desequilíbrio econômico sofrido pela vítima; (c) satisfativa – a tutela civil pode não se voltar à repristinação de uma dada estrutura de interesses – seja pela via restituitória ou ressarcitória –, mas sobremaneira à satisfação in natura de uma posição subjetiva que restou inatuada, ou defeituosamente atuada (v. g., uma prestação negocial). Neste caso a tutela é satisfativa, uma resposta solidarista ao modelo liberal-individualista da incoercibilidade das obrigações de fazer.

É importante desenvolver as ideias das três tutelas da responsabilidade civil acima mencionadas, especificamente uma a uma, para que a questão do abandono paterno filial enquanto dano existencial e sua reparabilidade civil, objeto de estudo da presente tese, fique bem fundamentada.

a) Tutela restituitória

Uma decisão judicial que consiga concretizar o retorno do indivíduo à condição que se encontrava antes da violação do seu interesse protegido é, na verdade, uma ficção jurídica, algo inalcançável, porque importa em admitir que as coisas possam voltar a ser

as mesmas que eram, ou como deveriam ter sido, com o passar do tempo, com a mudança das pessoas, dos valores, dos fatos.

E mais, é admitir poderes mágicos às decisões judiciais e, especificamente, à reponsabilidade civil. Como se o Direito, mais que pudesse resolver, pudesse salvar o mundo de qualquer injustiça, qualquer mácula ou catástrofe na vida de uma pessoa, quando muito, o que se consegue alcançar é uma ideia de reparação, um consolo para que não admitamos nossa incapacidade de evitar que o ser humano pratique seu enorme poder de destruição das esperanças dos outros.

A tutela restituitória é fruto da teoria da reparação integral do dano patrimonial ou extrapatrimonial, como previsto no artigo 944 do Código Civil[72], seja *in natura*, com a reconstituição ao patrimônio da vítima do bem violado, ou de bem similar; ou por meio da reparação pecuniária para compensar a lesão material ou moral.

Porém, como o Direito não resolve o mundo e as regras jurídicas positivadas não alteram por si só a realidade, continua a inexistir na vida o lugar da reparação integral de todas as ofensas, traumas e mágoas decorrentes de danos, principalmente os subjetivos, ainda mais porque a restituição visa a um estado de coisas idealizado, que muitas vezes jamais existiu, como no caso do abando afetivo paterno-filial.

A questão da reparação integral dos danos extrapatrimoniais é tratada como não superada pelos tribunais superiores, que, por outro lado, reconhecem a dificuldade em alcançá-la ou mesmo para se mostrar suficiente como uma solução adequada, como salienta Theodoro Júnior (2016, p. 4) ao comentar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

> Para o STJ, embora reconhecendo a tese doutrinária da possível reparação natural no terreno da lesão extrapatrimonial, a conclusão é de que ela, por si só, “não se mostra suficiente para a compensação dos prejuízos sofridos pelo lesado”, da maneira integral exigida pelo art. 944 do CC. Daí ter concluído o aresto pela imposição cumulada da publicação do ato de retratação com a indenização pecuniária.
> Da implantação recente, entre nós, da plenitude de reparabilidade da lesão moral, decorreram numerosos e complexos problemas, de ordem teórica e prática, alguns dos quais ainda não inteiramente solucionados.

[72] Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

No nosso entendimento, a possibilidade de reparação integral da ofensa sofrida não é plausível nem diante de danos de menor potencial ofensivo, muito menos nas hipóteses de violações graves e aviltantes da dignidade de uma pessoa, de seus projetos, de sua vida, como no caso dos danos existenciais, em que a potência da vida humana é minada, muitas vezes de forma decisiva.

A projeção da reparação integral é conservadora de uma visão pouco provável, geralmente estéril, primeiro porque impossível de ser concretizado; segundo, porque idealizada de uma condição, modo de vida ou realidade social que nunca existiu de fato, a não ser em idealizações.

A tutela restituitória é, assim, a mais difícil de ser materializada nas relações familiares, porque quase nunca é possível restituir a vítima de abandono afetivo – enquanto dano existencial – ao estado que se encontrava antes, até porque este estado não é o adequado para ninguém; porque, em boa parte dos casos, o filho sequer teve o reconhecimento formal do seu registro da paternidade, ou se o teve, isso só representou uma formalidade, uma ficção jurídica solenizada, porque a função paterna jamais foi atuada; portanto, não há como se restituir o que nunca existiu.

Restituir, portanto, seria perpetuar o ciclo de abandono, de fata de comprometimento com o outro, o filho, que continuará sem os cuidados necessários a que tem direito, de ser protegido por seu pai, o que constitui um direito fundamental da criança e do adolescente, previsto nos artigos 227, *caput*, da Constituição Federal[73] e 3º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente[74].

A tutela restituitória também não possibilita a mínima possibilidade de ressignificação do papel paterno negligenciado pelo ofensor, porque retornar ao – cômodo – estado da indiferença não o possibilitará reavaliar o compromisso ético da paternidade, inclusive, da experiência pessoal que sua miopia, ou mesmo cegueira ética e sentimental o impediu de vivenciar, e de se importar com as graves lesões que sua ausência acarreta.

---

[73] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[74] Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

E este é um ponto importante porque a ressignificação de seu papel paterno na vida do filho é indispensável para a tentativa de resgate ou (re)construção da relação familiar, como também para a (re)qualificação da vida do indivíduo abandonado.

A ideia de que a decisão judicial – magicamente – teria condições de repristinar o que nunca existiu é, no mínimo, irresponsável, e presta um desserviço à busca pela reconstrução das relações familiares, porque deixa a todos nos mesmos lugares, o filho abandonado, o pai ausente e os danos ainda a sangrar. Não há como ser materializada a ventilada vocação satisfativa *in natura* nos casos de abandono familiar porque a compensação supostamente satisfaz um dano pretérito, mas que se reitera diariamente ao longo dos anos de ausência, de frustrações e de ressentimentos.

Talvez a utilização mais inadequada do termo indenização seja para configurar na responsabilidade civil extrapatrimonial a possibilidade de materialização da tutela restituitória, porque *indene* é o adjetivo atribuído à pessoa que não sofreu perda ou que está livre dos prejuízos, ainda que pela reparação civil, o que não é possível nas relações familiares, pois não há compensação pecuniária que apague a dor do abandono, o vexame da privação ou a humilhação da injustiça do tratamento anti-isonômico com outros filhos; toda e qualquer dor, mesmo a aparentemente de menor grau, pois o abuso emocional da ausência paterna para uma criança ou um adolescente nunca é dor diminuta, até porque sua proteção deveria ser integral.

b) Tutela ressarcitória

Do mesmo modo, não há como imaginar que a tutela ressarcitória cumpra a função que a tutela restituitória não conseguiu na perspectiva dos danos extrapatrimoniais, de apagar a ofensa à subjetividade da vítima, fazendo como que em um passe de mágica, o trauma desapareça de sua vida e tudo fique bem. De acordo com Theodoro Júnior (2016, p. 2):

> Quando se cuida de dano patrimonial, a sanção imposta ao culpado é a responsabilidade pela recomposição do patrimônio, fazendo com que, à custa do agente do ato ilícito, seja indenizado o ofendido com o bem ou valor indevidamente desfalcado. A esfera íntima da personalidade, todavia, não admite esse tipo de recomposição. O mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível. A reparação, destarte, assume o feitio apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral. Atribui-se um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente

> na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesma do dano moral.

Na verdade, a tutela ressarcitória, nos casos de danos extrapatrimoniais, parece mais ter algum sentido para o agente causador do ato ilícito do que para a vítima; porque se a indenização pecuniária paga não consegue compensar integralmente a dor, a humilhação e as injúrias sentidas pela vítima, muito menos os efeitos persistentes, algumas vezes, perpétuos, provocados por tais ofensas; serve para quitar o ato ilícito, tornando o ofensor isento de qualquer cobrança judicial e social, uma vez que cumpriu com a pena que lhe fora imposta.

A tutela ressarcitória nos parece perpetuar o ciclo vicioso do dano, porque não auxilia em qualquer mudança de conduta ou ressignificação das partes, principalmente do ofensor, que, em regra, passa a ter duas posturas após o desfecho do processo judicial: alívio e certeza de impunidade, pois as consequências de seus atos foram brandas e levemente suportadas, o que importará em reiteração da conduta, com a continuidade do abandono afetivo; revolta, sentimento de injustiça e mais distanciamento da vítima, por entender que foi extorquido e que o intento da demanda judicial era a busca de vantagens financeiras indevidas, o que também importa em continuidade do abandono afetivo.

Ciente que a responsabilidade civil, nem pela função restituitória, muito menos pela ressarcitória consegue apagar os danos, mas tão somente compensar seus efeitos, cumpre trabalhar a função ressarcitória, por sua vez, a partir de sua importante função de garantir condições econômico-financeiras que possibilitem à vítima ao menos suprir as lacunas de sua formação educacional formal, de atenção básica de saúde física e de atenuação de danos psicológicos, por meio da oportunização de um presente e futuro melhores, ou menos sofridos, e de um tratamento adequado que busque racionalizar as razões do abandono para libertar a vítima da assunção de culpa, traumas e ressentimentos.

A indenização financeira possibilita a concretização de condições materiais básicas para uma vida politicamente relevante, qualificada, que valha a pena ser vivida e sentido o seu luto, a sua perda, de acordo com os conceitos a serem desenvolvidos de uma vida digna no Capítulo III.

O valor das indenizações, assim, deve levar em conta não só os danos sofridos pelo filho, mas também a perspectiva que venha a dissuadir o pai de reiterar sua omissão dolosa. Rosenvald (2017, p. 4631) defende que o comportamento do agente não pode ser tratado com eufemismos, nem mesmo jurídicos, porque tais escolhas não podem ser

tratadas na perspectiva da culpa, ainda que considerada grave, mas sim do dolo, uma vez que a postura do agente é reprovável porque "não apenas tem a intenção de praticar o ilícito, mas também quando é indiferente com relação às consequências danosas de seu comportamento"; não há ingenuidade ou descuido no abandono paterno-filial, mas ação deliberada, irresponsável e nada empática.

A culpa a ser tratada é só mais um dos perversos efeitos do abandono afetivo, a culpa que a vítima frequentemente assume pelo abuso psicológico, físico e sexual sofrido, pelo abandono, pela ausência; a sensação de que só foi abandonado porque não é merecedor de atenção e proteção.

O cálculo desse ressarcimento deve ser feito levando em consideração o futuro, para que seja capaz tanto de proporcionar à vítima a compensação de oportunidades que lhe foram negadas, como também pensando como agravante desta ausência irresponsável, para que o valor seja capaz de dissuadir o agente de – dolosamente – reiterá-las, uma vez que a indiferença com os danos que sua ausência imputou ao filho não pode ser relativizada[75].

Na verdade, a jurisprudência vem sendo construída de forma tímida quanto à fixação dos valores das indenizações, pois, com o aludido receio de monetarizar o afeto, acaba por amesquinhá-lo, esvaziando a sua importância, como será analisado no Capítulo IV.

Até porque não há lugar no Judiciário – em uma visão macro, como também no sistema de responsabilidade civil – em uma visão mais particularizada, para a manutenção de uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social como o atual, de ressignificação das relações familiares, notadamente quanto à reavaliação dos modelos de masculinidade em relação à afetividade e aos cuidados com os filhos; de reconstrução da função paterna.

É necessária uma superação do *estado da arte*, no qual os precedentes têm como parâmetros para o cálculo indenizatório a capacidade econômico-financeira das partes, agente e vítima; para se considerar, também, notadamente nas hipóteses de danos existenciais, a potencialidade lesiva dos danos – dolosamente – praticados pelo agente, ainda que de forma omissiva, mas sempre derivada de uma escolha deliberada, quando a

[75] Para Rosenvald (2017, p. 2680), a "acentuada reprovabilidade da conduta do ofensor e seu desprezo pela proteção de situações jurídicas existenciais e patrimoniais de terceiros serão aferidos como critérios para a fixação de um quantum adicional ao valor da reparação de danos".

conduta é indiferente com as consequências graves que o comportamento danoso importa à vítima.

Aliás, os danos são perpétuos e se reiteram sistematicamente a cada apoio negado, pedido de ajuda ignorado, vitória que não se compartilha, derrota que não se solidariza, a cada ausência em datas importantes, como aniversários, Dia dos Pais, Natal[76].

Ainda há a questão do tratamento diferenciado eventualmente dado a outro filho, que pode reverberar mais com a exposição que as redes sociais possibilitam dessa diferenciação ao se ostentar momentos recortados intencionalmente para projetar felicidade, intimidade e companheirismo; na cruel espetacularização da realidade dura e injusta que coube ao filho rejeitado.

Esse é um ponto interessante a se tratar, pois seja o tratamento diferenciado, propositadamente exibido, mostrado de forma exponencial nas redes sociais, para machucar, distinguir e humilhar o filho preterido e abandonado; ou ainda quando a exibição falseia a realidade, com a demonstração de cuidados apenas aparentes de relações plastificadas e artificialmente produzidos apenas para dar conta aos outros, pois, na verdade, há uma terceirização dos cuidados em regra para a avó, babá ou nova parceira; ou para se resguardar com a reserva de eventuais provas processuais que possam atenuar o valor de uma condenação financeira, mas que não importam em afeto de fato, no fortalecimento de laços de intimidade e de efetividade de afeto, de cuidado.

Essa realidade falseada, para Debord (1997, p. 15), "surge no espetáculo, e o espetáculo é real. Essa alienação recíproca é a essência e a base da sociedade existente", em que a parte mais vulnerável se vê como peça de um jogo estético que expõe ainda mais o seu abandono, sem que qualquer filtro ou efeito tecnológico possa maquiar a falta de cuidado a que está exposto[77].

---

[76] Schreider (2015, p. 40-41), defende que tais danos "se prolongam, quiçá por toda a vida da vítima, e que somente se consideram "compensados" em um momento temporalmente delimitado por força da exigência técnico-jurídica de redução do dano a uma cifra monetária, que será objeto de pagamento, quando, a bem da verdade, o que há, nessas hipóteses, são danos produzidos ao longo de toda uma convivência (ou não convivência) familiar duradoura, que se estendeu por anos a fio, e que, por isso mesmo, exigiriam espécies de reparação igualmente duradouras, se o que se estivesse perseguindo fosse efetivamente a reparação integral da vítima".

[77] Para Debord (1997, p. 138), o "espetáculo é a ideologia por excelência, porque expõe e manifesta em sua plenitude a essência de todo sistema ideológico: o empobrecimento, a sujeição e a negação da vida real. O espetáculo é, materialmente, "a expressão da separação e do afastamento entre o homem e o homem". A "nova força do embuste" que nele se concentrou tem por base essa produção".

Assim, considerando tais ponderações, não há como a fixação do valor da indenização seguir a tendência de rebaixamento para evitar o que se anuncia como o "aumento da indústria do dano moral", ou a tentativa de enriquecimento sem causa, como se as vítimas, no caso os filhos, estivessem buscando vantagens financeiras indevidas e interesseiras.

É difícil imaginar que alguém em condições razoáveis de sanidade optaria por ter sido abandonado ou negligenciado ao longo de toda a sua vida por seu próprio pai, ou mesmo ter isso exposto diariamente em redes sociais, somente para poder pleitear judicialmente uma compensação financeira; esse posicionamento culpabiliza a própria vítima pelo abandono, reforçando seus traumas.

É preciso, para que a tutela ressarcitória cumpra sua finalidade de compensar o lesado pelo prejuízo econômico sofrido, que lhe seja assegurado um caráter inibitório quanto à reiteração de práticas dolosas, de atos ilícitos praticados sem a devida preocupação com suas consequências, tão graves para vidas que o ofensor deveria ter tido o cuidado de proteger de traumas tão significativos.

A questão é que, ainda assim, no caso de danos existenciais, a maximização da compensação financeira a ser imposta a título de tutela ressarcitória não é o suficiente para resgatar a afetividade. Talvez cause, inclusive, o efeito contrário, o do aprofundamento do afastamento e da ausência por ter atingido a parte financeira e patrimonial, geralmente de extrema importância para quem não incluiu na sua vida a de seu filho, não o criou, não se importou com o outro cuja proteção lhe é confiada.

Rosenvald (2017, p. 2085) assegura que nenhum valor poderá suprir o abandono e posterior ausência, que é irreversível, tendo a decisão apenas efeito de transferência patrimonial entre o ofensor e a vítima.

> (...) nenhum ressarcimento, por mais que se assuma compensativo, poderá eliminar a perda produzida pelo ilícito. A responsabilidade não é capaz em um passe de mágica a retornar a um passado ideal e repor o lesado à situação anterior ao ilícito. A série de eventos desencadeada pelo comportamento ilícito é irreversível e o ressarcimento, quando muito, realizará uma alocação subjetiva de uma parte da riqueza monetária que transitará do ofensor ao ofendido.

E não se está buscando, primordialmente, a realocação patrimonial, até porque o muito que se poderia transferir nunca será o suficiente, nem para compensar a vítima, muito menos para fazer o ofensor mudar sua postura.

A indenização pecuniária consequente da tutela ressarcitória é uma tutela de natureza reativa, referente ao passado; diferente do dano existencial que é sentido desde sempre e, inclusive, reiterado no presente e no futuro.

Não há cálculo de danos e nem para fixação do valor indenizatório que seja suficiente para a compensação perpétua de uma ofensa que se repete como um moto contínuo, sem que haja a necessária mudança de conduta do ofensor; que importe verdadeiramente em sua ressignificação em relação à importância de sua atuação na função paterna, até então negligenciada.

c) **Tutela satisfativa**

A última tutela da responsabilidade civil a ser tratada neste capítulo, a tutela satisfativa, é a que mais nos interessa para a análise das respostas adequadas que a responsabilidade civil pode dar na resolução das questões de abandono afetivo nas relações familiares, porque trabalha na hipótese de imputação *in natura* da posição subjetiva parental não performada, ou pelo menos não de forma adequada – geralmente do papel paterno, com a imposição de obrigações de fazer, como a de se retratar de forma privada e pública – nas redes sociais, de conviver com o filho e participar de atividades e eventos escolares e familiares, mas principalmente, de assumir pessoalmente parte dos cuidados necessários a sua proteção.

A função satisfativa busca suprir o vazio de efetividade das duas tutelas anteriores – restituitória e ressarcitória, que nem teriam como satisfazer os danos decorrentes do abandono afetivo, até porque não têm essa função, como tratado nos tópicos anteriores.

Como vem sendo defendido ao longo deste capítulo, os juristas precisam trabalhar de forma criativa e prospectiva – tanto a doutrina, como a jurisprudência – para superar esse vazio de efetividade e, assim, garantir bases seguras para que, nos julgamentos de casos de abandono afetivo, sejam introduzidas disposições outras que a imposição de pena pecuniária. A mediação ou condenação do pai ao cumprimento de obrigações de fazer, para a atuação do seu papel, com a obrigatoriedade de acompanhamento profissional – psicopedagógico – que possibilite a reflexão e a mudança

de posturas, além da prestação de contas ao juízo, para que ocorra a devida assunção e cumprimento dos deveres de cuidado e proteção da prole.

No Capítulo IV será proposta a efetivação da prestação de contas e do acompanhamento pelo sistema de proteção à infância e juventude, do cumprimento com qualidade das obrigações impostas na decisão judicial; assim, um eventual descumprimento possibilitará o ingresso de medida judicial de cumprimento de sentença, para executar as obrigações não cumpridas.

Como as questões relativas à guarda, ao tempo de convívio e aos alimentos podem ser revistas, quando os fatos tiverem se modificado, ou se mostrarem inadequadas – aquém ou além do necessário, é possível que sejam readequadas as obrigações impostas, sempre que a efetiva proteção e assunção do compromisso ético de cuidar não venham sendo materializadas a contento, como previstas nos artigos 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.699 do Código Civil[78]; o que demonstra a necessidade de acompanhamento com prestações de contas objetivas e subjetivas, com a análise de frequência e boletins escolares, da caderneta de vacinação, de laudos médicos e psicológicos, além de entrevistas periódicas com os pais e filhos, como medidas eficazes de garantia de ressignificação das relações familiares naquele caso concreto.

Aliás, esse mecanismo pode, inclusive, ser cobrado diretamente pelo outro genitor, que tem legitimidade processual ativa para tanto, inclusive, requisitando informações diretamente nas escolas, nos postos de saúde e aos profissionais de saúde física e emocional, que trabalhem no setor público ou na iniciativa privada, como previsto nos artigos 1.583, § 5º, e 1.584, § 6º, do Código Civil[79].

As medidas – obrigações de fazer – ora propostas, no que concerne à ressignificação da relação entre pai e filho, precisam passar pela assunção das omissões e o compromisso expresso de não as reiterar. Assim, ainda que não seja o suficiente para

---

[78] Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.
Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

[79] 1.583/§ 5º. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.
§ 6º. Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R$ 200,00 (duzentos reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

satisfação do abalo da vítima, o reconhecimento pelo ofensor de sua omissão paterna, com a respectiva retratação pública, tem sido uma imposição que tem funcionado como um início satisfatório de entendimento entre pais e filhos, como o termo inicial da refundação da relação entre ambos, em uma perspectiva prospectiva.

Além de formalizar o comprometimento ético e inibir a reiteração da omissão no caso particular, o reconhecimento e a retratação pública – em redes sociais, por exemplo – possibilitam que outros genitores em situação semelhante de omissão da função paterna possam repensar suas condutas, ou pelo menos se sintam inibidos de terem que passar por situação semelhante. Claro que tal exposição depende da análise dos cuidados do caso concreto e da vontade dos envolvidos.

Tais obrigações de fazer, reforçadas pelas regras processuais de aplicação de multa diária por inadimplemento[80], podem e devem impor o comparecimento ou acompanhamento paterno às consultas médicas e psicológicas, reuniões e eventos escolares ou familiares, atividades esportivas e culturais dos filhos.

Não se trata de um adestramento ou condicionamento, mas de uma oportunidade à ressignificação da relação familiar, com a mudança da postura paterna; como, por exemplo, é o caso de motoristas infratores com a imposição de realização de cursos de direção defensiva; aos maridos agressores com a participação em oficinas, palestras e grupos de apoio com a finalidade de acolhimento e discussão sobre os modelos de masculinidade; aos toxicômanos e ébrios curatelados com a participação em grupos de terapia em grupo – Alcóolicos Anônimos e Narcóticos Anônimos.

Até porque a questão perpassa exatamente pelo modelo hegemônico de masculinidade, que não permite ao homem refletir, questionar o modelo e vivenciar a paternidade de forma mais satisfatória para si e para seu filho. Como defendido no Capítulo I, o mito da feminilização do afeto também estrutura o comportamento dos homens, gerando a falácia de que existe apenas um modelo hegemônico de masculinidade viril, os aprisionando a performar uma paternidade sem maiores vínculos emocionais e de cuidado, o que na maior parte das vezes é muito cômodo aos pais.

---

[80] Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.
§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

A imposição da tutela satisfativa oportuniza ao ofensor repensar sua postura de indiferença ao sofrimento psíquico, social e material de seu filho e, assim, buscar resgatar, ou mesmo construir, laços efetivos de afeto, que o possibilitem a vivenciar essa relação dialética de cuidado e proteção, passando a cumprir seu papel paterno.

Sem a perspectiva de inclusão da tutela satisfativa como medida criativa na sentença, é grande a probabilidade da imposição apenas da tutela ressarcitória importar em recrudescimento do afastamento entre pais e filhos, porque não é dado ao ofensor repensar sua conduta, muito pelo contrário, ele se limitará à dupla sensação de quitação e revolta com a obrigatoriedade de pagamento de indenização financeira.

A tutela satisfativa representa uma nova chance para ambos curarem, ou ao menos, amenizarem, os traumas e ressentimentos decorrentes do abandono familiar e poderem atuar de forma diferente suas subjetividades, para si e para com o outro. É a nova – ou uma nova chance – para o amor, para o (re)encontro, por meio de sua imposição para atuação da obrigação do dever objetivo de cuidado, dedicação e de se fazer presente.

Essa resposta do Judiciário se coaduna com uma visão comprometida com bases solidária e ética, na tentativa de refundar o modelo liberal-individualista de negar efeitos sancionatórios às obrigações de fazer subjetivas[81].

Na tutela satisfativa, a imposição de obrigação de fazer quanto à assunção de comprometimentos afetivos possibilita a quebra do paradigma liberal – ou pelos menos uma fissura, pensado para o modelo dos negócios jurídicos. O que se busca é o cumprimento da obrigação de fazer enquanto comprometimento ético-solidário com o outro – no caso, com o filho; com a efetivação da dimensão desta função para a tutela da subjetividade do outro, cuja responsabilidade objetiva é – por lei – do pai.

Não se trata de mera indicação ou sugestão, mas de imposição de obrigação de fazer com previsão de multa diária pelo descumprimento dos pontos mediados e aceitos pelas partes ou, em última hipótese, estabelecidos em sentença.

A discussão não importa na afirmativa da inadequação da responsabilidade civil às questões subjetivas e familiares, mas da necessidade de utilizar outro paradigma para a responsabilidade civil, cujas tutelas e funções devem ser trabalhadas – de forma criativa e comprometida – para possibilitarem o resgate e a refundação das relações interpessoais

[81] Rosenvald (2017, p. 2324) entende que o "sistema de responsabilidade civil se libertou da prisão patrimonialista e o ser humano conta com instrumentos próprios do direito, e não apenas aqueles do mercado, para desencorajar comportamentos capazes de violentar situações subjetivas existenciais".

e familiares em outra perspectiva, com a valorização da afetividade enquanto elemento de reconhecimento recíproco das pessoas.

2.2 Paul Ricoeur e a análise semântica da responsabilidade civil

Neste último tópico do presente capítulo, passaremos à tarefa de, com base na teoria filosófica de Paul Ricoeur tentar verificar se as respostas – possíveis – oferecidas pela responsabilidade civil restauram a qualificação política de uma vida até então desprovida de relevância para o pai que a abandonou – material e afetivamente, e que não se importou com as consequências que esse abandono acarreta à vida do filho.

A existência desse filho abandonado não vale para o pai o luto, o choro, muito menos o remorso. E se essa vida do filho não importa ao pai, menor relevância terá para os outros, e muitas vezes para a própria vítima, cuja autoestima, geralmente, fica bastante abalada ante a assunção de um sentimento de culpa pelo abandono sofrido.

O debate, então, extremamente relevante, consiste nas possíveis respostas que o ordenamento jurídico precisa dar para garantir o respeito aos direitos fundamentais das vítimas do abandono afetivo. Daí o porquê de se buscar dar à interpretação da responsabilidade civil um alcance que importe na efetiva proteção aos direitos intransigíveis das vítimas de danos existenciais decorrentes de abandono afetivo.

Assim, além da análise baseada nas interpretações jurídicas das funções inerentes à responsabilidade civil, é importante, nessa segunda parte do presente capítulo, ampliar a discussão para a interpretação filosófica dos possíveis alcances dessas funções.

A desqualificação política das vidas abandonadas – e, portanto, rejeitadas – é resultante da falta de condições subjetivas e objetivas básicas para uma existência digna da vítima, no caso, o filho negligenciado pelo pai.

Daí ser pertinente a relação da pergunta com a hipótese do abandono afetivo paterno-filial, uma vez que a falta das condições acima mencionadas – subjetivas e materiais – se encontra presente em boa parte dos casos de relações familiares, marcadas pelo desprezo ou pela indiferença afetiva e material dos genitores quanto às suas obrigações para com seus filhos.

Importante ressaltar que não se está reduzindo a dignidade humana à existência de condições materiais que oportunizem a satisfação das necessidades básicas de qualquer pessoa, longe disso. Na verdade, na hipótese do abandono afetivo paterno-filial, além da insegurança alimentar, da perda de chance de acesso à educação e saúde qualificadas, entre outras necessidades básicas asseguradas constitucionalmente, é necessário chamar

atenção para que a garantia do direito fundamental de proteção do filho, correlato ao dever fundamental de cuidado paterno, seja materializada com atos diários que importem em acolhimento, dedicação, pertencimento, solidariedade e presença, portanto, a atos que ultrapassam a manutenção material.

E, se o abandono material – inadimplência no pagamento de pensão alimentícia – redunda na possibilidade de prisão civil, com previsão expressa no Código de Processo Civil[82], o abandono afetivo não tem previsão legal de sanção específica ao responsável pelo dano, mas tão somente a proteção pelas regras gerais de reparação civil de danos extrapatrimoniais provocados pela ação ou omissão do agente, contidas no texto constitucional[83] e infraconstitucional[84], ou seja, por meio das cláusulas gerais de reparabilidade, inicialmente pensadas para a reparação de danos materiais decorrentes de relações negociais inadimplidas.

O cerne da questão é justamente esse, se é possível conferir sentido e importância a uma existência que nunca teve para o pai, que a abandonou afetiva e materialmente, por meio da imputação da responsabilidade civil.

Se a imposição da obrigação de compensar a vítima com o pagamento de uma indenização pecuniária, ou mesmo a possibilidade de prisão civil são respostas adequadas para a questão. Se tais regras são suficientes para a ressignificação das vidas desqualificadas pelo abandono, a do filho e a do pai. Ou se é necessário não se contentar com os limites dos precedentes judiciais sobre o tema, principalmente a oriunda dos tribunais superiores.

Para essas respostas o trabalho se socorrerá da análise semântica da responsabilidade civil proposta por Ricoeur (2008, p. 34-38), para quem a solução que impõe à pessoa, responsável por seus atos, o dever de arcar com a compensação

---

[82] Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

[83] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[84] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

pecuniária ou sofrer a punição decorrente de tais atos, já não é satisfatória, no que se faz necessário ir além, pensar além da "estabilidade da definição jurídica desde o início do século XIX" sobre a responsabilidade civil, fundada na definição clássica – para a ciência jurídica – do termo responsabilidade, que tem seu lugar de origem na filosofia moral, como conceito fundador.

Ricoeur (2008, p. 35) demonstra perplexidade com o que chama de uso contextual contemporâneo do termo responsabilidade, ante sua aparente imobilidade no seu uso jurídico clássico, qual seja, para o direito civil, "pela obrigação de se reparar o dano que se causou por sua falta, e em certos casos, determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo". O questionamento do autor se centra na aplicação da responsabilidade civil pelos juristas, com base em uma interpretação que precisa ser repensada. E analisamos essa inquietação sob a perspectiva específica das relações familiares.

Essa inquietação é derivada não apenas da falta de aprofundamento dos enunciados ante a complexidade dos temas contemporâneos, como das relações familiares disfuncionais, portanto, para o fato de não serem suficientes para darem conta do importante papel que a responsabilidade civil possui, de reparar danos injustamente cometidos, em boa parte dos casos, por pessoas com quem se estabelece relações de confiança, ou que têm o dever de proteger a vítima das ofensas praticadas.

A tragédia da ofensa ter sido perpetrada exatamente por quem deveria proteger a vítima, como no caso das relações familiares entre pais e filhos, é um dos pontos mais delicados da questão, e que motiva a necessidade de verificação de quais respostas podem ser dadas pela ciência jurídica para auxiliar na mudança da realidade de milhares de famílias brasileiras.

Daí o porquê da pertinência da discussão no tópico anterior, sobre as funções e tutelas possíveis à responsabilidade civil, e sua pertinência com a análise das posições de Ricoeur sobre a análise da responsabilidade civil.

A questão, portanto, não é menosprezar a responsabilidade civil como o instituto adequado para uma resposta eficaz à questão, mas sim repensar criativamente e de forma proativa suas funções e tutelas para que a resposta seja amplificada, qualificada e específica ao dano praticado e às necessidades da vítima.

Claro que o ofensor deve responder civilmente por seus atos, ainda que não os tenha desejado deliberadamente praticá-los, por conta do poder causal enquanto condição

de responsabilidade, como defendido por Jonas (2006, p. 165)[85], pois não há como o agente, no caso o pai, se desincompatibilizar, nem moral e nem legalmente, de suas obrigações de cuidado para com seu filho, ante a dimensão de direito fundamental gerado pela necessidade de proteção à infância e juventude; porque, independente da intenção do agressor, a responsabilidade pelo filho é objetiva.

Ricoeur (2008, p. 36) faz eco a essa posição; para ele, o uso indiscriminado do termo responsabilidade garante a elasticidade necessária para a sua ampliação jurídica, na perspectiva de que algumas pessoas são responsáveis – direta e objetivamente – por outras, ou por determinados bens, pois o "adjetivo responsável arrasta consigo uma diversidade de complementos: sois responsável pelas consequências de vossos actos, mas também responsável por outros, na medida em que são cometidos por vosso encargo ou ao vosso cuidado"; o autor conclui que a responsabilidade de um indivíduo alcança tudo e todos que ele direta ou indiretamente tenha condições de modificar a vida, independente da motivação de suas escolhas deliberadas – ações – ou negligenciadas – omissões.

A construção teórica de Ricoeur (2008, p. 36) se dá, necessariamente, quanto ao sentido, ou aos sentidos, que essa *resposta* pode ter, além das tradicionais ligadas à responsabilidade civil por atos ilícitos em negócios jurídicos, advindas comumente das funções punitiva e reparatória, já que

> A referência à obrigação não desapareceu nestes empregos difusos; tornou-se a de cumprir certos deveres, de assumir certos encargos, de manter certos compromissos. Em suma, é uma obrigação de fazer que excede o quadro da reparação e da punição. Este extravasar insistente que é sob esta significação que actualmente o termo se impõe em filosofia moral, a ponto de ocupar todo o terreno e de se tornar um "princípio", como em Hans Jonas e, em larga medida, em Emmanuel Lèvinas.

Ricoeur, assim como Jonas, entende que a função preventiva importa na assunção de compromissos éticos de fazer e de não fazer que jamais podem ser ignorados,

[85] Segundo Jonas (2006, p. 165), o poder causal é condicionante da responsabilidade, se tiver gerado dano, independentemente da intenção, no que o "agente deve responder por seus atos: ele é responsável por suas consequências e responderá por elas, se for o caso. Em primeira instância isso deve ser compreendido do ponto de vista legal, não moral. Os danos causados devem ser reparados, ainda que a causa não tenha sido um ato mau e suas consequências não tenham sido nem previstas, nem desejadas. Basta que eu tenha sido a causa ativa. Mas isso somente se houver um nexo causal estreito com a ação, de maneira que a imputação seja evidente e suas consequências não se percam no imprevisível".

ante o comprometimento prospectivo que o ordenamento jurídico tem com a infância e juventude, e a vinculação objetiva dos deveres paternos para garantir essa proteção.

O cerne do questionamento do autor se dá a partir do uso do verbo *responder*, sobre *quem* e sobre o *que* se deve responder, conjuntamente com o do verbo *imputar*, enquanto conceito fundador, que na teoria política importaria em fazer alguém prestar contas de sua conduta, em um sentido moral de retribuição, de reparar ou de sofrer a pena; como na hipótese da imposição do dever do pai de compensar financeiramente o filho pelo abandono afetivo; por tê-lo renegado desde a concepção, ou posteriormente, após seu nascimento; uma vez que esse pai responde objetivamente por seu filho, por seu sustento e pelo acompanhamento de sua criação, devendo ser imputada a responsabilidade pela inatuação desta função paterna.

De acordo com Ricoeur (2008, p. 38), imputar consiste em fazer alguém responder, por uma ação censurável, como o autor do ato ilícito. Seria colocar em sua conta uma falta passível de retribuição, ou seja, "uma acção previamente confrontada com uma obrigação ou com uma interdição que essa acção infringe"; portanto, faz-se correto o movimento da atribuição à retribuição, de imputar a responsabilidade a quem a tem, para responder por sua ação delituosa ou omissão.

Importante pontuar as questões que estamos tentando responder: é incontroverso que, legalmente, o pai responde objetivamente pelo filho – sobre *quem*, o ponto é como se delimita essa resposta – sobre o *que*? Assim, restando pacífico que o pai deve ser imputado a responder civilmente pela existência do filho, quais os limites dessa responsabilidade?

Como deve *responder* e o que deve ser *imputado* ao ofensor pelo dano existencial causado a outrem? As sanções patrimoniais e as imputações morais dão conta de resgatar politicamente a vida da vítima? No caso da responsabilidade civil por abandono afetivo paterno, tem o ofensor o direito de, ao traçar seu plano de vida, abandonar alguém por quem tenha obrigação legal e moral?

Tais questionamentos são importantes porque as escolhas individuais não podem ser legitimadas quando acarretam danos a outras pessoas a quem não poderia faltar, ainda mais ante o deliberado desprezo com as graves consequências advindas desse abandono; assim, a opção por uma trajetória que ignora a responsabilidade das obrigações paternas deve ser a de acarretar a imputação de responsabilidade pelo abandono afetivo e material, que não pode ficar restrita ao pagamento de uma indenização pecuniária.

A questão moral se dá justamente pelo fato de o agente não poder alegar a ignorância de que sua falta é um ilícito passível de responsabilização, na verdade, o genitor tem plena consciência de seu ato e não se importa com as graves consequências que o abandono afetivo causa ao filho; aliás, sequer tem a opção de ignorar ou desconhecer tais consequências.

A construção teórica de Ricoeur, de que a responsabilidade de uma pessoa por seus atos é inegável e importa – na perspectiva do direito civil – na obrigação de reparar os danos imputados a outrem, é maior na perspectiva de que o ofensor responde pela vítima, que legalmente é colocada a seu encargo e cuidados, como previsto no art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente[86]. Assim, a responsabilidade pelo outro vai além da reparação dos danos causados, pois "alguém é responsável pelas consequências de seus atos, mas também é responsável pelos outros, na medida em que estes são postos sob seu encargo ou seus cuidados e, eventualmente, bem além dessa medida"[87]; este é o ponto diferencial das relações paterno-filiais.

O dever paterno de cuidar do filho importa em um comprometimento ético de dedicação pela existência do outro, como explana Jonas (2006, p. 166): "a "responsabilidade" não fixa fins, mas é a imposição inteiramente formal de todo agir causal entre seres humanos, dos quais se pode exigir uma prestação de contas", porque lhe são imputáveis os danos advindos de sua ação ou omissão.

Não é mera retórica a possibilidade de exigência de prestação de contas, é a forma de exigir judicialmente a imputação do comprometimento moral paterno.

A responsabilidade dos pais pelos filhos não pode ser relativizada porque decorre de um dever fundamental de cuidado, de materialização de afeto, que é correlato a um direito fundamental do filho vir a ser protegido, e essa proteção vem sendo ampliada e se tornando mais complexa, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, com o reconhecimento do estado de vulnerabilização da criança e do adolescente, na verdade, de hipervulnerabilização em razão de um sistema-mundo cada vez mais hostil, competitivo e que captura a ideia de infância e juventude como objeto de trocas mercantis.

---

[86] Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

[87] Ricoeur, Paul. O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 34.

Esse reconhecimento impõe a proteção absoluta e integral à infância e juventude, assegurada tanto pelo texto constitucional, como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, além de um comprometimento subjetivo e moral, também é previsto no ordenamento, inclusive, quanto ao dever objetivo de cuidar e de prestar contas.

O dever de cuidado dos pais é, inclusive, anterior ao nascimento do filho, pois ao longo de sua gestação pode ser imposto ao pai proporcionar condições materiais com o pagamento de alimentos que possibilitem o suporte – também subjetivo, como a segurança e tranquilidade do estado gravídico da mãe[88].

A questão pode ter sua análise dividida sobre as perspectivas jurídica e moral, sendo que, para Ricoeur (2008, p. 53), no "plano jurídico, declara-se o autor responsável pelos *efeitos* de sua ação e, entre eles, pelos danos causados. No plano moral, a responsabilidade é por outro ser humano, outrem".

De acordo com Jonas (2006, p. 167), a conotação moral, assim, impõe que a responsabilidade civil seja apurada pela conduta em si, por suas consequências, e "pelo objeto que reivindica" o agir do agente responsável, pela dignidade do ser cuja existência foi negligenciada.

Pelo menos assim deveria ser, e às ciências jurídicas, ainda que não lhes seja possível resolver as questões do mundo, cabe ao menos impor a responsabilização das ofensas cometidas às existências negligenciadas, como nas relações familiares onde o abandono afetivo tenha ocorrido, porque o pai não atuou sobre o cuidado que o filho reivindica, necessita.

Esse papel de mediação dos conflitos, de terceiro para a imputação da responsabilidade, deve ser assumido pelo poder judiciário, ainda que não exclusivamente, na medida em que, "de todas as virtudes, a justiça é o lado orientado para outrem, uma vez que a justiça leva em conta a existência, as necessidades e as exigências da outra pessoa."[89]. Entretanto, não pode o ofendido se contentar em pedir, muito menos à Justiça em tão somente impor reparações para as situações pretéritas. É preciso pensar em como

---

[88] Nos termos do art. 2º da Lei n.º 11.804/2008, que dispõe sobre a obrigação paterna de custear alimentos gravídicos a gestante; a verba alimentar deve ser suficiente "para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis".

[89] RICOUER, Paul. O justo 2: justiça e verdade e otros estudos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 252.

impor condutas para o futuro, até para que o passado não se reproduza de forma ainda mais aguda.[90]

A exigência de respeito à vida de uma pessoa deve ser centrada em sua felicidade, que não pode ser apreendida apenas como uma reparação do passado, mas com a possibilidade de uma existência mais proveitosa para o futuro, com respeito à sua potência enquanto ser humano que deve ser pensado como alguém que ainda não é, como ensinou o poeta italiano Danilo Dolci, em sua "Poesia Diferente": "sonhando com os outros como agora não são: cada um só cresce se for sonhado".

Faz-se importante, desse modo, para a melhor explanação do problema, definir o conceito de pessoa humana enquanto ente central do ordenamento jurídico, titular de direito nas relações familiares e alvo de cuidados[91], com base na solidariedade, e não na hostilidade, pois, de outra forma, não poderíamos sustentar o abalo à existência do filho ante o não cumprimento pelo pai de seu dever fundamental de cuidado; dever fundamental que corresponde a um direito fundamental de proteção, cujo titular é o filho, notadamente nos momentos de maior vulberabilização de sua existência, a infância e adolescência.

A construção da ideia de pessoa se faz com base no outro e, portanto, na forma interpessoal de alteridade, com a ideia de *reconhecimento*, e na institucional, com a de *associação* (Ricoeur, 2008, p. 25). Desse modo, se a exposição da individualidade tem como base a narrativa pessoal com o *reconhecimento* no outro, é necessário analisar se essa associação social se dá de acordo com a ideia de *solidariedade* – enquanto ético comprometimento para o futuro, ou de *hostilidade*, comum em um ambiente familiar não acolhedor, disfuncional, que não assegure o sentimento individual de pertencimento a uma rede de apoio, compreensão e, consequentemente, de proteção e afeto, como nas hipóteses de abandono afetivo.

Cumpre, para delimitar metodologicamente os conceitos de *associação* e *reconhecimento*, tratar da forma como a pessoa se vê e se posiciona socialmente, se reconhecendo como pertencente àquele corpo social familiar, associando-se à sua cultura e aos seus princípios morais; e como é reconhecido por esse corpo familiar, se existem

---

[90] Para Rosenvald (2017, p. 808), "é muito cômodo para o potencial causador de um ato antijurídico ter o conhecimento de que o descumprimento do dever de conduta – seja por um ato ilícito como por um inadimplemento – ficará limitado ao montante dos prejuízos causados e nada mais. O agente percebe que a retribuição do sistema será inferior ao proveito auferido pelo ilícito".

[91] O conceito de sujeito de direito é usado no trabalho como sinônimo de pessoa humana, portanto, de titular de direito com reconhecida dignidade e igualdade com os demais. Segundo Comparato (2006, p. 458), a filosofia de Kant tem por base a "superioridade ética absoluta dos seres humanos em relação às coisas, e, de outro lado, a absoluta igualdade de todas as pessoas em sua comum dignidade".

laços recíprocos de afetividade e proteção, ou de hostilidade e indiferença; e, por fim, qual a forma de veridição desses valores sociais nas relações familiares, para se analisar como a responsabilidade civil pode ser utilizada nas relações familiares, não somente como fins reparatórios, mas, sobretudo, preventivos e prospectivos[92].

Honneth (2009, p. 155) comunga desse pensamento, de que a vida em comunidade se produz sob o imperativo do reconhecimento recíproco da pessoa com a outra, que deveria ser positivo; uma vez que a relação do sujeito com ele mesmo só faz sentido quando esta autoconcepção se dá por meio da normalização realizada pelo outro, em que o processo da vida social se dá pela coerção normativa recíproca como expressão social das subjetividades, pois a luta pelo reconhecimento estrutura a subjetividade individual e coletiva.

Essa coerção recíproca pode importar em autoconcepções positivas ou negativas, de acordo com o padrão social constante na construção daquela subjetividade individual; que pode gerar na pessoa um apreço pela sua situação, ou uma ideia negativa de si, quando estruturada em preconceitos e estereótipos normalizados por alguém ou por um grupo social, como a família, que rebaixam a autoestima do indivíduo, comum nos casos da rejeição sentida quando do abandono afetivo, e da consequente culpa assumida pela vítima[93].

É preciso, assim, verificar como esse indivíduo vai ser capaz de construir sua narrativa pessoal em suas relações interpessoais, com base em como foram construídas suas relações familiares, porque é o reconhecimento recíproco, positivo ou negativo, que permite ou impede a emancipação individual; a solidariedade familiar permite a percepção de relações simétricas positivas, protetivas e de apoio; o contrário, a falta de reconhecimento ou de aprovação de outra pessoa, é capaz de comprometer a compreensão positiva que o indivíduo tem de si; ainda mais se essa negativa de reconhecimento ou

---

[92] Para Rosenvald (2017, p. 526), "Entram em cena como substrato das referidas funções as teorias que veem a justiça intimamente associada à virtude. A lei se retira de sua neutralidade e passa a induzir os cidadãos à prática de comportamentos socialmente desejáveis, prevenindo danos iminentes e futuros, seja sob o argumento da coerção a uma pena civil em face de condutas reprováveis ou da precaução para que a prudência seja a tônica do exercício de atividades potencialmente danosas. Repensar hoje a responsabilidade civil significa compreender as exigências econômicas e sociais de um determinado ambiente. "Responsabilizar" já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, "responsabilizar" se converteu em reparação de danos. Na contemporaneidade, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos."

[93] Segundo Taylor (1998, p. 45-46), a falta ou a negativa de reconhecimento "pode ser uma forma de opressão que aprisiona alguém em um modo de ser falso, distorcido e reduzido. Para além da mera falta de respeito, isso pode infligir uma ferida dolorosa, sobrecarregando as pessoas com um paralisante ódio de si mesmas. O devido reconhecimento, portanto, não é mera cortesia, e sim uma necessidade vital".

mesmo reconhecimento hostil for oriundo de alguém de importância significativa na vida do indivíduo, como seu pai.

O não reconhecimento na esfera do amor, materializado no cuidado e na proteção parental, como tratado no Capítulo I, ainda que não de forma exclusiva, importa para o filho em desvalor pessoal decorrente de carências afetivas familiares, em exposição a diversas situações de risco pessoal e social. Por sua vez, quando o indivíduo é reconhecido de forma correta na primeira dimensão, a do afeto, em suas relações domésticas, ele vai mais seguro para a vida em sociedade, porque tem menos demandas e mais autoconfiança.

Por outro lado, quando não ocorre esse reconhecimento nas relações primárias, a sociedade, inicialmente representada por sua família, pode sempre lhe parecer o local da hostilidade e da negação, por não ser capaz de suprir as suas carências primárias.

Isso importará em dificuldade de se estabelecer relações de confiança e altruísmo com outras pessoas, muitas vezes pela própria autopercepção de si como alguém não merecedor de tais relações; pela incapacidade de confiar nos outros, muitas vezes como um meio de autoproteção para não ter de enfrentar novas frustrações e rejeições.

Juntamente com a autoconfiança e o autorrespeito, para alcançar a autorrealização completa, é necessário que o sujeito tenha autoestima e, para tanto, sua relação primária de reconhecimento, a familiar, é determinante.

Nesse sentido, Rizzardo (2019, p. 230) destaca as repercussões negativas da disfuncionalidade familiar decorrente do abandono afetivo; considerado pelo autor como ato ilícito que gera dever de reparação civil.

> O mais grave, porém, e com maiores repercussões negativas, está na privação do filho da convivência de um dos progenitores, decorrendo daí uma grande carga de carências e frustrações de ordem emotiva, sentimental e afetiva. Ocorre a indiferença afetiva de um genitor em relação a seus filhos, mesmo que não verificado o abandono material e intelectual. É direito dos filhos, e impõe-se por reclamo da natureza humana, a convivência com o pai e a mãe. O abandono afetivo constitui descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia. Ademais, a omissão caracteriza ato ilícito passível de compensação indenizatória. Realmente, apesar de existente em todos os tempos o abandono afetivo, nos últimos anos a matéria mereceu debates jurídicos, com o seu enfrentamento na justiça, por meio de ações indenizatórias, chegando, inclusive, ao Superior Tribunal de Justiça. Considera-se tal abandono o descumprimento dos deveres legais de cuidado, criação, educação e convivência, protegidos na Carta Magna.

> (...)
> Embora não caiba se falar em coesão familiar, e oferecer aos filhos uma estrutura regular da convivência com o pai e a mãe, o mínimo que se impõe como ditame fundamental da consciência, da moral, da natureza e da lei consiste na convivência regular com os progenitores, mesmo que espaçada, de modo a satisfazer o impulso natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu acompanhamento.
> Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis e irreversíveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções. Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios de humanidade.

Segundo Honneth (2009, p. 217-218), o padrão de relacionamentos, notadamente o que decorre do reconhecimento familiar, será decisivo para a qualidade e forma de autorrealização da pessoa.

> [...] a degradação valorativa de determinados padrões de autorrealização tem para os seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo a que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de autoestima pessoal, ou seja, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características.

A questão, dessa forma, se funda na defesa da atuação de papéis familiares de forma responsável, para que o núcleo familiar possa ser um lugar de proteção, de realização de relações éticas fundadas por laços de afeto e reconhecimento, para evitar danos existenciais decorrentes de coerções recíprocas negativas, que importem em ressentimentos, estigmatização social e negativa de direitos fundamentais.

Assim, o problema que se pretende responder no presente trabalho: em que medida os institutos clássicos da responsabilidade civil podem compensar os danos existenciais decorrentes das relações familiares? E se a reparação civil dos danos já suportados, aliada à imposição de obrigações futuras, fundadas no compromisso ético da reconstrução dos lações de afetividade, perdidos ou nunca estabelecidos, seriam eficazes para resgatar valor a vidas desqualificadas politicamente.

A resposta a ser dada, sem adentrar, nesse momento, na análise da responsabilidade civil, é de que, nas relações familiares, as pessoas não podem se tornar algozes e vítimas de suas próprias subjetividades, ainda quando estas tenham sido moldadas com base em reconhecimentos hostis, o que não é tarefa fácil.

Em seguida, a resposta confirma que é por meio do instituto civilista mais adequado para a resolução da questão, a responsabilidade civil, que teremos uma resposta mais adequada; ante sua aplicação ressignificada para a utilização de todo o seu potencial, após ter superado o paradigma de ter sido, tradicionalmente, pensada apenas como meio de resolução para a parte negocial do direito obrigacional.

A solução por meio da responsabilidade civil, para a tese, tem por finalidade a imputação e assunção do dever para com o outro que está sob a sua responsabilidade, com base em suas necessidades, no que ele reivindica; a partir de relações familiares embasadas na solidariedade[94].

Assim, a partir da construção de redes de solidariedade é possível defender que as relações familiares se estruturam a partir de normalizações recíprocas, realizadas tanto em suas relações internas, mas também no campo social. A noção de *solidariedade* será utilizada na tese, na perspectiva de que as pessoas devem defender o que têm em comum com os demais – a dignidade decorrente de sua condição humana; essa defesa deve ser feita nas relações com seus familiares, como também em uma perspectiva mais ampla, com o reconhecimento de uma identidade comunitária.

Esta noção de *solidariedade*, para Comparato (2006, p. 579), é entendida como o vínculo de adesão essencial ao reconhecimento dos direitos fundamentais de uma comunidade, na leitura de que os titulares desses direitos são os seres vulnerabilizados por suas precárias condições de vida e, consequentemente, pela marginalização que lhes

---

[94] Quanto à responsabilidade pelo outro, Ricoeur (2008, p. 54) sustenta que "a transferência em virtude do qual o outro vulnerável tende a substituir o dano cometido na posição de objecto da responsabilidade, encontra-se facilitada pela ideia intermediária de encargo confiado. É pelo outro que *está a meu encargo* que sou responsável".

é imposta ante tal miséria; o que pode ser trabalhado de forma análoga na relação familiar do filho abandonado afetivamente, na perspectiva desse abandono ser entendido como um dano existencial, o que agrava a sua condição já vulnerável de infante ou adolescente; vulnerabilização agravada se a tais condições se somam outros fatores estigmatizantes, como de raça, gênero, classe social e condições inatas pessoais, como necessidades especiais de locomoção ou transtornos físicos e mentais congênitos, muitas vezes agravados pelo abandono familiar.

O esvaziamento do poder familiar, enquanto previsão legal do dever de proteção do filho, ante o não cumprimento dos deveres paternos de cuidado e proteção, tanto materiais, como subjetivos, e os reflexos decorrentes desse abandono ao longo da vida da vítima importa na sua invisibilização, equivalente à sua insignificação enquanto sujeito de direito, o que contraria a atenção central da dogmática civilista, que Sarmento (2004, p. 121) afirma ser da "preocupação com o afeto nas relações familiares e com a tutela prioritária do interesse da criança".

Levando em consideração, inclusive, que o lugar do filho nas relações familiares já é vulnerabilizado, ou mesmo hipervulnerabilizado, pela sua condição de criança e adolescente dependentes dos pais, os adultos da relação, a resposta é de que a vulnerabilidade do filho o legitima a ser sujeito de direito que reivindica a responsabilidade do pai, o que nos permite concluir, conforme a lição de Ricoeur (2008, p. 54), que o pai é objetivamente "responsável pelo dano porque, antes de mais nada, se é responsável pelo outro".

Assim, os danos decorrentes do abandono dos filhos pelos pais não podem ser minimizados, em razão de atingirem a dimensão da própria existência das vítimas, que são sujeitos de direito, titulares do direito fundamental de proteção, correlato ao dever fundamental de cuidado dos pais, ou de quem os substitua nesse papel, como tutores e guardiões.

CAPÍTULO III

O RESGATE (?) DA QUALIFICAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICO DE UMA VIDA NUA

O presente capítulo foi dividido em 2 tópicos: 3.1 A vida nua do *homo sacer*; e 3.2 Do abandono familiar e o desvalor da vida.

O objetivo do capítulo é analisar sobre a perspectiva da dignidade humana a possibilidade de resgatar ou conferir pela responsabilidade civil a qualificação política a vidas que nunca tiveram – de fato – esse patamar garantido.

No primeiro tópico – 3.1 A vida nua do *homo sacer* – o debate se centra na perspectiva de Agambem e Butler sobre a desqualificação política do indivíduo sem proteção nenhuma, material, jurídica ou simbólica, cuja vida – se perdida – não vale o seu luto, enquanto estrutura social sistêmica de exclusão de pessoas indesejadas, notadamente, a partir da perspectiva da existência do filho abandonado pelo pai; o que demonstra a precarização da vida de boa parte dos indivíduos sob a ótica da governamentalidade neoliberal e da necropolítica.

Já no segundo tópico – 3.2 Do abandono familiar e o desvalor da vida – a discussão se centra nos conceitos trabalhados no tópico anterior, de *homo sacer* e *vida nua* para a análise do abandono afetivo nas relações familiares e a desqualificação da vida do filho nesse contexto, com a correlação de tais conceitos com o abandono afetivo, para contextualizar a vida desse filho como uma existência politicamente desqualificada e a possibilidade de ressignificação dessa existência por meio da responsabilização civil do ofensor.

3.1 A vida nua do *homo sacer*

Antes mesmo de trabalhar o conceito de *vida nua* enquanto uma vida politicamente desqualificada, sem proteção nenhuma, material, jurídica ou simbólica, é preciso delimitar o entendimento do termo *homo sacer*, que, na verdade, se entrelaça e faz sentido – pelo menos para o presente trabalho – com o de *vida nua*.

Agamben (2012, p. 15) trabalha a ideia do *homo sacer* como uma qualidade – ou falta de qualidade – do homem matável, cuja vida, principalmente sua continuidade, é decidida pelo soberano, uma vez que esta existência não é passível de sacrifício, não é digna de tanto. Assim, a vida do *homo sacer* é uma *vida nua*, matável, despida de proteção e valor, "que é conservada ou protegida somente na medida em que se submete ao direito de vida e de morte do soberano (ou da lei)", portanto, este soberano é o senhor de seu destino, com poderes para deixá-lo morrer.

O fundamento último do poder soberano é decidir sobre a vida nua do súdito[95]. E este súdito está inteiramente nas mãos do soberano, em razão do permanente – e arquitetado – estado de exceção de direitos a que está submetido, pelo próprio soberano, para o seu exercício do poder, de opressão[96]. Este estado de soberano faz a vida dos súditos mais precária do que naturalmente já o é, ante a fragilização ou mesmo negação completa de um estado de direitos humanitários que deveriam ser garantidos de forma segura, plena e indistintamente.

Assim, em uma realidade de um estado de exceção permanente, de crise que justifica a imposição de uma crescente vulnerabilização de vidas, em sua maior parte das consideradas como existências indesejáveis, sacras, a conclusão de Agamben (2012, p. 121) é de que "não existe mais uma figura predeterminável do homem sacro, é, talvez, porque somos todos virtualmente *homines sacri*", salvo os nobres, os eleitos, que tentarão manter – a todo custo – um *perpétuo preenchimento estratégico*[97] para a manutenção dos seus privilégios, na busca de distinção dos que alcunham de povo, dos *homines sacri*, socialmente estigmatizados como a parcela mais inculta da sociedade, numa estetização preconceituosa da maior parte da população.

---

[95] Agamben (2012, p. 149) defende que, "Na biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal"; e, assim, categoriza os indivíduos que devem morrer e os que podem viver.

[96] Segundo Agamben (2012, p. 16), o diagnóstico de Benjamin de que a tradicional precarização do oprimido é o que permite a manutenção do estado de exceção, se dá porque "o poder não tem hoje outra forma de legitimação que não seja a emergência, e por todos os lugares e continuamente faz apelo a ela e, ao mesmo tempo, trabalha secretamente para produzi-la (como não pensar que um sistema que pode agora funcionar apenas na base de uma emergência não esteja do mesmo modo interessado em mantê-la a qualquer preço?), mas também e, sobretudo, porque nesse ínterim, a vida nua, que era o fundamento oculto da soberania, tornou-se por toda a parte a vida dominante."

[97] A manutenção dessa hegemonia é um processo de consolidação de dispositivo de dominação. Segundo Deluchey (2016, p. 181), Foucault o cunhou de "*perpétuo preenchimento estratégico*, por meio do qual os atores do dispositivo conseguem renovar continuadamente, de forma sistemática e circular as funções estratégicas" de manutenção de seus privilégios com base na opressão e precarização das vidas da maior parte das pessoas.

Esse *perpétuo preenchimento estratégico* visa garantir, ainda que de forma fluída e não necessariamente organizada, por meio de políticas de exclusão, a manutenção dos privilégios de poucos e, consequentemente, a precarização da vida das demais pessoas.

A soberania, então, é exercida pelo arcabouço jurídico formal criado, interpretado e materializado para a manutenção de um estado de coisas que precisa estar sempre em alerta, em crise. Essa *suposta* conjuntura caótica do estado das coisas, meticulosa e estrategicamente pensada, sustenta políticas de exceção que justificam a precarização paulatina da maior parte das existências na sociedade.

É importante registrar que o destaque conferido no parágrafo anterior à ideia de suposta crise conjuntural se deu porque se entende que a arquitetura, implementação e perpetuação do estado de exceção são estruturais do sistema, na perspectiva de que as crises são cíclicas e, portanto, perenes, ainda que ora se apresentem mais fortes, ora menos intensas, mas o estado de caos é constante e importa na progressiva realidade de desmanche das políticas públicas e garantias sociais, na insuficiente e volátil segurança jurídica e institucional para o planejamento dos planos de vida pessoais e coletivos.[98]

Esse processo de precarização constante das relações sociais tem a participação decisiva das próprias pessoas fragilizadas, que sequer se dão conta das estratégias maniqueístas impostas às suas vidas, e de como as replicam nas vidas das demais pessoas em estado tão ou mais vulnerabilizado quanto as suas próprias existências. “Somos desfeitos uns pelos outros”, segundo Butler (2019, p. 44), somos todos constituídos e despossuídos por nossas relações; a construção social das subjetividades importa em estruturações e normalizações reiteradas no cotidiano.

Ademais, a realidade de alienação dos meios de produção, das subjetividades e dos reconhecimentos sociais, além da própria dominação material das riquezas por um número pequeno de pessoas, é estrutural no sistema-mundo capitalista.

O indivíduo, ideologicamente encapsulado pelo sistema capitalista e pela razão de mundo neoliberal, nega sua condição de oprimido, buscando sempre, ainda que sua situação pessoal seja tão fragilizada quanto é a de seu vizinho, colega de trabalho ou

---

[98] Berman (2007, p. 147) trata da pressão da economia na sociedade como fruto do modernismo e menciona a “incansável e insaciável demanda de crescimento e progresso; sua expansão dos desejos humanos para além das fronteiras locais, nacionais e morais; sua pressão sobre as pessoas no sentido de explorarem não só aos outros seres humanos, mas a si mesmas; a volubilidade e a interminável metamorfose de todos os seus valores no vórtice do mercado mundial; a impiedosa destruição de tudo e de todos que a moderna economia não possa utilizar – quer em relação ao mundo pré-moderno, quer em relação a si mesma e ao próprio mundo moderno – e sua capacidade de explorar a crise e caos como trampolim para ainda mais desenvolvimento, de alimentar-se de sua própria autodestruição.”

familiar, imputar um estado de vulnerabilidade ao outro e, assim, fragiliza-lo ainda mais, para que este possa estar em um estado – pessoal e socialmente reconhecido – pelo menos um nível abaixo que o seu, o que lhe permite uma distinção, ainda que quase sempre falsa.[99]

Foucault (2005, p. 32) defende que a dominação é exercida socialmente não apenas na perspectiva vertical, do soberano em relação ao súdito, pois há também a dominação horizontal entre os iguais ou assemelhados, assim, a dominação não ocorre apenas entre um grupo e outro, essa seria uma forma muito simplória e maniqueísta de tratá-la; a dominação se apresenta de múltiplas formas na sociedade, não, é exclusiva do "rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas" também a praticam. O autor retratou não apenas "a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que ocorrem e funcionam no interior do corpo social".

Butler (2015, p. 51), por sua vez, adverte que a precariedade da vida não é fruto da revogação ou da ausência de legislação protetiva específica, mas sim do "exercício do poder do Estado livre das restrições legais", e o ambiente favorável para a relativização das restrições legais é o de crise, em que as leis podem ser consideradas como antiquadas e ideologicamente trabalhadas como fontes de privilégios que atrapalham a eficiência do Estado e atravancam o fortalecimento do mercado; restando, assim, a valorização de êxitos individuais, com a valorização do aludido mérito pessoal, por meio da disseminação da ideia da meritocracia, como se o indivíduo sempre pudesse superar a falta de oportunidades materiais, sociais e culturais, inclusive, o abandono familiar, e alcançar qualquer espaço na vida pública, bastando, para tanto, que se esforce e seja uma vencedor.

Nesse sentido, é interessante como Foucault (2008, p. 81), ao tratar do risco epidemiológico da varíola no século XVIII, na Europa, fez a analogia entre o que chamou de fenômeno de disparada da contaminação, a sua aceleração cíclica, com o conceito de crise, que o autor entende que só poderia ser contida por um fenômeno superior, divino ou não: "crise é esse fenômeno de disparada circular que só pode ser controlado por um mecanismo superior, natural e superior, que vá freá-lo, ou por uma intervenção artificial".

---

[99] Para Debord (1997, p. 137), a ideologia produz um falseamento da realidade produzido em busca de distinção social: "A ideologia é a base do pensamento de uma sociedade de classes, no curso conflitante da história. Os fatos ideológicos nunca foram simples quimeras, mas a consciência deformada das realidades, e, como tais, fatores reais que exercem uma real ação deformante; tanto mais que a *materialização* da ideologia provocada pelo êxito concreto da produção econômica autonomizada, na forma do espetáculo, praticamente confunde com a realidade social uma ideologia que conseguiu recortar todo o real de acordo com o seu modelo".

Assim, ou se espera dos céus uma solução, ou se dá ao soberano o poder de intervir e resolvê-la; e quanto maior a crise, maior a permissão para a intervenção, maior a necessidade do remédio, do sacrifício, com uma maior disciplinarização para um maior controle da sociedade.

Dessa forma, as relativizações, ou mesmo as supressões das restrições legais, se tornam menos questionadas e aceitas como necessárias e almejadas em um estado de exceção constante, cujas garantias institucionais-jurídicas dificultam que se faça o que se vende como necessário, mesmo que essa conta seja – em regra – suportada por quem não criou e nem se beneficia da crise, muito menos das soluções arbitrariamente apresentadas.

Cria-se um ambiente de dicotomia entre os ideólogos de alguma utopia supostamente ultrapassada e as pessoas pragmáticas, sempre dispostas a assumir, ou melhor, a fazer as outras assumirem, um sacrifício passageiro que, na verdade, nunca acaba, em prol de um futuro mais benfazejo, em regra para as mesmas pessoas que já se encontram em uma posição social extremamente privilegiada.

Os que sempre se sacrificam, em regra, têm suas vidas nuas, no contexto de politização desqualificada da própria existência; na perspectiva de negar a ela um *status* de proteção jurídico-institucional. Nesse contexto, tal existência se enquadra como uma vida biopolítica, cujo cálculo de viabilidade decorre das relações de poder na perspectiva do controle da existência e, portanto, da morte, isto é, a concretização da necropolítica como a potencialização da precariedade da existência humana na governamentalidade neoliberal.

Para Butler (2019, p. 51), a "vulnerabilidade humana comum que surge com a própria vida", mas pode ser maior, caso a violência que a desampara não venha a ser contida por promessas minimamente cumpridas de proteção e apoio, tanto no âmbito familiar, como no espaço público, com garantias democráticas e institucionais.

A conclusão é que vivemos as consequências da radicalização da catalaxia[100], da análise e valoração da vida pela lógica econômica, a partir de uma governamentalidade centrada na morte como forma de construção da realidade, ante a negação de políticas públicas sociais de acesso ao básico material e imaterial; como também a partir da construção da narrativa da existência do outro como a do inimigo, sem utilidade e, assim,

[100] Segundo Cunningham (2009, p. 125), a catalaxia consiste na "aplicação das teorias e métodos econômicos ao estudo da política" de forma quase excludente, sem levar em consideração a complexidade das relações sociais e a necessidade de busca de soluções que restrinjam a análise das vidas das pessoas apenas como estatísticas para cálculo de viabilidade de atração de investimentos externos e da segurança do mercado.

passível de eliminação; o que justifica, então, a implementação da morte sistemática de milhares de vidas indesejáveis, inclusive por meio da humilhação, da indiferença e da orquestração do ódio entre as pessoas e entre os campos sociais.

A morte do outro não só se torna apenas fácil, cotidiana e naturalizada, mas também desejada, pois importa em um aumento de chances de uma vida mais cheia de oportunidades, ainda que – provavelmente – tais oportunidades jamais venham a se concretizar de fato, restando apenas a satisfação simbólica, o gozo efêmero, perverso e estéril da distinção social.

Essa busca – consciente ou não – de distinção, ainda que às custas do esgarçamento dos laços de solidariedade e da efetivação da competição acirrada entre as pessoas, é da ordem do desejo, que é individual, mas também decorrente de um processo induzido de hegemonização, que importa numa arbitrária imposição de um único modo de vida a ser seguido e na marginalização de todos os outros, tidos por errantes.

O estímulo da concorrência desenfreada entre as pessoas por bens, riquezas e oportunidades cada vez mais escassos, é fruto da produção artificial de um interesse coletivo pelo jogo do desejo e demonstra claramente o poder dos interesses dominantes do mercado, que, por sua vez, também servilizam o Estado[101].

Trata-se, assim, tanto de mortes simbólicas, como da negativa de condições básicas e de possibilidades do alcance de um patamar digno de existência; como também de mortes no sentido literal, com a extinção – fácil – de vidas de pouco valor, das pessoas que não se conformam, não seguem a ordem e teimam em resistir a serem submetidas à disciplina normalizadora, que torna normal tais comportamento de acordo com o padrão, neste caso, o do mercado.

O comportamento egoísta do indivíduo e as políticas predatórias dos direitos fundamentais em curso pelos Estados, em relação a direitos trabalhistas, previdenciários, educacionais, de saúde e de respeito à diversidade, relegam ao mercado o papel de depositário das esperanças da comunidade, com a aceitação de uma lógica social de direito privado.

---

[101] Foucault (2008, p. 95) defende que o "indivíduo, de resto, pode perfeitamente se enganar, em seu desejo, quanto ao seu interesse pessoal, mas há uma coisa que não engana: que o jogo espontâneo ou, em todo o caso, espontâneo e, ao mesmo tempo, regrado do desejo permitirá de fato a produção de um interesse, de algo que é interessante para a própria população. Produção do interesse coletivo pelo jogo do desejo: é o que marca ao mesmo tempo a naturalidade da população e a artificialidade possível dos meios criados para geri-la.", com a distinção cada vez mais turva entre o espontâneo e o assédio para criação e estímulo do desejo.

Os indivíduos, normalizados de acordo com o modelo planejado, estão aquém da capacidade de questionar a ordem, em razão de não terem em suas existências espaço, e muito menos tempo de pensar sobre isso, como também ante a necessidade primária de garantir seu sustento e de sua família.

Para Azevedo (2016, p. 77), a normalização disciplinar dos indivíduos importa na docilização e apagamento do pária, do indesejado, do *outsider*, do incapaz de se tornar normal. A "normalização disciplinar se destina, assim, a moldar as pessoas, seus gestos e atitudes, nos conformes do modelo primário. O normal passa a ser aquele que é capaz de se conformar a esta norma. Consequentemente, o anormal aquele que não é capaz".

Segundo Nietzsche (1998, p. 19), esse "ponto de vista da utilidade é o mais estranho e inadequado, em vista de tal manancial de juízos de valores supremos, estabelecedores e definidores de hierarquias". Esse critério de valor e desvalor do ser humano com base na utilidade, na produtividade e na capacidade de gerar lucro, amesquinha a própria condição do ser humano e a cria uma hierarquia entre as pessoas, que não é permitida pelo princípio da dignidade humana.

A metáfora apresentada na obra *Vigiar e punir*, da passagem da figura ideal do soldado do início do século XVII para o soldado fabricado em meados do século XVIII, claramente nos permite perceber o processo de adequação dos corpos dóceis. Nesse sentido, Foucault (1997, p. 133) trabalha a metáfora do amoldamento dos corpos dos soldados, que é a prática da política de controle dos corpos.

> Segunda metade do século XVIII: o soldado se tornou algo que se fabrica; de uma massa informe, de um corpo inapto, fez-se a máquina de que se precisa; corrigiram-se aos poucos as posturas: lentamente uma coação calculada percorre cada parte do corpo, assenhoreia-se dele, dobra o conjunto, torna-o perpetuamente disponível, e se prolonga, em silêncio, no automatismo dos hábitos; em resumo, foi "expulso o camponês" e lhe foi dada a "fisionomia de soldado".

A normalização dos corpos, tão relevante para a lógica da sociedade neoliberal, busca tornar os indivíduos opacos, sem distinção de cores, texturas, desejos; seres, então, adequados à normalidade pelo discurso hegemônico, por meio da propaganda ideológica, da fomentação de ódios, medos, inseguranças, rancores, ressentimentos ao outro, ao diferente, ao bárbaro; ou mesmo pela coação, pelo encarceramento – literal – do corpo

rebelde a papéis sociais – subalternos – definidos e naturalizados como seus neste mundo[102].

Foucault (1997, p. 134) assegura que é "dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado". Todos como autômatos, desesperados na luta diária pela sobrevivência, obrigados a viver um dia de cada vez, ante a incerteza factível, decorrente de duros golpes desferidos nas suas dignidades, na mensagem clara da inutilidade da tentativa de resistência contra uma força orquestrada, institucionalizada, letal.

Nas palavras de Nietzsche (1998, p. 33-34), essa construção do ser humano, ou desconstrução de sua humanidade, é um processo cultural de domesticação:

> Supondo que fosse verdadeiro o que agora se "crê" como verdade, ou seja, que o *sentido de toda cultura* é amestrar o animal de rapina "homem", reduzi-lo a um animal manso e civilizado, *doméstico*, então deveríamos sem dúvida tomar aqueles instintos de reação e ressentimento, com cujo auxílio foram finalmente liquidadas e vencidas as estirpes nobres os seus ideais, como os autênticos *instrumentos da cultura*.

A construção, ou desconstrução, de um indivíduo que se submeta à realidade que lhe é imposta, sem maiores questionamentos ou resistências, decorre de relações de poder. Como defende Foucault (1995, p. 235), decorre "do estado de violência econômico e ideológico, que ignora quem somos individualmente, e uma recusa de uma investigação científica e administrativa que determina quem somos", até porque passamos a nos reconhecer, a sermos reconhecidos e a reconhecer os outros a partir dessa construção.[103]

Nessa construção, sequer há, minimamente, uma justificativa legítima apresentada para sustentar quais indivíduos não devem viver e podem morrer, mas apenas a normalização[104] de uma realidade excludente ao extremo, não mais apenas em razão da

---

[102] Wollstonecraft (2016, p. 189) compara a docilização dos corpos dos soldados à das mulheres, chamando a atenção de leitores para que não se alardem por ela ter "comparado o caráter de um soldado moderno ao de uma mulher civilizada".

[103] Segundo Foucault (1995, p. 239), "Talvez, o objetivo de hoje em dia não seja descobrir o que somos, mas recusar o que somos. Temos que imaginar e construir o que poderíamos ser para nos livrarmos deste "duplo constrangimento" político, que é a simultânea individualização e totalização própria às estruturas do poder moderno".

[104] O entendimento de Foucault (2009, p. 75) é de que "a disciplina estabelece os procedimentos de adestramento progressivo e de controle permanente e, enfim, a partir daí, estabelece a demarcação entre os que serão considerados inaptos, incapazes e os outros. Ou seja, é a partir daí que se faz a demarcação entre o normal e o anormal. A normalização disciplinar consiste em primeiro colocar um modelo, um modelo

ausência – arquitetada e propositadamente não implementada – de políticas públicas que poderiam evitar tais mortes, mas, ao contrário, a partir da implementação de políticas públicas para concretizar e acelerar – em grande escala - tais mortes, de forma sistemática.

E os critérios – silenciados ou mencionados por meio de sofismas, ou ainda de mensagens subliminares – são sempre embasados em fatores estigamatizantes, identificados como desvalores, porque decorrentes de condições sociais e coletivas de raça, de gênero e de classe social.

O controle disciplinar dos corpos e das mentes por meio da biopolítica estrutura essa utilidade social com os critérios acima identificados – raciais, sexistas e de classe, principalmente para descartar as forças improdutivas. Segundo Foucault (2005, p. 37), ainda que não seja algo incontestável, o controle sobre os corpos destinados a servir não admite desperdício, que deve ser combatido duramente.

> (...) como o corpo humano se tornou essencialmente força produtiva a partir dos séculos XVII, XVIII, todas as formas de dispêndio irredutíveis a essas relações, à constituição de forças produtivas, todas as formas de dispêndio manifestadas em suas inutilidades foram banidas, excluídas, reprimidas.

A nova razão mundial baseada na consagração do mercado enquanto local – por excelência – de veridição[105], baseado na instrumentalidade das relações interpessoais em sociedades empresariais, impõe a compreensão nas ciências socias e, notadamente, no campo jurídico, das transformações sociais estruturantes, inclusive, como não poderia deixar de ser, para a ciência jurídica que, por sua vez, também é instrumentalizada para legitimar tais transformações, por meio da relativização de normas que asseguram garantias fundamentais que, por sua vez, tenham o potencial de obstaculizar a busca incessante do lucro e da competividade.

A linguagem neutra e asséptica do Direito, e sua suposta utilização técnica em peças, decisões e pareceres descontextualizados da realidade opressora, sem o enfrentamento das desigualdades construídas sob a justificativa da tecnicidade, nada mais é do que o escancaramento da política.

ótimo que é construído em função de certo resultado, e a operação de normalização disciplinar consiste em procurar tornar as pessoas, os gestos, os atos, conforme a esse modelo, sendo normal precisamente quem é capaz de se conformar a essa norma e o anormal quem não é capaz".

[105] Deluchey (in Lemos, 2015, p. 67) afirma que há um cálculo de interesses feito a partir da perspectiva da verdade do mercado, pois não "há nada fora do apropriável, fora do espaço de trocas, do mercado."

Não há como, em nome da isonomia formal de gêneros, raças e classes sociais, positivada nos textos legais e na própria Constituição Federal[106], pressupor a desnecessidade – ao se apreciar um caso concreto – de promover a isonomia material das partes litigantes, reconhecendo a realidade e as vulnerabilizações então contextualizadas; uma vez que toda decisão é política, inclusive as que se apresentam como meramente técnicas, por supostamente apenas determinarem o cumprimento literal do texto positivado, uma vez que o próprio processo de positivação da norma e sua aplicação – por si só – refletem relações de poder social, econômico e jurídico.

Foucault (1979, p. 63-64) questiona sobre o valor e a utilidade do soberano numa sociedade cuja medida da verdade é o mercado:

> O governo em seu novo regime é, no fundo, uma coisa que já não tem de ser exercida sobre sujeitos e sobre coisas sujeitadas através desses sujeitos. O governo vai se exercer sobre o que poderíamos chamar de república fenomenal dos interesses. Questão fundamental do liberalismo: qual o valor de utilidade do governo e de todas as ações do governo numa sociedade em que é a troca que determina o verdadeiro valor das coisas?

A relativização das garantias fundamentais – no caso brasileiro, principalmente as constantes do texto constitucional de 1988 e dos tratados de direitos humanos internacionais – ante a irresistibilidade da racionalidade neoliberal e da imposição de sua lógica concorrencial, se dá de acordo com a ideia de governamentalidade[107] de Foucault (1979, p. 291-292), enquanto o amálgama de estratégias;

> instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitam exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança.

---

[106] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[107] Foucault (1995, p. 247) defende que o sentido estrito do termo governamentalidade importa em "relações de poder que foram progressivamente governamentalizadas, ou seja, elaboradas, racionalizadas e centralizadas na forma ou sob a caução das instituições do Estado".

Essa governamentalidade neoliberal do homem em estado de constante concorrência importa na normalização do afrouxamento dos laços de solidariedade e reconhecimento em bases afetivas, de cuidado com o outro, mesmo dos mais próximos, como os familiares.

Neste sentido, Dardot e Laval (2016, p. 216) enfatizam que o poder de homogeneização dos comportamentos e o apagamento dos indivíduos ou grupos divergentes se dão pela participação nas escolhas individuais, "para agir sobre as antecipações imaginárias dos indivíduos: para reforçar o desejo (pela recompensa), para enfraquecê-lo (pela punição), para desviá-lo (pela substituição do objeto)".

Os comportamentos e as subjetivações esperados, até porque ideologicamente induzidos, têm caráter notadamente precários quanto à solidariedade, ou qualquer desvio da atenção e do tempo do indivíduo, que deve ser focado à busca da produtividade e do lucro; e relegando à marginalidade, à ordem do indesejado, os indivíduos e grupos sociais dissonantes, que resistam em enxergar o que se apresenta como óbvio e hegemônico, irresistível, ante a aparente falta de espaço ou de utilidade de qualquer esforço, ou modo de vida em contrário.

A questão seria a tentativa de construir ou reconstruir nossa individualidade fora da lógica da subjetividade imposta pelas relações de poder. Essa difícil tarefa de ressignificação, para Foucault (1995, p. 239), exige um esforço grande para "nos liberarmos tanto do Estado quanto do tipo de individualização que a ele se liga"; como hoje se apresenta – ainda de forma extremamente tímida – o despertar da tomada de consciência da necessidade de combate ao sexismo e racismo estruturais e estruturantes em nossa sociedade, os quais, inclusive, justificam o abandono familiar comum dos pais em relação a seus filhos.

Tais relações de poder, que se refletem nas ações e omissões dos indivíduos sobre os outros, como nas dos pais, que deveriam agir no intuito de proteger e cuidar de seus filhos; mas que, na realidade do abandono, importa no poder negativo da omissão, com a normalização do desvalor do filho, tanto subjetivamente para o próprio, como socialmente para os demais, com a estigmatização do indivíduo que sequer é filho de alguém, ainda que de um qualquer, porque, na realidade, é filho de ninguém e, assim, passa a ter uma vida nua, politicamente desqualificada.

Se, de um lado, a homogeneização dos comportamentos leva a uma concorrência predatória que esgarça qualquer laço de solidariedade entre as pessoas, inclusive, os familiares, de outro, fica mais fácil aceitar e até de desejar a eliminação do outro, mesmo

que simbólica, ainda mais quando se reforça a ideia – já naturalizada – de que nada mais poderia ser feito para evitá-la, até porque aquela vida nem tinha tanta valia, assim, nem valia o luto.

Para Mbembe (2018, p. 6), a questão central para justificar a necessidade de trabalhar a ideia de uma política centrada na eliminação de vidas indesejadas por estratégias de sistematização da morte fundada na necropolítica, é se o conceito de biopoder de Foucault, sobre o qual a prática da governamentalidade neoliberal se embriaga, é suficiente para responder às seguintes perguntas:

> sob que condições práticas se exerce o poder de matar, deixar viver ou expor à morte? Quem é o sujeito dessa lei? O que a implementação de tal direito nos diz sobre a pessoa que é, portanto, condenada à morte e sobre a relação que opõe essa pessoa a seu assassino/a? Essa noção de biopoder é suficiente para contabilizar as formas contemporâneas em que o político, por meio da guerra, da resistência ou da luta contra o terror, faz do assassinato do inimigo seu objetivo primeiro e absoluto?

Na busca de tais respostas, o autor entende que, ao se considerar a política como uma forma de guerra[108], não necessariamente a de conflitos armados entre países, mas sim a dos conflitos cotidianos pela sobrevivência no interior das sociedades nacionais, esta, a política, não seria apenas uma forma para se alcançar a soberania, mas sim, o exercício do direito soberano de matar.

A política da morte, implementada com a prerrogativa e o pressuposto de que a eliminação de vasta camada da população é mais do que pretendida, ante as razões de mercado, é necessária e está em curso em marcha total.

Para responder as perguntas acima, Mbembe (2018, p. 8) relacionou o conceito de *biopoder* de Foucault com as noções de *soberania* e de *estado de exceção*, de Agamben, já defendido acima e entendido "enquanto um arranjo espacial permanente, que se mantém continuamente fora da lei", de forma premeditada e com o cultivo de um estado

[108] Foucault (2005, p. 22-23) inverte o aforismo de Clausewitz e defende que "a política é a guerra continuada por outros meios. O que significaria três coisas. Primeiro isto: que as relações de poder, tais como funcionam numa sociedade como a nossa, têm essencialmente como ponto de ancoragem uma certa relação de força estabelecida em dado momento, historicamente precisável, na guerra e pela guerra. E, se é verdade que o poder político para a guerra, faz reinar ou tenta fazer reinar uma paz na sociedade civil, não é de modo algum para suspender os efeitos da guerra ou para se neutralizar o desiquilíbrio que se manifestou na batalha final da guerra. O poder público, nessa hipótese, teria como função reinserir perpetuamente essa relação de força, mediante uma espécie de guerra silenciosa, e de reinseri-la nas instituições, na desigualdade econômica, na linguagem, até nos corpos de uns e de outros."

geral de crise, apreensão e receio que o torne defendido pela maior parte das pessoas, e facilite a vontade despótica do soberano de decidir pelo merecimento da morte ou da vida do súdito.

A ideia de biopolítica é trabalhada por Foucault como o poder soberano sobre os corpos e a vida dos súditos, numa sociedade de controle, em que o valor da vida é tarifado pelo mercado.

É importante ressaltar que Foucault (2005, p. 34-35) não identifica o poder como algo homogêneo ou fácil de ser identificado, muito menos como algo que pertence a um grupo exclusivo de pessoas, mas, como algo que circula as pessoas, ligando-as muito mais na perspectiva de classe, ou do campo político que se identificam, mesmo que não de forma direta e unânime, até porque as pessoas "jamais são o alo inerte ou consentidor do poder, são sempre seus intermediários", pois o poder "transita pelos indivíduos, não se aplica a eles"[109].

Para Foucault (2005, p. 40), a circularidade do poder importa em sua análise "para o âmbito da dominação (e não da soberania), para o âmbito dos operadores materiais, para o âmbito da sujeição, para o âmbito das conexões e utilizações dos sistemas locais dessa sujeição e para o âmbito, enfim, dos dispositivos de saber". Assim, o estudo do poder para além da soberania – jurídica e estatal – consiste em analisá-lo "a partir das técnicas e táticas de dominação".

O poder, assim, seria um mecanismo complexo de relações de força para a repressão. De acordo com Foucault (2005, p. 21), "o poder é essencialmente o que reprime".

A sujeição do indivíduo pelo soberano é feita, sempre que possível, de forma sofisticada, e legitimada pelo ordenamento jurídico, sem a necessidade da força explícita. Há a necessidade do encapsulamento do soberano para que o Estado possa servir como instrumento para o exercício do poder dos interesses econômicos predominantes naquela sociedade; e as forças econômicas nas sociedades neoliberais já aprisionaram o Estado há muito tempo, para este que legitime juridicamente a perpetuação das desigualdades, por

[109] Ainda segundo Foucault (2005, p. 35), "não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo – dominação de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras -; ter bem em mente que o poder, exceto ao considerá-lo de muito alto e de muito longe, não é algo que se partilhe entre aqueles que o têm e o detêm exclusivamente, e aqueles que não o têm e são submetidos a ele. O poder, acho eu, deve ser analisado como uma coisa que circula, ou melhor como uma coisa que só funciona em cadeia."

meio da legislação, das decisões judiciais, das pautas nos parlamentos e das políticas públicas, ou de suas ausências.

Neste sentido, de implementação de políticas públicas destinadas a precarização de existências indesejadas, Agamben (2012, p. 146) defende que há uma categoria jurídica nova, a da "vida sem valor", indigna de ser vivida e, assim, de ser preservada, porque "corresponde ponto por ponto, ainda que em uma direção aparentemente diversa, à vida nua do homo sacer", do excluído de qualquer proteção do Estado, do invisível – porque invisibilizado – para a sociedade.

O *homo sacer*, nessa ótica, é o insacrificável, o indigno de sacrifício, o indivíduo que tem sua existência "incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta *matabilidade*)", e que sustenta o fato de que a exceção – o estado de exceção – se tornou a regra, e que a eliminação da vida do súdito seja a política central do soberano (Agamben, 2012, p. 16).

A proteção do Estado à vida, ou a algumas vidas, em conjunto com a decisão de deixar morrer, é o que Agamben (2012, p. 149) defende como a conversão da biopolítica em tanatopolítica[110], pois na "idade da biopolítica este poder tende a emancipar-se do estado de exceção, transformando-se em poder de decidir sobre o ponto em que a vida cessa de ser politicamente relevante".

Assim, a exceção passa a ser a regra, tanto pelo quantitativo de vidas que abarca, quanto pela normalização dessa realidade, ante a indiferença, ou mesmo desprezo, ao destino de tais existências tanto por parte do soberano, como de parcela significativa da sociedade, alimentada na ideologia neoliberal.

Esse *homo sacer* não tem direito a uma existência com uma finalidade relevante, com a consideração a seu plano de vida individual e coletivo, digno de respeito e incentivo para ser concretizado, ao contrário, tais planos de vida individuais ou coletivos importam em resistências a serem aniquiladas.

Definida a ideia do *homo sacer*, que no contexto atual talvez seja mais representativo tratar como *homines sacri*, por ser a realidade das trajetórias das vidas da maior parte das pessoas, em que a negação das condições básicas de um viver digno é a regra, cumpre, então, correlacioná-la com a de *vida nua*.

Segundo Agamben (2012, p. 9), os gregos, para tratar da vida, utilizavam dois termos: *zoé*, que importa apenas no fato de se estar vivo, que é comum a todos os seres

[110] Mbembe (2018, p. 71), por sua vez, cunhou o termo necropolítica como "as formas contemporâneas que subjugam a vida ao poder da morte".

vivos; e *bíos*, que, por sua vez, condiz com uma forma específica e qualificada de viver, de um indivíduo ou de um grupo.

Assim, Platão e Aristóteles, quando justificavam a vida contemplativa dos filósofos, só o poderiam fazer em relação à *bíos*, porque estavam tratando de uma vida qualificada, que não se confundia com a vida natural, a *zoé*. Há, portanto, uma clara distinção entre o simples fato de se estar vivo e o de viver uma vida politicamente qualificada e plena.

Agamben (2012, p. 16) define a vida nua como a vida matável, e trata da politização da vida nua como

> tarefa metafísica por excelência, na qual se decide da humanidade do vivente homem, e, assumindo esta tarefa, a modernidade não faz mais do que declarar a própria fidelidade à estrutura essencial da tradição metafísica. A dupla categoria fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas vida nua-existência política, zoé-bíos, exclusão-inclusão.

Essa vida matável, a do *homo sacer*, cuja existência política foi negada, e que se encontra nua de qualquer proteção ante a sua intrínseca precariedade potencializada – fruto da precarização decorrente da negativa de condições básicas, não pode ser resgatada apenas com a imposição da responsabilidade civil sob o viés estritamente obrigacional, que se disponha a compensar civilmente a existência perdida por meio da imposição do pagamento de uma indenização financeira.

A solução pecuniária reforça o dogma da patrimonialidade da responsabilidade civil. Ademais, sequer a distinção social é capaz de assegurar a vítima, no seu contexto definida como credor; assim, nem mesmo para a própria lógica da sociedade capitalista, a compensação civil – por si só – confere dignidade às vítimas e aos seus familiares.

Pelo contrário, somente reforça a estigmatização social do ofendido e de seus familiares, como pessoas que buscam se aproveitar da condição de vítima para auferirem vantagem financeira, com a aludida precificação do afeto. Como também, importa numa solução oriunda do próprio campo a que se dirigem as críticas, com o reforço da reificação da existência humana.

Segundo Schreiber (2015, p. 41), a despatriamonialização da responsabilidade civil é necessária para sua aplicação contemporânea no ordenamento jurídico, notadamente em relação a danos oriundos de relações familiares.

> A Responsabilidade Civil, entretanto, foi construída para perseguir essencialmente a eliminação do conflito surgido em relações patrimoniais, por meio de um ato pontual e asséptico (pagamento do valor monetário) do réu, que mantinha com a vítima uma relação social não mais que episódica. O recurso à Responsabilidade Civil como instrumento de solução dos conflitos surgidos em relações familiares exige adaptações interpretativas – possíveis e viáveis, diga-se – que evitem o desenho de uma falsa solução. Uma dessas adaptações interpretativas consiste justamente no afastamento da exclusividade da reparação pecuniária, pois é evidente que a quantia monetária não pode desempenhar, no âmbito das relações familiares, o papel de mecanismo exclusivo de reparação dos danos sofridos. Se a despatrimonialização da reparação já é recomendada – e até seguida – em outros setores do Direito Civil, trata-se, no campo do Direito da Família, de necessidade indispensável.

É preciso, portanto, ressignificar tais existência nuas – do *homo sacer*, ou, por fim, reconhecer o significado intrínseco a suas humanidades.

Isto porque as vidas nuas, portanto, matáveis, seriam indignas de serem vividas por terem perdido o valor não só para o vivente, mas para a sociedade em geral, ante a sua inutilidade.

A imposição do pagamento de indenizações pecuniárias reforçaria sua pouca valia, confirmaria que tal existência é equivalente a alguns milhares de reais, geralmente suportados pelo ofensor sem maiores sacrifícios financeiros ou patrimoniais, mas incomparáveis aos sacrifícios existenciais suportados pelas vítimas[111].

E quando a vida cessa de ser politicamente relevante ela se torna nua, expostas às suas vergonhas, não tendo como esconder suas partes pudendas, como Pero Vaz de Caminha, representando o soberano lusitano, descreveu, quando da chegada em solo brasileiro, a vida dos indígenas, que viriam a ser, até os dias de hoje, massacrados pela expansão comercial do sistema-mundo capitalista rumo a um lucro incessante, vítimas de genocídio desde a chegada dos europeus por aqui.

O exemplo da vida dos indígenas, assim como a dos filhos abandonados, cujas existências não têm validade, é o de vidas cujas potencialidades são sabotadas, a cuja

---

[111] Baudrillard (2002, p. 13) trabalha a ideia da dívida impagável sob a perspectiva do pecado original: "É assim que Nietzsche analisava o estratagema de Deus: ao resgatar, ele, o Grande Credor, a dívida do homem através do sacrifício do Seu Filho, fez com que essa dívida não pudesse jamais ser resgatada por seu devedor, porque já tinha sido quitada por seu credor – e criou, assim, a possibilidade de uma circulação sem fim dessa dívida, que o Homem levará consigo como sua culpa perpétua. Essa é a esperteza de Deus."

própria finalidade – a busca da felicidade – é negada, porque não possuem grande importância na lógica do mercado[112].

A necessidade de se ressignificar tais vidas para lhes garantir condições básicas de existência é imprescindível, sob pena de continuarmos a lhes negar reconhecimento político. Agamben (2012, p. 146) entende que há um limite, um limiar da vida, "além do qual a vida cessa de ter valor jurídico e pode, portanto, ser morta, sem que se cometa homicídio", ou seja, abaixo desse limiar só resta aceitar a materialização de uma morte simbólica do ser:

> É como se toda valorização e toda "politização" da vida (como está implícita ao fundo, na soberania do indivíduo sobre a sua própria existência), implicasse necessariamente uma nova decisão sobre o limiar além do qual a vida cessa de ser politicamente relevante, é então, somente "vida sacra" e, como tal, pode ser impunemente eliminada. Toda a sociedade fixa este limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais sejam os seus "homens sacros".

É preciso ressignificar tais existência, ou mesmo reconhecer o significado intrínseco a suas humanidades e ampliar, ao menos, o limiar da normalização da morte simbólica dos indivíduos cujas vidas tenham pouca valia.

3.2 Do abandono familiar e o desvalor da vida

Os conceitos trabalhados no tópico anterior, de *homo sacer* e *vida nua*, são pertinentes à análise do abandono afetivo nas relações familiares e da desqualificação da vida do filho nesse contexto.

O que se fará, daqui para frente, é relacionar tais conceitos com o abandono afetivo, para contextualizar a vida desse filho como uma existência politicamente desqualificada e a possibilidade de ressignificação dessa existência por meio da responsabilidade civil.

Essa correlação é extremamente importante para o trabalho, na busca da resposta de como imputar responsabilidade civil ao indivíduo pelos danos existenciais causados a

---

[112] Para Agamben (2012, p. 141), o ser humano "é um ser de potência, que pode fazer e não fazer, conseguir ou falhar, perder-se ou encontrar-se –, o homem é o único ser em cujo viver está sempre em jogo a felicidade, cuja vida é irremediável e dolorosamente destinada à felicidade. Porém isso constitui imediatamente a forma-de-vida como vida política."

outrem, especificamente quando o pai abandona o filho à própria sorte, negando-lhe a proteção e os cuidados necessários ao longo de sua gestação, infância e adolescência, até sua vida adulta, realidade de grande parte das famílias brasileiras em que os pais sequer registram seus filhos, ou se o fazem, logo em seguida o abandonam material e afetivamente, ainda que posteriormente, quando os filhos assumem sua orientação sexual, realidade comum no Brasil[113].

Esta cruel realidade ficou ainda mais injusta com a pandemia de Covid-19, pois, de acordo com os dados coletados pelo IBGE, o número de registros civis de nascimentos de crianças feitos apenas pela mãe é maior em 2022 do que há cinco anos. Somente nos meses de janeiro a abril do ano de 2022 foram registrados quase 57 mil nascimentos de crianças sem o nome do pai. Nos anos de 2020 e 2021 foram mais de 320 mil registros de nascimentos de crianças sem o nome paterno.[114]

Como já quase 40% das famílias brasileiras são protagonizadas por mulheres, o reflexo no endividamento feminino e consequente piora na qualidade de vida nos lares brasileiros é uma realidade agravada com a recessão, assim como os reflexos a longo prazo na desestruturação econômica, social e das forças produtivas do país; uma vez que as mulheres, além de receberem em média 25% menos do que os homens, são as primeiras a perderem os empregos com a diminuição da atividade econômica, segundo dados divulgados pela Confederação Nacional do Comércio[115].

---

[113] Segundo o Censo Demográfico 2010, do IBGE, 87,4% das famílias monoparentais no Brasil são formadas apenas por mulheres e filhos. Disponível *in* www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-15,55,-17,-18,128&ind=4704. O projeto Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça do IPEA – Instituto Pesquisa Econômica Aplicada, disponível no sítio eletrônico ipea.gov.br/retrato/indicadores_chefia_famlia.html, apresenta dados da PNAD – Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios do IBGE, colhidos nos anos de 1995 e 2015, que atestam o crescimento de 105% no percentual de famílias chefiadas por mulheres no Brasil, que alcançou o patamar de 40,5% do total dos lares. Infelizmente, os dados mais recentes, que deveriam ter sido colhidos no Censo de 2020, deixaram de ser feitos ante o adiamento do censo por conta da pandemia de Covid -19 e dos recorrentes cortes de verbas para a sua realização, reflexos da política de morte então em curso no Brasil, notadamente pós Golpe Parlamentar de 2016.

[114] "De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil tem mais de 11 milhões de mulheres que são as únicas responsáveis pelos cuidados com filhos e filhas. 63% das casas chefiadas por mulheres estão abaixo da linha da pobreza", *in* https://www.brasildefato.com.br/2022/05/09/cartorios-registram-crescimento-de-maes-solo-no-brasil-em-cinco-anos

[115] Segundo Marilane Teixeira, pesquisadora do Cesit/IE – Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho, do Instituto de Economia da Unicamp – Universidade de Campinas, "o aumento maior entre as mulheres se deve à combinação da crise atual com fatores históricos, uma vez que as mulheres nunca contaram com condições de igualdade no mercado de trabalho. A especialista lembrou que as mulheres recebem salários 25% menores, em média que os homens. E essa diferença chega a 40% entre as brasileiras negras. Além disso, em momentos de crise, costumam ser as primeiras a ser demitidas", *in* https://pt.org.br/economista-explica-por-que-mulheres-sao-as-maiores-vitimas-do-endividamento/.

Fica evidente que a igualdade de gênero é basicamente formal e que a positivação da igualdade entre homens e mulheres, presente, inclusive, no texto constitucional, não altera a construção da estrutura social, até porque o parâmetro dessa discussão é sempre o masculino, com a desconsideração das posições e contribuições que as mulheres podem trazer sobre o tema.

Segundo Pereira (2012, p. 95), a questão da divisão sexual e social do trabalho deve ser analisada na perspectiva de um *apartheid* feminino, culturalmente construído e estruturante, que não será alterado com a publicação de textos legislativos, ainda que constitucionais.

> A questão está em que o princípio da igualdade transcende o campo normativo. Os fatos geradores do *apartheid* feminino, hoje menos acentuado em algumas sociedades, estão na essência da própria cultura. Os ordenamentos jurídicos são também tradutores destas culturas. Portanto, apesar da proclamação da igualdade pelos organismos internacionais e pelas Constituições democráticas do fim deste século, não está dissolvida a desigualdade de direito dos gêneros. A mulher continua sendo objeto da igualdade, enquanto o homem é o sujeito e o paradigma desse pretenso sistema de igualdade. Isto, por si só, já é um paradoxo para o qual o Direito ainda não tem resposta: qualquer tentativa e normatização sobre a igualdade terá como paradigma um discurso masculino.

Será por meio da implantação de políticas públicas que tenham por finalidade a igualdade de gênero que a realidade pode começar a ser alterada, a despeito do reconhecimento legislativo da isonomia entre homens e mulheres. A questão, portanto, consiste na dificuldade de proposição e implantação de políticas públicas que não sejam idealizadas, coordenadas e fiscalizadas por homens, com o paradigma masculino como modelo.

Ademais, as alterações podem melhorar as condições das mulheres no mercado de trabalho, nas relações familiares, quanto à segurança e saúde física e mental feminina, mas a igualdade, de fato, só pode ser alcançada com a alteração das bases estruturantes do sistema-mundo capitalista, que é dependente da divisão sexual e social do trabalho para sua reprodução.

É importante ressaltar que, conjuntamente a um comportamento tipicamente oriundo de um marcador social de gênero, a realidade demonstra que os marcadores de classe social e de raça estão indubitavelmente presentes; o que nos remete ao pensamento

de Angela Davis, quando trabalha o conceito de interseccionalidade, de não hierarquização das opressões[116].

Nesse contexto, segundo o Portal da Transparência da Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais (Arpen – Brasil)[117], dos 6.254.230 nascimentos ocorridos a partir do período oficialmente declarado como pandêmico até os dias atuais, especificamente de 01/03/2020 até 15/07/2022, 384.919 registros foram feitos sem o nome paterno.

Tais dados demonstram que, a par das consequências mais visíveis, como a não concretização de melhores oportunidades materiais de educação, alimentação ou de moradia, há a ausência sentida na alma pela falta do afeto, que seria materializado no cuidado diário, na proteção, em se importar, no exemplo, na companhia, jamais concretizados ante a ausência de quem deveria ser o primeiro homem na vida do filho.

É possível trabalhar essa ideia do abandono afetivo do filho com a construção de Butler (2015, p. 13) sobre a vida que não é passível de luto, que não é enlutável, ou seja, que não é valorizada a ponto de sua perda ser sentida, de deixar um legado para os que ficam, de não poder ser considerada como qualificada do ponto de vista político:

> e uma vida específica não pode ser considerada lesada ou perdida, se não for considerada viva. Se certas vidas não são qualificadas como vidas, desde o começo, não são concebidas como vidas de acordo com certos enquadramentos epistemológicos, então essas vidas nunca serão vividas nem perdidas no sentido pleno dessas palavras.

Os rituais de despedida ou de passagem, alegres ou tristes, com mais formalidades ou com extrema simplicidade, representam um marco de passagem na vida de todos os seres humanos. O luto é necessário e importa em demonstração de respeito para com a pessoa falecida e com a que permanece viva, que precisa enfrentá-lo para poder seguir[118]; negar o luto a alguém é não permitir que dele se tenha memória e receba as homenagens.

---

[116] DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe. – 1ª. ed. – São Paulo: Boitempo: 2016, p. 12.

[117] *In* https://transparencia.registrocivil.org.br/painel-registral/pais-ausentes

[118] Peixoto (2021, p. 53-54) descreve essa sensação de luto de um filho com a morte de seu pai de forma muito profunda: "Pai, debaixo do teu nome o dia em que nasceste, o dia em que morreste. Lembras-te de quando te trouxe? O silêncio, o luto, e eu quis te levar. O carro parou. Parou a chuva no céu. E eu quis-te levar. Fizeste tanto por mim, fizeste-me, e só pude te levar. Segurei uma pega, e o teu peso disse-me coisas de pai, e atravessei muito tempo, e deixei-te sobre dois paus sobre a cova, para te baixarem com cordas. E a terra sobre ti, a terra a cair sobre ti, a terra. Sobre ti, o peso da tua campa sem cruz, da terra, das manhãs todas."

E quem se nega a viver o luto geralmente esconde a sua dor ou não se importa com a morte de quem se foi, em uma profunda demonstração de indiferença e desprezo.

A discussão passa a ser em que condições uma vida, ou um conjunto delas, pode ser apreendida como precárias ou precarizadas socialmente, na perspectiva política do termo, a ponto de sequer merecer ser enlutada; uma vez que a precariedade da vida é uma condição inata a qualquer ser vivente, e não poderia ser diferente com os humanos.

As operações de poder maximizam a precariedade para alguns, enquanto para outros tal vulnerabilidade – intrínseca à existência humana – é minimizada.

No caso da relação familiar, especificamente paterno-filial, há uma clara precarização da existência do filho ante o enquadramento do abandono paterno, que importa na perda não sentida, impassível de luto, de sentido da vida do filho.

Há uma questão ética a ser tratada quando se pensa no reconhecimento da vida dos outros, pois Butler (2015, p. 19) considera que um indivíduo é moldado para o reconhecimento, para ser "um sujeito reconhecível", pois, na verdade, a "condição de ser reconhecido precede o reconhecimento".

O filho abandonado afetivamente, sob essa ótica, não é reconhecido pelo pai, e nem pelos outros, e tem negado o reconhecimento da potência de sua existência, cujo limiar foi rebaixado ao rés do pé do chão, uma vez que sua vida sequer é reconhecida enquanto uma vida, como sustenta Butler (2015, p.17).

As vidas dos indivíduos sem direito estão fadadas a um luto contínuo e vasto, cuja possibilidade de ressignificação é extremamente difícil, porque tais existências sequer são reconhecidas como relevantes em suas relações familiares, ou para alguns de seus familiares, redundando em uma verdadeira perda de si, que importa em não ter alcançado o direito a ter um estatuto político básico.

O ponto é exatamente esse, o enquadramento de um indivíduo, ou de uma classe de indivíduos em seres passíveis de reconhecimento, ou não, a ponto de suas existências não serem consideradas nuas; o que a autora chama de marcos de reconhecimento, e questiona o porquê de as normas existentes atribuírem reconhecimento de forma diferente aos indivíduos: com base em que critérios ou parâmetros, em que sistema de valor? Tendo que existências como paradigma?

Com base nessas questões, a pergunta que Butler (2015, p. 20) faz é "o que poderia ser feito para mudar os próprios termos da condição de ser reconhecido a fim de produzir resultados mais radicalmente democráticos?". Uma vez que tanto a vida, quanto a morte, enquadradas na lógica capitalista, são estruturadas para confundir, ou firmar em

premissas falsas o senso das pessoas da compreensão da realidade e, assim, aceitar a atribuição de desvalor a determinadas existências como algo natural ou de merecimento.[119]

O enquadramento, na perspectiva de um dispositivo de poder que precisa de estratégias de dominação que permitam sua continuidade hegemônica, também passa por um preenchimento e rompimento estratégicos perpétuos, que o permita se amoldar para continuar amoldando a realidade e o reconhecimento dessas vidas, a ponto que às vidas precarizadas possam ser negadas qualquer valor a tal ponto que suas perdas não sejam sentidas, lamentadas ou homenageadas, isto é, passíveis de luto.

Para Butler (2015, p. 28), "os enquadramentos que, efetivamente, decidem quais vidas serão reconhecíveis como vidas e quais não o serão devem circular a fim de estabelecer sua hegemonia". Não há, dessa forma, um espaço para um meio viável de vida que não seja na perspectiva hegemônica de um enquadramento binário de reconhecimento, ou de não reconhecimento de determinada vida.

A questão é que o enquadramento que legitima o reconhecimento é baseado em premissas de sucesso econômico-financeiro e de poder, valorizadas pelo mercado, que além de constituírem premissas equivocadas, na perspectiva da proteção da dignidade humana, são absolutamente excludentes, porque há uma escassez natural de alguns bens provocada pela alta concentração nas mãos de poucos, dessas riquezas, bens e oportunidades.

Sob esse ângulo, para Butler (2015, p. 32), a precariedade de uma vida implica no fato de que a mesma, invariavelmente, depende do reconhecimento do outro, de alguma forma, e que é necessário algum tipo de cuidado, uma espécie de "rede social de ajuda", para que a precariedade intrínseca da vida humana seja vencida e se permita a concretude da própria vida em toda a sua potência; essa rede social de ajuda ou apoio decorre do reconhecimento daquela existência como a de um igual[120].

---

[119] Segundo Nietzsche (1998, p. 37), "Se os oprimidos, pisoteados, ultrajados, exortam uns aos outros, dizendo, com a vingativa astúcia da impotência: "sejamos outra coisa que não os maus, sejamos bons! E bom é todo aquele que não ultraja, que a ninguém fere, que não ataca, que não acerta contas, que remete a Deus a vingança, que sem mantém na sombra como nós, que foge de toda maldade e exige pouco da vida, como nós, os pacientes, humildes, justos".

[120] Segundo Butler (2015, p. 32), "Nós não nascemos primeiro e em seguida nos tornamos precários; a precariedade é coincidente com o próprio nascimento (o nascimento é, por definição, precário), o que quer dizer que o fato de uma criança sobreviver ou não é importante, e que sua sobrevivência depende do que poderíamos chamar de "uma rede social de ajuda". É exatamente porque um ser vivo pode morrer que é necessário cuidar dele para que possa viver. Apenas em condições nas quais a perda tem importância o

A questão é que esse reconhecimento não é a regra das relações sociais, quando a busca por distinção social o é; e a precarização do outro só me distancia de sua vida miserável e que sequer é passível de pena, de luto[121]. Sem laços de solidariedade estabelecidos com base em reconhecimento não há como se contar como redes sociais de apoio.

Essa ausência de cuidado, ou rede social de apoio ou ajuda, então, quando negado na própria origem familiar da pessoa, importa em um enquadramento de vida extremamente precarizado, ainda mais se somada a questões de gênero, orientação sexual, raça e classe social.

Já que todas as vidas são, de uma forma ou de outra, precárias, minimizar a proteção, os laços de solidariedade, ou mesmo, agravar os riscos da vulnerabilização da existência da maioria, geralmente a partir da lógica acima apresentada, da interseccionalidade de gênero, raça, sexo e classe social, se dá pela fragilização da rede de ajuda que o indivíduo terá para ter qualificada, ou não, a sua existência.

Daí porque a questão não é indistinta ou uniforme, mas tem matizes diferentes; a precarização não ocorre da mesma forma em qualquer vida. Butler (2015, p. 38) entende que a "questão não é saber se determinado ser é vivo ou não, se ele tem o estatuto de "pessoa"; trata-se de saber, na verdade, se as condições sociais de sobrevivência e prosperidade são ou não possíveis" no contexto de sua existência, isto é, se ele conta ou não com alguma rede de apoio – social de ajuda.

Por outro lado, para além da estrutura familiar, não há como negar que as condições sociais e políticas são indispensáveis para a viabilidade de uma vida, e que o papel do Estado é muito importante, por meio da materialização de políticas públicas positivas, que segundo Butler (2015, p. 41) importem em:

> compromissos positivos no sentido de oferecer os suportes básicos que busquem minimizar a precariedade de maneira igualitária: alimentação, abrigo, trabalho, cuidados médicos,

valor da vida aparece definitivamente. Portanto a possibilidade de ser enlutada é um pressuposto para toda vida que importa."

[121] Essa busca de distanciamento, de não reconhecimento, para Louro (2000, p. 70), importa na "demarcação de fronteiras tem importantes efeitos simbólicos, sociais e materiais. É preciso demarcar o lugar do outro – simbolicamente, indicando o que significa estar lá; social e materialmente, excluindo e separando o sujeito que o ocupa. A linha divisória também diz dos limites da identidade hegemônica. Há que notar que, se a identidade normal é a grande referência, ela também se produz tomando o outro como limite e fronteira. Rejeitado ou negado, o "outro" é, ao mesmo tempo, indispensável."

> educação, direito de ir e vir e liberdade de expressão, proteção contra maus tratos e opressão.

O problema é que esse compromisso ético é contrário à lógica do sistema capitalista, que para se manter e reproduzir precisa garantir a maximização das redes de proteção de poucos e, consequentemente, a precarização da vida dos demais.

A lógica da governamentalidade neoliberal é pela maximização de metas fiscais e orçamentárias do Estado, para que cada vez mais seja diminuta sua capacidade de responder às complexas demandas da sociedade.

Butler (2015, p. 46 e 47) sustenta que "a condição precária também caracteriza a condição politicamente induzida de maximização da precariedade para populações expostas à violência arbitrária do Estado", ainda que – tragicamente – somente a esse possam recorrer.

E temos aí, então, a circulação hegemônica dos enquadramentos trabalhando para um agravamento sistemático, notadamente, para quem mais precisa de políticas públicas que possam amenizar a vulnerabilização de suas existências, oportunizando redes de apoio inexistentes nas relações pessoais e familiares dos indivíduos.

Sobre esse ponto, não deixa de ser oportuna a reflexão sobre como a necropolítica do Estado brasileiro enxerga e trata os povos indígenas, os quilombolas, os ribeirinhos, os pobres, os negros, as mulheres, os homossexuais, bissexuais, transexuais, transgêneros, refugiados, entre outros degenerados e descartáveis, ao olhar de boa parte da gente de bem de nossa sociedade.

A questão da negação ou da insuficiência – quantitativa e qualitativa – de redes de apoio públicas que possam garantir melhores condições materiais e de reconhecimento às existências mais vulnerabilizadas, decorre, entre outros fatores, da dificuldade de participação dessas pessoas no espaço público.

A participação ou o empoderamento de parcela invisibilizada da população, por meio de seu protagonismo nas discussões, definições, fiscalizações e execuções de políticas públicas pertinentes aos seus interesses mais diretos, poderia alterar suas realidades, evitando, inclusive, a institucionalização de políticas públicas ineficientes e paternalistas que, em regra, em nome da ordem, não facilitam o respeito necessário à alteridade das pessoas para a construção de relações sociais menos assimétricas[122].

---

[122] Nesse sentido, Wollstonecraft (2016, p. 190), de forma irônica, sustenta que "as mulheres devem ter representantes, em vez de serem governadas arbitrariamente, sem qualquer participação direta nas deliberações do governo". O contexto de sua fala, a situação das mulheres e dos trabalhadores no final do

Biroli (2016, p. 746), sustenta que

> A participação na política institucional amplia os recursos para a politização e ressemantização das experiências e dos problemas enfrentados pelas pessoas. Trata-se de um âmbito privilegiado das disputas, em que se definem quais são as necessidades prioritárias e o que seria preciso para atendê-las, assim como para a construção coletiva e validação política dos interesses. A exclusão sistemática de alguns grupos expõe o caráter hierarquizado da democracia, mantendo-os numa condição de sub-representação e de marginalidade no debate público, na construção de normas e políticas públicas.

No Brasil, somente 17,7% das cadeiras da Câmara dos Deputados são ocupadas por mulheres, após as eleições de 2022, o que corresponde a 77 das 513 vagas disponíveis. A representação feminina era tão baixa, que o aumento do número de deputadas em relação à legislatura anterior é expressivo, de 300%[123]. A atual legislatura do Senado Federal tem apenas 14 mulheres ocupando as 81 vagas[124].

No Poder Executivo ocorreu um aumento expressivo, mas ainda não a paridade esperada, de apenas quatro ministérios ocupados por mulheres ao longo do mandato do ex-presidente, derrotado nas últimas eleições, Jair Bolsonaro, para 11 ministérios ocupados por mulheres, no início da gestão do terceiro mandato do atual Presidente da República, Luiz Inacio Lula da Silva[125].

Nesse contexto, fica claro o porquê da insuficiência de políticas públicas sérias para a representação dos interesses do gênero feminino, o que representa a captura do Estado para a permanência de uma realidade de violência, inclusive, simbólica, com a reprodução de imagens estigmatizantes sobre famílias disfuncionais em razão da criação dos filhos sem a figura masculina como elemento central, num reforço da ideia patriarcal do desvalor da mulher em geral e, especificamente, na chefia da sociedade conjugal.

---

século XVIII na Inglaterra, não é muito diferente do atual, em todas as partes do mundo, ainda que mais graves em alguns países, como no Brasil, porém, "como se encontra o conjunto de sistema de representação nesse país, somente uma conveniente manivela para o despotismo, elas não precisam reclamar, já que são tão bem representadas quanto uma numerosa classe de mecânicos trabalhadores, que paga pelo sustento da realeza quando mal consegue pão para alimentar os filhos".

[123] Segundo dados disponíveis na página eletrônica da Câmara dos Deputados (https://www.camara.leg.br/noticias/911406-bancada-feminina-aumenta-18-e-tem-2-representantes-trans/), acessada em 04/02/2023.

[124] Conforme as informações da página eletrônica do Senado Federal (https://www25.senado.leg.br/web/senadores/em-exercicio), acessada em 04/02/2023.

[125] Informações disponíveis no sítio eletrônico https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/12/29/governo-lula-batera-recorde-de-dilma-em-numero-de-ministras-veja-os-numeros.ghtml, acessado em 04/02/2023.

O moto contínuo do sistema capitalista impõe, para Butler (2015, p. 53), o entendimento de que, “quando essas vidas são perdidas, não são objeto de lamentação, uma vez que, na lógica distorcida que racionaliza sua morte, a perda dessas populações é considerada necessária para proteger a vida dos “vivos”.”

Foucault (2005, p. 286 e 287) defende que isso se dá porque o biológico foi estatizado, ou seja, o Estado, inicialmente por meio da vontade do soberano passa a ter direito sobre a vida do súdito, a fazer morrer e deixar viver, na ideia de que o súdito é neutro do ponto de vista de sua vida e de sua morte. Mas, como o poder se exerce do lado da morte, e o Estado trata de

> completar esse velho direito de soberania – fazer morrer ou deixar viver – com outro novo direito, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de “fazer” viver e de “deixar” morrer.

Nesse viés, fica mais clara a pertinência da afirmação feita acima, de que nenhuma indenização financeira será capaz, por si só, de compensar a perda das existências de pessoas cujas vidas necessitam – na lógica do sistema capitalista – ser perdidas, até porque jamais foram protegidas, pois não valem o luto e suas perdas não serão sentidas ante sua origem, geralmente oriundas das periferias; vidas estas, em regra, negras, pobres, invisibilizadas.

Nesse contexto é que se defende a pertinência da discussão sobre as indenizações pecuniárias arbitradas aos pais que foram indiferentes ao longo da existência dos filhos, negando a estes o reconhecimento familiar afetivo desde o nascimento – muitas vezes desde a sua concepção; ou posteriormente, quando se lançam em novas aventuras amorosas ou sexuais; ou quando os filhos nascem com alguma questão mental ou física; quando os filhos demonstram ou assumem suas orientações sexuais; como também as arbitradas para os maridos que humilharam fisicamente, patrimonialmente, simbolicamente e moralmente suas esposas e companheiras.

O deferimento das indenizações é baseado numa tentativa de dar valor ao que nunca teve valia, de romancear uma família, uma infância e adolescência estruturada social e legalmente para poucos, para os eleitos que devem viver, que encontraram reconhecimento e acolhimento em um ambiente familiar cujas relações de afeto superem as de hostilidade.

A materialização do poder de fazer viver e deixar morrer não poderia ser mais contundente e comum.

A vida matável, em regra, é a vida pobre e negra, das mulheres, das crianças e dos adolescentes com esses marcadores sociais, pois a lógica da biopolítica é racista e sexista, e a institucionalização da tanatopolítica já vem sendo consolidada de longo prazo por meio de um perpétuo preenchimento estratégico para a continuidade ou o agravamento do estado das coisas.

Não é por outra coisa que, para Foucault (2005, p. 305), a "morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria a minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia e mais pura", como a do filho bastardo, de origem espúria, portanto, do filho de ninguém; das vidas errantes.

Aqui a morte ganha um contexto menos literal, mas decorrente da falta de qualificação e sentido da vida que, portanto, quando perdida, não será sentida.

Na verdade, trata-se de uma censura biológica entre uns e outros, de racismo, portanto, enquanto tecnologia destinada a permitir o exercício do biopoder e que regula a distribuição/economia da morte, e que torna possível as funções assassinas do Estado, personificada no Estado totalitário nazifascista, que culminou no projeto da *solução final*, arquétipo de Estado racista, assassino e suicidário, que representa a fusão completa da guerra com a política.

Segundo Arendt (2012, p. 589), não há paralelo para a vida nos campos de concentração, pois seu horror não poderia ser alcançado, por situar-se fora da vida e da morte, já que seus ocupantes foram desprovidos de estatuto jurídico e reduzidos a seus corpos biológicos.

No entanto, a afirmação de Hanna Arendt é fruto de sua experiência europeia dos horrores do nazismo na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), e, em relação à governamentalidade neoliberal agravada, deliberadamente, pela necropolítica, pode-se afirmar que a realidade do estado de exceção dos campos de concentração do totalitarismo pode sim ser comparada à realidade das periferias dos grandes centros urbanos, do abandono dos indígenas em suas terras, onde se permite o garimpo e desmatamento ilegais, pois este é o enquadramento de guerra que lhes é dispensado.

Para Mbembe (2018, p. 20), a necropolítica é baseada na ideia do outro como atentado à minha vida, como marginal, inimigo, terrorista, vagabundo, bastante afeita à governamentalidade neoliberal; no que a sua eliminação biofísica reforçaria o meu

potencial de vida e segurança. A definição da política, então, de um ponto de vista antropológico, seria de uma relação bélica por excelência, pois a racionalidade da vida passa pela morte do outro, sendo a soberania a vontade e a capacidade de matar a fim de viver; na guerra pela sobrevivência, a lógica que impera é a do *antes ele do que eu*, do *salve-se quem puder*.

O que se busca, na verdade, é o controle da narrativa sobre a verdade e a morte, por meio de uma veridição de utilidade, do mercado.

Quando Foucault (2005, p. 28-29) trata do "triângulo: poder, direito e verdade", afirma que a lógico é sermos "submetidos pelo poder à produção da verdade e só podemos exercer o poder mediante a produção da verdade".

Desse modo, podemos trabalhar essa verdade enquanto o poder de veridição do mercado, que para alcançar a possibilidade de estabelecer mecanismos de preenchimentos estratégicos por meio da economia dos discursos de verdade e alcançar a perpetuidade, ou ao menos a longevidade para o seu fim, qual seja, o lucro incessante, utilizará do poder, da mídia e das redes sociais, e do Direito, enquanto instrumentos de repressão, ou mesmo de opressão[126].

O ordenamento jurídico serve de instrumental para esse fim também por meio de regras que não tenham por finalidade reforçar as premissas da lógica e do discurso de verdade do mercado, ainda que por meio de um discurso neutro, porque a dinâmica da opressão é do mercado para a política, o Direito e a família. Como as regras jurídicas de solução das questões de desvalia dos indivíduos – notadamente nas relações familiares – com a satisfação dos danos por meio exclusivo da compensação civil; ou das regras trabalhistas e previdenciárias que legitimam o papel feminino do cuidado, como a da licença maternidade, em que supostamente a mulher é beneficiada com um tempo maior para cuidar exclusivamente do filho, já que o concedido ao homem é ínfimo, o que reforça a ideia da maternidade como destino feminino e dificulta o fortalecimento de laços de afeto – para assunção dos deveres de cuidado – entre pais e filhos, mesmo para casais que seguem juntos na aventura da criação de um filho.

Nesse sentido, Bonetti e Abreu (2011, p. 47-48) defendem que:

---

[126] Foucault (2005, p. 29) questiona "como o discurso da verdade ou, pura e simplesmente como a filosofia, entendida como o discurso por excelência da verdade, podem fixar os limites de direito do poder? Essa é a questão tradicional. Ora, a que eu queria formular é uma questão abaixo desta, uma questão muito factual em comparação a essa questão tradicional, nobre e filosófica. Meu problema seria de certo modo este: quais são as regras de direito de que lançam mão as relações de poder para produzir discursos de verdade? Ou ainda: qual é esse tipo de poder capaz de produzir discursos de verdade, que são, numa sociedade como a nossa, dotados de efeitos tão potentes?"

> a crescente tensão entre a dinâmica da vida social e as convenções de gênero, uma série de demandas sociais emerge. O aparato legal e as políticas públicas, de forma geral, foram arquitetados para um modelo de família heterossexual tradicional, no qual o lugar simbólico do homem como provedor e da mulher como cuidadora do lar impera. Fora deste modelo – cada vez menos representativo das famílias brasileiras –, os níveis de vulnerabilidade e desproteção legal e social podem ser significativos. (...) A partir de uma análise das normas que regulam o mercado de trabalho, a argumentação deste capítulo é no sentido de que a atuação do Estado brasileiro, ao contrário, está distante desses objetivos: os direitos trabalhistas relacionados à proteção à família, além de terem cobertura bastante limitada, reforçam a concepção tradicional de família composta por um "homem provedor" e uma "mulher dedicada aos cuidados do lar", com sérios rebatimentos sobre a inserção feminina no mercado de trabalho e sobre a divisão sexual do trabalho reprodutivo. A legislação trabalhista brasileira prevê um conjunto de medidas concernentes à proteção à família. Entre os principais direitos garantidos às mães estão a estabilidade para a gestante (desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto); a licença-maternidade (de 120 dias, extensível por mais 60 dias); o salário-família (auxílio financeiro por filho de até 14 anos de idade ou inválido de qualquer idade, inversamente proporcional ao valor do salário mensal); o intervalo para amamentação (até que o bebê complete seis meses de idade); e a existência de creche custeada pela empresa ou o pagamento de auxílio-creche (nos primeiros seis meses de vida do filho). Entre os direitos garantidos aos pais estão a licença-paternidade (de cinco dias após o nascimento do filho) e o salário-família (benefício que pode ser recebido, simultaneamente, por mães e pais). É nítido, portanto, que os benefícios previstos focalizam prioritariamente os direitos reprodutivos das mulheres, oferecendo poucas possibilidades aos homens de se comprometerem com o exercício da paternidade responsável, bem como ignorando a existência de famílias homoafetivas e monoparentais masculinas. Nesse contexto, nota-se que o aparato legal contribui, no mínimo, para a manutenção e reprodução de uma realidade bastante desigual no que diz respeito à divisão sexual do trabalho reprodutivo.

Não é à toa que Foucault (2005, p. 31) enfatizou o papel do direito como instrumento de dominação e a serviço da dominação, que não pode ser outra no sistema-mundo capitalista, que não a masculina:

> não só como o direito é, de uma maneira geral, o instrumento dessa dominação – isso é óbvio – mas também como, até onde e

> sob que forma, o direito (e quando digo o direito, não penso somente na lei, mas no conjunto dos aparelhos, instituições, regulamentos, que aplicam o direito) veicula e aplica relações que não são relações de soberania, mas relações de dominação.

Esse poder tem um duplo viés, repressivo e opressivo, sempre com o fim e a partir da eliminação disfarçada das pessoas de pouco valia; muitas vezes essa eliminação é evidente mesmo, propositadamente mal disfarçada, para que as tentativas de resistência sejam minadas e abatidas em seus nascedouros.

Até porque a verdade produzida nos submete às suas regras, "é o discurso verdadeiro que, ao menos em parte decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder", segundo Foucault (2005, p. 29), na medida em que as regras de poder se entrelaçam indissoluvelmente no poder dos discursos verdadeiros.

Nesses termos, a responsabilização civil dos homens, em casos pontuais, faria justiça, no sentido comum do termo, ou simplesmente, reforçaria a própria lógica do sistema? A precarização aguda e desigual de tais existências seria sanada por meio dos recebimentos de eventuais indenizações pecuniárias?

Segundo Schreiber (2015, p. 42), a resposta só pode ser negativa, pois a par da obrigação de dar os pais omissos deveriam ser condenados a obrigações de fazer:

> Muito melhor seria que – ao lado da indenização pecuniária ou, a depender das circunstâncias do caso, até em substituição a essa indenização – o magistrado condenasse o pai omisso a adotar certas condutas específicas (facere) como modo de evitar novas violações dos seus deveres parentais. Por exemplo, a partir da análise das omissões perpetradas pelo pai omisso no caso concreto, a corte judicial poderia condená-lo, por exemplo, a frequentar, no mínimo, três quartos das reuniões de pais na escola, a participar das festas de dia dos pais ou mesmo a passar um maior número de dias com o filho. O que a vítima do chamado abandono afetivo pretende – ou deveria pretender – não é dinheiro, mas sim o efetivo cumprimento dos deveres parentais. Não há, portanto, qualquer razão para se deixar de conceder, nessas hipóteses, uma tutela específica, que entregue à vítima o resultado do dever primário, a exemplo do que já acontece em tantos outros campos.

Parece-nos, da mesma forma, que não, primeiro porque, por meio do deferimento apenas de indenizações financeiras, sequer há como se compensar, minimamente, a mácula existencial imposta; segundo, porque tal solução somente reforça a própria razão de ser do sistema-mundo capitalista, ao equiparar o valor da essência de uma vida –

enquanto uma existência qualificada – como um valor parametrizado pelo mercado via poder judiciário, com o pagamento da indenização como uma solução adequada, uma *solução final*, desumanizante, como a experiência dos campos de concentração, e dos atuais campos de refugiados, presídios, centros de abrigo e detenção de menores, ou mesmo das favelas brasileiras.

Ademais, o sistema-mundo capitalista se funda na exclusão de vidas que não interessam, notadamente num movimento de distribuição das forças de trabalho subalternas às periferias, geográficas e existenciais, que podem sofrer um processo intenso de desvalorização, como no caso dos negros, das mulheres, das crianças e dos adolescentes pobres, sem origem, sem rede apoio ou de quem os reclame, dos que são filhos de ninguém; ou dos que são filhos de alguém que não se importa e, portanto, não tem valor, não é reconhecido e também não conta com uma consistente rede de ajuda familiar.

Segundo Abramowicz e Rodrigues (2014, p. 465), "a infância é uma construção social, uma invenção, produzida de muitas maneiras, especialmente pelas normatizações jurídicas", ou seja, a narrativa da imagem da infância e da adolescência protegidas de forma integral e absoluta se materializa para apenas uma pequena parcela da sociedade, não passa de uma ideia romanceada quando confrontada com a realidade.

Nietzsche (1998, p. 19), por sua vez, ao tratar do *pathos da distância* entre quem tem valor e quem não o tem na sociedade, enfatiza que tais parâmetros foram estabelecidos por quem tinha e continua a ter, ao longo de todo desse tempo, por meio da consolidação de dispositivos de poder, tal hegemonia.

> Foram os "bons" mesmo, isto é, os nobres, os poderosos, superiores em posição e pensamento, que sentiram e estabeleceram a si e a seus atos como bom, ou seja, de primeira ordem, em oposição a tudo que era baixo, e vulgar e plebeu. Desse *pathos da distância* é que eles tomaram para si o direito de criar valores, cunhar nomes para os valores: que lhes importava a utilidade!

O que se vê, dessa forma, é que a precariedade intrínseca da vida humana é agravada se esta não é politicamente qualificada, e, portanto, pode ser considerada, nua, desprezível, ignorável, matável.

E que tal agravamento é fruto da própria lógica do sistema-mundo capitalista e, assim, não há como ser neutralizado, ou ainda minorado, pela compensação civil dos

danos existenciais suportados pelos viventes, que sempre tiveram suas próprias existências negadas.

Seria como buscar legitimar o próprio sistema, buscar sanar suas aparentes contradições utilizando suas próprias regras de dominação, no caso, as do ordenamento jurídico, especificamente, as regras clássicas da responsabilização civil do âmbito do direito privado obrigacional.

Isso, sem levar em consideração que há, ainda, outros processos de abandonos afetivos tão cruéis quanto a ausência paterna na vida do filho, quando os pais, geralmente os homens, desprezam os filhos que demonstram ou assumem sua orientação sexual desviante do padrão – supostamente – majoritário da sociedade. Também nesse momento agudo de ruptura há a desqualificação da vida do filho, ante a negativa do pai em apoiá-lo.

Se as funções restituitórias e ressarcitórias das regras da responsabilidade civil[127] se mostram insuficientes para resgatar uma vida desqualificada politicamente, uma vida que não vale o choro, a vela, o luto, não será, então, apenas por meio das regras do direito civil que a justiça poderá ser materializada.

O que é preciso para a mudança dessa realidade é a vontade de romper com os paradigmas postos, com a tranquilidade decorrente da quitação da dívida, porque essa parcimônia só pode satisfazer o ofensor, jamais a vítima, que teve sua existência interrompida, com sua morte em vida.

Dar por resolvida uma questão tão relevante, quanto o questionamento existencial da importância de uma subjetividade perdida – pelo desvalor, é romper com o paradigma dominante. É preciso escapar ao controle das forças de poder, inclusive, o que limita a solução, a satisfação, o gozo.[128]

Somente por meio de uma prestação de contas moral o ofendido poderia seguir, com um acerto realizado com a vítima – ainda que mínimo; a vítima, então, poderia seguir, mesmo que muitas vezes sem esquecer, talvez até sem perdoar; mas como o Direito não resolve o mundo, neste ponto a solução jurídica fica mesmo a dever, pois esse

---

[127] Ver Capítulo II

[128] Para Deleuze (1992, p. 218), “Acreditar no mundo significa principalmente suscitar acontecimentos, mesmo pequenos, que escapem ao controle, ou engendrar novos espaços-tempos, mesmo de superfície ou volume reduzidos. É que se chama de pietàs. É ao nível de cada tentativa que se avaliam a capacidade de resistência, ou ao contrário, a submissão a um controle”.

perdão e essa ressignificação dependerão sempre da percepção pessoal da vítima, do esforço do ofensor e da possibilidade de reencontro para a ressignificação dessa relação.

No entanto, a prestação de contas moral importa em um elemento capaz de fazer o indivíduo seguir, ainda que com a sua dor, mas com o reconhecimento de que ela é legítima e importou; o que ressignifica – ainda que em parte – a sua existência que, sim, teve outro enquadramento, que pela primeira vez, pelo menos, valeu o luto.

O desprezo paterno pela existência do filho, desde a sua concepção, importa no fato de que esta existência não é sentida pelo pai, e o fato de não ser sentida deixa claro que o enquadramento da proteção e do cuidado não importaram, pois sequer foram levados em consideração.

A esse filho cujo distanciamento paterno importa na impossibilidade de ter considerada sua existência como qualificada, só resta a falta de valor, a vida nua, da negação e da perda do sentido simbólico.

A negativa de dedicação, de atenção, de cuidado e proteção é comparável por parte do pai, e de forma específica, à possibilidade da morte não enlutável do *homo sacer*, que não será sentida pela sociedade, até porque só poderia ser sentida se tal morte pudesse ser considerada uma perda, se sua vida tivesse algum sentido.

A apreensão da vida dos outros como uma existência perdida ou maculada, por meio de enquadramentos – ou molduras – estruturadas de acordo com operações de poder é claramente decorrente do fato de que essa vida não teve reconhecimento.

A vida de um ser humano, nesse contexto, perde sua potência e sua dimensão maior, o que, a bem da verdade, caracteriza a vida humana; para ser passível de um reducionismo típico do que não tem valor; a dimensão ampla da dignidade humana consagrada a cada vida, no caso da vida do inconsagrado, é limitada – emoldurada – a uma análise de utilidade para a sociedade do lucro, para o mercado.

A mera tentativa de enquadrar uma vida em qualquer perspectiva de utilidade já é suficiente para desqualificá-la. Porque a redução de uma existência a uma razão objetiva de produtividade ou de lucro, por si só, já é o suficiente para decretar sua pouca ou nenhuma valia.

Na verdade, deveria a sociedade, por meio do ordenamento jurídico e de políticas públicas mais efetivas, estar preparada para acolher toda e qualquer vida humana, mesmo a – supostamente – mais sem sentido ou utilidade, ante sua potência inata, isto é, pelo simples fato de serem vidas humanas.

O que é preciso ficar claro é que este é um enquadramento de guerra – pela sobrevivência, o que, por si só, já é suficiente para desqualificar todas as existências, inclusive, as eleitas como destinatárias dos maiores benefícios decorrentes de sua valorização social; porque tais ofensas atingem a vida humana como um todo, portanto, a existência de todos, ainda que para alguns tal fato seja difícil de ser admitido, ou mesmo percebido, em razão da distinção social alcançada e da rede de proteção e privilégios que os cercam.

CAPÍTULO IV

ANÁLISE DE CASOS DE DANOS EXISTENCIAIS DECORRENTES DE ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: AS RESPOSTAS JURÍDICAS POSSÍVEIS PARA RESSGINIFICAÇÃO AFETIVA DOS NÚCLEOS FAMILIARES

Este último capítulo fará a análise do Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, escolhido como caso paradigma para trabalhar as seguintes hipóteses do trabalho: a) de que a afetividade, enquanto mudança paradigmática das relações familiares, precisa ser analisada sob a ótica do cuidado e a da divisão sexual do trabalho; b) de que a tutela ressarcitória da responsabilidade civil não é suficiente para reparar os danos decorrentes de abandono afetivo – por sua natureza de danos existenciais, sendo necessário que os juristas fundamentem suas decisões de forma mais criativa e adensada, com a integração da tutela ressarcitória com a tutela satisfativa; c) de que a vida do filho abandonado é desqualificada politicamente pela negligência afetiva, em regra paterna, sendo preciso ressignificar as estruturas do sistema-mundo capitalista, o que não é possível apenas por meio do ordenamento jurídico.

A escolha do caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça se deu para demonstrar como vêm sendo fixados os precedentes judiciais sobre a responsabilização civil decorrente de abandono afetivo e material nas relações familiares; tanto é que, ao final, será analisada a Apelação Cível n.º 2014.3.015267-3, julgada pela 5ª Vara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que teve como Relator o Desembargador Constantino Augusto Guerreiro.

A decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Pará teve como parâmetros os fundamentos do caso paradigma do Superior Tribunal de Justiça e representa os limites que vêm sendo aplicados pela corte estadual nos julgamentos dos casos de responsabilidade civil em razão de abandono afetivo e material paterno.

A importância do caso paradigma é muito significativa porque, a partir dele, ocorreu uma mudança na orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema da responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo e material, pois, até então, a corte não admitia a possibilidade de compensação civil dos danos morais oriundos de relações familiares.

Essa mudança na orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobre a responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo e material, reflete-se em boa parte dos julgados dos juízes de 1º grau e dos tribunais de justiça estaduais, em razão da competência da corte superior para estabelecer e uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, como previsto no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal[129].

A partir desta mudança jurisprudencial, é importante analisar como o Superior Tribunal de Justiça passou a tratar o tema da responsabilização civil decorrente de abandono afetivo nas relações familiares.

Para tanto, serão discutidas quais respostas vêm sendo dadas pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará; se tais soluções são suficientes para satisfazer as ofensas existenciais das vítimas; e, também, quais outras respostas podem ser dadas, com a finalidade de possibilitar a ressignificação das relações familiares, marcadas por vínculos de reconhecimentos fracos e hostis entre seus membros, em decorrência de conduta omissa paterna que importe em negligência ou em abandono afetivo.

O capítulo foi dividido em duas partes; no tópico 4.1 *A indenização e o resgaste da qualificação jurídica de uma vida nua*, a discussão será centrada sobre os parâmetros utilizados para a construção dos valores indenizatórios impostos nas condenações; quais critérios atenuantes ou agravantes foram levados em consideração no caso concreto e como a decisão conseguiu construir uma narrativa para expor sua fundamentação, sobre a metodologia utilizada para a concretização da tutela da subjetividade do ofendido, por meio da responsabilização civil do ofensor, impondo-lhe o dever de pagar uma compensação financeira para a vítima.

Neste último aspecto, especificamente, para verificar dois pontos, se a tutela jurisprudencial indenizatória se efetiva na perspectiva de dissuadir o ofensor de reiterar a conduta ilícita; como também, se possibilita o resgate da dignidade da vida do ofendido, muitas vezes nunca concretizada.

---

[129] Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Por sua vez, o tópico 4.2 *A possibilidade da imputação de responsabilidade civil além da tutela ressarcitória* tem como proposta adensar a análise da necessidade de que os juristas fundamentem suas decisões judiciais de forma mais criativa e inovadora, para assegurar às vítimas que tanto a tutela restituitória, quanto a tutela satisfativa, ou ao menos esta, possa(m) ser garantidas por meio da decisão judicial, além da tutela compensatória já consagrada como a resposta até então considerada adequada para a solução de tais questões, conforme os julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, na última década.

A escolha da análise da decisão paradigma se mostra muito pertinente porque o julgado orienta materialmente os casos posteriores, como também por ter sido enfrentado, de forma pioneira, nos tribunais superiores, o tema da responsabilização civil de um pai por quebra do dever de cuidado, inclusive, em relação à obrigação constitucional de dar tratamento isonômico e não discriminatório aos filhos, como previsto no art. 227, *caput* e § 6º, da Constituição Federal[130].

A análise também é de grande importância porque o julgado paradigma fixou a corrente – até então preponderante no Superior Tribunal de Justiça – de que apenas a tutela ressarcitória, por meio da compensação financeira, é a adequada como a possibilidade de satisfazer os abalos psicológicos da vítima, nos casos de danos morais oriundos de relações familiares, mais especificamente, para as hipóteses de abandono afetivo e material paterno; uma vez que resta consagrado o entendimento de que não é possível impor ao pai pôr em prática, por meio de atos de cuidado, um amor que, por ser subjetivo, não pode ser exigido; assim, como o cumprimento da obrigação de fazer não vem sendo imposto, mas sua recusa é reconhecida como uma quebra de um dever objetivo, a solução que vem sendo utilizada é a imposição do pagamento da compensação financeira pela prática do ato ilícito.

Não há nenhum julgado posterior do Superior Tribunal de Justiça que tenha ultrapassado a compensação pecuniária por dano moral, como o paradigma da responsabilização civil do pai que abandona afetiva e materialmente o filho, ou seja, ao

---

[130] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

abandono afetivo e material a posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é a mesma desde a prolação do julgamento paradigma.

No entanto, a questão precisa ser debatida, porque ainda existem julgados que sequer reconhecem a possibilidade de impor uma compensação financeira ao abandono afetivo paterno. Calderón (2017, p. 248) ressalta sobre a impossibilidade de se afirmar que há um entendimento pacificado sobre o tema nas turmas do Superior Tribunal de Justiça, ou mesmo nos tribunais estaduais de justiça, "tendo em vista decisões de diversas ordens que seguem sendo proferidas e os distintos entendimentos externados sobre o assunto".

Mesmo sendo a afetividade um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, no nosso entender o mais importante para o direito de família, nenhum julgado do Superior Tribunal de Justiça avançou, além dos limites da decisão paradigma, para discutir os danos psicológicos dos filhos enquanto danos existenciais; ou a possibilidade da imposição de obrigações de fazer ao pai negligente, quanto ao seu dever objetivo de cuidado de seu filho, que importe em um comprometimento ético do pai para com seu filho, capaz de possibilitar o início de um processo de ressignificação da relação de ambos.

Isso ratifica a necessidade de que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça seja revisto, para que a resposta seja outra, até porque o bem jurídico em discussão assim o exige, qual seja, a vida de um indivíduo negligenciado afetivamente por seu pai ao longo de sua infância e de sua juventude, e muitas vezes durante toda a sua vida[131].

"Da negligência dos pais se origina grande parte da infelicidade que vaga pelo mundo sob formas horrendas", como bem observou Wollstonecraft (2016, p. 200), ao tratar da armadilha que armam para si próprios e, principalmente, para os seus filhos, os pais que não procuram se comprometer eticamente com a existência de sua prole. Esse compromisso ético visa romper o ciclo social de reprodução do paradigma patriarcal das relações familiares. Esse paradigma baseado na imposição de um respeito temente a uma autoridade superior carece de legitimidade jurídica e social e deve ser superado, a partir de uma nova perspectiva da construção cotidiana e horizontal de uma relação de

[131] Calderón (2017, p. 257) destaca "a possibilidade de uma maior averiguação estatal dos conflitos de abandono afetivo decorre justamente do fato de envolver uma criança ou um adolescente (restando inviabilizada a sua discussão nas relações entre adultos). Dito de outro modo, o que legitima a intervenção na espécie é o fato de tratar de direitos existenciais relativos a essas pessoas em estado de vulnerabilidade."

reconhecimento solidário, que legitima os lugares de cada um na vivência afetiva, por meio da prática de atos de cuidados mútuos, que se iniciam com a abolição das bases patriarcais da família, que possibilite aos pais entenderem a necessidade de dedicarem cuidados para com os seus filhos.

4.1 A indenização e o resgaste da qualificação jurídica de uma vida nua

O julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, importou na manutenção do julgamento oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reformou a decisão de 1º grau e reconheceu o abandono afetivo e material da filha, como ato ilícito passível de indenização.

A decisão ratificou a condenação do pai em compensar monetariamente os danos morais decorrentes de sua ausência e do tratamento discriminatório destinado à filha, em relação aos filhos de seu novo relacionamento; e deferiu a indenização pecuniária fixada no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), à época correspondente a 321,54 salários-mínimos[132].

Houve uma diminuição do valor da indenização deferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ter sido considerado seu valor demasiado elevado para o caso em análise. O tribunal estadual havia fixado o quantum indenizatório em R$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), ao proceder a reforma da sentença do juiz singular, que julgou improcedente a pretensão reparatória da filha, sob o fundamento de que o distanciamento entre ambos se deu por conta do comportamento agressivo da mãe, após o rompimento do relacionamento com o genitor.

O Superior Tribunal de Justiça justificou em seu julgado a inadequação em rediscutir fatos e provas em sede de recurso especial em sua Súmula n.º 7[133], portanto, não discorreu de forma adensada sobre as razões que o levaram a diminuir em mais da metade o valor da indenização fixado pela corte estadual; o que acaba por não contribuir para o avanço do debate, porque deixou de ser enfrentado o tema, o que seria muito

---

[132] Segundo a página eletrônica do DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html#2012), o valor do salário mínimo vigente a partir de 01/01/2012 até 31/12/2012 era de R$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais).

[133] Súmula n.º 7. A pretensão de simples reexame de fatos e prova não enseja recurso especial.

necessário para a segurança jurídica da decisão, ainda mais em seara tão delicada, quanto a conduta humana em suas relações familiares.

Ademais, o próprio Superior Tribunal de Justiça, no caso em tela, ao não desenvolver as razões da drástica diminuição do valor indenizatório, contradiz o método bifásico que vem adotando para a quantificação do dano moral; de que na primeira fase o juiz fixa o valor do dano moral com base nos precedentes sobre o mesmo assunto, e, na segunda fase, o aumente ou o diminua em face das circunstâncias do caso, que, obviamente, precisam ser explicitadas de forma adequada, sob pena de não serem estabelecidos critérios na decisão para que possa servir de precedente e orientar os julgados posteriores de forma adequada.

A doutrina, nesse sentido, não se furta em chamar a atenção para a necessidade de que sejam explicitados, de forma clara, os critérios que o julgador utilizou para a fixação da indenização por danos morais, em razão da tutela da subjetividade não ter natureza de danos diretos, como os danos materiais, cuja liquidação possa ser feita de forma prática, pela análise do prejuízo sofrido e o valor necessário para sua reparação. Bonna e Leal (2019, p. 4) expõem os critérios orientadores para a fixação dos danos morais, notadamente, levando em consideração o grau de censurabilidade da conduta do agente e as consequências para a vida da vítima.

> O critério punitivo/preventivo/pedagógico/educativo tem como foco não a gravidade do dano em si mesmo, mas principalmente o grau de censurabilidade da conduta realizada pelo réu, avaliando, dentre outros fatos, os seguintes: a) se houve dano físico; b) se a vítima é vulnerável; c) se a conduta é reiterada; d) se a conduta do ofensor foi marcada por alto grau de desprezo; e) se o dano é de pequena monta e perpetrado em larga escala a ponto de existir o risco de o ofensor não pagar por todo o mal que fez perante outras vítimas, dentre outros. (...), rechaça-se a prática judiciária voltada para uma fixação do “quantum” indenizatório de forma automática em total desconsideração às múltiplas formas de realização humana a partir da interpretação da vida como eventos simples, isolados e episódicos, avaliando o valor da indenização compensatória tendo por base apenas os fatos necessários para caracterizar a responsabilidade, porém deixando de lado a investigação de fatos que possibilitem a fixação de um valor justo o suficiente para reestabelecer o equilíbrio na vida da vítima.

No caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, a conduta do pai tem alto grau de reprovabilidade quanto ao desprezo pela existência da filha, ante o não

cumprimento dos deveres paternos e pelo tratamento discriminatório que lhe foi dirigido em relação aos outros filhos do recorrente.

Bonna e Leal (2019, p. 6-8) ressaltam que os interesses de crianças e de adolescentes são dignos de proteção absoluta, pelos pais e por toda a sociedade, que não podem se esquivar de participar decisivamente de suas vidas, ainda mais em razão de injustificáveis pretensões egoísticas que resultem em comportamentos insensíveis e assépticos quanto ao desenvolvimento da personalidade e aos projetos de vida de seus filhos.

Os autores, no mencionado artigo, definem critérios para a aferição do quantum indenizatório nos casos de responsabilidade civil em relações familiares, como a duração do abandono e sua repercussão na vida dos filhos.

> Dentre os critérios para aferir o quantum indenizatório, nota-se a duração do abandono afetivo, podendo variar de poucos meses até uma vida inteira; a repercussão do abandono nos projetos de vida; a vergonha decorrente da absoluta ausência dos pais em momentos importantes; a magnitude do sofrimento corolário da falta de um dos pais durante uma fase da vida; a idade do ofendido; a forma que o abandono se manifestou, variando de abandonos brandos até mais graves.

Os critérios objetivos para a fixação do quantum indenizatório importam na valorização da satisfação da vítima, levando em consideração o papel da justiça corretiva em suas vidas, com a recomposição integral do desequilíbrio causado pelo ato ilícito.

Como sustentam Bonna e Leal (2019, p. 27), os critérios quantificadores do dano moral devem compreender o contexto integral da ofensa, para que a justiça corretiva seja materializada de forma efetiva, com a recomposição do equilíbrio – na vida da vítima – do abalo provocado pelo ato ilícito.

> O fato é que todos os critérios que visam à auxiliar a quantificação do dano moral têm um laço em comum: se preocupam com o nível/grau/magnitude do dano e com a duração no tempo do mesmo, os quais, somados aos critérios afeitos a qualquer dano (projeto de vida, perda do prazer, perda de relações, aquisição de problemas psíquicos) já se mostram como boas balizas para o jurista interessado na quantificação do dano moral, visto que ao fim e ao cabo, estar-se-á potencializando a concretude da justiça corretiva, buscando em maior grau recompor o equilíbrio quebrado pela atuação danosa.

Do mesmo modo, é preciso chamar a atenção para o fato de que o tratamento discriminatório de filhos é expressamente vedado, em todos os sentidos, pelo ordenamento jurídico, como ensina Veloso (1997, p. 87), seja na atenção, no cuidado, na convivência, no relacionamento social e quanto às disposições patrimoniais e financeiras.

> A Lei Maior não tem preferidos, não elegeu prediletos, não admite distinções em razão de sexo, aboliu por completo a velha ditadura dos varões e acabou, definitivamente, com a disparidade entre os filhos, determinando a absoluta igualdade entre eles, proibindo, inclusive, os designativos que funcionavam como autêntica maldição. As denominações discriminatórias relativas à filiação não podem mais ser utilizadas. Filho, de qualquer origem ou procedência, qualquer que seja a natureza da filiação, é filho, simplesmente filho, e basta, com os mesmos direitos e deveres de qualquer outro filho.

No caso em análise, o pai não deu a atenção devida à filha em nenhum momento de sua vida, não lhe proporcionou afeto e muito menos melhores condições materiais de vida, como oportunidades de estudar em melhores colégios, de ter tratamento adequado de saúde, ou mesmo o direito de conviver com os seus irmãos. Até porque o próprio reconhecimento da paternidade somente se deu em razão da decisão judicial[134].

A filha não apenas deixou de conviver com seu pai e seus irmãos, mas passou pela frustração e humilhação – reiteradas – de ver expostas nas redes sociais as ostentações de festas, de viagens, de momentos alegres compartilhados entre seu pai e seus irmãos, que faziam questão de demonstrá-los, com a intenção de confirmar que ela não fazia parte daquela família, e não era querida na convivência familiar.

O pai confirmou sua indiferença ao não demonstrar qualquer remorso pelo afastamento – da sua vida – que impôs a filha, como também a dos irmãos, e justificou esse distanciamento com um argumento comum a boa parte dos homens que abandonam seus filhos e suas esposas, de que o fato se deu por culpa exclusiva da mãe; o que foi recepcionado pelo juiz singular e serviu de fator atenuante para a diminuição do valor da indenização pelo Superior Tribunal de Justiça.

---

[134] Segundo Villela (1979, p. 401), o "homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por vários modos, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua absoluta rejeição"; as escolhas do pai, no caso paradigma, sempre foram as piores possíveis em relação à filha.

Tal argumento reforça o estereótipo da mulher descontrolada emocionalmente em razão de ter sido rejeitada por seu parceiro, que, não fugindo à regra, passou a tentar desconstruir a sua imagem pessoal e materna, com a estigmatização de que se tratava de uma pessoa *louca*, *passional* e *agressiva*, o que poderia ser resumido no lugar comum da *mulher mal-amada*, da *frustrada*, da *megera*.

Na verdade, a ideia da *mulher-honesta*, no fundo, continua a fazer eco perante as consciências dos juízes, que pareceram esperar passividade e docilidade da mãe, que deveria aceitar ter que criar – sozinha – a filha, e não expor, de nenhuma maneira, a sua indignação; ainda mais da forma como, eventualmente, pode ter feito, nos momentos mais agudos de sua indignação.

Wollstonecraft (2016, p. 187-188), ironiza a construção social desse ideal de mulher, forjada perante a sociedade patriarcal por meio de ações virtuosas, mas a partir de uma realidade de opressão material e de gênero. Para a autora, não há virtude que seja verdadeira quando uma mulher precise socialmente da autorização e validação marital para se expressar e ser considerada virtuosa e merecedora, inclusive, de respeito e atenção de seus argumentos perante o legislativo e o judiciário.

> Um legislador verdadeiramente benevolente sempre se esforça para fazer com que o interesse de cada indivíduo seja ser virtuoso; e, assim, a virtude privada torna-se o cimento da felicidade pública e, de modo ordenado, o todo é consolidado pelo rumo de todas as partes em direção a um centro comum. Mas a virtude privada ou pública da mulher é muito problemática, pois Rousseau e uma numerosa lista de escritores do sexo masculino insistem que ela deve ser submetida durante toda a vida a um severo controle – o do decoro. Por que submetê-la ao decoro – decoro cego –, se ela é capaz de agir por um princípio mais nobre, se ela é herdeira da imortalidade? O açúcar há de ser sempre produzido pelo sangue vital? Deve metade da espécie humana, como os pobres escravos africanos, ficar sujeita a preconceitos que a brutalizam apenas para adoçar a chávena do homem, quando princípios seriam uma proteção mais segura? Isso não é indiretamente negar à mulher a razão? Porque um dom é um escárnio, se é impróprio para o uso.

A estruturação social que constrói o padrão – neutro e naturalizado[135] – de argumentação e discussão no judiciário, é baseada numa visão patriarcal da sociedade e

[135] Hardt e Negri (2016, p. 37) chamam a atenção para a estruturação do poder e a dominação social baseada na exploração do trabalho: “A relação entre capital e direito define uma estrutura paradoxal de poder que é

confirma a primeira hipótese do trabalho, discutida em seu Capítulo I; de que a afetividade, enquanto mudança paradigmática das relações familiares, precisa ser analisada sob a ótica do cuidado e da divisão sexual do trabalho, porque se utiliza do trabalho reprodutivo da mulher, que tudo deve suportar passivamente; o que autoriza a assertiva de que a maior fonte de riqueza da sociedade capitalista é a exploração do trabalho doméstico feminino, não remunerado, ante a sua invisibilização[136].

Neste sentido, a afetividade não estabelecida no caso concreto por deliberada opção do pai, que abandonou afetiva e materialmente e tratou a filha de forma discriminatória em relação a seus irmãos, é justificada por uma culpa atribuída ao temperamento irascível da mãe – da mulher, que, legitimaria a ausência e o descumprimento dos deveres paternos de cuidado; no caso em análise, sequer o pai se dispôs a ter encontros pontuais, realizar ou atender ligações telefônicas ou outros tipos de contatos virtuais, ainda que de forma rápida e esporádica, mesmo em datas importantes, como nos aniversários da filha.

Temos um marcador social importante que vem sendo discutido ao longo do trabalho, o da dominação social do gênero feminino, com a naturalização de características pessoais negativas próprias às mulheres que não aceitam a naturalização de seu papel de forma dócil; como exposto na fundamentação do julgado que acolheu o argumento de que a mãe teve culpa pelo não desempenho da função paterna pelo pai, o qual sempre se comportou com ausência e negligência, inclusive, no processo, com argumentos e táticas abusivos e desleais.

O pai – o homem – não teve nenhum problema de consciência ou mesmo cobrança social ao deixar a mãe – a mulher – desempenhar o papel que lhe cabe na divisão sexual do trabalho, e assim assumir exclusivamente o trabalho reprodutivo de cuidar da filha, assegurando ter que dar conta de todos os cuidados, atenções, proteção e carinho

---

ao mesmo tempo extraordinariamente abstrata e inteiramente concreta. Por um lado, as estruturas jurídicas são representações abstratas da realidade social, relativamente indiferentes aos conteúdos sociais; e por outro, a propriedade capitalista define as condições concretas de exploração do trabalho. São dois arcabouços sociais totalizantes, estendendo-se por todo o espaço social, funcionando em coordenação e mantendo coesos, por assim dizer, os planos abstrato e concreto".

[136] Para Pereira (2012, p. 107) a "história da mulher no Direito, ou o lugar dado pelo Direito à mulher, sempre foi um não lugar. Na realidade, a presença da mulher é a história de uma ausência, pois ela sempre existiu subordinada ao marido, sem voz e marcada pelo regime da incapacidade".

que o pai – sem qualquer remorso – se desincumbiu de garantir, em uma conduta inequívoca de desprezo às graves consequências que sua ausência acarretou para a vida de sua filha.

Tal comportamento paterno comprova a hipótese de que a vida do filho abandonado é desqualificada politicamente pela negligência afetiva, em regra paterna, sendo preciso ressignificar as estruturas do sistema-mundo capitalista, o que não é possível apenas por meio do ordenamento jurídico – seja pelas decisões judiciais ou pela legislação, como trabalhado no Capítulo III da presente tese.

Ainda que, por uma opção egoísta, a conduta paterna deveria ter sido mais cautelosa, pois o dever de alimentos entre ascendentes e descendentes, de forma expressa, e o dos demais cuidados, de forma implícita, são recíprocos, como previsto no art. 229 da Constituição Federal. Ocorre que a negligência no estabelecimento de laços efetivos de afeto na infância e na adolescência – dificilmente – permitirá a essa filha assumir o compromisso ético de amparar o pai na velhice, uma vez que do genitor só restarão lembranças ruins e dolorosas, traumas e ressentimentos[137].

A naturalização do argumento de que a mulher é a culpada pelo afastamento paterno, por não aceitar o rompimento do relacionamento amoroso representa uma visão de mundo construída ao longo dos tempos no imaginário das pessoas, sustenta o papel de cada gênero no desempenho das relações familiares, como, também, afronta o dever legal objetivo do genitor de participar da vida dos filhos; o que constitui verdadeira autorização para a frequente autoalienação parental, vitimização e infantilização praticadas pelo gênero masculino, muito cômoda para que os homens possam se esquivar de suas obrigações familiares, devidamente legitimados, sem qualquer mácula as suas imagens sociais de pessoas injustiçadas e perseguidas por suas ex-mulheres vingativas e emocionalmente desequilibradas.

A intenção paterna – no caso em análise – só não foi mais exitosa porque não restou coroada com o prêmio da pretendida perda do poder parental e, consequentemente, de todos os deveres para com a filha, inclusive patrimoniais e sucessórios, que, na

---

[137] Nesse sentido, Wollstonecraft (2016, p. 199-200), ao analisar o dever dos pais, assegura que é possível "expressar, em poucas palavras, a simples definição do dever recíproco que naturalmente existe entre pai e filho. O pai que presta a devida atenção à infância desvalida tem o direito de reclamar a mesma atenção quando chega a fragilidade da idade. (...) O pai que se esforça diligentemente para formar o coração e ampliar o entendimento de seu filho deu aquela dignidade que só a razão pode dar ao cumprimento de um dever, comum a todo reino animal. É o afeto parental da humanidade, que supera em muito o afeto natural instintivo. Esse pai adquire todos os direitos da mais sagrada amizade, e seu conselho, mesmo quando o filho já é adulto, demanda séria consideração."

verdade, sempre foi seu intento, tanto é que foi comprovado o tratamento desigual destinados aos filhos e à autora, inclusive no tocante à transferência patrimonial por meio de doações aos demais filhos, em desrespeito à legítima da autora.

A decisão paradigma julgou improcedente a alegação da defesa paterna, de que a condenação em indenizar pecuniariamente a filha seria indevida, por não ter sido praticado qualquer ato ilícito deliberado, mas tão somente decorrente da postura materna; e de que se fosse reconhecida qualquer ilicitude a conduta paterna, a sanção deveria ser a perda do poder familiar.

> Nesse sentido a interpretação dos dispositivos legais anotados pelo voto da E. Relatora (CF, arts. 1º, III, 5º, V e X, e CC⁄2001, arts. 186 e927, e ECA, art. 227), não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar (CC⁄2002, art. 1638, II, c.c. art. 1634, II), porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).[138]

Segundo o art. 1.638, II do Código Civil[139], há a perda do poder familiar quando o pai ou a mãe deixarem o filho em estado de abandono, que pode ser material ou afetivo, ante a falta de cuidados e de proteção. Como exemplos, podemos citar o abandono educacional ao não matricularem ou ao não acompanharem o filho na escola; o abandono à saúde ao não tratarem as questões físicas ou mentais da criança ou do adolescente, ou mesmo ao não a levarem para receber a cobertura vacinal disponível na rede pública; entre outros abandonos deliberados ou omissivos, quando não possam ser justificados pelo estado de vulnerabilidade material, social ou intelectual dos pais.

---

[138] BRASIL (2012, p. 13).

[139] Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

II – deixar o filho em abandono;

O agente, no caso em análise, sempre agiu de forma consciente e deliberada, e não estava em restado de vulnerabilidade social, intelectual ou material, muito pelo contrário, pois se tratava de uma pessoa bem integrada na sociedade e próspera financeiramente; o que permite concluir que as transferências patrimoniais aos filhos em detrimento dos direitos da autora foi uma estratégia de ocultação patrimonial – consciente – para dificultar o exercício dos direitos sucessórios da autora[140].

Essa discriminação afronta as regras legais positivadas nos artigos 544 e 549 do Código Civil, que determinam que a doação de ascendente para descendente importa em adiantamento de herança e é nula se exceder a legítima, ou seja, a metade do patrimônio que o doador poderia dispor no momento da liberalidade[141], para assegurar a isonomia patrimonial nas transferências gratuitas de bens, em vida e após a morte.

O julgado reconheceu que as transferências patrimoniais para os outros filhos se deram por meio de negócios jurídicos simulados, com a deliberada intenção de prejudicar a autora, que já foi privada dos cuidados, dos carinhos, das atenções e dos auxílios financeiros do pai ao longo de sua vida e, assim, ficaria ainda mais prejudicada com a lesão aos seus direitos patrimoniais sucessórios.

> Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir (e-STJ fls. 6 e seguintes), ou seja: **1º)** Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; **2º)** Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; **3º)** Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; **4º)** Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por

[140] O julgado, conforme BRASIL (2012, p. 13), teve como fundamento o reconhecimento de que o pai optou injustamente por se omitir de seu dever paterno de cuidar de sua filha, e reconheceu que o "dano moral configura-se em situação de consciente ação ou omissão injusta do agente, com o resultado de grave sofrimento moral ao lesado. A existência de vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão injusta."

[141] Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

> via judicial; **6º)** Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.[142]

Com a clandestinidade das doações seria difícil à autora, inclusive, exigir que as doações fossem trazidas à colação, como determina o art. 2.002, *caput*, do Código Civil[143], para tentar equiparar os quinhões hereditários após o falecimento do ascendente; confirmando, após a morte do pai, o desprezo doloso que, em vida, ele dispensou à filha.

4.2 A possibilidade da imputação de responsabilidade civil além da pecuniária

Nos itens dois, três e quatro do acórdão paradigma, o afeto é trabalhado expressamente como cuidado, enquanto valor jurídico integrante do ordenamento jurídico, ainda que não de forma explícita; assim, como foi reconhecido que o ato ilícito indenizável decorreu da omissão quanto aos deveres de fazer, inerentes ao cuidado e suas consequências psicológicas e sociais para o filho abandonado:

> 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF⁄88.
> 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
> 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

Além de valor jurídico, o cuidado é entendido como um dever paterno. E sua omissão – como no caso em análise, por deliberado descumprimento – tem natureza de ilícito civil. Assim, o afeto enquanto abstração ideal, em boa parte das vezes inalcançável,

---

[142] BRASIL (2012, p. 14).

[143] Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.

é tratado como o amor, muitas vezes romanceado nas relações familiares, notadamente, em relação ao incondicional amor materno; já no mundo prático, esse afeto é traduzido como cuidado; o amor verificável de forma objetiva e pragmática, a partir da prática de atos de cuidado, como o acompanhamento da educação, da saúde física e mental dos filhos, da alimentação e de todos os outros aspectos que envolvem a complexa existência do ser humano[144].

A questão é que o pai não poderia ter abandonado o filho, ainda mais de forma tão consciente e deliberada, pois a paternidade não lhe dá tal opção, muito pelo contrário. Villela (1979, p. 407-408) ressalta que o fato de gerar uma criança não torna ninguém pai ou mãe, mas sim a assunção de atos de cuidado, como a autodoação e o engajamento íntimo; tais atos é que tornam o indivíduo pai ou mãe, ao assumirem a função de cuidadores de seus filhos. É pela proteção e pelo convívio que se estabelece a ligação psíquica entre pais e filhos, reconhecida socialmente como afetividade.

> Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

Dessa forma, temos um entendimento pacificado de que o amor não tem como ser exigível, porque sua subjetividade inerente impede que ele seja tratado como categoria jurídica, mas sua exteriorização, por meio da prática de atos de cuidado sim[145]. Consequentemente, sua omissão importa em reprovação social porque se caracteriza como um ato ilícito passível de compensação civil dos danos morais, ante a gravidade da conduta omissiva paterna.

Neste ponto, temos duas questões a tratar: por que a tais atos ilícitos, decorrentes da não atuação dos deveres de cuidado, somente pode ser imposta a compensação civil

---

[144] Para Calderon (2017, p. 272), "a análise do cuidado para fins jurídicos se dá de forma objetiva, com base em elementos concretos apurados faticamente, de modo a tornar esta realidade apreensível pelo Direito. Correta a abordagem do tema a partir dessa perspectiva, visto que o direito de família, ao tratar com temas como a *afetividade* e o *cuidado*, deve atentar para esta dimensão objetiva concreta, fática, que se afasta da dimensão subjetiva do amor ou desamor".

[145] Comparato (2006, p. 532) entende que o verdadeiro amor "procura sempre exteriorizar-se na ação; ele nunca se refugia num íntimo bem-querer".

por meio de uma indenização pecuniária? Por que não impor uma resposta de mesma natureza do ato ilícito?; a segunda questão é: dar aos danos sofridos pela omissão de uma atuação, tão decisiva na vida de um ser humano, os cuidados paternos, o tratamento de danos morais, é suficiente para resgatar a dignidade da vítima e reparar efetivamente as consequências do abandono afetivo?

A primeira questão importa na resposta à segunda hipótese do trabalho: de que a tutela ressarcitória da responsabilidade civil não é suficiente para reparar os danos decorrentes de abandono afetivo – por sua natureza de danos existenciais, sendo necessário que os juristas a trabalhem de forma mais criativa e integrada com a tutela satisfativa.

É preciso exigir uma prestação de contas que chame à responsabilidade o ofensor, para que moralmente responda com uma compensação da mesma natureza dos danos provocados, uma compensação que não coisifique a vítima, por meio do pagamento de um preço por sua dor; mas que a (re)humanize ao tratá-la de forma digna. Se é verdade que a humanidade é reconhecida por sua falibilidade, também o é que a possibilidade de reconhecer o erro e tentar consertá-lo é ato extremamente humano.

No entanto, a tentativa de refazer o que antes não foi feito – ou o foi malfeito – soa como um acinte à vítima, porque a prestação de contas moral não foi cumprida, com o enfrentamento real do fato, como tratado no Capítulo II. A vítima não pode se contentar em receber em pecúnia o que deve ser cumprido em atos materiais pertinentes ao ilícito, ou seja, em atos de cuidado que importem em companhia, criação, dedicação. Nem a vítima e nem o Judiciário.

Calderón (2017, p. 266) chama a atenção para a necessidade de, conjuntamente com a tutela ressarcitória, os tribunais pátrios imponham obrigações de fazer, que satisfaçam o estado de abandono afetivo por meio de atos materiais de cuidados, com a atenção à dimensão ética da responsabilidade civil.

> Claramente a responsabilidade que decorre para os genitores com sua prole não se restringe à mera responsabilidade civil, voltada ao passado, com finalidade reparadora, mas envolve também a dimensão ética da responsabilidade, voltada a uma conduta futura desejável, dirigida para a criação e cuidados dos filhos. Esta dimensão ética de responsabilidade deve orientar o tratamento a ser conferido aos casos de abandono afetivo, constituindo-se em força motriz na busca da conscientização quanto às consequências do comportamento omisso parental nas relações familiares. Muito mais do que apenas reparar o dano, há que se

> empreender esforços na tentativa de procurar evitar a ocorrência desse dano existencial.

A questão é que sequer a solução ora criticada é pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que mesmo já tendo admitido – há mais de dez anos – que a condenação do pai ausente importa no dever de compensar financeiramente os danos morais decorrentes do abandono afetivo e material do filho, ainda há resistência quanto à aplicação do precedente, como demonstra o Item 7 da Edição n.º 125 da revista eletrônica Jurisprudência em Teses, que fixa o entendimento de que apenas de forma excepcional é admitido dever de indenizar o abandono afetivo do filho, quando comprovado que o dano moral experimentado tenha ultrapassado o mero dissabor do filho.

> O abandono afetivo de filho, em regra, não gera dano moral indenizável, podendo, em hipóteses excepcionais, se comprovada a ocorrência de ilícito civil que ultrapasse o mero dissabor, ser reconhecida a existência do dever de indenizar.

A expressão *mero dissabor* merece severas críticas porque importa em inaceitável diminuição da dor da vítima, notadamente, quando estivermos diante de hipóteses de abandonos afetivos. O que se espera de uma criança, de um adolescente, ou mesmo de um adulto desprezado por seu pai, que ele não se ressinta e não encare essa demonstração pública de desamor, desatenção e falta de cuidado como algo cruel? Qual seria a linha tênue e não adensada entre o fato considerado mero dissabor – não merecedor de atenção, entendido como um fato normal da vida e um dano existencial?

Os argumentos de que se trata de vitimização, excesso de subjetivismo ou fragilidade para enfrentar os fatos normais da vida, demonstram um desprezo pela dignidade da vítima e uma afronta ao princípio do *melhor interesse da criança e do adolescente*.

É preciso avançar essa discussão nas cortes superiores porque, nas hipóteses de abandono paterno, afetivo ou material, no mínimo, há o de dever de indenizar, uma vez que se trata de ofensa a um dever objetivo de cuidado. Não há limite razoável para o abandono afetivo paterno a ser suportado por um ser humano, ainda mais em se tratando de crianças e de adolescentes, por serem protegidos – de forma plena e absoluta – contra qualquer discriminação e negligência quanto a seus direitos fundamentais, porque devem

ser cuidados e ter uma convivência familiar saudável, como previsto nos artigos 4º, *caput*, e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente[146].

Já a segunda questão, se refere à terceira hipótese: de que a vida do filho abandonado é desqualificada politicamente pela negligência afetiva, sendo preciso ressignificar as estruturas do sistema-mundo capitalista, o que não é possível por meio do ordenamento jurídico; ou pelo menos não com a identificação do abandono afetivo como um dano moral como outro qualquer, como a utilização indevida ou jocosa da imagem de uma pessoa; ou decorrentes das repercussões negativas de fatos inverídicos e desonrosos injustamente imputados à alguém.

No caso paradigma, a vítima sustentou, em suas razões para pleitear a indenização requerida, que sofreu abandono material, moral, psicológico e humano desde o seu nascimento, pois, mesmo procurando manter contatos telefônicos com o seu pai, foi por ele ignorada ou menosprezada. A discussão sobre o abandono afetivo não pode ser limitada ao reconhecimento dos danos morais, é preciso qualificá-la, porque se trata da danos existenciais; o dano foi descrito na inicial como humano, portanto, inerente à existência de qualquer pessoa.

Não há como ser ignorado o fato de o dever de cuidado ter alcançado o patamar de valor jurídico, imprescindível para a apreciação da responsabilidade civil por abandono afetivo; porque sua ausência – do cuidado – importa em uma questão central na formação da personalidade da vítima.

É necessário que o cuidado seja entendido como um direito fundamental de proteção do filho, que vincula o pai – objetivamente – a cumpri-lo, como um dever fundamental correlato; e sua negligência como um fato injustificável que configura ato ilícito passível de responsabilização civil, com a imposição do cumprimento de tutelas ressarcitórias e satisfativas.

Não foi à toa que a fundamentação da decisão paradigma ter reconhecido que o dever de cuidado é pautado por elementos objetivos, o que o distingue do amor, entendido como facultativo. Quanto ao cuidado, há a possibilidade de verificação e comprovação

---

[146] Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

de seu cumprimento por meio de ações concretas, como a presença em eventos escolares, o acompanhamento em terapias, a manutenção de contatos, ainda que telefônicos ou virtuais, e o tratamento isonômico em relação aos outros filhos.

O julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242/SP foi escolhido como paradigma do presente trabalho porque conseguiu estar à frente do posicionamento, então, preponderante no Superior Tribunal de Justiça, mencionado acima, quanto ao reconhecimento de que o abandono afetivo gera danos existenciais, porque seus efeitos são perpétuos, e que devem ser reconhecidos como danos *in re ipsa*, não dependendo que suas consequências sejam comprovadas[147], porque são inerentes à condição humana da vítima, a bem da verdade, de qualquer pessoa, sendo preciso – apenas – a comprovação do fato ilícito.

Segundo a decisão, as consequências do abandono afetivo e material não podem ser tratadas como mero dissabor da vítima, e que, uma vez comprovada a ocorrência do ato ilícito, devem ser indenizadas suas repercussões nefastas.

> Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.[148]

Calderón (2017, p. 280), por outro lado, questiona o fato do julgado de o Superior Tribunal de Justiça ter considerado o dano moral sofrido pela filha como um dano *in re ipsa*, mas ter externado o receio de sua repercussão, que poderia estimular o enfraquecimento do debate judicial em outros casos, que também envolvessem a discussão sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo:

---

[147] Quanto à comprovação do dano moral *in re ipsa*, Cavalieri Filho (2021, p. 136) leciona que "só se justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado quando há efetiva ocorrência de fato grave e ofensivo. O dano moral nesse caso existirá in re ipsa, decorrerá inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto estará demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti que decorre das regras da experiência comum."

[148] BRASIL (2012, p. 5).

> Quiçá, este seja um dos aspectos mais polêmicos do voto da Ministra Relatora: considerar todos os danos decorrentes deste abandono afetivo in re ipsa, que dispensariam prova e seriam presumíveis nestas situações. Em se tratando de reparação civil decorrente de uma relação familiar, com todas as peculiaridades que a envolve, há que se refletir se a consideração de todos os danos decorrentes de abandono afetivo como presumíveis, in re ipsa, é a melhor solução para tais relações existenciais.

Não concordamos com o receio exposto pelo autor porque não há como um ser humano passar incólume ao abandono afetivo paterno, por mais forte que seja sua personalidade e mais elevada sua autoestima, pois a relação paterno-filial é fundante para a formação pessoal de qualquer indivíduo; tanto é que a maior parte das pessoas afetivamente negligenciadas busca alguém que vá desempenhar – de alguma forma – a função paterna não performada[149]. O não cumprimento – deliberado – de um dever objetivo, deve ser considerado um ato ilícito que, se comprovado, gera como consequência, o dever de indenizar, porque sua repercussão nefasta na esfera individual e social do filho é grave e inegável.

Esse, é o ponto de maior avanço da decisão, quanto ao reconhecimento do não cumprimento dos deveres de cuidado: comprovado o ato ilícito, ainda que, minimamente, o dever de indenizar é consequência, e não há necessidade, assim, de comprovação das consequências inerentes ao abandono afetivo, como dores, traumas, ressentimentos; mas há a necessidade de que a vítima seja valorizada e a indenização calculada a partir da adequada compensação de sua situação pessoal e social, e não apenas pela gravidade da conduta do agente, como ocorreu na decisão paradigma.

Nesse sentido, Calderón (2017, p. 265), acertadamente, não poupou críticas à decisão do Superior Tribunal de Justiça, pois entendeu que a atenção foi exclusivamente centrada na conduta do ofensor:

> Percebe-se o foco de atenção exclusivamente voltado à conduta do ofensor, sua extensão e sua gravidade, possíveis atenuantes decorrentes da postura da genitora, deixando-se em segundo plano a extensão dos danos sofridos pela vítima. Tal opção resta claramente declarada na sequência do voto, quando o mesmo

[149] Pereira (2012, p. 120) defende que o papel de um pai na vida de um filho é extremamente importante. "História, a Psicanálise, o Direito e até mesmo as religiões asseguram ao homem, principalmente como pai, um lugar mais que fundamental: fundante. Fundante porque é ele que, ocupando o lugar da lei, faz o primeiro encaminhamento à cultura, por um interdito proibitório das relações exclusivamente materiais em benefício da subjetividade da criança".

> Ministro afirma que “é excessivo o valor fixado, porque não observada a proporcionalidade de ação e omissão do genitor, ora Recorrente, na causação do sofrimento moral à filha, ora Recorrida”.
> O critério final utilizado para fixar o valor da indenização pelo Ministro Beneti foi partir da análise dos seis fatos narrados principais na petição inicial como caracterizadores do abandono, todos com foco central na conduta paterna:
> 1 – aquisição de propriedades, por simulação, em nome de outros filhos;
> 2 – desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada;
> 3 – falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira;
> 4 – falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras;
> 5 – pagamento de pensão alimentícia somente por via judicial;
> 6 – somente ser reconhecida judicialmente como filha.

A própria opção paterna de, tão logo ter tido reconhecida judicialmente a paternidade da autora, iniciar o pagamento mensal da pensão alimentícia fixada em dois salários-mínimos comprova que é preciso que as decisões judiciais em processos, que envolvam questões familiares, sejam mais elaboradas, porque o genitor passou a entender, a partir de então, que sua obrigação paterna estava sendo devidamente cumprida, ao desembolsar o valor da pensão; o que lhe permitia se sentir quitado quanto aos seus deveres paternos de cuidado, inclusive, socialmente, perante sua esposa, seus demais filhos, sua família extensa e as demais pessoas, como se o pagamento da pensão em valor confortável, uma vez que sequer foi alvo de recurso para minorá-lo, fosse o suficiente para a prestação de contas de toda a ausência pretérita e da que, a partir de então, foi reiterada.

O pagamento da pensão alimentícia, e muito menos o da compensação financeira não têm esse poder; nessa questão, se mostra pertinente a insistência de que as decisões utilizem todo o potencial da responsabilidade civil para tentar reequilibrar a situação da vítima perante a omissão paterna.

Outro ponto frágil da decisão e que, portanto, merece atenção é o fato de ter se mostrado temeroso que o deferimento de indenizações, em situações semelhantes, possa importar na criação de uma indústria de ações judiciais de filhos supostamente ofendidos pelos pais.

O receio de que a decisão possa servir de estímulo ao ajuizamento – em escala industrial – de pleitos semelhantes foi exposto na decisão, mesmo após o reconhecimento de que houve abandono afetivo e material deliberado, decorrente da estratégia – pouco ética – do genitor, de ocultação patrimonial, e da flagrante e reiterada humilhação imposta à filha.

O pai, ao se negar a participar da vida da filha, impediu que ela pudesse fazer parte da sua. Não há como deixar de reconhecer que tais fatos importam em danos existenciais, porque são irreversíveis e inesquecíveis, como reconhecido na decisão paradigma.

> A dor sofrida pelo filho em razão do abandono e desamparo dos pais, privando-o do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico e material é não só terrível, como irreversível. A mancha é indelével e o trauma irretirável. (...) Mas tal reconhecimento não poderá dar ensancha a abusos e criação de verdadeira indústria de ações judiciais de filho, supostamente ofendidos, contra os pais.[150]

O receio é infundado. Parece-nos que a preocupação do Judiciário deveria ser com a inversão da lógica de culpabilização da vítima, ao se suscitar a criação de uma indústria de ações judiciais de filhos supostamente ofendidos pelo abandono afetivo paterno. Tal receio dá munição à resistência na atuação da função paterna, ante a esperança da possibilidade de impunidade.

É preciso que as decisões judiciais sejam responsáveis em seus fundamentos, e não deixem dúvidas quanto à necessidade de revisão da contribuição do Judiciário para com a manutenção da cultura machista, de culto ao abandono paterno, ante a naturalização da vitimização dos filhos, que de forma interesseira buscariam os tribunais com intenções claramente monetárias; como também do papel e características geralmente atribuídas ao gênero feminino, ainda que, forma implícita, de assunção de todos os cuidados em relação aos filhos, e do comportamento histérico e vingativo, quando ousam questionar essa construção social.

É abusivo com a realidade pressupor que o eventual aumento – em escala industrial – do número de ações semelhantes, seria decorrente do incentivo do Judiciário, para que as pessoas passem a buscar se aventurar a pleitear a responsabilização civil de seus pais, ante o abandono afetivo e material de que seriam vítimas.

---

[150] BRASIL (2012, p. 16).

Os dados apresentados ao longo do trabalho, notadamente nos Capítulos I e III, comprovam que o abandono afetivo é uma realidade, com a negativa dos pais de registrarem seus filhos, ou de participarem de suas criações; e que tais abandonos vêm aumentando nos últimos anos, com seu agravamento ao longo da pandemia de Covid 19, com o aumento de registros civis de crianças apenas com o nome da mãe, e das famílias monoparentais femininas sendo desenhadas – com cores cada vez mais nítidas – como o retrato mais realista da tradicional família brasileira, disfuncional na perspectiva moralista hegemônica.

Não é crível que, ao reconhecer a necessidade de impor o pagamento de uma indenização pecuniária, como meio de compensação pelo dano moral sofrido com o abandono afetivo e material, o Judiciário possa registrar em um julgado que teme pelo aumento de casos semelhantes, fazendo crer que, o dano que reconhece como *in re ipsa*, possa ser relativizado na mesma decisão; que acaba por transparecer que as pessoas possam se aventurar a receber algum valor de forma indevida, com a exposição dolorosa de seus traumas, não só terríveis, como irreversíveis, indeléveis e irretiráveis, nas palavras do próprio julgado.

Não há o que se falar em enriquecimento sem causa, quando o que se está em jogo é a dignidade do filho negligenciado e abandonado, que não tem preço. A indenização, no valor que for deferida, não vale o abandono da filha, não a cura, não a satisfaz e, do mesmo modo, não a enriquece.

Essa satisfação, somente pode ocorrer para o pai, que, mesmo após passar por uma lide dessa natureza, ainda se sinta aliviado com a quitação de seu débito, por meio do pagamento da indenização pecuniária que lhe fora imposta.

Para o filho, a sensação, provavelmente, é bem menor que os danos perpétuos que ceifaram seu plano de vida principal, como o de qualquer ser humano, de ser reconhecido como uma pessoa merecedora de atenção e cuidados pelo próprio pai.

É preciso que as decisões judiciais, notadamente, as dos tribunais superiores, enfrentem a estrutura patriarcal[151] da sociedade, sob a perspectiva de ruptura do papel

[151] Pereira (2012, p. 85) sustenta que o patriarcado representa a maneira de se constituir família que constrói a sociedade e os ordenamentos jurídicos ocidentais, como “uma estrutura na qual homens e mulheres têm o seu desenvolvimento e participação com base no mito da superioridade masculina”.

paterno exclusivo de provedor. A atuação da função paterna é fundamental para o filho porque faz parte de sua estruturação enquanto sujeito.

O enriquecimento sem causa, previsto no art. 884 do Código Civil[152], não se aplica na hipótese de abandonos afetivos em relações familiares, primeiro porque a causa do deferimento da indenização é justificável e não pode ser questionada nem mesmo pelo – suposto ou pontual – comportamento agressivo da mãe; segundo porque não há enriquecimento, porque o que está em jogo não é uma mera lesão patrimonial a ser recomposta ou compensada, por isso, inclusive, se defende ao longo do trabalho – ver Capítulo II – que as decisões judiciais devam trabalhar a tutela satisfativa da responsabilidade civil, nas ações que versam sobre abandonos afetivos familiares, com a imposição de obrigações de fazer, capazes de ressignificar a relação paterno-filial e comprometer o genitor – eticamente – com a existência do filho.

Na verdade, de acordo com a decisão paradigma não houve imputação moral, suficiente para que o réu, ao responder pelo fato, pudesse efetivamente ser responsabilizado por sua ausência, uma vez que a condenação ao pagamento da compensação financeira não foi o bastante para transformar o reconhecimento do filho pelo pai, enquanto sujeito de direito que exige um comprometimento ético de vida, e, que, importe na necessária criação de uma ligação psíquica entre as partes.

Com a decisão final do processo, não ocorreu a ressignificação da relação familiar não ocorreu e nem a mudança na postura do pai, uma vez que foram mantidos o distanciamento e tratamento diferenciado em relação aos demais filhos.

Assim como, nem os oito anos de relacionamento, muito menos a gravidez da namorada o sensibilizou a reconhecer a paternidade da filha, que somente se deu por decisão judicial, após a realização de exame de DNA. Ademais, o pagamento de pensão alimentícia – muito aquém da sua capacidade econômico-financeira e das necessidades da filha[153] – também não o desestimulou a simular transferências de bens com o intuito de prejudicar os direitos sucessórios da autora.

---

[152] Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

[153] O art. 1.694, § 1º, do Código Civil, estabelece que, para a fixação do quantum alimentar, deve ser observada a capacidade do alimentante e a necessidade do alimentado, além da proporcionalidade com a contribuição do outro genitor: "§ 1 º-Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.".

Sem a imposição de obrigações de fazer que possibilitem a aproximação entre pais e filhos, e a reflexão das posturas reiteradas ao longo dos anos, dificilmente uma decisão judicial possibilitará o reencontro familiar e a ressignificação política da vida desse filho, para si mesmo, para seu pai e perante a sociedade.

Mudanças de comportamentos, pós lide, talvez possam se dar na medida em que as decisões judiciais passarem a enfrentar o abandono afetivo sob outro prisma, com a superação do precedente em comento e o alargamento da utilização da responsabilidade civil, com a imposição de tutela ressarcitória em conjunto com a tutela satisfativa, como defendido no Capítulo II e indicado como segunda hipótese do trabalho; de que a tutela ressarcitória da responsabilidade civil não é suficiente para reparar os danos decorrentes de abandono afetivo – por sua natureza de danos existenciais, sendo necessário que os juristas fundamentem suas decisões de forma mais criativa e adensada, com a integração da tutela ressarcitória com a tutela satisfativa.

É possível e necessário nos julgados de casos de abandono afetivo que se utilize mais das demais funções da responsabilidade civil, para além da função ressarcitória, como defende Calderón (2017, p. 361):

> O forte apego aos pressupostos clássicos da responsabilidade civil vem sendo objeto de crítica para a análise de complexos casos contemporâneos visto que, para os adeptos dessa corrente da responsabilidade por danos, restaria ainda muito apegada à punição da conduta do ofensor (e não ao abalo sofrido pela vítima), voltada apenas ao passado (e não com olhos para o futuro), exacerbaria os filtros (dificultando a reparação) e não tutelaria dignamente a vítima e seus danos (recomposição integral dos prejuízos sofridos).

A modificação do padrão das decisões judiciais influenciará – positivamente – nos comportamentos familiares e sociais, e talvez possibilite que os pedidos e as motivações dos litigantes também sejam diferentes. Porque o estágio atual das decisões, reiterado ao longo de mais de uma década, dificilmente estimula qualquer reencontro ou ressignificação.

Nem o pagamento da pensão, muito menos o da indenização, motivaram a mudança de postura ausente do pai e, consequentemente, não findaram em qualquer reconhecimento, acolhimento e ressignificação para a filha, que continuou tendo sua vida nua para seu pai.

E os casos se repetem, e as soluções judiciais insuficientes, infelizmente, também.

A decisão paradigma influencia decisivamente os juízes de 1º grau e os tribunais de justiça dos Estados a seguirem seu posicionamento, ao julgarem casos de responsabilização civil por abandono afetivo. Ainda que não se possa falar que a decisão paradigma vincule obrigatoriamente os demais casos, nos termos do art. 927, III, IV e V, do Código de Processo Civil[154], por não se tratar de: a) acórdão em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas em julgamento de recurso especial repetitivo; b) de enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; c) ou de orientação do plenário ou órgão especial.

A decisão que utilizaremos – para demonstrar como os processos de abandono afetivo e material em relações familiares vêm sendo decididos em âmbito local, é a Apelação Cível n.º 2014.3.015267-3, julgada pela 5ª Vara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que teve como Relator o Desembargador Constantino Augusto Guerreiro.

O caso tem por objeto fatos muito semelhantes aos tratados na decisão do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: abandono afetivo e material com reconhecimento de paternidade tardio mediante imposição judicial; e reconhecimento da responsabilidade civil do genitor com a imposição de indenização por danos morais, pelo não cumprimento dos deveres objetivos de cuidado, além de tratamento discriminatório com os demais filhos nascidos de seu casamento.

Ao analisar o pedido de indenização por danos morais, no valor de R$ 2.500.000,00, o juiz de 1º grau julgou totalmente improcedente a ação, com o indeferimento da petição inicial, por entender não restar configurada a resistência do pai em reconhecer a paternidade, tendo em vista que ele somente teria sido procurado uma única vez pelo filho. Como se a responsabilidade paterna pela criação do filho deixasse de existir pelo fato de o genitor ter sido procurado apenas uma vez, ou poucas vezes, ou mesmo nunca ter sido procurado pelo filho.

---

[154] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O voto do Relator ressalta que a confessada omissão paterna não pode ser justificativa pelo não cumprimento do dever de cuidado para com o filho, como também para o tratamento anti-isonômico em relação aos demais filhos:

> Desse modo, indaga-se: por que o Apelado fornecia dinheiro a mãe do Autor de modo esporádico e, quando o fazia, ficava bravo? Da análise dos autos, verifico que o Apelado possui mais quatro filhos, os quais, ao que tudo indica, têm como genitora a Sra. Maria Serra Carneiro – ex-mulher do Apelado – que faleceu em 23/03/2012. (...) Destarte, ainda que o Apelante tivesse procurado somente uma vez o seu pai, tal fato não isenta o genitor do dever de cuidado com a sua prole, consoante a previsão dos artigos 227[155] e 229[156] da CF e 1634[157] do CC.

Após a instrução do feito, restou claro que não se sustentava o principal argumento da defesa, do desconhecimento por parte do pai da existência do filho. Na verdade, o pai tinha ciência – sim – da existência do filho, mas simplesmente não se importava com ele, porque entendia que a manutenção de seu casamento, e da saúde de sua esposa, eram mais importantes. Na verdade, para o pai, o fato mais importante foi a sua opção de não ter que enfrentar sua esposa e seus outros filhos, para não ter que tratar de seu relacionamento extraconjugal e da existência de outro filho, como destacado na ementa do Acórdão.

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO COM DANOS MORAIS. DEVER DE CUIDADO DO GENITOR. ARTIGOS 227 E 229 DA CF. ARTIGO 1634 DO CC. SUBJETIVIDADE DO CASO. NEGLIGÊNCIA EVIDENCIADA. OMISSÃO VOLUNTÁRIA. PROVA TESTEMUNHAL. CIÊNCIA DO RÉU DE QUE ERA PAI DA CRIANÇA. FORNECIMENTO DE DINHEIRO DE FORMA ESPORÁDICA. EVIDENTE DIFERENÇA DE TRATAMENTO ENTRE OS FILHOS. PRESUNÇÃO DE DESGOSTO DO GENITOR EM RELAÇÃO À CRIANÇA POR

---

[155] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[156] Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

[157] Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;

> SER ESTE FRUTO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Mais uma vez se repete o padrão patriarcal ao longo da lide, tanto pela naturalização de que a mãe deveria exclusivamente assumir os cuidados com o filho, contentando-se com a parca contribuição financeira que lhe era dada, aleatoriamente, quando o pai bem entendesse; como pela justificativa de que a ausência se deu ante o estado emocional da esposa, que, dessa vez, não era agressiva e irascível, mas passível de pena em razão de sua saúde frágil, ou seja, a instabilidade emocional da mulher é sempre o fiel da balança para justificar os comportamentos omissos dos homens.

O reconhecimento do abandono afetivo, como ato ilícito, foi destacado pelo Relator em seu voto, no processo decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, com a observância de que a negligência paterna culminou em ofensa aos direitos de personalidade da criança.

> O abandono afetivo parental como fato gerador de indenizar se traduz no argumento de que o dano sofrido pela criança seja baseado em uma conduta negligente do pai haja vista que configura espécie de dano moral e ofensa ao direito de personalidade da criança. A falta do afeto por parte de um dos progenitores é um vazio que nunca será suprido. A criança pode viver a sua vida toda ao redor dos avós, tios e primos, sendo amada por todos. E mesmo assim, sentir uma tristeza profunda pela falta do pai que a abandonou. Ser criado sem pai nem sempre representa um trauma, especialmente no contexto da necessidade material. O cerne da questão é o(a) filho(a) ter consciência de que o pai está vivo e exerce a rejeição por livre escolha, muitas vezes, de maneira vil e ardilosa

Ainda que o termo dano existencial não tenha sido mencionado expressamente na decisão local, como também não o foi no julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ficou claro que os danos decorrentes do abandono paterno importam em um vazio que nunca será suprido, por mais que o pai resolva, doravante, performar um papel que se recusou, até então, a fazê-lo; porque o sentimento de abandono e a ausência, em uma fase tão aguda da vida de uma pessoa são fatos extremamente difíceis de serem superados.

A imposição de obrigações de fazer para o alargamento e qualificação do uso da responsabilidade civil, nos casos de abandono afetivo de filho, é uma opção que pode, em muito, ajudar na ressignificação das relações paterno-filiais, mesmo que não possa

resolver tudo, como num passe de mágica, como se os anos de abandono não tivessem representado nada demais para a vítima.

Não se está, dessa forma, defendendo que a imposição de obrigações de acompanhar as atividades escolares, as consultas médicas, de participar de terapias e cursos, entre outras medidas, salvará integralmente uma relação tão desgastada, a ponto de apagar os danos existenciais já consolidados.

O abandono paterno foi tão decisivo para a frustração dos planos de vida do filho, que ainda que terceiros, como avós, tios, novos companheiros ou companheiras, tenham suprido, de alguma forma, os cuidados negligenciados pelo pai, como destacou o julgado da corte estadual, o trauma em si, dificilmente, será esquecido ou superado integralmente.

A ciência de que o pai estava vivo e, deliberadamente, optou por ignorar a sua existência e as consequências desse abandono, rejeitando qualquer aproximação, limitando-se a fornecer parcas contribuições materiais e tratando os outros filhos – irmãos da pessoa abandonada – de forma completamente diferente, não são fáceis de serem esquecidos.

Os outros filhos foram cuidados, esperançados, oportunizados, já o filho abandonado foi esquecido e escondido; como boa parte de nós faz para se ver livre – momentaneamente – de incômodos do dia a dia, como os que batem nas janelas de nossos carros, pedem comida nas esquinas, dormem nas calçadas e nas praças, e enchem de receios nosso ir e vir.

A existência do filho abandonado é, para o pai, tão nua quanto a dessas criaturas invisíveis que, quando teimam em se mostrar presentes, logo queremos dar um jeito – rápido – de nos livrarmos de sua incômoda presença, com a entrega de uma moeda ou de alguns trocados, ou com o pagamento de uma pensão alimentícia, desde que não importe na limitação do estilo de vida da pessoa que paga, por óbvio.

Por isso, a utilização da responsabilidade civil de forma mais ampla, notadamente, com a atenção à tutela satisfativa, é um passo importante para a ressignificação das decisões judiciais que julgam casos de abandono afetivo em relações familiares, mas também pode ser um passo muito significativo para o reencontro entre as pessoas, cujos laços de afeto não tenham sido estabelecidos, ou que tenham sido rompidos de forma abrupta e unilateral pelos pais.

Até porque, a indenização deferida não foi suficiente sequer para cumprir a função da tutela ressarcitória, ante seu valor baixo e sem a exposição dos critérios que levaram o julgador a fixá-la, como consta do julgado local:

> O valor pleiteado pelo Recorrente a título de indenização por danos morais de R$-2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) é demasiadamente alto quando contraposto com os fatos alegados e as provas produzidas nos autos. Isso posto, considerando a capacidade econômica do Apelado, o caráter dúplice – pedagógico e reparador – que deve conter a sanção, bem como o período de abandono afetivo suportado pelo Apelante, entendo razoável e proporcional a fixação da quantia de R$-100.000,00 a título de danos morais, valor este que inclusive foi oferecido pelo Recorrido durante a audiência de instrução e julgamento.

O valor indenizatório fixado, equivalente a 4% do pedido na inicial, foi considerado pelo julgador como razoável e proporcional ao abandono afetivo suportado, mas as razões para tal conclusão não foram – minimamente – demonstradas.

Apenas a indicação de que o pedido foi elevado, em razão das provas alegadas e ante a capacidade econômica do ofensor, não é suficiente para que o aludido caráter dúplice – pedagógico e reparador – tenha sido explicitado.

Na verdade, a radical diminuição do quantum indenizatório pleiteado na inicial parece ter sido alcançada mediante a oferta conciliatória feita pelo ofensor, na audiência de instrução e julgamento, ou seja, pela indicação de um valor ponderado pela própria parte devedora, um valor confortável para si, que, só por essa comodidade, deixa de atender ao caráter pedagógico pretendido pelo julgador.

O valor ofertado não pode importar em reparação, nem mesmo mínima, ainda que não consideremos que, em uma audiência de tentativa de conciliação, quem faz uma proposta, oferta um valor menor do que espera pagar, porque sabe que ouvirá uma contraproposta maior, para que então os valores possam eventualmente se aproximar; ocorre que, no caso concreto, não houve aceitação por parte do ofendido.

O valor deferido, coincidente com o ofertado em audiência pelo ofensor e não aceito pela vítima, também não pode ter qualquer efeito pedagógico porque não houve nenhuma renúncia por parte do ofensor, nenhuma dificuldade em pagá-lo; porque não paga nem a sua ausência afetiva, muito menos os anos de ausência material; não paga os estudos e exames médicos não realizados, não paga as viagens, as roupas e os passeios nunca realizados; não paga a proteção e o carinho jamais dispensados.

CONCLUSÃO

Após o discorrido, ao longo dos capítulos que compõem o presente trabalho, esperava-se que a conclusão pudesse ser, ao menos, esperançosa; que mostrasse um horizonte menos cinzento, mas não foi possível; mesmo ciente de que cada leitor fará a sua, e que não cabe ao autor manipular ou induzir as interpretações próprias de seus leitores, não creio que o otimismo seja a característica mais comum aos que tiveram paciência, ou obrigação, de chegarem ao final desta leitura.

As hipóteses tratadas ao longo do capítulo demonstram que os fatores do abandono afetivo paterno são estruturais do sistema mundo-capitalista, porque decorrem de construções de uma realidade baseada em uma divisão social e sexual, muito delimitada, quanto aos papéis de cada gênero na sociedade e, como não poderia deixar de ser, nas relações familiares.

Ninguém nasce homem, mas se transforma no arquétipo masculino hegemônico, construído para perpetuar as relações de poder, de acordo com os marcadores sociais estruturantes das relações desiguais de gênero, características das sociedades capitalistas, e que tendem a se agravar se vêm acompanhadas de outros marcadores estruturais do sistema, como renda, classe, raça; ou ainda de questões conjunturais, como a pandemia de Covid-19, que se revelou ainda mais cruel para as famílias cujo reconhecimento de seus membros se dê em bases hostis.

A questão, assim, é de propor a quebra de paradigmas; mas não se pode esperar que as mudanças ocorram por meio de redenções individuais. O desafio, portanto, é como ressignificar as relações familiares e quais possibilidades estão ao alcance do ordenamento jurídico, para colaborar com as mudanças para o cenário idealizado, de reconhecimento de relações interpessoais baseadas no afeto e na prático de atos de cuidado, que importa em um contínuo comprometimento existencial para com o outro.

Esse é o desafio da atividade jurídica comprometida e criativa: delimitar quais comportamentos são adequados para a ressignificação da relação paterno-filial, cuja omissão quanto aos deveres de cuidado e proteção tenha ocorrido, e o modo de impor o cumprimento de tais obrigações de fazer.

Sem a ilusão ou a pretensão de que o Direito possa romper, unilateralmente, com uma estrutura de que é parte e elemento legitimador.

Não há salvação sem mudanças significativas nas estruturas sociais de dominação, que estabelecem as relações de poder, das quais as regras e decisões judiciais são oriundas e as reiteram, em um perpétuo preenchimento estratégico foulcaultiano.

Como ao Direito não cabe e nem é possível assumir esse papel de salvador, ao menos é possível revisitar seus parâmetros, alargar seus horizontes, para que algum abalo necessário na estrutura possa ocorrer. É o que se tem; o outro caminho é o da via revolucionária, com a refundação completa das bases sociais.

Há a necessidade de serem repensadas as formas de aplicação da responsabilidade civil para que a atuação do sistema judiciário possa ser no sentido de auxiliar a ressignificação das relações afetivas entre pais e filhos.

A cobrança de uma dimensão ética, para a apuração da reparação civil nas relações familiares, decorre da gravidade dos conflitos levados ao Judiciário; pois a família pode ser, ou deveria ser, o local do acolhimento, do sentimento de pertencimento, da compreensão e da proteção; realidade, portanto, indissoluvelmente ligada à afetividade e à solidariedade. Mas, nem sempre o é.

A realidade mostra a família enquanto lugar de violência física e simbólica, de invisibilizações, de apagamento de subjetividades; da negação paterna em assumir a responsabilidade pelo outro, sem qualquer preocupação com suas graves consequências, que em nada lembram o dever de cuidado exigido pela legislação, pela doutrina e pelos precedentes dos tribunais, inclusive, dos superiores.

O desafio para os juristas é como (re)pensar e aplicar o Direito de forma mais comprometida com a sua finalidade, de pacificação e justiça. A aplicação técnica e neutra da lei não concretiza os princípios solenizados no texto constitucional e na legislação.

É um desafio grande porque legisladores e juristas, em sua maioria, são homens estruturados em uma sociedade patriarcal, que se tornaram homens a partir da construção social da opressão ao gênero feminino.

Os danos decorrentes do abandono dos filhos pelos pais não podem ser minimizados em razão de atingirem a dimensão da própria existência das vítimas, que são sujeitos de direito, titulares do direito fundamental de proteção, correlato ao dever fundamental de cuidado dos pais, ou de quem os substitua nesse papel, como tutores e guardiões.

Se as funções restituitórias e ressarcitórias das regras da responsabilidade civil se mostram insuficientes para resgatar uma vida nua, desqualificada politicamente, uma vida

que não vale o choro, a vela, o luto, não será, então, apenas por meio das regras do direito civil que a justiça poderá ser materializada.

O que é preciso para mudar essa realidade é a vontade de romper com os paradigmas postos, com a tranquilidade decorrente da quitação da dívida, porque essa parcimônia só pode satisfazer o ofensor, jamais a vítima.

O filho teve sua existência interrompida, com sua morte em vida; os danos perpétuos que sofreram limitaram suas perspectivas, suas aspirações.

Dar por resolvida uma questão tão relevante quanto o questionamento existencial da importância de uma subjetividade perdida – pelo desvalor, com a imposição do pagamento de uma compensação civil, importa em fortalecer o paradigma dominante. É preciso escapar ao controle das forças de poder, inclusive, o que limita a solução, a satisfação, o gozo.

Somente por meio de uma prestação de contas moral o ofendido poderia seguir, com um acerto realizado com a vítima – ainda que mínimo; a vítima, então, poderia prosseguir, mesmo que muitas vezes sem esquecer, talvez até sem perdoar; mas como o Direito não resolve o mundo, neste ponto a solução jurídica fica mesmo a dever, pois esse perdão e ressignificação dependerão sempre da percepção pessoal da vítima, do esforço do ofensor e da possibilidade de reencontros para a ressignificação dessa relação.

No entanto, a prestação de contas moral importa num elemento capaz de fazer o indivíduo seguir, ainda que com a sua dor, mas com o reconhecimento de que ela é legítima e importou; o que ressignifica – ainda que em parte – a sua existência, que, sim, teve outro enquadramento; que, pela primeira vez, pelo menos, valeu o luto.

O desprezo paterno pela existência do filho, desde a sua concepção, importa no fato de que esta existência não é sentida pelo pai, e o fato de não ser sentida deixa claro que o enquadramento da proteção e do cuidado não importaram, pois sequer foram levados em consideração.

A esse filho, cujo distanciamento paterno importa na impossibilidade de ter considerada sua existência como qualificada só resta a falta de valor, a vida nua, a negação e a perda de seu sentido simbólico, de sua potência.

A negativa de dedicação, de atenção, de cuidado e proteção por parte do pai, é passível de comparação com a morte não enlutável do *homo sacer*, que não será sentido pela sociedade, ante seu desvalor, sua inutilidade.

A própria apreensão da vida dos outros como uma existência perdida ou maculada, por meio de enquadramentos – ou molduras – estruturadas de acordo com operações de poder, é claramente decorrente do fato de que essa vida não teve reconhecimento.

A vida de um ser humano, nesse contexto, perde sua potência e sua dimensão maior, pois passa a ser passível de um reducionismo típico do que não tem valor; a dimensão ampla da dignidade humana consagrada a cada vida é, assim, limitada – emoldurada – a uma análise de utilidade para a sociedade do lucro, para o mercado.

A mera tentativa de enquadrar uma vida em qualquer perspectiva de utilidade para o mercado já é suficiente para desqualificá-la.

Na verdade, deveria a sociedade, por meio do ordenamento jurídico e de políticas públicas mais efetivas, estar preparada para acolher toda e qualquer vida humana, em razão de sua potência inata.

É preciso ficar claro que se trata de um enquadramento da guerra pela sobrevivência, o que, por si só, desqualifica todas as existências, inclusive, as eleitas como destinatárias dos maiores benefícios, decorrentes de sua valorização social; porque tais ofensas atingem a vida humana como um todo, mesmo as vidas dos que não podem entender ou insistem em negar a realidade, em razão da distinção social alcançada e da rede de proteção e privilégios que os cercam.

Na análise do caso concreto, não pode o Judiciário se contentar em reproduzir a mesma lógica que possibilitou a ofensa, a do mercado.

Assim, se mostra inadequada a utilização de regras da responsabilidade civil que tenham por finalidade, apenas e tão somente, satisfazer uma tutela ressarcitória pensada para compor prejuízos patrimoniais.

A própria solução, por meio exclusivo da função ressarcitória, já se mostra insuficiente para a tutela da subjetividade dos danos extrapatrimoniais; e não poderia ser diferente para os danos existenciais.

É preciso mais criatividade e comprometimento do Poder Judiciário, para que as vidas nuas que buscam sua intervenção possam, minimamente, serem vestidas com algum pano que demonstre sua importância, sua preciosidade e potência, por serem únicas, por serem dignas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. ***Meios sem fins: notas sobre política***. São Paulo: Autêntica, 2012.

_____, Giorgio. ***O poder soberano e a vida nua I***. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

AMBRA, Pedro (Org.). **Cartografias da Masculinidade**. São Paulo: Cult Editora, 2021.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. – 13ª ed. – São Paulo: Grupo Gen, 2016.

_____, Hanna. **Eichamann em Jerusalém - Um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____, Hanna. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos principios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

AZEVEDO, Thiago Augusto Galeão de. **Direitos Para Alienígenas Sexuais: Um estudo sobre a lógica de poder e a verdade produzida sobre a sexualidade no campo jurídico**. – 1ª ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BAUDRILLARD, Jean. **A transparência do mal: Ensaios sobre os fenômenos extremos**. – 9ª ed. – Campinas, SP: Papirus, 1990.

_____, Jean. **A troca impossível**. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 2002.

BARRETO, Vicente de Paula. **Perspectivas éticas da responsabilidade jurídica**. Revista Quaestio Iuris, vol.06, nº 02. ISSN 1516-0351, 2013, p.257-278.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BIRCHAL, Alice de Souza e BERNARDES, Bruno Paiva (orgs). **Pontes para a paz em casa: práticas e reflexões**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora: 2020.

BIROLI, Flávia. **Divisão sexual do trabalho e democracia**. Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Faculdade de Educação/UFRGS, vol. 59, n.º 3, 2016, p. 681-719.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. – 5ª ed. – Brasília: UNB, 1994.

BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **A quantificação do dano moral compensatório: em busca de critérios para os arts. 5º, V e X, da CF/88**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/a-quantificacao-do-dano-moral/

BONETTI, Alinne de Lima; ABREU, Maria Aparecida Azevedo (Orgs.). **Faces da desigualdade de gênero e raça no Brasil**. Brasília: IPEA, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. – 11ª ed. – Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, **Recurso Especial n.º 1.159.242-SP**, Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos, Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, abril.2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Edição n.º 125. Brasília: maio, 2019.

BUTLER, Judith. **Quadros de Guerra: Quando a vida é passível de luto?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2015.

_____, Judith. **Vida precária: os poderes do luto e da violência**. – 1ª ed. – Belo Horizonte: Autêntica (Filô): 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. – 4ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Príncipio da afetividade no direito de familia**. – 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAMUS, Albert. **O primeiro homem**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

COELHO, João Pinto. **Mãe, doce mar**. Dom Quixote: Alfragide, 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. – 2ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COOPER, Melinda. **Family Values: Between Neoliberalism and the New Social Conservatism** (Near Future Series). New York: Zone Books, 2017. Edição do Kindle.

COUTO, Felipe Froés, FONSECA, Lorena e CARRIERI, Alexandre de Pádua. **O contrato sexual e o debate sob a negação da esfera pública à mulher no direito brasileiro**. *In* Cadernos de Dereito Actual, n.º 9, Las Palmas, 2018, p. 189-198.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e clase**. – 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espectáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELEUZE, Gilles. **Conversações, 1972-1990**. São Paulo: Ed. 34, 1992.

DURKHEIM, Émile. **Filosofia Moral**. - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

FAMPA, Daniel Silva; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **As cláusulas gerais e o aprimoramento da interpretação sistemática no direito civil brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, e-ISSN: 2526-0243, Brasília, v. 3, n. 1, p. 17 – 32, Jan/Jun. 2017.

FEDERICI, Silvia. **O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista**. São Paulo: Elefante, 2019.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. – 15ª ed. – Barueri (SP): Atlas, 2021.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____, Michel. **O sujeito e o poder**. in DREIFUS, Hubert Lederer; RABINOW, Paul. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FRASER, Nancy. **Justiça interrompida: reflexões críticas sobre a condição "pós-socialista"**. – 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2022.

FREUD, Sigmund. **Histórias clínicas**. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O critical legal estudies movement de Roberto Mangabeira Unger: Um clássico da filosofía jurídica e política**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília: v. 8, n.º 82, p. 49-63, dez./jan., 2007

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes: 2016.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2016.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HUMBERTO, Theodoro Júnior. **Danos Moral**. – 8ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: 2016.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto: ed. PUC-Rio, 2006.

JÚNIOR, Alberto do Amaral e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

_____, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa, PT: Edições 70, 2019.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Responsabilidade civil no Século XXI e a construção do direito de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. **A fundamentação ética dos punitive damages e do deber de prevenir danos**. Revista Fides: Natal, v.8, n.º 1, p. 19-30, dec. 2017.

LEVISKY, Ruth Blay; DIAS, Maria Luiza; Levisky, David Léo (orgs.). **Dicionário de psicanálise de casal e família**. – 1ª ed. – São Paulo: Blucher: 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES, Monique Rodrigues; AGUIAR, Rafael dos Reis. Carta das mulheres à constituinte: uma análise sobre as leis da violencia contra as mulheres a partir das crítica ao direito. **Revista Ciência do Estado**. Belo Horizonte: v. 5, n. 1, e20681, ISSN: 25258036.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **A pesquisa nas ciencias sociais e no direito**. – 1. ed. – Belém: Cultural Brasil: UFPA/NAEA, 2018.

LOURO, Guaciara Lopes. **Corpo, escola e identidade**. Revista Educação & Realidade. Porto Alegre: Faculdade de Educação/UFRGS, 25(2); 59-76, jul./dez. 2000n. 3, 2019.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coords.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARX, Karl. **Os despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira**. – 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2017.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: Biopoder, soberanía, estado de exceção, política da morte**. N-1 Edições, 2018.

MELO, Hildete Pereira de e CASTILHO, Marta. **Trabalho reprodutivo no Brasil: quem faz?** *in* Revista Econômica Contemporânea, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 135-158, jan./abr. 2009

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar: 2010.

_____, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. – 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral, 1887*. São Paulo: Companhia das Letras: 1988.

OKIN, Susan Moller. **Justice, gender, and the family**. Nova Iorque: Basic Books, 1989.

PARÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Terceira Turma, **Apelação Cível n.º 2014.3.015267-3**, Recorrente: Silvio Rogério Anselmo Carneiro, Recorrido: José Machado Carneiro, Relator: Desembargador Constantino Augusto Guerreiro, janeiro.2015.

PEIXOTO, José Luís. **Morreste-me**. Porto Alegre: Dublinense, 2021

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. – 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mário e TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. – 12ª ed. – São Paulo: Forense, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional**. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTEL, Silvia. **A Mulher e a Constituinte: uma contribuição ao debate**. – 2ª ed. – São Paulo: Cortez Editora e EDUC, 1987.

PUTHIN, Sarah Reis (et al.). **Psicologia jurídica**. Porto Alegre: Sagah, 2018.

RANCIÈRE, Jacques. **O desentendimento: política e filosofia**. – 2ª ed. – São Paulo: Editora 34, 2018.

REGO, Walquiria Leão e PINZANI, Alessandro. **Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania**. – 2ª ed. - São Paulo: Editora Unesp, 2014.

RICOER, Paul. **O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____, Paul. **O justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller: 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas**. – 19ª ed. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena** – 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. Edição Kindle.

SANTANA, Agatha Gonçalves. **O dano existencial como categoria jurídica autônoma: um aporte a partir de um diálogo com os direitos humanos**. Tese. PPGD-UFPA. Belém.

SARMENTO, Daniel. **Direito fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAVIANO, Roberto. **A beleza e o inferno: textos 2004/2009**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

SENNET, Richard. **O declínio do homem público: as tiranias da intimidade**. – 1ª ed. - Rio de Janeiro: Record, 2014.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. – 1ª ed – São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2009.

SILVA, Adelvan Oliverio. **A responsabilidade civil objetiva como dever fundamental e sua incidência nas relações privadas**. – 1ª ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2016.

SOUZA, Candice Vidal e; BOTELHO, Tarcísio, Rodrigues. **Modelos nacionais e regionais de família no pensamento social brasileiro**. Santa Catarina. Revistas de Estudos Feministas, 9 (2), 2001. https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000200006

STOCO, Ruy. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. – 10ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da. **Fundamentos do direito civil** – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. – 8ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VILLELA, João Baptista. **A desbiologização da paternidade**. Belo Horizonte. Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Edição 21, maio/1979.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Capitalismo histórico e civilização capitalista**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos da mulher**. – 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.

Superior Tribunal de Justiça
Revista Eletrônica de Jurisprudência

Imprimir

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere,* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.
Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.
Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.
Acórdão: o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Recurso especial: alega violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.
Sustenta que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1638 do CC-2002.
Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp nº 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.
Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.
Contrarrazões: reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.
Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).
É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

VOTO

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

1. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.
Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.
Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.
Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.
Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.
Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descuram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de

seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).
Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e⁄ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.
No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.
Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.
Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem.(Da culpa ao risco na responsabilidade civil *in*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). **Responsabilidade civil contemporânea.** São Paulo, Atlas, pag. 75)

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.
E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.
Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

2.1. Da ilicitude e da culpa

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunda em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.
Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.
Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.
Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae.*
A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.
Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: ' o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'. (Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309)

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. *O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar*. *(op. cit.* pp 311-312 - sem destaques no original*).*

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.
Nesse sentido, cita-se, o estudo do piscanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relacionação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo.** 6ª ed. Rio de Janeiro:LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar**.
Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: **"(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)".**
Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeço sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.
Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.
O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.
O cuidado, distintamente, é tisnado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.
Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.
A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica. por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.
Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.
Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.
Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).
De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.
Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.
Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero

cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

2.2 Do dano e do nexo causal

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal.
Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuidado por parte de um dos pais.
Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem.
Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.
Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.
Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.
Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexo.

3. Do valor da compensação
Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exsurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados.
Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R$ 200,000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem (26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais.
Mantidos os ônus sucumbenciais.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Srs. Ministros, neste caso, pela leitura do voto da Sra. Ministra Relatora, muito bem feito, o pai foi, de certa maneira, forçado a reconhecer a paternidade, porque uma pessoa nasceu fora da programação da vida dele. Ele é próspero, abastado, mas, judicialmente, foi condenado a pagar alimentos na faixa de dois salários mínimos até a maioridade dessa moça.

E aí, não sei quando entrou esta ação, porque, no meio do voto, S. Exa. diz assim: agora a autora é uma pessoa já com formação, encaminhada na vida, casada, tem filhos e lamenta o abandono material no sentido de um conforto psicológico, de uma assistência, um acompanhamento que todo pai deveria ter.

O Juízo de Primeiro Grau, analisando as provas, concluiu que o pedido era improcedente. O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença e fixou uma indenização no valor de R$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

Sucede que, com todo o respeito, Sra. Ministra Nancy Andrighi, a defesa dele se centra na alegação de que, se os progenitores não dão essa assistência material, o que pode surgir daí é uma perda do pátrio poder; isso é uma consequência. V. Exa. diz: não só a perda do pátrio poder, mas há o complexo dos direitos inerentes à honra, à estima, e que isso caracterizaria o dano moral.

Então, esse dano moral também poderia, independentemente da perda do pátrio poder, incidir. E faz todo o elenco das obrigações dos progenitores, seja ele de nascimento corriqueiro, vamos dizer, natural, ou seja por adoção, ou mesmo por uma imposição judicial. A paternidade exige uma responsabilidade. A paternidade, a maternidade, o pátrio poder, que é o pátrio dever.

Sucede o seguinte: como V. Exa. também bem relatou e bem expôs no voto, o universo de sentimentos que implica em uma família é algo difícil de mensurar. Isso pode "cheirar" – aqui me parece – a uma pessoa que lamenta a infância perdida, a juventude perdida. Parece aquela música do Taiguara: a juventude perdida, a infância perdida. Então, essa moça, hoje, adulta, lamenta que foi abandonada à própria sorte, cujo pai nem sequer queria reconhecê-la e foi obrigado a reconhecê-la.

Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência.

O que pode acontecer nesse nível de família? Quando a situação se torna de tal maneira insustentável, separação de fato, separação judicial, divórcio. E alguém dizer que, além disso, quer o dano moral porque não foi tratado condignamente como esposa, como marido, ou, então, neste caso, como filha.

E esse pai... Sabemos que a formação das pessoas, e V. Exa. cita, aqui, estudos de psicologia muito bem calcados, os estudos são, eminentemente, programáticos no sentido de que o ideal da convivência das pessoas é que todos tivéssemos uma vida em família harmoniosa, com o pai e a mãe expedindo esse amor, esse carinho, mas manifestação de amor e carinho é meio complexo. Não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade.

O voto de V. Exa. é pioneiro, Sra. Ministra Nancy Andrighi, mas também atento para a seguinte circunstância: se abrirmos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. E, se for assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar aquilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer.

Agora, o que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os filhos, hoje, já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão.

Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

ESCLARECIMENTOS (1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

V. Exa. ressaltou exatamente a complexidade...

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

APARTE (1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

A lei nossa, no sentido patrimonial, diz que a origem...

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

APARTE (2)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Não, mas, Sra. Ministra Nancy Andrighi, a lei, para efeito de divisão patrimonial, agora, diz assim: qualquer que seja a origem no nascimento todo mundo é igual: filho espúrio, filho daquele, filho daquele.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

APARTE (3)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Mas a grande dificuldade é a seguinte: ele não reconhecia a paternidade.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

APARTE (4)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Mas sabemos que existem personalidades notórias, de reconhecimento, que bateram de pés juntos, recusando, e, se for dizer assim, que a expressão fisionômica é a mesma, era a estampa do pai.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

APARTE (5)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

E há quem diga também, que isso, de ter filho fora do casamento, é uma prática cultural corriqueira na nossa cultura.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VOGAL (CONTINUAÇÃO 1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Mas, com todo o respeito, já estou externando as razões da minha divergência. Não estou nem estribado em matéria de provas. As provas o Juiz de Primeiro Grau já analisou e disse que não havia. O Segundo Grau é que reformou.
Então, entre análise de prova, o Primeiro Grau e o Segundo Grau cada um fez à sua maneira. Não estou escolhendo se há prova ou se não há prova.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

APARTE (6)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Estou dizendo a tese. Se abrirmos essa tese aqui, olha, como diria o pessoal, sai de baixo. Este Tribunal irá cuidar de mágoas.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

APARTE (7)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Não, lamentavelmente, o estágio, e agora partindo...

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

APARTE (8)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Lamentavelmente, no estágio atual da evolução do ser humano do ponto de vista de evolução espiritual, estamos muito longe ainda, no grande preceito do nosso maior de todos os Mestres, o Nazareno: "Amai-vos uns aos outros como vos amei".
Até agora estamos assistindo a isso. Hoje, vimos, aqui, um processo que não era nem para ter começado. Tudo por quê? Não, quero isso, quero aquilo.
Neste caso aqui, mostra exatamente um fosso muito grande. É uma situação de inteiro desamor. Nasce uma criança que deveria ser fruto do amor, e só foi fruto do amor físico, passageiro, efêmero e não daquele amor que gera vidas e encaminha.
Mas já estou extrapolando. Esse campo entra nisso. Entra nisso, porque há esses estudos psicológicos. Eles não estão dizendo. Eles estão dizendo o "dever ser". O "dever ser" impõe a obrigação de uma paternidade, de uma maternidade responsável. Mas o que é, então, perda do pátrio poder, há o crime de abandono material (art. 344 do Código Penal).

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

APARTE (9)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Mas foi o Juízo que fixou dois salários mínimos. O Juiz que fixou.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

APARTE (10)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Quer dizer, houve uma fixação.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

APARTE (11)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Na verdade, aqui penso que faltou, na base, alguma...

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Inauguro a divergência, com todo o respeito, dando provimento ao recurso especial.

Ministro MASSAMI UYEDA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0193701-9 **REsp 1.159.242 / SP**

PROCESSO ELETRÔNICO

Números Origem: 268700 26872000 3613894200

PAUTA: 07/06/2011 JULGADO: 07/06/2011

Relatora
Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MASSAMI UYEDA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKS

Secretária
Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, negando provimento ao recurso especial e do voto divergente do Sr. Ministro Massami Uyeda, dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Aguarda o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.- Meu voto manifesta-se em termos intermediários entre o voto da E. Relatora, Minª NANCY ANDRIGHI, que nega provimento ao Recurso Especial, mantendo a condenação, e o do E. Min. MASSAMI UYEDA, que dá provimento ao Recurso e julga improcedente a ação.

2.- No preciso resumo da sentença, a Autora, ora Recorrida, moveu ação, visando à indenização por danos morais, contra o requerido, ora Recorrente, alegando, ela, "que, sendo filha do requerido, cuja paternidade só ocorreu na esfera judicial, sempre tentou contato com o mesmo e nas datas mais importantes de sua vida o requerido não lhe demonstrou o menor afeto ou mesmo deu qualquer importância", e que, "ademais, transferiu bens para outros filhos em detrimento de sua legítima, fato que está sendo discutido em outros autos" (e-STJ fl. 341), pedindo, a autora, na inicial, fosse o requerido "condenado ao pagamento de quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) salários mínimos a título de indenização material e moral, em virtude do abandono total em relação à autora desde o seu nascimento" (e-STJ fl. 23).

A sentença (e-STJ fl. 341/343) julgou improcedente a ação, salientando que questões patrimoniais estão *sub judice* em outro processo e atribuindo os problemas de relacionamento à atuação especialmente agressiva da genitora da Autora, aludindo a incidentes de agressividade da parte desta, inclusive agressão ao Requerido, ora Recorrente, no Fórum,

O Acórdão da 7ª Câmara B de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (Relª Desª DAISE FAJARDO JACOT, com os votos dos Des. EDMUNDO LELLIS FILHO, Revisor, e ANTONIO MARCELO CUNZOLO RIMOLA, 3º Juiz – e-STJ fl. 429/435, rejeitados Embargos de Declaração, e-STJ fl. 449/453), por unanimidade, deu provimento em parte à Apelação, julgando procedente a ação e condenando o requerido, ora Recorrente, ao pagamento de indenização de R$ 415.000,00, corrigida a partir da data do julgamento (26.11.2008 – e-STJ fl. 429).

3.- O dano moral configura-se em situação de consciente ação ou omissão injusta do agente, com o resultado de grave sofrimento moral ao lesado. A existência de vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão injusta.

É que, reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa dele excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei.

Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou judicial, porque a lei não admite a distinção, pelos genitores, entre as espécies de filhos – naturais ou reconhecidos.

Nesse sentido a interpretação dos dispositivos legais anotados pelo voto da E. Relatora (CF, arts. 1º, III, 5º, V e X, e CC/2001,arts. 186 e 927, e ECA, art. 227), não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar (CC/2002, art. 1638, II, c.c. art. 1634, II), porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).

Igualmente nesse sentido a lembrança jurisprudencial, constante do Acórdão ora recorrido:

a) com a conclusão de procedência da ação, por abandono afetivo:

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. Apelação com revisão 5119034700", TJSP, Rel. Des. CAETANO LAGRASTA, j. 12.8.2008); Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana" (TJMG, Proc. 2.0000.00.408550-5/00, Rel. Des. UNIAS SILVA, j. 1.4.2004);

b) com admissão da indenizabilidade do dano moral, mas improcedência da ação por falta de provas:

Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Ausência de prova de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da afetividade. Improcedência dos pedidos. Não se nega que a dor sofrida por um filho, em virtude do abandono paterno, quando este o priva do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Não restando demonstrado nos autos que a autora tenha sido abandonada por seu pai, sem ao menos este tentar uma aproximação ou um contato familiar, é de se julgar improcedentes os pedidos de danos morais" (TJMG, Rel.Des. UNIAS SILVA, Apel. 10479.06.112320-%001, j. 18.3.2008); "Responsabilidade civil. Abandono moral. Alegação de descumprimento pelo pai dos deveres legalmente impostos (arts. 129 da CF, 1634 do CC/2002 e 22 do ECA). Autora que não demonstrou ter sofrido qualquer dissabor que ensejasse reparação civil, além dos aborrecimentos normalmente admitidos em casos de desenlace matrimonial. Sentença de improcedência mantida por descumprimento do art. 333, I, do CPC. Não provimento" (TJSP, Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, Apel. 4675314400, j. 17.6.2008); "Indenização por dano moral. Abandono afetivo.

Descumprimento de deveres dos pais. Ausência de prova do fato alegado na inicial. Ação improcedente. Recurso improvido" (TJSP, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, j. 27.5.2008).

4.- A responsabilidade pelo dano moral deve, contudo, ser proporcional à ação ou omissão do agente em sua provocação, determinando, essa proporcionalidade, o pagamento, por ele, de indenização proporcional, e reservando ao lesado a busca de indenização de outrem, na medida da proporcionalidade deste na causação do dano.

No caso, sem dúvida tem-se que, como reconheceu a sentença, analisando o fato da agressividade da genitora da autora, com atos concretos de agressão física ao requerido, inclusive no Fórum, tornou, em grande parte, impossível a tentativa de melhor relacionamento do requerido com a autora.

Essa circunstância da ação negativa da genitora relativamente ao possível relacionamento da filha com o genitor foi, em verdade, reconhecida pelo próprio Acórdão, conquanto por redação oblíqua, afastando, contudo, qualquer repercussão desse fato na atribuição da responsabilidade exclusivamente ao genitor requerido. Diz o Acórdão: "Malgrado a motivação que levou o Magistrado sentenciante a rejeitar o pedido da autora, culpando reiteradamente a mãe por todos os males padecidos pela filha em decorrência do descaso do pai, o certo é que a questão dos autos envolve tão-somente a autora e o réu, ou seja, a filha e o pai./Não há como conceber a escusa do pai para o exercício efetivo da paternidade em relação à filha, a pretexto de que foi sempre impedido de fazê-lo em relação ao alegado comportamento agressivo da mãe dela ou ainda a pretexto de que duvidava da paternidade até o reconhecimento judicial, acrescentando que pagou a pensão alimentícia mensal fixada judicialmente e depois elevada para dois (2) salários mínimos até a maioridade" (s-STJ fl. 431).

Deve-se, pois, proporcionalizar a indenização pelo abandono afetivo da filha autora à ação e omissão efetiva do genitor autor, descontando-se a parcela de responsabilidade da genitora, evidente nos fatos reconhecidos pela sentença e pelo Acórdão – e em que pese à compreensão humana para com a situação da genitora, que, segundo os autos, teve, por oito anos, relacionamento pré-conjugal com o requerido, ora Recorrente, que veio a deixá-la grávida pouco antes do nascimento da filha autora, a qual só veio a ter a paternidade reconhecida por sentença judicial após longa resistência do genitor em duradouro processo.

Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir (e-STJ fls. 6 e seguintes), ou seja: **1º)** Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; **2º)** Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; **3º)** Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; **4º)** Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; **6º)** Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

5.- A orientação desta Corte é, em princípio, não rever a fixação de valores por dano moral realizada pelos Tribunais de origem, mas ressalvando-se a possibilidade de nova fixação, fundada na equidade, caso o valor arbitrado seja considerado irrisório ou exorbitante.

No caso, ponderados os itens de resultado efetivo de padecimento moral, constantes da petição inicial, que baliza a causa de pedir e, consequentemente, condiciona o pedido, deve-se concluir que, realmente, é excessivo o valor fixado, porque não observada a proporcionalidade de ação e omissão do genitor, ora Recorrente, na causação do sofrimento moral à filha, ora Recorrida.

Alguns itens destacados pela petição inicial são exclusivamente de maior responsabilidade, senão de responsabilidade exclusiva, do genitor, sem que neles possa ser atribuída responsabilidade à genitora – até porque constituem matéria objeto de decisão judicial desfavorável ao genitor, ora Recorrente: (**1º)** Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; **6º)** Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

Outros itens são de responsabilidade compartilhada, ou, quiçá, talvez realmente obstada pela ação da genitora, pois não se poderia imaginar a dada de carinho, afeto, auxílio de presença pessoal, aconselhamento e semelhantes, diante de acirrada ação contrária ao genitor pela genitora, de modo que devem ser diminuídos valores componentes desses itens: (**2º)** Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; **3º)** Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; **4º)** Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras.

Ponderados todos esses elementos, e realçando-se que a fixação de valores a título de indenização moral não é jamais matemática, mas estimativa, à luz de condições interagentes entre si em cada caso concreto, o que impede que se comparem objetivamente, valores com o de outros casos concretos, deve-se dosar o valor dos danos morais, proporcionalmente à responsabilidade do genitor, ora Recorrente, em valor próximo à metade do valor fixado pelo Acórdão, ou seja, R$ 200.000,00, à mesma data do julgamento do Tribunal de Origem (26.11.2008 – e-STJ fl. 429), corrigida monetariamente a partir dessa data, com as verbas da sucumbência mantidas, como fixadas (e-STJ fl. 435) à conta do ora requerido, visto que vencido na pretensão principal (indenizatória), não se considerando, na sucumbência, o ajuste ora realizado no valor a ser pago.

Ministro SIDNEI BENETI

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0193701-9 **REsp 1159242/SP**

PROCESSO ELETRÔNICO

Números Origem: 268700 26872000 3613894200

PAUTA: 13/12/2011 JULGADO: 15/12/2011

Relatora
Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MASSAMI UYEDA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO

Secretária
Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, negando em parte do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO:
Eminentes Colegas, pedi vista dos presentes autos na sessão de julgamento de 13 de dezembro de 2011 para melhor exame da controvérsia, tendo em vista a divergência até então verificada e, principalmente, considerando a especial atenção que deve ser dispensada à matéria em exame.

A eminente relatora proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso especial, para manter o acórdão recorrido, que condenou o recorrente a reparar os danos morais causados à filha por abandono afetivo.
O eminente Ministro Massami Uyeda, na mesma sessão, inaugurou a divergência, tendo votado por dar provimento ao recurso especial, para afastar a condenação.
Por sua vez, o eminente Ministro Sidnei Beneti, após pedido de vista, proferiu voto dando parcial provimento ao recurso especial, para reconhecer a responsabilidade civil do recorrente no caso em comento, porém reduzindo o montante da indenização fixado na origem.
Com a devida vênia, acompanho o voto do eminente Ministro Sidnei Beneti.
Inicialmente, ressalto que, a meu sentir, a responsabilidade civil por dano moral no Direito de Família deve ser analisada com cautela.
As relações travadas no seio da família, por afetarem a esfera íntima das pessoas, são especialmente carregadas de sentimentos.
De um lado, representam o aspecto mais espontâneo do humano e, de outro, tendem a causar, em aparente contradição, mais fortúnios e infortúnios do que em qualquer outra espécie de relação.
Assim, pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo.
Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso mesmo, inevitáveis.
Sendo assim, entendo que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares.
O presente caso situa-se dentro dessa excepcionalidade, merecendo ser reconhecida a ocorrência de ato ilícito causador de dano moral.
A questão central em discussão no presente recurso especial situa-se em torno do delicado tema do abandono afetivo.
A doutrina, tanto acerca do Direito de Família como da Responsabilidade Civil, é uníssona em afirmar que o abandono moral do filho por parte dos pais tem o condão de ocasionar danos morais, que devem ser reparados.
Por oportuno, cito trecho da obra de **Arnaldo Rizzardo** (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 692-693):
Embora não caiba se falar em coesão familiar, e oferecer aos filhos uma estrutura regular da convivência com o pai e a mãe, o mínimo que se impõe como ditame fundamental da consciência, da moral, da natureza e da lei consiste na convivência regular com os progenitores, mesmo que espaçada, de modo a satisfazer o impulso natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu acompanhamento.

Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções.

Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios de humanidade. *(Grifou-se)*

Ressalto, todavia, que apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais.
De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal.
Felizmente, dispõe-se de uma larga margem de liberdade para educar e criar os filhos do modo que melhor se aprouver, sendo que desvios, percalços e falhas são inerentes ao processo de educação e de criação.
O dever de cuidado, pois, apresenta um conteúdo inegavelmente subjetivo.
Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comezinhas obrigações para com seu filho.
Evita-se, desse modo, eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam a indenização por danos supostamente sofridos.
Cito, por oportuno, a lição do ilustre **Rui Stoco** (STOCO, RUI. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7.ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 946):

A dor sofrida pelo filho em razão do abandono e desamparo dos pais, privando-o do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico e material é não só terrível, como irreversível. A mancha é indelével e o trauma irretirável.

O direito de proteção efetiva em circunstâncias tais tem fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, nosso ordenamento jurídico – e não só a Constituição Federal – é pleno de preceitos de proteção, afirmando o dever dos pais de cuidar e proteger os filhos, seja no plano material, educacional, afetivo ou psíquico.
(...)

Mas tal reconhecimento não poderá dar ensancha a abusos e criação de verdadeira indústria de ações judiciais de filho, supostamente ofendidos, contra os pais.

Cada caso deverá merecer detido estudo e atenção redobrada, só reconhecendo o dano moral em caráter excepcional e quando os pressupostos da reparação se apresentarem estreme de dúvida e ictu oculi, através de estudos sociais e laudos técnicos de equipe interdisciplinar. (Grifou-se)

No caso em comento, julgo estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil do recorrente.
Conforme bem apontado no voto da eminente relatora, o recorrente omitiu-se em seu dever de cuidado para com sua filha, tendo: a) resistido ao reconhecimento voluntário da paternidade, ainda que ela fosse presumível; b) negado oferecer voluntariamente amparo material à filha; c) deixado de prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico, deixando-a à própria sorte; d) buscado alienar fraudulentamente seus bens aos demais filhos, em evidente preterição da recorrida.
Não há dúvidas de que houve, na hipótese em tela, o abandono afetivo, porquanto o recorrido de furtou total e flagrantemente ao seu dever de cuidado com relação à recorrida.
Todavia, e sem desconsiderar a gravidade do dano, entendo que o valor fixado pelo Tribunal de origem - de R$ 415.000,00 - se mostra excessivamente alto, considerando as circunstâncias do caso em comento.
Com efeito, embora seja inafastável a culpa do recorrente, deve-se levar igualmente em consideração a conduta da mãe da recorrida, que dificultou sobremaneira o relacionamento entre pai e filha, conforme consignou o juiz, na sentença:
A prova produzida demonstra que não existiu e não existe convívio entre autora e réu, filha e pai e tal situação decorre do comportamento agressivo da genitora da autora em relação ao requerido.

Tal fato é relatado pelas testemunhas inquiridas na audiência de instrução, inclusive incidentes ocorridos no casamento do requerido, onde a genitora da autora se fez presente visando tumultuar a cerimônia. Esteve também na residência do requerido e em seu local de trabalho, promovendo escândalos, inclusive arremessando pedras contra a casa do mesmo.

Na data da audiência, nos corredores do Fórum, agrediu fisicamente o requerido e ameaçou as testemunhas que seriam inquiridas.

Tais fatos demonstram que a aproximação do requerido, à autora, sua filha, principalmente nas datas por ela mencionadas, como natal, formatura, aniversário, etc., era praticamente impossível, dado o comportamento irascível da genitora da autora.

Sendo assim, impõe-se apenas a redução do montante da indenização para R$ 200.000,00, conforme sugerido pelo eminente Ministro Sidnei Beneti, valor que se mostra mais consentâneo com as circunstâncias do caso.
Ante o exposto, acompanhando o voto do eminente Ministro Sidnei Beneti, dou parcial provimento ao recurso especial apenas para reduzir o valor da indenização.
É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

RATIFICAÇÃO DE VOTO VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Srs. Ministros, eu, ainda, com todo o respeito, não consigo vislumbrar isso.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

ESCLARECIMENTOS (1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Com a divergência minha.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

ESCLARECIMENTOS (2)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Estou divergindo.

Ministro MASSAMI UYEDA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0193701-9 **REsp 1.159.242/SP**

PROCESSO ELETRÔNICO

Números Origem: 268700 26872000 3613894200

PAUTA: 24/04/2012 JULGADO: 24/04/2012

Relatora
Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretária
Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO	:	JOÃO LYRA NETTO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Documento: 1067604 Inteiro Teor do Acórdão - DJe: 10/05/2012

ACÓRDÃO Nº 14__._____ – DJE: _____/FEVEREIRO/2015.
5ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
APELAÇÃO CÍVEL – N.º 2014.3.015267-3.
COMARCA: BELÉM/PA.
APELANTE: SILVIO ROGERIO ANSELMO CARNEIRO.
ADVOGADO: EZÍULA DE FÁTIMA SILVA COSTA.
APELADO: JOSE MACHADO CARNEIRO.
ADVOGADO: PEDRO BATISTA DE LIMA e OUTROS.
REVISORA: Desª. DIRACY NUNES ALVES.
RELATOR: Des. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO COM DANOS MORAIS. DEVER DE CUIDADO DO GENITOR. ARTIGOS 227 E 229 DA CF. ARTIGO 1634 DO CC. SUBJETIVIDADE DO CASO. NEGLIGÊNCIA EVIDENCIADA. OMISSÃO VOLUNTÁRIA. PROVA TESTEMUNHAL. CIÊNCIA DO RÉU DE QUE ERA PAI DA CRIANÇA. FORNECIMENTO DE DINHEIRO DE FORMA ESPORÁDICA. EVIDENTE DIFERENÇA DE TRATAMENTO ENTRE OS FILHOS. PRESUNÇÃO DE DESGOSTO DO GENITOR EM RELAÇÃO A CRIANÇA POR SER ESTE FRUTO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores que integram a 5ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará por unanimidade em **CONHECER** do recurso e lhe **DAR PROVIMENTO**, para reformar a sentença proferida pelo juízo *a quo* que julgou improcedente os pedidos elencados na inicial. Condenar o Apelado ao pagamento de danos morais decorrentes de abandono afetivo voluntário no importe de R$-100.000,00 (cem mil reais) incidindo sobre este valor correção monetária e juros de 1% ao mês, consectários estes que devem contar desta data, e ainda o Apelado arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios no importe de 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §3º do CPC, em conformidade com o voto do relator.

Turma Julgadora: Des. Constantino Augusto Guerreiro – **Relator,** Desª. Diracy Nunes Alves – **Revisora** e Desª Odete da Silva Carvalho – **Presidente.**

Plenário 5ª Câmara Cível Isolada, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte e nove (29) dias do mês de janeiro do ano de dois mil e quinze (2015).

CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO
Desembargador – Relator

RELATÓRIO

Des. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

Trata-se de **APELAÇÃO CÍVEL** interposta perante este Egrégio Tribunal de Justiça por **SILVIO ROGERIO ANSELMO CARNEIRO,** nos autos da **Ação de Indenização por Danos Morais (processo nº 0012675-47.2013.814.0301)**, que moveu em face de **JOSE MACHADO CARNEIRO,** diante de seu inconformismo com a sentença prolatada pelo juízo de piso, que **julgou improcedente todos os pedidos da inicial, extinguindo o processo com resolução do mérito com base no art. 269, I, do CPC, condenando ainda o Autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, os quais foram fixados em R$-20.000,00.**

Razões às **fls. 177/204,** tendo o Recorrente sustentado, em síntese, que restou comprovado o ato ilícito cometido pelo Recorrido, eis que este teria abandonado afetivamente seu filho, bem como de que seria desnecessário haver relutância constante do pai em aceitar o filho para que esteja configurado o abalo a personalidade do Apelante.

Contrarrazões às **fls. 208/215,** tendo o Recorrido pugnado pela manutenção da sentença ora guerreada.

É o relatório. Sigam à revisão.

Belém/PA, 11 de dezembro de 2014.

CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO
Desembargador – Relator

VOTO

Des. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO COM DANOS MORAIS. DEVER DE CUIDADO DO GENITOR. ARTIGOS 227 E 229 DA CF. ARTIGO 1634 DO CC. SUBJETIVIDADE DO CASO. NEGLIGÊNCIA EVIDENCIADA. OMISSÃO VOLUNTÁRIA. PROVA TESTEMUNHAL. CIÊNCIA DO RÉU DE QUE ERA PAI DA CRIANÇA. FORNECIMENTO DE DINHEIRO DE FORMA ESPORÁDICA. EVIDENTE DIFERENÇA DE TRATAMENTO ENTRE OS FILHOS. PRESUNÇÃO DE DESGOSTO DO GENITOR EM RELAÇÃO A CRIANÇA POR SER ESTE FRUTO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ab initio, entendo necessário refutar a afirmação feita pelo Recorrido em suas contrarrazões de que seria inconcebível a revisão da matéria de fato por este E. Tribunal (fls. 210).

O art. 515 do CPC preconiza: "*A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.*" Segundo o Professor Nelson Nery, o apelo pode ser utilizado tanto para a correção de injustiças como para a revisão e reexame das provas, podendo serem apreciadas ainda matérias suscitadas e não apreciadas pela sentença.[1]

Isso posto, verifica-se que é perfeitamente cabível o reexame da matéria de fato pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, razão pela qual passo a reexaminar a lide obedecendo, é claro, aos princípios do *tantum devolutum quantum appellatum* e proibição da *reformatio in pejus.*

Em suma, o Apelante ressalta que a qualidade paterna do Apelado nunca foi escondida deste. Apesar de muita insistência da mãe do recorrente em reivindicar ao Recorrido o reconhecimento da paternidade, tal fato nunca foi quisto pelo genitor, bem como de que não prestou auxílio econômico-financeiro e nem afetivo ao Recorrente.

Alega ainda o Apelante de que tentou aproximar-se de seu pai, porém, sempre fora rejeitado.

Em contrarrazões, o Apelado aduz que desconhecia a sua qualidade de pai em relação ao Recorrente, fato este que se findou somente com o advento da sentença proferida em 16/09/2011 no processo nº 0020915-43.2010.814.0301, onde foi constatado via exame de DNA a comprovação do vínculo biológico entre as partes ora litigantes.

[1] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 12ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

Relata ainda o Recorrido de que não houve omissão por parte do genitor relativo ao dever de cuidado com sua prole, eis que aquela teria se dado por ato involuntário. Em suma, o Apelado tenta isentar-se do dever de reparação dos danos morais.

O juízo *a quo*, ao proferir o julgamento da lide, entendeu que pelo fato do Autor ter procurado o seu pai somente em uma única circunstância, não estaria caracterizada a relutância constante por parte do genitor em aceitar o filho, circunstância esta considerada essencial para gerar o dever de indenizar por abandono afetivo, razão pela qual julgou improcedente o pedido do Requerente.

Pois bem, um fato imprescindível para o deslinde da causa é verificar se o Apelado realmente não sabia da sua qualidade de pai em relação ao Apelante desde o nascimento deste.

Em 02/12/2013 foi realizada audiência de instrução e julgamento, onde na oportunidade foi ouvida a testemunha apresentada pela parte Autora, Sra. Tania Rocha Zuqueto, tendo relatado o seguinte:

> "*que desde os 9 anos de idade conhece as partes, que não é parente nem amigo de nenhuma das partes. Testemunha compromissada na forma da Lei. Que acha que o Requerido é pai do Autor. Que a depoente acompanhava a irmã da mãe do Autor até o local conhecido como Fazenda atrás do Sideral para pegar dinheiro para o leite, para a manutenção do Autor que era bebê. Que Às vezes o Requerido dava dinheiro e ficava bravo. Que acha que o Requerido devia ter conhecimento que era o pai do Autor. Que chegou a ver muitas vezes a mãe do Autor junto com o Requerido*"

Da referida prova testemunhal, ressalto que o Réu, ora Apelado, em nenhum momento refutou os argumentos que lhe foram imputados, nem sequer em suas contrarrazões.

Desse modo, indaga-se: por que o Apelado fornecia dinheiro a mãe do Autor de modo esporádico e, quando o fazia, ficava bravo? Da análise dos autos, verifico que o Apelado possui mais quatro filhos, os quais, ao que tudo indica, têm como genitora a Sra. Maria Serra Carneiro – ex-mulher do Apelado – que faleceu em 23/03/2012.

Com efeito, o que percebo dos autos é que o Apelante é um filho que foi gerado em uma relação extraconjugal entre Apelado e a Sra. Silvia dos Santos Anselmo, mãe do Recorrente, isso posto, entendo que esta seja a razão para que o Recorrido não tenha querido assumir o Autor como seu filho, bem como de que para preservar o seu casamento com a Sra. Maria Serra Carneiro e a própria saúde desta, já que segundo o Réu a mesma teria ficado acamada pelo período de 10 anos que antecederam a sua morte, o Apelado evitava contato com a Sra. Silvia e com seu filho.

Segundo a Minª Nancy Andrighi[2], o amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no

[2] STJ - REsp 1159242

universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisnado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Dessarte, ainda que o Apelante tivesse procurado somente uma vez o seu pai, tal fato não isenta o genitor do dever de cuidado com a sua prole, consoante a previsão dos artigos 227[3] e 229[4] da CF e 1634[5] do CC.

O abandono afetivo parental como fato gerador de indenizar se traduz no argumento de que o dano sofrido pela criança seja baseado em uma conduta negligente do pai haja vista que configura espécie de dano moral e ofensa ao direito de personalidade da criança.

A falta do afeto por parte de um dos progenitores é um vazio que nunca será suprido. A criança pode viver a sua vida toda ao redor dos avós, tios e primos, sendo amada por todos. E mesmo assim, sentir uma tristeza profunda pela falta do pai que a abandonou.

Ser criado sem pai nem sempre representa um trauma, especialmente no contexto da necessidade material. O cerne da questão é o(a) filho(a) ter consciência de que o pai está vivo e exerce a rejeição por livre escolha, muitas vezes, de maneira vil e ardilosa.[6]

Há estudos neste sentido, de que em virtude da ausência do pai e pelo abandono sofrido, as crianças e os adolescentes tenham uma infinidade de graves consequências na estruturação psíquica, repercutindo, assim, nas relações sociais como dificuldade de relacionamentos, baixa autoestima, ansiedade, agressividade, delinquência juvenil e etc.

Desta forma, conclui-se que o abandono afetivo parental implica na desestrutura do próprio Estado. Pois a família quando fortalecida, o Estado se desenvolve. Quando fragilizada se desestrutura, entrando em decadência.

Não devemos esquecer, entretanto, que as frustrações vividas no seio familiar podem contribuir e muito para o desenvolvimento e crescimento do indivíduo, as quais, em parte, são próprias da vida e que portanto são inevitáveis, entretanto, **excepcionalmente**, a particularidade do caso permiti a constatação da ocorrência do ato ilícito causador do dano moral em decorrência de abandono afetivo.

Nesse diapasão, uma vez considerado que o Apelado já detinha o conhecimento de que o Apelante era seu filho desde a época do nascimento deste, entendo, diferentemente do que foi

---

[3] **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
[4] **Art. 229.** Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
[5] **Art. 1.634.** Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
[6] COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. Abandono Afetivo Parental. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=784.

ventilado pelo Recorrido em suas contrarrazões, que a omissão do pai em assistir, cuidar, educar e prestar assistência ao Recorrente foi **voluntária, ou seja, foi ausente por algum motivo que só pertence e interessa ao psique do Recorrido.** Assim sendo, resta evidente a negligência do Recorrido, pelo que tal situação enquadra-se perfeitamente no dispositivo nº 186[7] do CC.

O dano moral configura-se em situação de consciente ação ou omissão injusta do agente, com o resultado de grave sofrimento moral ao lesado. A existência de vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão injusta.

É reconhecido que na indenização do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei.

Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou judicial, porque a lei não admite a distinção, pelos genitores, entre as espécies de filhos – naturais ou reconhecidos.

A responsabilidade pelo dano moral deve, contudo, ser proporcional à ação ou omissão do agente em sua provocação, determinando, essa proporcionalidade, o pagamento, por ele, de indenização proporcional, e reservando ao lesado a busca de indenização de outrem, na medida da proporcionalidade deste na causação do dano.

No tocante ao quantum indenizatório referente ao dano moral, é notória a dificuldade existente no arbitramento da indenização por dano moral, ante a ausência de critérios objetivos traçados pela lei a nortear o julgamento e de não possuir aquele dano reflexo patrimonial, apesar de não lhe recusar, em absoluto, uma real compensação a significar uma satisfação ao lesado.

Compete ao julgador, segundo o seu prudente arbítrio, estipular equitativamente os valores devidos, analisando as circunstâncias do caso concreto e obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em realidade, para a fixação do valor a ser indenizado, deve-se ter em mente que não pode a indenização servir-se para o enriquecimento ilícito do beneficiado, muito menos pode ser insignificante a ponto de não recompor os prejuízos sofridos, nem deixar de atender ao seu caráter eminentemente pedagógico, essencial para balizar as condutas sociais.

Esclarece-nos Caio Mário da Silva Pereira, in Responsabilidade Civil, Forense, 1990, p. 61, as funções da indenização por danos morais: "*O fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da*

[7] Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

condenação, veja-se castigado pela ofensa praticada e o caráter compensatório para a vítima que receberá uma soma que lhe proporcione prazer em contrapartida do mal".

O valor pleiteado pelo Recorrente a título de indenização por danos morais de R$-2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) é demasiadamente alto quando contraposto com os fatos alegados e as provas produzidas nos autos. Isso posto, considerando a capacidade econômica do Apelado, o caráter dúplice - pedagógico e reparador - que deve conter a sanção, bem como o período de abandono afetivo suportado pelo Apelante, entendo razoável e proporcional a fixação da quantia de R$-100.000,00 a título de danos morais, valor este que inclusive foi oferecido pelo Recorrido durante a audiência de instrução e julgamento (fls. 168)

Por fim, sobre a temática abordada no caso em tela, colaciono abaixo o novo posicionamento do C. STJ sobre a matéria, senão vejamos:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
>
> 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
>
> 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
>
> 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
>
> 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
>
> 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1159242 / SP, Relatora Minª NANCY ANDRIGHI, publicado em 10/05/2012)

ASSIM, ante todo o exposto, **CONHEÇO E DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para reformar a sentença proferida pelo juízo de piso que julgou improcedente os pedidos elencados na inicial. **Por conseguinte, condeno o Apelado ao pagamento de danos morais decorrentes de abandono afetivo voluntário no importe de R$-100.000,00 (cem mil reais) incidindo sobre este valor correção monetária e juros de 1% ao mês, consectários estes que devem a contar desta data.**

Deve ainda o Apelado arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios no importe de 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §3º do CPC.

É como voto.

Belém/PA, 29 de janeiro de 2014.

CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO
Desembargador – Relator