

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ENDRIO CARLOS LEÃO LIMA

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO PARENTAL:
análise sobre a possibilidade de indenização por danos morais

São Luís
2016

ENDRIO CARLOS LEÃO LIMA

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO PARENTAL:

análise sobre a possibilidade de indenização por danos morais

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Esp. Eliana Lima Melo Rodrigues.

São Luís

2016

Lima, Endrio Carlos Leão

Responsabilidade civil no abandono afetivo parental: análise sobre a possibilidade de indenização por danos morais / Endrio Carlos Leão Lima. – 2016.

60 f.

Orientador(a): Eliana Lima Melo Rodrigues

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Abandono. 2. Afeto. 3. Dano Moral. 4. Família. 5. Responsabilidade Civil. I. Rodrigues, Eliana Lima Melo. II. Título.

ENDRIO CARLOS LEÃO LIMA

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO PARENTAL:

análise sobre a possibilidade de indenização por danos morais

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Eliana Lima Melo Rodrigues (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

Aos meus irmãos, Luize, Brenno e Anna
Luíza.

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, que sempre torceram pelo meu sucesso na formação acadêmica.

Aos amigos, por tornarem a vida mais prazerosa e por lhe darem sentido.

Ao amigo Mestre Sidney Filho Nunes Rocha, pela oportunidade de aprendizado e pela disponibilidade em compartilhar sua sabedoria e tão rica experiência jurídica, ensinou-me o pouquíssimo Direito que reputo até aqui ter conhecido.

Ao amigo mestre Raul Campos Silva, pela orientação, disponibilidade e presteza no auxílio às atividades e discussões enriquecedoras no processo de elaboração desta monografia.

Aos profissionais e amigos do escritório RSM e Advogados Associados, por me acolherem como estagiário quando eu ainda estava no segundo ano da graduação, por estarem sempre presentes e solidários, pelo prazer da experiência jurídica, por todos os ensinamentos repassados a mim, fundamentais para a minha formação intelectual e pessoal.

A professora Eliana Lima Melo Rodrigues, pela orientação na produção deste trabalho.

Aos meus colegas de universidade pelo companheirismo, pela convivência e pelos ensinamentos durante esses quatro anos de curso.

A todos que, de alguma forma, acrescentaram-me informações e conhecimentos valiosos para minha formação acadêmica.

“Há coisas que eu quero, mas não devo. Há coisas que eu devo, mas não posso. Há coisas que eu posso, mas não quero. Quando você tem paz de espírito? Quando tem um pouco de felicidade? Quando aquilo que você quer é o que você deve e o que você pode”.

Mario Sergio Cortella

RESUMO

Análise, tomando-se por base o estudo da responsabilidade civil e dos princípios inerentes à família no ordenamento jurídico brasileiro, sobre se o abandono afetivo gera repercussões no âmbito da responsabilização civil de modo a ensejar o dever de indenização por danos morais. Trata-se de tema objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, com discordâncias entre doutrinadores e oscilação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Primeiramente, discutir-se-ão os elementos constitutivos da responsabilidade civil e as modalidades de dano indenizável previstas no direito brasileiro. Em seguida, examinar-se-á o princípio da afetividade e os direitos e deveres a ele relacionados. Ao final, analisar-se-á a subsunção do fenômeno do abandono afetivo ao conceito de ato danoso que compõe a responsabilização civil, concluindo-se ser possível ou não eventual obrigação de indenização moral que possa decorrer do abandono afetivo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Família. Afeto. Abandono.

ABSTRACT

Analysis, taking as basis the study of civil liability and the principles inherent in the family in the Brazilian legal system, if the affective abandonment generates repercussions under the civil liability so as to give rise to a duty of compensation for moral damages . It is object of doctrinal and jurisprudential controversy, with disagreements among doctrinaires and fluctuation in the jurisprudence of the Supreme Court. First, will discuss the elements of liability and the terms of compensable damage provided for in Brazilian law. Then, will examine the principle of affectivity and the rights and duties related to it. At the end, it will be analyzing the subsumption of the affective abandonment phenomenon to the concept of harmful act that makes up to civil liability, concluding to be possible or not any obligation to moral damages which may result from the affective abandonment.

Keywords: Civil responsibility. Moral damage. Family. Affection. Abandonment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	-	Apelação Cível
APL		Apelação
Art.	-	Artigo
CC	-	Código Civil
CF	-	Constituição Federal
Des.	-	Desembargador
ECA	-	Estatuto da Criança e Adolescente
Min.	-	Ministro
REsp	-	Recurso Especial
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
TJ	-	Tribunal de Justiça
TJ-MG	-	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJ-RS	-	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJ-SP	-	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	RESPONSABILIDADE CIVIL, ATO ILÍCITO E DANO INDENIZÁVEL	12
2.1	Conceito e finalidade da responsabilidade civil	12
2.2	Elementos da responsabilidade civil	15
2.3	Ato ilícito	17
2.4	Dano moral	19
2.4.1	Quantificação do dano moral	22
2.4.2	Dano moral nas relações familiares	24
3	ABANDONO AFETIVO PARENTAL	26
3.1	A família no ordenamento jurídico brasileiro	26
3.2	Os princípios constitucionais no direito de família	28
3.3	Filiação	31
3.4	Poder familiar	33
3.4.1	Direitos e deveres inerente do poder familiar	34
3.4.2	Suspensão, destituição e extinção do poder familiar	36
3.5	Abandono afetivo	36
4	DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO	39
4.1	Panorama jurisprudencial	39
4.2	Enfrentando o problema	44
4.2.1	Abandono afetivo e ato ilícito	45
4.2.2	Abandono afetivo e culpa ou dolo do agente	51
4.2.3	Abandono afetivo e dano	52
4.2.4	Abandono afetivo e nexo de causalidade	54
4.2.5	Abandono afetivo e valor da reparação	54
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
	REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia volta-se ao estudo da possibilidade de o denominado abandono afetivo parental — analisado com base nos elementos constitutivos da responsabilidade civil e nas modalidades de dano indenizável previstas no ordenamento jurídico brasileiro — ensejar eventual dever de indenização por danos morais.

O direito de família foi o ramo do direito civil que mais sofreu significativas transformações ao longo dos últimos anos, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002. As finalidades, princípios e valores das entidades familiares foram modificando-se na medida em que as relações pessoais e o direito de família foram evoluindo, deixando de ser um direito exclusivamente patrimonial para se tornar um direito pessoal.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu os princípios norteadores de todo o ramo jurídico do direito de família, tais como os princípios da solidariedade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Assim, o afeto, embora não previsto expressamente como dever, tem ganhado enorme relevância e elevado valor jurídico, passando conseqüentemente a ser um dos principais elementos identificadores da entidade familiar.

É nesse contexto que nasce a discussão sobre a eventual possibilidade de responsabilizar civilmente o genitor que não fornece ao seu filho o afeto necessário para a sua formação psicológica, moral e emocional, deixando a prole em situação de desamparo. Discute-se o valor jurídico do afeto e, conseqüentemente, se o abandono afetivo parental pode ser considerado ato ilícito ensejador de responsabilidade civil.

O estudo justifica-se pela própria relevância da constatação e análise da evolução de institutos de direito material, devendo-se registrar as divergências nas construções doutrinárias e jurisprudenciais atuais no tocante ao direito de família, com o advento de valores como o afeto e a dignidade dos membros familiares.

De um lado, há o entendimento de que eventual possibilidade de indenização por danos morais não seria cabível, visto que não há configuração de ato ilícito, e o Poder Judiciário estaria estabelecendo um valor pecuniário ao amor, conseqüentemente obrigando alguém a amar outrem. Em sentido contrário, existe o entendimento de que o abandono afetivo impõe responsabilização civil, possuindo atualmente caráter pedagógico, não apenas compensador, pois aos genitores não cabe tão somente o cumprimento do dever de assistência material, mas também a assistência moral, dever jurídico cujo descumprimento poderia levar

à pretensão indenizatória.

Para que se responda ao problema, o presente trabalho divide-se em três tópicos. No capítulo inaugural, será feita abordagem sobre a responsabilidade civil, em sua origem, conceito, finalidade e elementos. Nesse ponto, analisar-se-ão mais especificamente o ato ilícito e o dano moral, identificando-se os corretos parâmetros a ser observados para quantificação, bem assim a relação dos conceitos com o direito de família.

Findadas tais considerações quanto à responsabilidade civil adentra-se, no capítulo seguinte, o estudo do abandono afetivo parental, ocasião em que serão abordados os princípios constitucionais que regem o direito de família, explanando-se mais atentamente a forma como o afeto atua nas relações familiares.

Por fim, no derradeiro capítulo, tomando-se por base o estudo da responsabilidade civil e dos princípios inerentes à família no ordenamento jurídico brasileiro, enfrentar-se-á o problema sobre se o abandono afetivo gera repercussões no âmbito da responsabilização civil, de modo a ensejar o dever de indenização por danos morais.

O procedimento desse trabalho iniciou-se com o levantamento bibliográfico de obras que tratam da responsabilidade civil e do abandono afetivo, com atenção especial voltada ao instituto da indenização por danos morais. Além das leituras teóricas, fez-se necessária, também, a leitura de julgados relativos a casos que versassem especificamente sobre a responsabilidade civil no abandono afetivo parental, para constatar como os tribunais pátrios, em especial o Superior Tribunal de Justiça, têm decidido sobre o tema.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL, ATO ILÍCITO E DANO INDENIZÁVEL

O tema da possibilidade de indenização por danos morais por abandono afetivo parental, objeto do presente estudo monográfico, invoca a dúvida sobre se a omissão afetiva no âmbito familiar, especialmente na relação parental, preencheria os requisitos para responsabilização civil do agente.

A melhor compreensão desse impasse doutrinário e jurisprudencial, e a empreitada de sua solução, requerem, necessariamente, sejam levados em consideração os fundamentos do instituto da responsabilidade civil, seu conceito, finalidade e pressupostos. Dar-se-á ênfase ao ato ilícito e ao dano moral, especificando-se, quanto a este, como sua quantificação deve se dar, bem como qual a sua aplicabilidade no direito de família.

A fixação desses elementos constitui o objeto desse primeiro capítulo, que se inicia pelo exame conceitual e finalístico do instituto da responsabilidade civil.

2.1 Conceito e finalidade da responsabilidade civil

O vocábulo “responsabilidade” advém do verbo em latim *respondere*, caracterizando o fato de alguém ser garantidor de algo, vinculando-o ao cumprimento de determinada obrigação, contraprestação ou encargo, de modo a recompor o prejuízo sucedido pela violação de um dever antecedente.

Segundo Stoco (2013), tal expressão possui um sentido polissêmico e, por conseguinte, registra uma pluralidade de conceitos. Assim, o termo “responsabilidade” pode ser tanto um sinônimo de cuidado e diligência, como revelar, no plano jurídico, a obrigação de todos pelos atos por si praticados.

Tomaszewski (2004, p. 245) assevera que:

[...] imputar a responsabilidade a alguém, é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo.

Com efeito, em face dessa polissemia, somada à grande dificuldade que a doutrina tem encontrado no enfrentamento do tema, especialmente a respeito dos pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, existe uma multiplicidade de conceitos para o instituto.

Parcela dos estudiosos conceitua a responsabilidade civil sob a ótica de sua correspondência a uma obrigação contratual ou aquela imposta pelas normas

regulamentadoras da vida, objetivando que as pessoas respondam pelas consequências prejudiciais de seus atos. Nesse sentido, discorre Tartuce (2011, p. 393):

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em *responsabilidade civil contratual ou negocial* e em *responsabilidade civil extracontratual*, também denominada responsabilidade civil *aquiliana*, diante da *Lex Aquilia de Damno*, aprovada no final do século III a. C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.

Por outro lado, há autores, dentre eles o francês Josserand (1936), que entendem que a responsabilidade civil, em uma visão mais ampla, não se limitaria tão somente à culpabilidade (elemento subjetivo ligado ao agente), mas abrangeria, de tal modo, dois aspectos: o objetivo, em que se encontra o risco criado; e o subjetivo, em que prevaleceria a culpa.

Diniz (2012, p. 50), condensando o entendimento de vários doutrinadores brasileiros, define a responsabilidade civil como:

[...] aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato ou coisa ou animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal.

Percebe-se que a responsabilidade civil, algo inarredável da natureza humana, é uma consequência advinda de uma obrigação originária, uma decorrência da inobservância de determinado regramento previamente estabelecido, isto é, um dever jurídico consequente ou sucessivo.

A responsabilidade civil revela-se, em verdade, como uma instituição assecuratória de direitos, a que alguém recorrerá caso tenha sofrido um detrimento de seus direitos ou tenha sido ofendido física e/ou moralmente.

Segundo Cavalieri Filho (2003, p. 30):

A responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde deságuam todos os rios do Direito: público e privado, material e processual; é uma abóbada que enfeixa todas as áreas jurídicas, uma vez que tudo acaba em responsabilidade.

Portanto, a responsabilidade tem sustentação jurídica, dependendo da prática de um ato antijurídico, cometido conscientemente ou orientado por um comportamento irrefletido, que conduza a um resultado danoso no plano material, imaterial e moral.

Assim, o rompimento do equilíbrio jurídico-econômico decorrente do dano causado pelo ato ilícito cometido pelo agente em face da vítima, faz surgir uma intrínseca necessidade de restabelecer o *status quo ante*, originando-se, por conseguinte, o dever de reparação por parte daquele, possuindo caráter sancionatório, pedagógico e pecuniário, de modo a se alcançar a verdadeira justiça.

A essa altura, faz-se uso, mais uma vez, das palavras de Stoco (2013, p. 158):

Do que se infere que a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça, e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar outra pessoa, ou seja, *neminem laedere*. A ninguém é permitido lesar seu semelhante. O sistema de Direito positivo estabelecido repugna tanto a ofensa ou agressão física como moral, seja impondo sanção de natureza penal, ou de natureza civil, também sancionatória, mas de caráter pecuniário, ainda que se cuide de ofensa moral. A primeira visa à pacificação social e à defesa da sociedade; a segunda tem caráter individual e unitário e tem por escopo a proteção da pessoa.

O Código Civil pátrio adotou a responsabilidade subjetiva, isto é, aquela que se fundamenta na culpabilidade do agente, conforme revelam seus artigos 186 e 187:

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.

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 (BRASIL, 2002).

Registra-se, contudo, que se baseando na Teoria do Risco, o ordenamento jurídico pátrio prevê, no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, a responsabilização do agente independentemente da análise da culpa (responsabilidade objetiva), em casos excepcionais, devidamente especificados em lei, quando se entende que a responsabilidade subjetiva seja ineficaz para garantir a correta proteção das vítimas. Veja-se:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

Desse modo, tem-se que a responsabilidade civil é uma imposição socialmente estabelecida, fundamentada inicialmente no indivíduo, obrigando a todos o dever de responder por seus atos danosos, sejam ações ou omissões, com o escopo primordial de estabelecer o estado jurídico anterior.

2.2 Elementos da responsabilidade civil

A doutrina pátria não possui um entendimento pacífico acerca dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Em verdade, trata-se de um tema com grande imprecisão doutrinária, havendo, por conseguinte, conclusões desiguais por parte dos estudiosos sobre o assunto. Enquanto, por exemplo, Diniz (2012, p. 53) aponta que para a configuração da responsabilidade civil exige-se a “existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente”, a “ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causado à vítima” e um “nexo de causalidade entre o dano e a ação”, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 66), por sua vez, assevera que “quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil”, incluindo a “culpa ou dolo do agente” como quarto elemento.

Não obstante as discordâncias doutrinárias, ao se realizar uma análise do artigo 186 do Código Civil, supratranscrito, percebe-se que o legislador pátrio, ao consagrar a regra universalmente aceita de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo, evidenciou no texto normativo quatro elementos imprescindíveis à caracterização da responsabilidade civil, quais sejam: (1) existência de uma conduta humana; (2) culpa ou dolo do agente; (3) ocorrência de um dano; e (4) uma relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano efetivamente sofrido pela vítima.

Inicialmente, tem-se que o primeiro momento da responsabilidade é uma *conduta humana* voluntária, exteriorizada de forma comissiva ou omissiva, apresentada seja como ato lícito ou ilícito, contrária à ordem jurídica, lesando um bem juridicamente protegido.

Com efeito, todo comportamento humano que viole norma jurídica ou que invada a esfera jurídica de outrem é levado a efeito por uma ação (*facere*), ou por uma omissão (*non facere*). Ação diz respeito à realização positiva de um ato, do qual advenham consequências. A omissão, por outro lado, pode ser entendida como uma conduta negativa, quando alguém deixa de realizar determinado dever jurídico a que está vinculado.

Diniz (2012, p. 56) assim leciona:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente do ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a

responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.

O referido artigo 186 do Código Civil ainda elenca o *dolo* e a *culpa* do agente como elementos da responsabilidade ao descrever a conduta humana como voluntária, negligente ou imprudente. Nesse sentido, o dolo consistiria num comportamento consciente e voltado a um fim determinado, enquanto a culpa consistiria na falta de diligência necessária e exigida (culpa em sentido estrito).

Sobre a culpa em sentido estrito, assim leciona Stoco (2013, p. 179):

A culpa em sentido estrito, entretanto, traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, eis que um erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*.

Percebe-se assim que o elemento subjetivo da culpa é o dever violado, ou seja, a responsabilidade civil decorre de uma infração a um dever preexistente. Ressalta-se, contudo, que mesmo que haja violação a preceito normativo, não haverá qualquer direito a reparação ou indenização caso não tenha ocorrido um efetivo dano à vítima.

Conforme leciona Cavalieri Filho (2012, p. 76):

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.

Considera-se *dano* todo prejuízo, perda ou desfalque de algo que ao sujeito é passível de ser integrado, quer em termos de patrimônio moral ou material, quer por inerente ao seu corpo ou a sua personalidade.

Diniz (2012, p. 80), por seu turno, define o dano como “lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

O dano pode ser de ordem material, traduzindo-se em danos emergentes (aquilo que efetivamente se perdeu) e em lucros cessantes (aquilo que se deixou de auferir, ou seja, reflexo futuro no patrimônio da vítima), bem como pode ser de ordem moral, correspondendo a ofensa causada aos atributos da personalidade da vítima.

Cuidando-se de dano material, a indenização mede-se pela extensão do dano,

assim, caso não seja possível o retorno ao *status quo ante* (objetivo intrínseco ensejador da responsabilidade civil), indenizar-se-á a vítima pelo equivalente em dinheiro. Por outro lado, no tocante ao dano moral, compensa-se um valor convencional e proporcional, haja vista não possuir equivalência patrimonial como os danos materiais.

Por fim, como quarto elemento da responsabilidade civil está o *nexo de causalidade*. Não pode existir a responsabilidade civil sem a relação de causalidade entre o dano efetivamente causado e o comportamento humano que o causou.

Cumpra-se, mais uma vez, os ensinamentos de Diniz (2012, p. 129):

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido.

Com efeito, não se mostra suficiente a comprovação de que o agente tenha procedido contra o ordenamento jurídico violando um direito ou preceito normativo, ou que a vítima tenha efetivamente sofrido um dano. Nos ensinamentos de Stoco (2013, p. 204) “é necessário que, além da ocorrência dos dois elementos precedentes, que se estabeleça uma *relação de causalidade* entre a injuricidade da ação e o mal causado”.

Trata-se, como se pode ver, do mais minucioso elemento da responsabilidade civil, pois nem sempre é facilmente perceptível se a contribuição de um fato para o dano é suficiente para atribuí-lo como fato gerador desse dano, e, por conseguinte, suficiente para ensejar indenização à vítima.

2.3 Ato ilícito

Como anteriormente enfatizado, a responsabilidade civil possui o escopo de restaurar o equilíbrio material ou moral violado através da ilicitude da conduta humana em face de um bem juridicamente tutelado de outrem, impondo ao ofensor o dever de reparação ou indenização pelos danos comprovadamente causados.

O ordenamento jurídico pátrio, no artigo 186 do Código Civil, institui o ato ilícito como fonte da obrigação de reparar danos perpetrados à vítima. Dessa feita, não é qualquer comportamento humano que se encontra apto a ensejar a responsabilidade civil, mas tão somente aquele tido como ilícito.

Assim, para que se possa diferenciar o que seja lícito ou ilícito é necessário que se faça um juízo de valor.

A conduta humana lícita pode ser definida como aquela que se encontra em perfeita consonância com o ordenamento jurídico vigente, produzindo efeitos jurídicos voluntários intentados pelo agente.

Por outro lado, o ato ilícito, segundo a redação do supra referido artigo civilista, traduz-se em um ato voluntário, isto é, resultante da livre manifestação do agente, reprovado pelo ordenamento jurídico, haja vista violar deveres éticos, políticos e econômico-sociais, ou direitos de terceiro, causando um efetivo dano a este.

Para a caracterização do ato ilícito, portanto, o legislador pátrio impõe, além da violação de um dever jurídico, a ocorrência de um dano efetivo na vítima.

Trata-se, contudo, de uma redação legislativa muito controvertida na doutrina, vez que configuraria, em tese, uma equivocada conceituação do ato ilícito, para o qual, cientificamente, bastaria a violação do direito, independentemente, portanto, da configuração ou não do prejuízo a outrem.

Nesse sentido, traz-se a crítica doutrinária realizada por Stoco (2013, p. 166):

Note-se que o legislador corrigiu o erro antes apontado e identificado no art. 159 do Código revogado.

Mas cometeu outro erro ainda mais grave.

É que a só violação do direito já caracteriza ato ilícito, independentemente de ter ocorrido dano. Ou seja, o ato ilícito é aquele praticado com a infração de um dever legal ou contratual.

Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está na só transgressão da norma.

Contudo, o dispositivo diz que só comete ato ilícito quem *viola direito e causa dano*. O equívoco é manifesto, pois, como afirmado no item precedente, pode-se praticar um ato ilícito sem repercussão indenizatória, caso não se verifique, como consequência, a ocorrência de um dano.

[...]

Pareceu-nos, contudo, tratar-se apenas de equívoco redacional, pois o art. 927, *caput*, que tem estreita e umbilical relação com o art. 186, constituindo consectário lógico deste, dispõe – para nós corretamente – que “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

É que, segundo a doutrina e jurisprudência pacífica, não basta o ato ilícito. Dele deve decorrer um dano, seja de ordem material ou moral.

Significa, portanto, que o art. 186 do Código Civil abriga apenas uma cláusula geral de ilicitude. Se a conduta do agente a ele se subsume ter-se-á apenas a ocorrência de um ato ilícito. Para que ocorra a responsabilidade civil e surja o dever de indenizar, além da ilicitude do ato dele deverá decorrer um dano. A questão da prova do dano posta-se a *lattere* e não interfere na substância e origem conceitual do dever de reparar.

Trata-se, em verdade, de uma crítica pertinente, vez que não se pode condicionar a violação de um direito à existência de um prejuízo ou dano. Caso contrário estar-se-ia a

confundir o ato ilícito com a própria responsabilidade civil, da qual, conforme destacado anteriormente, aquele é apenas um dos requisitos.

Com efeito, entende-se que é possível a prática de um ato ilícito sem que ocorra necessariamente uma repercussão indenizatória, caso não se configure, como consequência, a ocorrência de um prejuízo efetivo.

Em contrapartida a esse entendimento, Diniz (2012, p. 57) assim o conceitua:

O ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo da atividade culposa. A prática do ato ilícito, infringindo preceito normativo de tutela de interesse privado, produzindo dano a um bem jurídico, lesando direitos pessoais ou reais, dá origem ao ressarcimento do prejuízo. É a ordem pública o princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando-o.

Não obstante discussão conceitual doutrinária, tem-se o pacificado entendimento que o ilícito tem como alicerce dois elementos: (1) o elemento objetivo, consubstanciado no dever jurídico violado, ou seja, na infração de um direito preexistente; e (2) o elemento subjetivo, representado pela imputabilidade do agente, da capacidade deste de conhecer o dever e a possibilidade de observá-lo.

Dito de outra forma, faz-se necessária uma conduta voluntária, seja comissiva ou omissiva, que ofenda norma jurídica protetora de um bem reconhecido pelo ordenamento, bem assim que o agente tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com culpa ou dolo.

2.4 Dano moral

Ao longo da história, a noção de dano moral passou por várias fases. No Direito Brasileiro, atualmente, o instituto do dano moral tem previsão constitucional, tal como se pode observar nas disposições dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

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;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

O Código Civil de 2002 também admitiu a reparação do dano moral em seu artigo 186:

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. (BRASIL, 2002).

Verifica-se, entretanto, certa dificuldade doutrinária na conceituação exata do dano moral, posto que, tratando-se de instituto extrapatrimonial de difícil comprovação pelos meios comuns de prova, seu exame pode acabar restrito à esfera de subjetivismo do julgador.

Hodiernamente, é pacífico o entendimento, entre os juriscivilistas, de que a discussão relevante não é mais acerca da possibilidade ou necessidade de reparo pelos danos causados aos direitos da personalidade, mas sim sobre a dificuldade na sua configuração, pela identificação correta do bem jurídico tutelado e prova da existência do prejuízo efetivo, bem como a correta avaliação pecuniária do dano.

De modo a chegar a uma melhor elucidação, observam-se alguns conceitos do dano moral, elaborados por juristas que se preocuparam em esclarecer tal instituto.

Para Stoco (2013, p. 177), o dano moral consiste na “ofensa causada à pessoa a *parte subjecti*, ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade”.

Dano moral, para Gonçalves (2012, p. 491):

[...] não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente ao seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse juridicamente reconhecido.

Diniz (2012, p. 107), a respeito, assim conceitua:

O dano moral vem a ser lesão de interesses não patrimoniais de pessoas natural ou

jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério de distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem material, ou em um dano patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa direito extrapatrimonial, como, p. ex., direito à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial, como incapacidade para o trabalho, despesas com o tratamento.

O dano moral, doutrinariamente, pode ainda ser classificado como direto ou indireto, de acordo com sua forma de derivação do ato lesivo. O dano moral direto ocorre quando há prejuízo a um direito da personalidade, ou sobre o bem jurídico extrapatrimonial da vítima (tais como, a liberdade, vida, recato, honra, intimidade, imagem, etc.). Por outro lado, o dano moral indireto é aquele que causa lesão a um bem patrimonial da vítima, mas, reflexivamente, alcança bens imateriais (perda de objeto de valor afetivo, por exemplo).

É necessário prudência e cautela na hora de reputar a ocorrência do dano moral, vez que aborrecimentos, irritação ou meros dissabores restringidos à indignação da pessoa, sem que haja repercussão externa, fazem parte do cotidiano, inclusive no âmbito familiar, não estando aptas a caracterizar um dano moral.

Assim, Cavalieri Filho (2012, p. 93) pontifica que somente se configura como dano moral “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio do bem-estar”.

Extraí-se, portanto, a partir dos conceitos levantados, que a essência do dano moral encontra-se inscrita no subjetivismo inerente a cada indivíduo, isto é, na própria condição de ser humano, na análise de seus sentidos e condição intelectual e, inclusive, da sua posição perante os demais membros de sua comunidade.

Ressalta-se, oportunamente, que existe uma árdua dificuldade de descobrir-se a existência, ou não, da ofensa passível de reparação, haja vista que cada ser humano, ante a sua singularidade, reage em relação a tudo que possa dar causa ao dano moral, ou seja, violação do bem jurídico violado, de forma diferente, uns com mais e outros com menos intensidade.

Cabe aos julgadores distinguir um mero dissabor do dano efetivo, haja vista não existirem critérios objetivos para sua caracterização.

A prova do dano moral, para tanto, não pode ser dispensada com base em uma presunção absoluta, pois se passaria no interior da personalidade. É necessário que, diante do caráter de generalidade e abstração do instituto, a vítima comprove a existência da

consequência danosa de determinado comportamento ilícito, bem como o nexo de causalidade entre eles.

Nesse sentido, assevera Farias Júnior (2003, p. 54):

Não basta, tão-só, a prova da existência do fato que, por si só, seja suficiente para estabelecer uma situação moralmente ofensiva, autorizando, por isso, um ressarcimento.

O fato, por si, não defere a reparação, pois que a prova a ser feita deve referir-se, efetivamente, à existência do dano alegado.

O que para um se apresenta como dor, para outro tal sentimento pode nem mesmo ocorrer. Nenhuma dor o assalta. Se tristeza ou dor sente aquele que perde um parente, outro poderá senti-la nenhuma. Pode o pretendente romper o noivado e fazer com que sua noiva com isso sofra, porém, tal rompimento não é nem pode ser entendido como uma situação moralmente ofensiva à moça, pois, do contrário, a separação litigiosa também mereceria o mesmo tratamento, por trata-se, de rompimento abrupto, ou não. É esta a constatação a atormentar os magistrados e estudiosos da matéria, pois que não é sensato afirmar localizar-se o dano moral, tão-só, no fato.

Quanto à natureza jurídica da reparação civil por dano moral, tem prevalecido o entendimento que esta teria caráter dúplice: (1) penal ou punitivo para o agente ofensor, objetivando diminuir o seu patrimônio; e (2) compensatória ou satisfatória para a vítima, de modo a atenuar a ofensa causada (direta) ou desestimulando a repetição do ato pelo ofensor (indireta).

Há autores que ainda elencam um caráter pedagógico e repreensor da reparação por dano moral, vez que resultaria um desestímulo ao agente, a fim de que os mesmos atos ilícitos não sejam repetidos, bem assim impor a ele uma maior reflexão acerca do seu comportamento.

2.4.1 Quantificação do dano moral

A problemática do *quantum* indenizatório, conforme anteriormente realçado, é objeto de fervorosa discussão, tanto doutrinária como jurisprudencial, preocupando o mundo jurídico em face da crescente proliferação de demandas judiciais, sem que existam parâmetros seguros ou regulamentação específica para a estimação dos danos morais.

Enquanto se busca no ressarcimento do dano material o retorno ao *status quo ante*, indenizando pelo equivalente em pecúnia, o dano moral, diante da impossibilidade de recomposição do estado anterior à lesão, compensa-se com um valor convencionalmente a ser judicialmente arbitrado.

No Brasil, não se aplica o critério da tarifação, ou seja, não há valores de

indenizações prefixados para cada situação. Gonçalves (2012, p. 506) criticando tal critério assevera que:

[...] conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e as confrontar com as vantagens, que, em contrapartida, poderão, obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei.

Aplica-se em nosso ordenamento jurídico o critério do arbitramento, razão pela qual cumpre ao magistrado, de forma sensível, perspicaz e atenta às normas jurídicas e bens juridicamente tutelados, examinar cada caso, analisando e ponderando as circunstâncias e elementos probatórios para arbitrar, à luz dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, uma indenização dos danos.

Diante da perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor justo indenizatório, indaga Diniz (2012, p. 118):

Como chegar a uma reparação justa do dano moral? Como apurar o *quantum* indenizatório, se o padrão moral varia de pessoa para pessoa e se tanto o próprio nível social, econômico, cultural e intelectual como o meio em que vivem os interessados repercutem no seu comportamento? Se a reparação do dano moral não tem correspondência pecuniária, ante a impossibilidade material de equivalência de valores, como poderá ser absoluta e precisa?

Percebe-se, com efeito, que deixar ao arbítrio de um ser humano o trabalho de encontrar o montante indenizatório origina questionamentos e incerteza. Diante das diferenças substanciais de cada ser humano, de cada juiz, é fácil justificar as díspares indenizações por fatos semelhantes, ficando a parte entregue ao gosto das características pessoais e da personalidade do magistrado.

A despeito das dificuldades existentes para estabelecer o *quantum* indenizatório e das críticas doutrinárias sobre o tema, é dever do magistrado, utilizando-se da equidade, viabilizar uma apreciação singular do caso, coerente com a condição vivida pelas partes, fixar um montante indenizatório que não seja exorbitante ao ponto de converter-se em enriquecimento ilícito, nem ínfimo o bastante para que se torne inexpressivo.

Nesse sentido, leciona Stoco (2013, p. 177):

Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de “binômio do equilíbrio”, cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para quem recebe, nem causa ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o

ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido.

A esse respeito, destaca Clayton Reis (1998, p. 208) que “o juiz não será apenas um julgador, mas, sobretudo, um avaliador que sopesará todas as circunstâncias capazes de identificar o mal causado e a sua repercussão nos valores da vítima para estabelecer a compensação devida”.

Assim, segundo Gonçalves (2012, p. 511) os principais fatores a ser observados para a quantificação da indenização por danos morais são:

a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) intensidade de seu sofrimento; c) situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou grau de sua culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso atentando-se para o caráter antissocial da conduta lesiva.

Por fim, cumpre observar que a prova pericial poderá ter relevância na fixação do valor da indenização, ainda que por dano moral. Quando o magistrado não dominar conhecimentos específicos de outra área diversa do direito, deve proceder ainda de maneira mais cautelosa ao julgamento.

Dessa feita, o aplicador do direito deverá estar sensível ao pulsar da vida social, verificando os bens jurídicos tutelados, averiguando o fato delituoso e extraíndo do mesmo os elementos capazes de basear um valor justo à indenização.

2.4.2 Dano moral nas relações familiares

Existe uma grande controvérsia entre os juristas acerca do cabimento, ou não, do instituto do dano moral no direito de família. A dificuldade reside no fato de esse ramo do direito privado tratar questões de valores inestimáveis, existenciais, o que impossibilitaria a reparação civil de cunho pecuniário por dano moral, no qual, por sua natureza, já é difícil verificar a existência do prejuízo.

Não obstante, diante da propensão à ampliação da responsabilidade civil, bem como do advento da Constituição Federal de 1988, que alargou o conceito de família e passou a proteger de forma igualitária todos os seus membros com base no princípio da dignidade da pessoa humana, passou a ser aceita socialmente a compensação por dano moral no Direito de Família.

Há fundamentos para a busca pela ampliação dos casos de responsabilização civil,

de modo a englobar os demais ramos do direito, vez que, na ótica privada, aquele que comete um ato ilícito, causando um efetivo prejuízo, deve repará-lo. Contudo, deve-se ressaltar que o instituto da responsabilidade civil por dano moral deve ser visto como exceção, principalmente quando se está diante de relações familiares.

O acatamento jurídico a uma indenização a qualquer título deve ser pautado na ilicitude da conduta humana ao violar um bem juridicamente tutelado e protegido por norma jurídica. Assim, a complexidade e intensificação das relações sociais na sociedade contemporânea não pode fazer deslocar o eixo do ato ilícito para o dano injusto.

Nesse sentido, cumpre destacar a crítica realizada por Dias (2010, p. 116):

Há uma acentuada tendência de ampliar o instituto da responsabilização civil. O eixo desloca-se do elemento do fato ilícito para, cada vez mais, preocupar-se com a reparação do dano injusto. O desdobramento dos direitos da personalidade faz aumentar as hipóteses de ofensa a tais direitos, ampliando as oportunidades para o reconhecimento da existência de danos. A busca pela indenização por dano moral transformou-se na panaceia de todos os males. Visualiza-se abalo moral diante de qualquer dato que possa gerar algum desconforto, aflição, apreensão, apreensão ou dissabor. Claro que essa tendência acabou se alastrando até as relações familiares. A tentativa de migrar a responsabilidade decorre da manifestação de contrate para o âmbito dos vínculos afetivos, olvidando-se que o direito das famílias é o único campo do direito privado cujo objeto não é a vontade, é o afeto.

Apesar das críticas doutrinárias, atualmente se entende que os dispositivos legais que regulam o instituto da responsabilização por dano moral tratam o tema de modo amplo e irrestrito, bem como não existiriam restrições legais à aplicação das normas relativas ao referido instituto civilista e a consequente obrigação de indenizar atos ilícitos cometidos no âmbito das relações reguladas pelo Direito de Família.

3. ABANDONO AFETIVO PARENTAL

O presente capítulo volta-se a analisar, em seus aspectos mais relevantes, o abandono afetivo parental.

Serão observados, de início, os atuais contornos da família no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se ainda os princípios constitucionais pertinentes. Ato contínuo, tratar-se-á da filiação e do poder familiar dele decorrente, destacando-se os direitos e deveres parentais. Por fim, à luz de todos esses elementos, analisar-se-á o abandono afetivo parental.

Trata-se de retenções indispensáveis para que, no capítulo seguinte, possa ser realizado estudo crítico sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo parental.

Inicie-se a abordagem, portanto, tratando-se da evolução da família no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 A família no ordenamento jurídico brasileiro

A estrutura familiar da sociedade brasileira desenvolveu-se através de diversas etapas evolutivas ao longo dos anos. As relações jurídico-familiares sofreram, de fato, inúmeras transformações e influências das mutações estruturais políticas, econômicas e sociais. É possível afirmar que a Constituição Federal de 1988, em verdade, houve por concretizar todas essas mudanças que aconteceram e que permanecem acontecendo no direito de família. O alargamento conceitual das relações interpessoais, o pluralismo das relações familiares baseado na solidariedade e no respeito entre os seus membros, bem como a supremacia da dignidade da pessoa humana fundamentada no princípio da igualdade e da liberdade, dentre outras significativas transformações advindas da Magna Carta, resultaram no atual e moderno conceito de família brasileira, não necessitando mais ser formada exclusivamente pelo matrimônio.

A família brasileira, historicamente, sofreu grande influência do direito romano. Foi no direito romano que surgiu a figura do *pater familias*. O *pater*, sempre personificado pela figura masculina paterna, encontrava-se em uma posição hierárquica superior e possuía o máximo poder de gestão e administração da unidade familiar. Nesse contexto, em razão do pai representar o líder político, econômico, religioso da unidade familiar, os seus filhos, esposa e criados deviam-lhe total submissão.

Caio Mário (2006, p. 26) leciona:

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podiam impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada a autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha a esposa, sem alteração da sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido”.

Tratava-se do sistema patriarcal, no qual o fundamento da unidade familiar era o casamento, possuindo um chefe que cumulava o exercício de funções políticas, sociais e religiosas. Portanto, possuía total soberania sobre o lar, entes familiares, bem como sobre o patrimônio, pois a mulher, nesse contexto histórico, não possuía patrimônio próprio.

Tal submissão e autoridade começaram a ser flexibilizadas com o passar dos anos. Contudo, somente nos meados do século XIX, com a revolução industrial, foi que houve uma verdadeira e expressiva quebra de paradigma quanto a esse pormenor, vez que, diante da transformação do processo produtivo e da latente necessidade de mão-de-obra, houve a introdução da mulher no mercado de trabalho.

Nesse contexto, o homem deixou de ser a única fonte de subsistência da família, razão pela qual a mulher começa a superar, gradativamente, a submissão doméstica, vez que, ao passar a colaborar financeiramente, passou a ter maior participação nas decisões familiares e, conseqüentemente, ensejou um declínio da prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família.

Essa modificação da função social da família, ocasionada pela quebra do núcleo hierarquizado e patriarcal até então presente, resultou na aproximação dos seus membros, prestigiando-se, cada vez mais, o vínculo afetivo existente entre eles.

No Brasil, pode-se afirmar que o patriarcalismo subsistiu fortemente até meados da década de 60, sendo notórias as manifestações a propósito do patriarcalismo no Código Civil de 1916. A família reconhecida era apenas a matrimonial, que ainda era tratada de modo hierarquizado, patriarcal e indissolúvel, vez que no concurso de vontade quanto à criação dos filhos sempre prevalecia a vontade do pai, onde situava-se o pátrio poder, bem assim permanecia a figura subalterna da esposa, pois dependia de autorização do marido para alienar seus próprios imóveis, aceitar ou renunciar herança e exercer profissão (art. 242, CC/1916).

A respeito disso a professora Bastos (2014, p. 188) ensina que:

Os princípios regentes da família do Código Civil de 1916 eram baseados primeiro na formação da família apenas pelo casamento civil, ou seja, considerava-se família apenas o grupo originário do casamento; segundo, havia diferença entre o homem e

a mulher na sociedade conjugal, pois a figura do homem tinha prevalência total, ocorrendo discriminação da figura feminina; terceiro, os filhos eram diferenciados dependendo da origem da filiação; quarto, não havia dissolução do vínculo matrimonial e quinto, existia uma proscrição das uniões não legalizadas.

Com efeito, somente com a aceitação mais incisiva da mulher no mercado, tendo ela alcançado a emancipação de capacidade, liberdade sexual, bem assim com a legalização do divórcio (Lei 6.515/77), houve uma superação do sistema patriarcal vigente, reconhecendo-se as famílias não formadas pelo casamento e a solidariedade entre os membros de uma mesma família, razão pela qual se fez necessário o acompanhamento mínimo do sistema jurídico pátrio, com as conseqüentes novas codificações que afastassem a concepção individualista, tradicional e conservadora de outrora, e concretizasse a nova realidade da sociedade que se apresentava.

Nesse contexto, veio a Constituição Federal de 1988 para modernizar o direito de família e quebrar alguns paradigmas que feririam a dignidade humana de seus membros. Registra-se, oportunamente, que esta preservou e reconheceu expressamente a ideia de que a família é a base da sociedade, conforme se observa em seu artigo 226.

A vigente Constituição, conforme leciona Dias (2010, p. 30):

Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família parental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.

Nota-se, portanto, que com a queda do *pater família* e conseqüente ascensão do núcleo familiar conjunto, concomitantemente ao reconhecimento e previsão de outros tipos de família além da matrimonial, dentre outras mudanças de padrões, a Magna Carta consagrou que as unidades familiares passariam a ser dirigidas pela igualdade, solidariedade e dignidade de todos os seus membros.

3.2 Os princípios constitucionais no direito de família

Segundo Maria Berenice Dias, é no direito de família que se percebe o alcance dos princípios estabelecidos pela Constituição Federal, não se podendo, portanto, distanciar-

se da concepção da família atualmente vigente. Destaca ainda a doutrinadora que, não obstante o entendimento doutrinário e jurisprudencial pela existência de inúmeros princípios constitucionais implícitos, não existiria hierarquia entre aqueles previstos no texto constitucional explícita ou implicitamente (DIAS, 2010).

Neste tópico, far-se-á uma breve abordagem dos princípios constitucionais basilares referentes ao direito de família, vez que se revela uma tarefa árdua quantificar e nominar todos os princípios norteadores desse ramo do direito.

Paulo Lôbo (2011, p. 60), por sua vez, classifica como “fundamentais o princípio da solidariedade e o da dignidade da pessoa humana”, e como “gerais os princípios da igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança”.

O *princípio da dignidade da pessoa humana*, pode-se dizer, representa o ponto nuclear valorativo da ordem constitucional, do qual surgem todos os demais princípios, bem como norteia os atos do Poder Público e todas as relações privadas que se desenvolvem na sociedade. É “princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal” (DIAS, 2011, p. 62). Assim, o princípio da dignidade humana revela-se de suma importância para o direito de família, exigindo o respeito entre os indivíduos nas relações familiares, bem assim evitando a exposição destes a situações humilhantes ou degradantes.

A família passou a ser o local de realização existencial e afirmação de dignidades de cada um dos seus membros, ao contrário do que ocorria na época do predomínio do patriarcalismo, conforme visto supra. Naquele contexto não existia dignidade igual para todos os membros, pois o homem (*pater*), por ser considerado o chefe da unidade familiar, sempre ditava as regras e o modo como os demais entes familiares deveriam proceder.

A Constituição Federal de 1988 elevou esse princípio a fundamento da República em seu artigo 1º. Registra-se, contudo, que tal princípio ainda encontra previsão constitucional no artigo 226, § 7º, no tocante ao planejamento familiar, bem assim no artigo 227, quando o determina como direito a ser assegurado com prioridade pela família, a sociedade e o Estado à criança e ao adolescente.

No mesmo sentido, tem-se o *princípio da solidariedade*, o qual se refere ao mútuo respeito, consideração e colaboração entre os membros familiares, sempre objetivando o bem estar do outro, ou seja, preocupando-se com e cuidando de outra pessoa.

Para Dias (2010, p. 66) “esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade”.

No tocante à sua previsão, referido princípio encontra-se presente tanto na Constituição Federal de 1988 (arts. 3º, I, 226, 227 e 230) como no Código Civil de 2002 no que diz respeito ao dever de assistência mútua e na necessidade dos cônjuges cooperarem conjuntamente para o sustento do lar, por exemplo.

Por outro lado, a respeito do *princípio da liberdade*, Paulo Lôbo (2011, p. 64) ensina:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

O *princípio da liberdade* encontra-se legalmente previsto, a título exemplificativo, no artigo 1.513 do Código Civil, que garante o livre poder de constituir família sem qualquer tipo de intervenção na entidade familiar e nos artigos 1.642 e 1.643 do referido diploma, referentes à livre aquisição e administração do patrimônio familiar.

Por outro lado, o *princípio da igualdade*, além de proclamado no preâmbulo da Constituição Federal, foi reafirmado, em sentido amplo, no artigo 5º ao prever que todos são iguais perante a lei.

No âmbito do direito de família, o princípio da igualdade pode ser entendido sob duas perspectivas: (1) igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; e (2) a igualdade jurídica de todos os filhos.

A primeira resultou no desaparecimento do poder marital, revolucionando o governo da família patriarcal e hierarquizada, vez que impõe que as decisões sejam tomadas de comum acordo entre os conviventes. Encontra-se prevista no artigo 226, § 5º, CF, e nos artigos 1.511, 1.565 a 1.570, 1.631, 1.643, 1.647, 1.650, 1.651 e 1.724, CC.

A segunda perspectiva, por sua vez, prevê a igualdade entre os filhos havidos ou não na constância do casamento, ou por adoção, proibindo qualquer tratamento desigual entre eles, concedendo para todos os filhos os mesmos direitos, bem como os mesmos deveres, extinguindo a distinção, e conseqüentemente a discriminação, eliminando as denominações pejorativas (CF, art. 227, § 6º, e CC, arts. 1.596 a 1.629).

O *princípio da convivência familiar* é um princípio implícito na Constituição Federal (art. 227), o qual determina a necessidade de existir, no âmbito familiar, uma

convivência contínua e duradoura entre todos os membros, ligados pelo sentimento de solidariedade, acolhimento, respeito e proteção do seu meio familiar.

Paulo Lôbo (2011, p. 74) sobre o referido princípio leciona que:

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõe o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

Já o *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*, também conhecido doutrinariamente como princípio da proteção integral encontra-se expresso tanto na Constituição Federal de 1988 como no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 4º e 6º). Tal princípio impõe ao Estado, à família e à sociedade o dever de garantir com prioridade, ao menor, as melhores escolhas para garantir seus interesses, bem-estar e desenvolvimento.

Por fim, o *princípio da afetividade* está implícito na Constituição Federal de 1988, contudo, se revela presente nas relações familiares, reafirmando os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, da convivência familiar e da liberdade.

Conforme será melhor tratado adiante, o afeto passou a ser o fator determinante para a formação da família, seja ela matrimonial ou não, razão pela qual vem crescendo a discussão jurisprudencial e doutrinária sobre a categorização da afetividade como um dever jurídico.

3.3 Filiação

Conforme já explanado, reconheciam-se como famílias, no Código Civil de 1916, apenas aquelas que fossem originadas exclusivamente pelo matrimônio. Nesse contexto, o Estado e, por conseguinte, o ordenamento jurídico, não reconheciam as relações e os filhos havidos fora dessa instituição, acarretando-lhes punições e discriminações, pois o entendimento era de que legítimo somente seria o filho biológico, nascido dos pais casados.

A Constituição Federal de 1988, conforme dito anteriormente, consagrou a igualdade entre os filhos, vedando qualquer tipo de discriminação entre filhos havidos em decorrência ou não do matrimônio, dando-se término à humilhação jurídica sofrida por esses últimos. Nesse sentido, o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, dispõe que “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.” (BRASIL, 1988).

Outrossim, com o alargamento conceitual da família advindo da promulgação da Constituição Federal, que garantiu reconhecimento e proteção especial às diversas formas de entidade familiar, seja originada pelo matrimônio, união estável ou pela convivência de um dos genitores com sua prole (família monoparental), estabeleceu-se um novo perfil na filiação. Com a consagração principiológica constitucional do direito à convivência familiar, marcada pela presença do vínculo afetivo, ampliou-se o conceito de paternidade, deixando a ordem genética de ser determinante para o vínculo de filiação.

Nesse sentido, enfatiza Dias (2010, p. 349):

Todas essas mudanças refletem-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc. Ditas expressões nada mais significam do que a consagração, também no campo da parentalidade, de novo elemento estruturante do direito das famílias. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial. Ampliou-se o conceito de paternidade, que compreende o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade leal. Nesta nova concepção passou-se a reconhecer a filiação homoparental, constituída por dois pais e duas mães. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.

Dessa feita, percebe-se que atualmente a paternidade não é apenas um ato físico, de aspectos exclusivamente biológicos, mas um fato de opção, submergindo com intensidade na área afetiva.

Entende-se, portanto, que a filiação seria um estado, exprimindo a relação jurídica entre os filhos e seus pais, que o geraram ou adotaram.

Diniz (2010, p. 454) assim define:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram vida, podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.) ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo ou institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

Dias (2010, p. 355), por outro lado, entende que filiação:

[...] é um conceito relacional: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e atribui reciprocamente direitos e deveres. Na feliz expressão de Luiz

Edson Fachin, a paternidade se faz, o vínculo de paternidade não é apenas um dado, tem a natureza de se deixar construir.

Segue alegando a referida doutrinadora que o vínculo parental pode ser estabelecido por meio de três critérios: o jurídico, o biológico e o socioafetivo. O primeiro encontra-se previsto no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, o qual estabelece a paternidade por presunção, correspondendo ou não com a realidade. O segundo é aquele comprovado através de exames laboratoriais, tal como o de DNA. O último está fundado na dignidade da pessoa humana e no melhor interesse da criança, razão pela qual pai é aquele que, independentemente do vínculo consanguíneo, exerce de fato tal função.

Percebe-se que o elo identificador de filiação deixou de ser o genético, passando a ser o afetivo. Desse modo, não é suficiente a prova de ser pai biológico, isto é, a verdade genética, de modo que, para que seja reconhecido o estado de filiação, revela-se necessário comprovar a existência de um vínculo afetivo, uma verdade de fato, tendo esta preferência em relação à outra.

Essa nova realidade corresponde ao que se denomina doutrinariamente de posse de estado de filho, e não pode ser desprezada de forma alguma. “A noção de posse não se estabelece com o nascimento, mas por ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação” (DIAS, 2010, p. 355).

3.4 Poder familiar

Em diversas oportunidades, nos tópicos anteriores, explanou-se que houve uma verdadeira transformação no direito de família. O antigo pátrio poder, isto é, aquele direito absoluto e ilimitado pertencente ao chefe da unidade familiar sobre os demais membros, ainda presente no Código Civil de 1916, foi perdendo força em razão das mudanças políticas e sociais com o decorrer dos anos, não encontrando mais espaço e respaldo jurídico nas legislações brasileiras advindas posteriormente.

O instituto do pátrio poder perdeu sua inspiração do direito romano, deixou de ser um conjunto de direitos ilimitados da figura masculina, o *pater*, para se tornar um verdadeiro complexo de deveres e direitos a ser exercidos por ambos os pais no cuidado e proteção de sua prole.

Essa mudança restou consolidada com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. 8.069/90), concedendo tratamento jurídico

isonômico entre homens e mulheres, inclusive no âmbito familiar, retirando-se, por via de consequência, a prevalência do juízo paterno em caso de divergência, devendo ambos os pais exercerem, em igualdade de condições, o pátrio poder.

Contudo, foi somente com o advento do Código Civil de 2002 que houve a modificação da nomenclatura do instituto sob análise, passando-se a se chamar de poder familiar, conforme se observa da redação do artigo 1.631 do referido diploma civilista:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. (BRASIL, 2002).

Diniz (2010, p. 454) assim o define:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Ambos têm, em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens do filho menor não emancipado. Se, porventura, houver divergência entre eles, qualquer deles poderá recorrer ao juiz a solução necessária, resguardando o interesse da prole (CC, art. 1.690, parágrafo único).

O poder familiar, ao consagrar o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, passou a ter nova configuração, convertendo-se, em verdadeiro dever, deixando de ser um poder propriamente dito para se tornar um direito-função e poder-dever, em razão do interesse social que envolve.

O poder familiar é imprescritível, inalienável, irrenunciável e indelegável. Ou seja, os pais não podem abrir mão desse poder, transferindo-o a título gratuito ou oneroso, a terceiros, nem perdê-lo pela ausência de exercício, assim como não podem nomear tutor para substituí-los enquanto não suspenso ou destituído o poder familiar nos casos previstos em lei.

3.4.1 Direito e deveres inerente do poder familiar

Conforme dito supra, o poder familiar corresponde a um conjunto de direitos e obrigações por parte dos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados. Na esfera pessoal, esses direitos e deveres se manifestam sobre três aspectos basilares: guarda, educação e correição. Vejam-se, a propósito, o artigo 229 do Constituição Federal de 1988 e o artigo 22 do ECA, respectivamente:

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. (BRASIL, 1988)

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL, 1990)

O Código Civil de 2002 elenca nove competências dos pais no exercício do poder familiar no artigo 1.634:

Art. 1.634. 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;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

Infere-se das normas jurídicas *supra* transcritas que o legislador houve por assegurar o dever de os pais assistirem integralmente seus filhos, fornecendo-lhe-os, de acordo com suas possibilidades financeiras, os meios materiais para a subsistência e desenvolvimento dos menores.

Nesse sentido, Diniz (2010, p. 569) assevera que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos,

[...] provendo-os de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes ainda dirigir espiritual e moralmente os filhos, formando seu espírito e caráter, aconselhando-os e dando-lhes formação religiosa. Cumpre-lhes capacitar a prole física, moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e de dignidade (ECA, arts. 1º, 3º, 4º, 15).

Tartuce (2011), por sua vez, ressalta que se deve ler a competência descrita no inciso IX à luz dos princípios da dignidade humana e da proteção integral da criança e do adolescente, vez que a exigência de obediência não pode ser desmedida, não sendo permitidos maus-tratos e abusos, bem como a exploração econômica dos filhos, sob pena de responsabilização civil e criminal.

Por outro lado, na esfera patrimonial incumbe aos pais o dever de administração dos bens dos filhos menores (art. 1.689, CC), e os usufrutos dos referidos bens que se encontram sob seu poder (art. 1.689, I, CC).

3.4.2 Suspensão, destituição e extinção do poder familiar

O poder familiar é um múnus público a ser exercido no interesse do filho menor não emancipado, razão pela qual o Estado está legitimado para interferir e fiscalizar o adimplemento de tal encargo no âmbito familiar, fixando hipóteses legais em que o titular pode eventualmente ser privado, temporária ou definitivamente, de seu exercício, sem contudo desobrigá-lo ao pagamento de alimentos.

Cumpra ressaltar, desde logo, que a ausência de convivência sob o mesmo teto não limita ou exclui o poder familiar, permanecendo este inalterado na separação judicial, divórcio e a dissolução de união estável, conforme preceitua o artigo 1.632 do Código Civil.

As causas de suspensão do poder familiar encontram-se genericamente previstas no artigo 1.637 do Código Civil, dizendo respeito dos casos de abuso de poder, falta de deveres paternos e delapidação dos bens do filho (art. 1.637, CC). Trata-se, contudo, de uma medida menos grave, sujeita a revisão e facultativa. Ou seja, o magistrado ao analisar o caso, pode deixar de aplicá-la, bem assim reapreciá-la.

A destituição do poder familiar (art. 1.638, CC), por sua vez, é uma sanção mais grave do que a anterior, realizando-se por sentença judicial, nos casos em que o titular do poder pátrio castiga imoderadamente o filho, deixa em abandono material e ou moral, pratica atos contrários à moral e bons costumes reiteradamente nas causas de suspensão (DINIZ, 2010).

Por fim, a extinção do poder familiar opera-se pela morte, emancipação, maioridade, adoção do filho, e em virtude de decisão judicial (art. 1.635, CC).

3.5 Abandono afetivo

Conforme já discorrido anteriormente, na família patriarcal, ainda com características presentes no Código Civil de 1916, havia uma valorização do patrimônio em desfavor da afetividade, o que foi gradualmente modificado com o advento das novas codificações no direito brasileiro, passando o afeto a ser um fator determinante a caracterização da família.

O surgimento do pluralismo das relações familiares, reconhecido e protegido pela Constituição Federal de 1998, bem como a proteção de valores e princípios baseados na dignidade da pessoa humana, evidenciaram que a existência de afetividade entre os indivíduos é o fator decisivo para a constituição das famílias, pois, hoje em dia, as pessoas unem-se objetivando uma vida em comum, pautada na solidariedade, respeito e cooperação.

A afetividade, contudo, não é tratada de forma expressa, mas implicitamente na Constituição Federal, sendo possível observar o seu reconhecimento como valor constitucional em diversos dispositivos. Nesse sentido, leciona Calderón (2013, p. 242):

É possível sustentar, portanto, que a Constituição Federal reconhece o papel destacado à afetividade no trato das relações familiares. A partir de então doutrina, jurisprudência e o legislador ordinário devem atentar para a relevante questão da afetividade quando do trato de temas relativos à família. Não sem motivo, o tema foi tratado com profundidade e intensidade cada vez maior, bem como a remissão à afetividade passou a ser recorrente nos diversos diplomas legislativos.

É perceptível a referência expressa à afetividade na caracterização das relações familiares no Código Civil de 2002 no tocante à guarda de terceiros, (art. 1.584), bem assim nas alterações legislativas infraconstitucionais esparsas nos últimos anos como na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), Lei de Guarda Compartilhada (Lei n. 11.698/2008), nova Lei de Adoção (Lei n. 12.010/2009) e Lei de Alienação Parental (Lei n. 12.318/2010).

Atualmente, nota-se uma tendência jurídica fundamentada em uma crescente aceitação jurisprudencial e doutrinária à proteção da afetividade na parentalidade como um objetivo fundamental das relações familiares, prevendo, inclusive, medidas repressivas para atos de violação. Nesse contexto, encontra-se em trâmite no Congresso Federal brasileiro o projeto de Estatuto das Famílias (Projeto de Lei n. 2.285/2007) com o escopo de criar um estatuto regulamentador das regras do direito de família, especificando expressamente a afetividade como princípio e pilar fundamental da relação familiar.

Sobre o princípio da afetividade discorre Souza (2013, p. 12):

O princípio da afetividade fundamenta as relações interpessoais e o direito de família nas relações socioafetivas de caráter patrimonial ou biológico e na comunhão de vida. A família contemporânea não se justifica sem que o afeto exista, pois este é elemento formador e estruturador da entidade familiar, fazendo com que a família seja uma relação que tem como pressuposto o afeto, devendo tudo o que for vinculado neste ter a proteção do Estado. O afeto é o resultado de todas as mudanças e evoluções ocorridas nos últimos anos nas famílias brasileiras, tem como base muitos dos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988 e acaba sempre balizando importantes doutrinas e jurisprudências do direito de família.

Em razão desse atual enfoque jurídico da afetividade no direito de família, a ausência de assistência afetiva e amorosa paterno-filial passou a ser conceituada pela doutrina como abandono afetivo.

Deve-se, contudo, ter certa cautela para identificar esse fenômeno, para não confundir com os outros tipos de abandono.

A Constituição Federal de 1988, conforme dito alhures, preceitua que os “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” (BRASIL, 1988). Diante do não cumprimento deste dever legal, caracterizam-se, dependendo do caso, abandono intelectual, material ou moral/afetivo.

Os abandonos material e intelectual são previstos como crimes no Código Penal Brasileiro, no capítulo III, “Dos crimes contra a assistência familiar”, respectivamente, nos artigos 224 e 246. O primeiro configura-se quando o responsável se abstém de prover, sem justa causa, a subsistência do filho menor de 18 anos, não proporcionando os recursos necessários ou deixando de pagar a pensão alimentícia ou, ainda, deixar de socorrê-lo em uma enfermidade grave.

O segundo, por sua vez, ocorre quando o pai, a mãe ou o responsável deixa de garantir a educação primária de seu filho sem justa causa, ou quando permite que o menor frequente casas de jogo ou conviva com pessoa viciosa ou de má-vida, resida ou trabalhe em casa de prostituição, mendigue ou sirva de mendigo para excitar a comiseração pública.

O abandono moral ou afetivo, por outro lado, caracteriza-se por meio da falta de assistência moral e afetiva. Trata-se, em verdade, de uma conduta omissiva do detentor do poder familiar em face do filho, não proporcionando, a este carinho e amor.

Sobre o afeto, Rolf Madaleno (2013, p. 98) dispõe que:

O afeto é mola propulsora dos relacionamentos familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto.

O afeto, contudo, é uma expressão humana subjetiva, intangível, abstrata, condicionada à motivação individual e impossível de ser precisamente materializada juridicamente, razão pela qual não há um consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre o tema, sendo rotineiramente confundida com o dever de cuidado ou presumida como decorrência lógica e intrínseca da convivência familiar.

4. DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Conforme já exposto, será objeto de análise mais específica no presente trabalho a possibilidade de o abandono afetivo gerar repercussões no âmbito da responsabilização civil, de modo a ensejar o dever de indenização por danos morais.

Realizou-se nos capítulos anteriores o estudo da responsabilidade civil, tratando-se especificamente dos seus pressupostos, bem como se abordou o atual contexto da família, filiação, poder familiar e princípios inerentes à família no ordenamento jurídico brasileiro.

No presente e derradeiro capítulo, à luz de todo o arcabouço teórico já apresentado, assim como diante do atual posicionamento dos tribunais pátrios, será feita a específica e pormenorizada análise da existência, ou não, do dever de indenização por danos morais em face do abandono afetivo parental.

Como ponto de partida, expõe-se o atual panorama jurisprudencial sobre a temática.

4.1 Panorama jurisprudencial

A discussão sobre a possibilidade de responsabilização civil nos casos de abandono afetivo paterno-filial é relativamente nova, dividindo opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, comportando argumentos para fundamentar cada um dos posicionamentos antagônicos existentes a esse respeito.

Com efeito, na última década, essa temática ganhou notoriedade na seara judicial, diante do crescente número de demandas judiciais de filhos pleiteando indenização por danos morais por suposta ausência de afeto familiar dos pais. Os tribunais pátrios, contudo, ao longo dos anos, já oscilaram significativamente entre uma solução e outra para o impasse (por vezes dentro da mesma turma ou seção de tribunal), não tendo ainda pacificado qualquer entendimento.

Em verdade, conforme se verá mais detidamente adiante, o Superior Tribunal de Justiça ainda não uniformizou entendimento sobre esse delicado tema.

Um das decisões inaugurais sobre a temática foi proferida em setembro de 2003, nos autos do processo n. 141/1030012032-0, que tramitava na 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, do Rio Grande do Sul. Naquele feito, o juiz Mário Romano Maggioni houve por proferir sentença condenando o pai ao pagamento de indenização por abandono afetivo e moral da filha de 09 (nove) anos, no valor correspondente a 200 (duzentos) salários-mínimos.

Referido juiz fundamentou-se no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ampliando o entendimento da função paterna. Nesse caso, o magistrado entendeu que, não obstante pagasse a pensão alimentícia devida, o pai não cumpria com o dever de convivência e educação do filho, omissão que violava a honra e a imagem da criança. Registra-se que não houve apreciação pelo Tribunal, haja vista a revelia do genitor e consequente trânsito em julgado da decisão.

No ano seguinte, tem-se o registro de outra importante decisão sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo parental. Desta vez, no julgamento da Apelação Cível de número 408-550-5, em 01 de abril de 2004, pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que condenou o pai a indenizar o filho no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais). A ementa do julgado está assim redigida:

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 humana. (MINAS GERAIS, 2004).

O relator da decisão ora sob análise pautou-se no princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo ainda que a privação do convívio familiar pelo pai impossibilitou o desenvolvimento humano do filho e, portanto, violou os direitos da personalidade deste, gerando consequentemente o dever de indenizar.

Inconformado com o acórdão contra si proferido pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, o pai, então réu, interpôs o Recurso Especial número 757.441/MG. Seria a primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça analisaria a possibilidade de indenização por danos morais por abandono afetivo.

O recurso foi julgado pela Quarta Turma do STJ, em 29 de setembro de 2005, a qual, por maioria dos votos, deu provimento ao recurso especial, reformando, por conseguinte, a decisão de segunda instância e julgando improcedentes os pedidos. O julgado restou assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2006).

O ministro relator Fernando Gonçalves manifestou entendimento no sentido que o abandono afetivo não seria ato ilícito, vez que não se pode obrigar um pai a amar um filho. Portanto, não existiria um dano passível de indenização. Ressaltou o ministro, ainda, que a legislação já consignava uma punição para os casos de abandono, qual seja, a perda do poder familiar.

Não obstante a manifestação do STJ a respeito, os tribunais estaduais continuaram divergindo no entendimento. Nesse ponto, tomar-se-á como sede desta divergência jurisprudencial o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

Com efeito, o TJ-RS, em 29.11.2007, no julgamento da Apelação Cível n. 70021427695¹, divergindo do entendimento manifestado pelo STJ, confirmou a sentença monocrática do juiz de base que condenou o pai ao pagamento de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), a título de indenização por danos morais, sob o fundamento de que o abandono afetivo seria ato ilícito.

Em contrapartida, no julgamento da Apelação Cível n. 70022040158 pela Sexta Câmara Cível, em 17.09.2008, o TJ-RS manifestou-se pela impossibilidade de indenização por danos morais², pois, nos termos do voto do relator, desembargador Angelo Maraninchi Giannakos, a conduta do pai não poderia ser considerada ilícita.

Percebe-se dos julgados mencionados que os magistrados que entenderam pela procedência das ações de reparação por danos morais nas relações filiais desprovidas de afeto entre os indivíduos pautaram-se no princípio da dignidade humana, na valoração jurídica do afeto e no direito do filho à convivência familiar. Por outro lado, aqueles que defenderam a improcedência do pedido de indenização por danos morais guiaram-se pela ausência de disposição legislativa que imponha aos pais, ou qualquer ser humano, a obrigação de amar ou demonstrar afeto a alguém, não se podendo falar em ato ilícito passível de responsabilização civil.

¹ APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABANDONO DO FILHO. FALTA DE AMPARO AFETIVO E MATERIAL POR PARTE DO PAI. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENCIONAMENTO. A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva. O dever de indenizar decorre do agir doloso ou culposo do agente. No caso, restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos materiais e morais. Nas demandas condenatórias, a verba honorária deve incidir sobre o valor da condenação. Inteligência do art. 20, § 3º, do CPC. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DO REQUEIRDO IMPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ABANDONO AFETIVO. ALEGAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. Inobstante se entenda a suposta dor enfrentada pela demandante, representada pelo sentimento de frustração de expectativas e revolta, não há como atribuir responsabilidade civil ao réu, porquanto sua conduta não pode ser tida como ilícita, pois ninguém está obrigado a manter vínculo afetivo. Por sua vez, a alegada promessa de mesada e venda dos móveis para residir com o réu não restaram demonstradas nos autos. POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Em 2009, no julgamento do Recurso Especial n. 514.350/SP, o STJ reafirmou seu posicionamento no sentido de o abandono afetivo paterno-filial não ensejar reparação por danos morais.

Infere-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça possuía até então o entendimento firmado no sentido contrário a possibilidade de indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo. Registra-se, contudo, que tal posicionamento não inibiu os filhos de demandarem judicialmente pleiteando reparações por ausência de demonstração de afeto pelos pais.

Nesse contexto, o STJ em 24.04.2012 voltou a analisar a temática ao julgar o Recurso Especial número 1.159.242/SP, desta vez analisado pela Terceira Turma.

Nesse caso, a filha ajuizou Ação Indenizatória contra o seu pai, posto que este não lhe teria dedicado atenção, carinho e afeto durante o período de sua infância e juventude. A pretensão da litigante, contudo, foi julgada improcedente pelo juízo de primeira instância, sob o fundamento de que o distanciamento entre as partes durante esse período decorria do comportamento agressivo da mãe, conforme colhido de prova testemunhal.

Inconformada, a autora recorreu ao TJ-SP pleiteando a total reforma da sentença, tendo a corte dado provimento ao recurso e reconhecido o dano afetivo sofrido, condenando ao recorrido ao pagamento de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) a título de indenização por danos morais.

Diante dessa decisão contra si desfavorável, o genitor interpôs o referido Recurso Especial número 1.159.242/SP alegando ausência de prática negligente passível de indenização, e argumentando que, mesmo que tal atitude tivesse ocorrido, tal fato não poderia ser considerado como um ilícito. Aduziu ainda que a única sanção que poderia ser aplicada ao caso seria a destituição do poder familiar. Ao final, ainda pleiteou, alternativamente, a redução do valor da condenação arbitrado em segunda instância.

A Terceira Turma do STJ deu parcial provimento ao recurso interposto pelo pai, tão somente para reduzir a condenação para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Os ministros julgadores entenderam, por maioria, que o abandono afetivo ensejaria reparação pecuniária por danos morais. O julgado restou assim ementado:

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, exurgindo, 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. (BRASIL, 2012)

A relatora do recurso, a Ministra Nancy Andrichi, fundamentou seu voto, preliminarmente, na possibilidade de aplicação das regras relativas à responsabilidade civil nas relações infamiliares, haja vista ausência de restrições legais, o que, no entanto, não afastaria ou suprimiria a aplicação judicial da destituição do poder familiar.

A ministra anota que a identificação dos elementos configuradores do dano moral é uma tarefa árdua para o aplicador do Direito, vez que as relações familiares são compostas por fatores subjetivos e abstratos como afetividade, amor, mágoa, entre outros. Ressalta, contudo, que nas relações entre pais e filhos existiria um liame objetivo, havendo previsão constitucional e legal de obrigações mínimas.

Segue aduzindo que o cuidado é um dever legal, razão pela qual tem repercussão na responsabilidade civil, pois se revela um fator crucial na formação da personalidade da criança. Nesse sentido, entende que o descumprimento da obrigação de cuidado por parte do pai configura um ato ilícito, apto a ensejar a indenização por danos morais. Com efeito, assim assevera “amar é faculdade, cuidar é dever” (BRASIL, 2012).

Apesar dessa nova decisão, não houve qualquer pacificação sobre o tema. Em verdade, o Superior Tribunal de Justiça passou a ter, no presente, entendimentos divergentes entre a Terceira Turma e Quarta Turma. A primeira, entendendo pela não configuração de ato ilícito na conduta omissiva dos pais em não demonstrar o afeto aos filhos, enquanto a segunda manifesta-se pela possibilidade de reparação pecuniária, desde que devidamente demonstrados os elementos ensejadores da responsabilidade civil.

No ano de 2014, o STJ, por meio da Segunda Seção (órgão que reúne as Turmas

de Direito Privado da Corte), teve a oportunidade de uniformizar a jurisprudência sobre esse tema no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.159.242/SP. O mérito da questão, no entanto, não foi analisado, em razão do acolhimento de preliminar de não conhecimento dos Embargos de Divergência. Permanece, portanto, viva a discussão.

Seguindo o entendimento da Terceira Turma do STJ, os tribunais de justiça estaduais têm decidido da mesma forma³.

Em contrapartida, existem tribunais que se coadunam com o entendimento da Quarta Turma. Observa-se nesse sentido, a título meramente exemplificativo, recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a saber, Apelação Cível n. 1.0515.11.003090-2/001, da relatoria do Desembargador João Cancio⁴.

Assim, a discussão é de atualidade e necessidade evidentes, sendo fundamental a contribuição acadêmica para o debate, no intuito de que seja sanado o impasse em torno do tema.

Dessa feita, no tópico subsequente realizar-se-á uma análise crítica de modo a verificar a possibilidade de o abandono afetivo parental ensejar o dever de indenização por danos morais.

4.2 Enfrentando o problema

Os julgamentos colacionados acima evidenciam o dissenso jurisprudencial quanto à possibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo e sua condenação judicial ao pagamento de indenização a título de danos morais.

³ APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. A condenação ao pagamento de indenização, em decorrência do abandono paterno, é possível, desde que cabalmente demonstrados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, ou seja a omissão paterna, o dano e o nexo de causalidade. Na hipótese, o réu somente soube ser pai do autor por meio de ação de investigação de paternidade, ajuizada quando o filho já contava com 25 anos de idade. Por outro lado, os laços afetivos são construídos ao longo de muitos anos de convivência, e não com a prolação de um provimento jurisdicional. O autor não logrou demonstrar o aventado dano que sofreu, não se desincumbindo do ônus probatório, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Negado provimento ao apelo. (SÃO PAULO, 2015)

⁴ APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO PATERNO. RESTRIÇÃO AO ÂMBITO FAMILIAR. AUSÊNCIA DE ILÍCITO E DANO INDENIZÁVEL. I - Ao dever de reparar impõe-se configuração de ato ilícito, nexo causal e dano, nos termos dos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, de modo que ausente demonstração de um destes requisitos não há que se falar em condenação, ressalvada a hipótese de responsabilidade objetiva, na qual prescindível a demonstração da culpa. II - Para a configuração do dano moral, há de existir uma consequência mais grave em virtude do ato que, em tese, tenha violado o direito da personalidade, provocando dor, sofrimento, abalo psicológico ou humilhação consideráveis à pessoa, e não dissabores da vida. III - O abandono afetivo de um pai, apesar de ser uma triste situação, não caracteriza ilícito e não gera, por si só, obrigação de indenizar, não tendo sido demonstrado, no caso, nenhum dano moral efetivo, não cabendo ao Estado, por outro lado, através do Poder Judiciário, transformar em pecúnia sentimentos inerentes às relações familiares. (MINAS GERAIS, 2016).

Chama-se atenção para o fato de que STJ, superior tribunal cujo mister precípua é o de uniformização de interpretação de lei federal, servindo de parâmetro para as demais cortes, tem oscilado o seu posicionamento a respeito do tema, razão pela qual existem julgados recentes com entendimentos antagônicos.

Examinar-se-á pormenorizadamente neste tópico, portanto, a subsunção do fenômeno do abandono afetivo ao conceito de ato ilícito que compõe a responsabilização civil, e a eventual obrigação de indenização moral que disso possa decorrer, contribuindo para a discussão sobre o tema.

4.2.1 Abandono afetivo e ato ilícito

Conforme enfatizado no capítulo inaugural do presente estudo, o primeiro pressuposto da responsabilização é a configuração de um ato ilícito, ou seja, um comportamento humano volitivo, comissivo ou omissivo, contrário à ordem jurídica, lesando um bem juridicamente protegido.

O abandono afetivo parental, por sua vez, não obstante seja uma atitude omissiva moralmente reprovável, não configura qualquer violação de direito ou descumprimento de obrigação legalmente prevista no ordenamento pátrio brasileiro.

Destacou-se no segundo capítulo que a legislação pátria prevê expressamente uma série de direitos e deveres dos pais, os quais consistem em assistir, prover os meios materiais necessários e possíveis, de acordo com sua posição social e econômica, para garantir a subsistência, educação e desenvolvimento dos seus filhos (artigos 227, 229, CF, 22, ECA e 1.634, CC).

Nada obstante, parcela dos estudiosos e aplicadores do Direito classifica o abandono afetivo como ato ilícito passível de gerar demais cominações previstas no nosso ordenamento. Para eles, com o advento da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e, posteriormente, do Estatuto da Criança e do Adolescente, houve uma verdadeira transformação no direito de família, ampliando a função paternal, consagrando garantias e obrigações recíprocas no trato diário entre seus componentes, dentre elas o afeto.

Para tanto, interpretam os referidos artigos de modo amplo, contemplando a assistência moral e afetiva, entendendo que os deveres dos pais não se restringiram a tão somente assistir, sustentar e educar os filhos, mas proporcionar a estes, ainda, com base na convivência familiar, o cuidado, o afeto, amor, carinho e atenção.

Nesse sentido, estar-se-ia diante de uma paternidade responsável, em que as

obrigações do genitor não se resumiriam a prover assistência material, mas igualmente assistência moral. A convivência dos pais com os filhos teria passado a ser reconhecida como dever, pois segundo Dias (2010, p. 449):

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.

A referida doutrinadora entende, portanto, que omissão do genitor em exercer os encargos decorrentes do poder familiar, abstendo-se de cumprir o dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.

Por outro lado, no julgamento do Recurso Especial número 1.159.242/SP destacado anteriormente, a Ministra Nancy Andrihgi reconheceu o cuidado como um valor jurídico, fundamental para a formação do menor e do adolescente, extraíndo as consequências de sua inobservância. Transcreve-se, a propósito, trecho do voto da ministra:

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 empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. (BRASIL, 2012)

Percebe-se, desse modo, que, na perspectiva do voto condutor, a comprovação do descumprimento do dever de criação, educação e companhia e cuidado, este um bem juridicamente tutelado, constituiria uma ilicitude civil, passível de reparação pecuniária.

Verifica-se, no entanto, que os estudiosos favoráveis à tese, ao se depararem com ausência de critérios legais objetivos para definir e verificar a demonstração do amor e afeto, bem assim de preceitos normativos impondo a obrigação de demonstração de emoções no

âmbito familiar, ampliam, conseqüentemente, a abrangência de outros deveres jurídicos, ora o convívio familiar, ora o dever de cuidado, sempre invocando o discurso de proteção da dignidade humana.

Contudo, atualmente não existe qualquer imposição legal aos pais de amarem ou demonstrarem afeto a sua prole.

O ordenamento pátrio, de fato, assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade, ao respeito, à educação e à convivência familiar. Contudo, não impõe aos pais o dever de prover uma convivência afetiva considerada como ideal para o completo desenvolvimento dos filhos.

Tanto é clara a ausência dessa imposição legal, que tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei sobre o assunto. Dentre eles, destaca-se o Projeto de Lei do Senado n. 700, de 2007, que visa modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), de modo a caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil e penal, prevendo inclusive, nesses casos, a pena de detenção de seis meses a um ano nos casos de inobservância, sem justa causa, do dever de prestar assistência moral e afetiva aos filhos.

No julgamento do Recurso Especial número 1.159.242/SP, em face da omissão legislativa quanto o assunto, o voto condutor utilizou o argumento de que seria possível a indenização por danos morais pela ausência de proibição legal. Ou seja, pautou-se na ideia de que, na ausência de preceito normativo que exclua o dever de indenizar em determinadas relações familiares, seria permitido ao Poder Judiciário acolher pretensão daquele que sofreu abandono afetivo.

Trata-se, contudo, de uma equivocada e perigosa derivação da liberdade negativa verificada no conteúdo do ordenamento jurídico pátrio, vez que estaria a permitir que qualquer situação de frustração ou insatisfação no âmbito familiar, ainda que não protegida juridicamente, servisse de substrato para eventual demanda judicial, estabelecendo, por conseguinte, o dever de indenização por danos morais.

Nesse sentido, faz-se uso da crítica do Eick e Ferreira Neto (2015, p. 230):

Se assim fosse, qualquer aspecto de uma relação intraparental que viesse a ser frustrado ou em qualquer situação em que não atendidos à satisfação os desejos dos filhos poderia ser alegado que teria sido cometido algum dano gerador de um dever de indenizar, o que, por óbvio, provocaria situações absurdas. Por exemplo, trilhando o argumento do “dever de indenizar em razão da ausência de impedimento legal”, o não pagamento de mesada pelos pais aos filhos (talvez por alguma dificuldade financeira momentânea) estaria sem dúvida alguma violando elementos de uma relação que poderiam ser reproduzida (artificialmente) em termos aparentemente jurídicos, tendo em vista o rompimento de expectativas legítimas dos filhos (agredindo, assim, uma possível noção de “segurança jurídica”), bem como o

descumprimento de promessas feitas no passado (afrontando, assim, a ideia do *pacta sunt servanda*). No entanto, soa absurdo imaginar que, pelo só-fato de inexistir impedimento legal expresso que proíba esse tipo de pretensão indenizatória, viesse a ser admitida pelo Judiciário a procedência de ações reparatórias dessa natureza.

Não é permitido ao Poder Judiciário, diante de uma lacuna legislativa, construir preceitos normativos de modo a caracterizar os casos de abandono afetivo como ato ilícito passível de reparação pecuniária, ou seja, criar obrigações afetivas entre os membros da entidade familiar, determinando o dever jurídico dos pais de dedicarem afeto, amor, e carinho aos filhos sob pena de arcarem com indenizações em caso de inobservância.

Para que se saiba se há uma obrigação legal, não se deve indagar se o ordenamento jurídico deixa de proibir a exigência de um comportamento, e sim se o ordenamento determina a exigência desse comportamento, sob pena de se concluir que tudo o que não for proibido é obrigatório.

Segundo Caio Mário (2016, p. 3) “são as obrigações que maior cunham guardam de elaboração científica, e maior expressão ideal da lógica jurídica apresentam no direito moderno”. Desse modo, tem-se que a obrigação, para ser exigível, tem de ser importa, e não permitida (artigo 247, CC).

Ademais, nos termos do artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Uma leitura dos dispositivos constitucionais e do ECA, utilizados para sustentar o dever jurídico do afeto, demonstra que não há qualquer previsão expressa que imponha obrigação dos pais de compensar seus filhos pecuniariamente caso não lhe manifestem determinadas atitudes emocionais.

Em verdade, verifica-se não ser plausível ou legítimo que o Estado, por meio da aplicação do direito, venha a avaliar, controlar e coagir os indivíduos a manifestarem sentimentos e emoções em um contexto fático específico, tal como no âmbito familiar, especialmente na relação entre pais e filhos.

Revela-se incontroverso que os estados anímicos dos indivíduos apresentam alto grau de subjetividade e elementos intangíveis. Contudo, não significa dizer que toda manifestação humana emocional é irracional e incontrollável, tanto que o direito as regula, eventualmente restringindo a manifestação de determinados estados emocionais, tal como ocorre com a legítima defesa, por exemplo (EICK; FERREIRA NETO, 2015).

Não significa dizer que é permitido ao Direito regular e regulamentar toda e

qualquer manifestação emocional humana, pois certas emoções não são passíveis de controle coercitivo jurídico, em razão da própria natureza subjetiva e intangível, não podendo ser criadas artificialmente por meio de imposições externas legais, tal como ocorre nas atitudes afetivas manifestadas pelos pais em relação aos filhos.

O amor e o afeto somente adquirem verdadeiro significado quando externalizados com absoluta liberdade, de maneira espontânea, sincera e independente pelo indivíduo, o qual, registra-se, não possui o absoluto e perfeito controle de suas projeções emocionais.

Outrossim, as emoções afetivas humanas não podem ser presumidas diante do convívio familiar, pois, conforme destacado por Eick e Ferreira Neto (2015, p. 221):

[...] mostra-se evidente que sempre existirão pais, concretamente considerados, que não estarão capacitados a direcionar verdadeiro afeto aos seus filhos, seja por inabilidade, seja por compromissos excessivos assumidos em outras áreas da vida ou seja ainda em razão de evidentes desvios de personalidade que o impedem de demonstrar o necessário cuidado emocional que um ser humano em formação necessita. Assim, não é novidade – nem deveria ser algo espantoso – conceber a ideia de que existem pais que não demonstram carinho, afeto e atenção a seus filhos, do mesmo modo que existem amigos, noivos(as)/cônjuges/companheiros que nos desiludem e que existem pessoas sem qualquer sentimento de compaixão pelo próximo. Do traço reprovável dessa atitude omissiva, porém, não se poderá extrair a imediata e precipitada conclusão de que caberá ao direito corrigir tais defeitos humanos, principalmente por meio da imposição de sanções monetárias ao pai com deficiências emocionais.

Desse modo, em face da carência de capacidade e legitimidade para mensurar e regular vínculos afetivos, amorosos e empáticos entre membros familiares, qualquer tentativa de controle jurídico de tais atitudes emocionais pelo Direito, por meio da coerção, revelar-se-á ineficaz.

A própria Ministra Nancy Andrighi, no voto comentado, chegou a reconhecer a impossibilidade de o direito obrigar os indivíduos a manifestarem amor a outrem por meio de sanção, inclusive no plano intrafamiliar. No entanto, diante da manifesta dificuldade para justificar juridicamente a condenação por danos morais no caso do abandono afetivo, a referida ministra estabeleceu um novo dever paterno-filial, a saber, “cuidado afetivo”, devendo os pais, por conseguinte, manter contato e exteriorizar o afeto de maneira simétrica aos filhos. Para tanto fez o uso da expressão “amar é faculdade, cuidar é dever”.

Percebe-se, contudo, tratar-se de uma argumentação que aparenta verossimilhança ou veridicidade, mas que comete involuntariamente incorreções lógicas.

O cuidado previsto em nosso ordenamento jurídico como um dever paterno-filial, conforme demonstrado ao longo do presente estudo, revela-se na obrigação dos pais em

proverem as condições materiais para que seus filhos possam receber as oportunidades necessárias para o completo desenvolvimento enquanto seres humanos, vez que é plenamente possível que um indivíduo seja capaz de cuidar de outrem sem que necessariamente lhe demonstre amor ou afeto.

Infere-se do mencionado voto condutor a tentativa de ampliar o conceito legalmente previsto de cuidado, um dever juridicamente reconhecido, para incorporar a obrigação de dedicar amor e afeto, os quais não são passíveis de coerção e, portanto, não são reconhecidos como um dever pelo ordenamento jurídico pátrio. Ademais, há contradição em afirmar que o amor é uma faculdade, ou seja, que não reflete um dever jurídico, mas o cuidado pautado na obrigação de fornecer amor é dever jurídico.

Registra-se, para fins argumentativos, que caso se permitisse essa ampliação do dever jurídico de cuidado sob o fundamento de proteção à dignidade humana, esta não seria garantia de satisfação integral e imune de frustrações e aborrecimentos, vez que nas relações afetivas, principalmente nas familiares, existem, por sua própria natureza, expectativas e idealizações por parte dos indivíduos, estando estes sujeitos a eventuais decepções.

Ressalta-se que o abandono afetivo possui sanção legalmente prevista no artigo 1.638, II, do Código Civil, qual seja, a destituição do poder familiar. Conforme exposto no capítulo antecedente, trata-se de uma solução que visa ao melhor interesse da criança; contudo, é severa, devendo ser utilizada em ultima hipóteses em casos excepcionais, tão somente quando impossível encontrar uma solução consensual, adequada e fiscalizada pelo Estado.

Dessa feita, conclui-se que, haja vista as atuais disposições do ordenamento jurídico pátrio, a conduta omissiva dos pais em não dedicarem aos filhos amor, afeto e carinho, não pode ser considerada um ato ilícito, vez que não viola qualquer dever ou direito juridicamente tutelado, impossibilitando, por conseguinte, qualquer condenação judicial de indenização por danos morais.

Registra-se, por fim, que se revela louvável a preocupação, manifestada pelos estudiosos e julgadores favoráveis à possibilidade de indenização por abandono afetivo parental, quanto à eficácia social que esta causará em relação aos casos futuros similares. Entende-se, pois, que a condenação pecuniária venha a impactar a postura afetiva dos pais no âmbito familiar, inibindo a mesma atitude no futuro.

Contudo, nesse ponto, cumpre questionarem-se as possíveis repercussões sociais que poderão advir a partir de tal possibilidade.

A primeira constatação lógica é que os pais condenados judicialmente a pagar

volumosa reparação pecuniária aos seus filhos não passarão a dedicar afeto a estes, vez que a condenação judicial não é instrumento apto a instaurar sentimentos positivos do condenado em relação àquele que demandou judicialmente. Pelo contrário, estar-se-ia criando uma animosidade, raiva e mágoa na relação familiar, e inviabilizando por completo qualquer possibilidade de vínculo afetivo que eventualmente pudesse a vir ser construído.

Do mesmo modo, conforme destacado anteriormente, as emoções afetivas são íntimas, subjetivas, externalizadas com liberdade e espontaneidade, e não será uma decisão judicial coercitiva que transformará a capacidade emotiva do indivíduo de modo que este não venha a demonstrar o mesmo tipo de comportamento omissivo na próxima vez. Dito de outra forma, não será o desembolso de pecúnia que irá modificar as características pessoais e emocionais do indivíduo, bem assim a sua forma de demonstração perante outrem, ainda que seu filho.

Pode-se vislumbrar ainda um considerável aumento de demandas judiciais nesse sentido, haja vista que ocasionaria uma verdadeira monetarização dos conflitos nas relações familiares, levando os filhos a pleitearem judicialmente indenizações exorbitantes sob o rudimentar fundamento de que os seus pais não lhes demonstraram satisfatoriamente afeto abandonando-os.

Outrossim, caso o afeto viesse a ser um dever juridicamente protegido, estar-se-ia abrindo margem para a possibilidade de indenização por danos morais em qualquer caso de conflito e de abandono entre membros familiares, pois, afinal, atualmente, a família é baseada e definida na afetividade entre seus membros.

Trata-se, é verdade, contudo, de considerações de consequência, mas que merecem uma necessária reflexão e análise por parte do Poder Judiciário, haja vista a repercussão social de suas decisões.

A ausência de ato ilícito por si só já impossibilita a indenização civil por abandono afetivo. Contudo, em razão dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, revela-se necessário, para fins acadêmicos, relacionar o tema com a dogmática dos demais pressupostos da responsabilidade civil.

4.2.2 Abandono afetivo e culpa ou dolo do agente

Admitindo-se que, por lei vindoura, o abandono afetivo viesse a ser considerado ato ilícito, o segundo requisito para que os pais pudessem ser responsabilizados seria a comprovação da culpa. Ou seja, seria necessário que os pais se omitissem de forma deliberada

na dedicação do afeto à sua prole.

Assim, a responsabilidade do genitor somente se revela possível com a ciência deste de sua condição de pai. A mãe pode optar por assumir de forma independente os deveres da criação do filho, impedindo o vínculo de paternidade. Nesse caso, revela-se impossível que o pai venha a ser responsabilizado por não cumprir com seus deveres paterno-filiais, se nem ao menos conhecia anteriormente essa condição.

Registra-se, nesse ponto, que as eventuais situações de impedimento de um convívio diário entre pais e filhos, que podem vir a causar certo distanciamento entre eles, tal como divórcio ou alteração domicílio, não inibem a responsabilização civil, pois, conforme destacado anteriormente, o afeto não é decorrência lógica do convívio familiar.

A Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial número 1.159.242/SP manifesta esse entendimento:

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*) (BRASIL, 2012).

Contudo, a impossibilidade prática dos pais em dedicarem afeto ao filho deve ser muito bem analisada pelos julgadores. Casos como alienação parental, em que um dos pais modifica a consciência do filho com o objetivo de destruir vínculos com o outro, em seus diversos graus, pode configurar excludente de responsabilidade nos casos de abandono afetivo.

Dessa feita, para que se pudesse vislumbrar a possibilidade de caracterização do dever de indenizar, seria necessário observar se os pais foram voluntariamente omissos na assistência afetiva do filho.

4.2.3 Abandono afetivo e dano

Conforme detidamente explicitado no segundo capítulo do presente estudo, o dano moral caracteriza-se pela violação de um direito, bens e valores subjetivos de cada pessoa, razão pela qual não é facilmente comprovado pelos meios de prova ordinários.

Nesse sentido, a compensação dos danos morais não pode ser operada pelo senso comum, presumindo-se que o dano deriva inexoravelmente do próprio ato lesivo. Cada pessoa

responde de uma maneira, uns com mais, outros com menos intensidade, e outros sequer sofrem efetivamente um dano. Assim, faz-se necessária a utilização, pelo Poder Judiciário, de um rigor técnico e objetividade na concepção do instituto de responsabilização civil no direito de família, de modo a evitar decisões incertas e desproporcionais.

Em verdade, a indenização por danos morais nas relações familiares, com todas as peculiaridades presentes, especialmente no abandono afetivo parental, não pode ser considerada sem uma detida análise sobre a efetivação de um dano concreto. Isto é, não se permite que a reparação pecuniária por abandono afetivo seja substanciada em um dano presumido, *in re ipsa*.

Para Calderón (2013):

Assim, em um primeiro momento há que se verificar a demonstração da ofensa a essa esfera existencial (aspecto objetivo), mas do ponto de vista da vítima, e não do ofensor. Ou seja, cumpre demonstrar qual esfera da dignidade pessoal da vítima restou abalada com tal conduta lesiva. Isto se faz sempre a partir da perspectiva da vítima e inicialmente é cabível a exigência da sua comprovação. Constatando-se a existência de ofensa a essa esfera pessoal da vítima – decorrente da omissão do genitor — estar-se-á diante de um dano injusto reparável, presente, portanto, o abandono afetivo. (CALDERÓN, 2013, p. 372)

Nos casos de abandono afetivo, acaso se admitisse uma obrigação legal do afeto, o dano mostrar-se-ia como um elemento central, pois é a partir da constatação dele que restará possível concluir se o conflito sob análise judicial merece ou não proteção do direito. Não se mostra plausível que o julgador tenha todos os casos como iguais, ignorando a diversidade e complexidade das relações familiares.

Ademais, poderá ocorrer a supressão do vínculo afetivo por outra pessoa que não seja um dos pais, exercendo a mesma função, não havendo qualquer dano ao menor, vez que não tenha restado desamparado. Assim, para configuração do dano à integridade do menor é preciso, além do abandono afetivo, uma ausência de figura substituta. Nesse sentido, Calderón (2013, p. 382) afirma que “a parentalidade socioafetiva pode ser de tal magnitude que simplesmente suplante os danos decorrentes do abandono afetivo do genitor biológico”.

Portanto, diante da infinidade de casos práticos e seus possíveis efeitos, poderá não ser suficiente a situação fática descrita nos autos, a prova do dano afetivo deverá ser realizada por meio de laudos psiquiátricos, de modo a avaliar tanto a ocorrência quanto extensão da lesão causada. A psicanálise serve como um importante aparelho para a comprovação real dos sentimentos daqueles que são abandonados afetivamente, deixando claros os danos emocionais eventualmente sofridos.

4.2.4 Abandono afetivo e nexos de causalidade

Além de imprescindível a comprovação da ocorrência de um dano à vítima, como destacado no tópico anterior, para que pudesse existir o dever de indenizar também seria necessário comprovar o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e culposa dos pais e o dano sofrido pelo filho.

Trata-se, em verdade, de elemento de difícil comprovação, sendo necessária a realização de uma perícia psicológica por profissionais especializados e habilitados para tanto.

Assim, somente com a comprovação de que as consequências prejudiciais à personalidade do menor, na esfera moral e subjetiva, resultaram exclusivamente (ou por grande influência) do abandono culposos dos pais, é que se poderia configurar o dever de indenização (HIRONAKA, 2006).

4.2.5 Abandono afetivo e valor da reparação

A quantificação indenizatória no abandono afetivo parental é alvo de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial.

Conforme destacado alhures, o nosso ordenamento jurídico adotou o critério do arbitramento, ou seja, não existem parâmetros seguros ou regulamentação específica para estimativa do valor da indenização, cabendo ao magistrado arbitrar.

Tem-se observado, contudo, que os valores arbitrados nas condenações nessa seara estão aumentando com o decorrer dos anos. Cita-se, mais uma vez como exemplo, o caso julgado pelo STJ no Recurso Especial número 1.159.242/SP, ocasião em que reduziu o valor arbitrado pelo TJ-SP de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil) para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Ocorre que os critérios para fixação da indenização por danos morais estão voltados exclusivamente para a conduta do ofensor, deixando de lado a extensão dos danos sofridos pela vítima. Percebe-se então que a reparação por danos morais é entendida pelos tribunais como forma de punição para o ofensor, expressando uma visão superada da responsabilidade civil clássica (CALDERON, 2013).

O Código Civil expressamente prevê no seu artigo 944 que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, consagrando o princípio da reparação integral. Com efeito, a vítima passa a ser o elemento central para a fixação do *quantum* indenizatório, para que haja uma razoável quantificação.

Nesse sentido, afirma Calderón (2013, p. 388):

O foco da fixação deve ser uma atenção à vítima e à recomposição dos danos sofridos, que — na medida do possível — precisa ser integral, reparadora das lesões na sua esfera de pessoa humana, recompondo o abalo ao seu direito de personalidade da melhor forma possível [...]

[...]

Não há soluções fáceis para problemas complexos, mas a meta por um melhor acerto desses litígios não deve ser esquecida. O critério preponderantemente no momento do arbitramento do valor compensatório deve ser o dano e a vítima, e não uma punição ao ofensor (que ficaria restrita para alguns casos excepcionais), sendo a percepção desta priorização fator contributivo para a justa quantificação.

Ademais, as emoções humanas não podem ser quantificadas monetariamente. Não pode o Estado colocar o preço no afeto. O ideal, nesses casos, seria desenvolver meios alternativos para a recomposição da lesão sofrida pelas vítimas, não se restringindo a indenizações pecuniárias, evitando uma conseqüente monetarização das relações familiares.

Assim, cumpre ao magistrado uma análise pormenorizada das circunstâncias fáticas e elementos probatórios de cada caso específico, avaliando-os de modo sensível e perspicaz, para arbitrar, em um patamar razoável e proporcional a extensão do dano da vítima, o valor da reparação.

É necessário prudência e cautela por parte dos julgadores, de modo a fixar um montante indenizatório que não configure um enriquecimento ilícito da vítima, de modo a incentivar um aumento das demandas judiciais nesses sentido, nem inexpressivo de modo a não compensar os danos sofridos.

Registra-se que, com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), o autor da demanda judicial deverá indicar, logo na petição inicial, o valor da indenização por danos morais pretendido, o qual pode ser concebido a partir de julgados anteriores no mesmo sentido. Portanto, a prudência dos magistrados nos julgamentos referentes ao abandono afetivo parental deve ser reforçada.

Dito isso, ora se encerra o enfrentamento da responsabilidade civil no abandono afetivo parental, no que tange à possibilidade de indenização por danos morais, possibilitando-se que se passe à apresentação de conclusão do presente estudo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo monográfico, procurou-se esclarecer, tomando-se por base o estudo da responsabilidade civil e dos princípios inerentes à família no ordenamento jurídico brasileiro, se o abandono afetivo parental gera repercussões no âmbito da responsabilização civil, de modo a ensejar o dever de indenização por danos morais.

Assim, inicialmente, estudou-se o instituto da responsabilidade civil, seu conceito e finalidade. Na oportunidade, tratou-se dos pressupostos para a responsabilização civil, dando-se ênfase ao conceito e configuração do ato ilícito. Ainda nesse capítulo inicial, abordou-se o dano moral, identificando, nesse pormenor, a sua extensão e os corretos parâmetros a serem observados para sua quantificação, bem assim sua aplicabilidade nos litígios referentes ao direito de família.

Posteriormente, abordou-se o tema do abandono afetivo, analisando-se, preliminarmente, a família no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios constitucionais do direito de família, a filiação, o poder familiar e os direitos e deveres decorrentes. Nesse contexto, observou-se que a Constituição Federal de 1988 veio para reafirmar que a família é a base da sociedade, bem como para conferir direitos e deveres a todos os seus membros. Outrossim, verificou-se que houve uma grande valorização do afeto nas relações familiares o que acabou por considerá-lo fator determinante para a formação e para os fins da entidade familiar.

Ato contínuo, com base nos institutos descritos, discutiu-se também o entendimento jurisprudencial dos tribunais pátrios, concluindo-se a partir daí que os estes ainda manifestam entendimentos antagônicos no que diz respeito à possibilidade de indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo parental. Chamou-se atenção para o fato de que o próprio STJ tem oscilado entre uma solução e outra para o impasse, não tendo ainda pacificado o entendimento.

Por fim, diante de todas as retenções teóricas proporcionadas pelo estudo, e com a análise na jurisprudência pátria, conclui-se pela impossibilidade de o Poder Judiciário impor condenações pecuniárias a título de danos morais aos pais que não proporcionaram afeto aos seus filhos.

O abandono afetivo é, sem dúvida, uma atitude moralmente reprovável, contudo, demonstrou-se que não configura uma violação de um dever ou bem jurídico protegido pelo ordenamento pátrio apto a ensejar a responsabilização civil dos pais. Com efeito, atualmente

não existe qualquer imposição aos pais, no cumprimento do poder familiar, em dedicar afeto ou amor aos seus filhos, razão pela qual a omissão afetiva dos pais não se revela um ilícito jurídico.

As emoções humanas são, por sua própria natureza, imateriais, intangíveis, indefiníveis, e, conseqüentemente, imensuráveis pelo Direito. Assim, diante dessa incapacidade e ilegitimidade de regulação e regulamentação das atitudes afetivas expressadas pelos indivíduos, não pode o Direito, especialmente por meio do Judiciário, impor uma sanção pecuniária por uma violação, quando muito, de um dever moral, como se fosse um dever jurídico reconhecido pelo ordenamento.

Nada obstante, conforme destacado, existem projetos de lei que buscam o reconhecimento do abandono afetivo como um ilícito civil e penal. Assim, constatou-se que, caso haja promulgação de lei nesse sentido, reconhecendo-se o afeto como um dever jurídico, será necessária prudência do Poder Judiciário na apreciação das demandas judiciais que tenham por objeto o abandono afetivo parental.

Reconhecendo-se, posteriormente, com eventual advento de alguma alteração legislativa, a possibilidade de indenização por abandono afetivo parental, dever-se-á analisar cada caso, de forma sensível e perspicaz, analisando e ponderando as circunstâncias e elementos probatórios, e, caso verifique-se presentes todos os requisitos da responsabilidade civil, o magistrado poderá arbitrar, à luz dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, uma indenização dos danos.

O presente trabalho não buscou esgotar o tema proposto, vez que, diante da complexidade deste, não seria possível. Em verdade, tem mais a pretensão de promover a reflexão do que dar uma resposta, realizando uma crítica aos critérios e fundamentos principiológicos com os quais se vem procurando equacionar a questão.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Ísis Boll de Araujo. (RE) **PENSANDO A FAMÍLIA E O DIREITO DE FAMÍLIA: evolução histórica e conceitual**. IN: (Coordenadores: Conrado Paulino da Rosa e Liane Maria Busnello Thomé). O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios. Porto Alegre: IBDFAM / RS, 2014.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.285/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/517043.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 mai. 2016.
- _____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 de jun. 2016.
- _____. Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 de jul. 2016.
- _____. Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 de ago. 2016.
- _____. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 de jun. 2016.
- _____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 de ago. 2016.
- _____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jul. 2016.
- _____. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 de jun. 2016.
- _____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 de ago. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n 1.159.242/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. Segunda Seção. Julgado em 9 de abril de 2014. Publicado no Diário da Justiça em 23 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 jul. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 1.159.242/SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 24 de abril de 2012. Publicado no Diário da Justiça em 24 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 757.411/MG. Relator: Ministra Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em 29 de novembro de 2005. Publicado no Diário da Justiça em 27 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Responsabilidade civil no novo código civil**. Revista EMERJ. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v.6, n. 24, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed., rev., e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 5: direito de família. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 7: responsabilidade civil. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EICK, Luciana Gemelli; FERREIRA NETO, Artur. **Abandono afetivo: os limites do direito na coerção de manifestações emocionais humanas**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, v. 6, p. 218 - 264, 2015.

FARIAS JÚNIOR, Adolpho Paiva. **Reparação civil do dano moral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. IN PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JOSSERAND, Louis. *L'évolution de la responsabilité*. In: **Évolutions et Actualités, conférences de droit civil**. Paris: Sirey, 1936.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de direito de família**. 51 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 408-550-5. Relator: Unias Silva. 7ª Câmara Cível. Julgado em 01 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 10515110030902001. Relator: João Cancio. 18ª Câmara Cível. Julgado em 15 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Instituições de direito civil. Vol. II. Teoria Geral Das Obrigações**. 28 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70021427695. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. 8ª Câmara Cível. Julgado em 29 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70022040158. Relator: Angelo Maraninchi Giannakos. 6ª Câmara Cível. Julgado em 17 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 91077933020098260000. Relator: Fábio Podestá. 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Julgado em 30 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

SOUZA, Paula Feijó Pereira de. **A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares**. 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_souza.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. Tomo I. 9ª ed. rev., atual e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Separação, violência e danos morais**: a tutela da personalidade dos filhos. São Paulo: Paulistana Jur, 2004.