

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE DE DIREITO**

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELO ABANDONO AFETIVO

AMANDA GOMES DE REZENDE QUEIRÓZ

**Rio de Janeiro
2017/ Primeiro Semestre**

AMANDA GOMES DE REZENDE QUEIRÓZ

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELO ABANDONO AFETIVO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da **Professora Ms. Laura Magalhães de Andrade.**

**Rio de Janeiro
2017/ Primeiro Semestre**

AMANDA GOMES DE REZENDE QUEIRÓZ

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELO ABANDONO AFETIVO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da **Professora Ms. Laura Magalhães de Andrade**.

Data da aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Laura Magalhães de Andrade.

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2017/ Primeiro Semestre**

Queiróz, Amanda Gomes de Rezende

A responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo.

Amanda Gomes de Rezende Queiróz. -- Rio de Janeiro, 2017.

63 f.

Orientador: Laura Magalhães de Andrade.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Abandono. 2. Responsabilidade civil. 3. Dano moral. 4. Princípio da afetividade. 5. Relação familiar. I. Magalhães, Laura, Orientadora II. Título.

RESUMO

A aplicação do instituto da responsabilidade civil no direito de família, no que concerne ao abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, vem ganhando extremo destaque no meio jurídico e doutrinário. Inicialmente é traçado um breve histórico sobre a evolução da família. Em um segundo momento analisa-se a importância do afeto na estrutura familiar moderna e no desenvolvimento da criança no seio da família, o que nos permite trilhar uma análise sobre a possibilidade de responsabilização civil dos pais que abandonam seus filhos, no que tange à assistência moral e afetiva.

Palavras-chave: Direito de Família; Abandono afetivo; Afetividade; Responsabilidade Civil; Dano afetivo.

ABSTRACT

The application of the civil liability institute in family law regarding the affective abandonment of parents in relation to their children has been gaining an extreme importance in the juridical and doctrinal environment. Initially a brief history of the evolution of the family is drawn. The second part analyzes the importance of affection in the modern family structure and in the development of the child within the family, which leads us to analyze the possibility of civil responsibility of the parents who abandon their children when it comes to moral assistance and Affective

Key-words: Family right; Emotional abandonment; Affectivity; Civil responsibility; Affective harm.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA	12
1.1 CONCEITO DE AFETO.....	16
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	20
2.1 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	21
2.2 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL.....	22
2.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	23
2.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	27
3. DO PODER FAMILIAR	30
3.1 DOS DEVERES INERENTES AOS PAIS.....	31
3.2 DA RELAÇÃO DE AFETO FAMILIAR.....	33
3.3 ABANDONO AFETIVO PARENTAL.....	35
4. DOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	38
4.1 DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO.....	42
4.2 DA ANÁLISE DAS JURISPRUDÊNCIAS ACERCA DO TEMA.....	45
4.3 O VALOR DA INDENIZAÇÃO.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil à hipótese de abandono afetivo, bem como pretende identificar os motivos determinantes para sua configuração, objetivando verificar se existe o dever dos pais em constituir vínculo de afeto familiar com seus filhos e se a sua inobservância está sujeita as consequências indenizatórias.

A família contemporânea passa por profundas transformações internas, no que diz respeito ao próprio conceito. É possível perceber que a família hoje não é apenas a união de duas pessoas de sexo diferentes, nem concentra mais o poder familiar exclusivamente nas mãos do pai. A Constituição Federal estabeleceu diretrizes e normas para o direito de família, sendo uma delas a igualdade entre os homens e mulheres na convivência familiar. Essas normas, por serem garantias constitucionais e de direito subjetivo, ganham um espectro de proteção maior, consagrado no princípio da vedação ao retrocesso social, pois não podem sofrer limitações de leis ordinárias, sob pena de desrespeito às regras constitucionais.

Soma-se à igualdade dos sexos nas relações familiares, como real transformação, o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção e o tratamento igualitário entre os filhos, advindos ou não do casamento, sendo protegidos pelo mesmo princípio. Nesse sentido, aborda Maria Berenice Dias¹:

O legislador infraconstitucional precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Do mesmo modo, todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo Judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional.

É a solidariedade recíproca, constante no artigo 3º da Carta Magna, um dos fundamentos da afetividade. O afeto é um fato social e psicológico, e não um fruto da biologia².

É em função das novas mudanças que alguns parâmetros no direito de família

¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

²Lobo, Paulo apud Dias, Maria Berenice, *ibidem*, p. 71.

também mudaram. O elo da relação familiar não é apenas a junção de duas pessoas, mas passa a ser a relação de afeto entre elas, consagrando-se como um direito fundamental e elevado a um princípio jurídico.

Cabe destacar que a relevância no estudo deste fenômeno, que vem ocorrendo nos julgados atualmente, está exatamente no fato de que há poucos anos o universo jurídico sequer cogitava a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo, estando este novo paradigma atrelado à ideia da afetividade, trazido pela Constituição Federal de 1988, que significa o reconhecimento de um vínculo paterno ou materno além de um laço apenas biológico.

O Princípio da Afetividade faz despontar a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. E este sentimento de solidariedade recíproca que não pode ser perturbado pela preponderância dos interesses patrimoniais.

Embora a palavra “afeto” não exista expressamente escrita no texto constitucional, a mesma atribuiu seu significado e efeitos jurídicos no âmbito de sua proteção. Como exemplo, segundo Maria Berenice Dias³, há o reconhecimento das uniões estáveis como entidades familiares, merecedoras de tutela jurídica, que se constituem sem o selo do casamento. Isto significa que a afetividade, que une duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico, traduzindo-se no princípio norteador das relações de família.

Mas não é o afeto, enquanto fato anímico ou social, que interessa ao direito, pois o que notadamente interessa como seu objetivo próprio de conhecimento, são as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecer a incidência de normas jurídicas.

Em função das novas tendências sociais, bem como dos princípios consagrados na Constituição Federal que, ao se refletirem na dignidade da pessoa humana, houve uma série de mudanças no Direito de Família, atribuindo valor jurídico ao afeto e a convivência

³DIAS, Maria Berenice. Op cit., p. 70.

familiar, transformando-se na medida em que se acentuam os sentimentos entre os seus membros. Ademais, a questão do abandono afetivo na filiação traz a discussão acerca da possibilidade da reparação do dano moral causado ao filho menor em razão da atitude omissiva dos pais no cumprimento dos encargos decorrentes do poder familiar.

Neste sentido, entende Maria Berenice Dias que: “(...) comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado.” No mesmo sentido, tem-se o ensinamento de Rui Stocco⁴:

[...] o que se põe em relevo e exsurge como causa de responsabilização por dano moral é abandono afetivo, decorrente do distanciamento físico e da omissão sentimental, ou seja, a negação de carinho, de atenção, de amor e de consideração, através do afastamento, do desinteresse, do desprezo e falta de apoio e, às vezes, da completa ausência de relacionamento entre pai (ou mãe) e filho.

Objetivando-se analisar a atual realidade no Direito de Família e seus consequentes reflexos no Direito Civil, percebeu-se a relevância do tema e vislumbrou-se a possibilidade de fazer um estudo mais profundo sobre a responsabilidade civil dos pais no abandono afetivo, uma vez que este pode trazer traumas imensuráveis para a vida dos filhos que, indubitavelmente, terão enormes dificuldades para se tornarem cidadãos com uma personalidade bem estruturada e psicologicamente equilibrados, em razão da não convivência afetiva salutar com o pai ou a mãe durante seu desenvolvimento.

Partindo-se da premissa da afetividade como vetor dos relacionamentos familiares atuais, pergunta-se: Como é interpretado o abandono afetivo nos tribunais e no direito de família? Qual seria a proporção entre a gravidade da culpa e do dano?

Além disso, haveria aplicabilidade da responsabilização dos pais a título de dano moral? Qual seria o critério para fixação da indenização? Teria o abandono afetivo um caráter patrimonial?

Por todo o exposto, este trabalho tem o condão de trazer as respostas a essas problemáticas e esclarecer o assunto, que vem ganhando abrangência nos tribunais e está sendo frequentemente discutido pela doutrina contemporânea.

⁴ STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 946.

1. APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA E O PODER FAMILIAR

O poder familiar, ou *pater familias*, atribuído exclusivamente ao pai, era exercido desde o Direito Romano. Este era o poder que reconhecia o pai como o defensor e protetor dos membros da família, exercendo quaisquer atos com finalidade de preservação do núcleo familiar⁵. Os filhos e a mulher, por outro lado, deviam a ele obediência e respeito. Este instituto trazia a definição da hierarquia familiar, diferentemente do que é visto hoje, em que é reconhecida a importância da mulher na relação familiar, sendo uma garantia constante da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/1988).

Trata-se de um instituto importante para a construção da sociedade dos nossos dias. Segundo Waldir Grisard Filho⁶:

O poder familiar é um dos institutos do direito com marcante presença na história do homem civilizado. Suas origens são tão remotas que transcendem as fronteiras das culturas mais conhecidas e se encontram na aurora da humanidade mesma.

Este poder era exercido independentemente da idade dos filhos, era o pai que exercia o poder sobre aqueles. Quando o pai viesse a falecer, o filho então tomava o seu lugar.

A previsão do melhor interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana, presentes hoje em nosso ordenamento jurídico, sequer existiam, pelo contrário, os pais poderiam dispor dos seus filhos, até mesmo vendê-los, conforme a tradição romana. Por longos anos, essa tradição foi mantida, e os pais desempenhavam normalmente o exercício do poder sobre os filhos.

Com o advento do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, em 1916,

⁵ FILHO, Washington Luiz Gaiotto. Evolução histórica envolvendo o direito de família. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108>. Acesso em: 08 jun 2017.

⁶GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade paternal**. 5 ed. Ver. E atual. São Paulo Editora: Revista dos Tribunais, 2010 p. 35.

instituído pela Lei N° 3071, de 1° de janeiro daquele ano, foi observada uma vasta discriminação sobre a visão de família, restringindo-se naquela tradicional, de tal forma que se utilizou a expressão “pátrio poder”. Tal fato repercute na impossibilidade de dissolução do casamento, no não reconhecimento das uniões fato, assim como os filhos gerados fora da relação matrimonial sendo considerados ilegítimos.

Entretanto, com a promulgação da CRFB/1988, que esculpiu brilhantemente a igualdade de condições entre homens e mulheres, houve uma necessidade de mudança dos parâmetros do CC/1916, em razão de sua inconformidade com a lei máxima, entre outros aspectos, no tocante ao poder familiar.

Ainda assim, só foi com o advento do novo Código Civil, instituído pela Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CC/2002), que a nomenclatura “pátrio poder” foi oficialmente alterada para “poder familiar”, consagrando de vez que o poder familiar não é somente do homem, mas em igualdade, do homem e da mulher.

Como definido no artigo 1.634 do Código Civil, o poder familiar agora terá que ser exercido por ambos os pais de forma não discriminatória, e não como domínio sobre o menor, e sim como dever de criação do filho. Destaca-se, outrossim, o fim da desigualdade existente entre os filhos havidos ou não na constância do casamento, bem como aqueles que são oriundos da adoção⁷. Além disso, acrescentou-se à família tradicional alguns outros tipos de constituição, tais como a união estável⁸ e a família monoparental⁹.

Nesse passo, é notório perceber que o conceito de família vai ganhando um alargamento que provoca uma mudança no meio social. As constantes transformações sobre este conceito traduz em um embate com a limitação legislativa. Sobre isso, Maria Berenice Dias¹⁰ afirma que as definições de “família” atuais não limitam o reconhecimento de outras que possam existir um dia, por isso “os tipos de entidades familiares explicitados são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo

7 Trata-se do princípio da igualdade dos filhos, caracterizado pelo tratamento igualitário entre os filhos oriundos ou não do casamento, pautado no afeto familiar.

8 A união estável caracteriza-se como entidade familiar em que a convivência pública entre duas pessoas, contínua e duradoura, é estabelecida com o objetivo de constituição de família.

9 A família monoparental é abarcada pela Constituição de 1988, sendo então reconhecida juridicamente. É a forma familiar onde apenas uma pessoa exerce a função parental.

10 DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 41.

merecem referência expressa”.

No entanto, essa ausência de definição única e acabada não se configura como um problema e sim como algo positivo ao se considerar que o termo sofreu e vem sofrendo modificações, que expressam os reflexos dos anseios contidos no meio social, em função da existência dos diversificados núcleos familiares nos dias atuais. Apesar do conceito de família ter se ampliado consideravelmente, com o decorrer do tempo, este já vem se mostrando insuficiente para descrever as constantes modificações.

Dessa forma, tem-se a jurisprudência como grande responsável pela regulação de outros tipos de entidades familiares que ainda não encontram regulamentação específica no ordenamento jurídico, uma vez que as mudanças sociais e familiares são uma constante e os fatos sociais antecedem a regulamentação jurídica.

Nesse sentido, é relevante observar que a característica principal para definição do núcleo familiar não é saber quem o forma, e sim identificar a existência do vínculo afetivo. Este é o elemento atual diferenciador do direito de família.

Segundo Paulo Lôbo¹¹, a família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas.

O marco característico da família é hoje, sem dúvida, a existência do vínculo afetivo. Não se reconhece o núcleo familiar somente pelo casamento, tampouco pela diversidade de sexos ou pela consanguinidade. O afeto é o elemento fundamental para o reconhecimento da entidade familiar. Nesse sentido, Maria Berenice Dias¹²:

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.

11 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 95.

12 DIAS, Maria Berenice, op. cit., p 42. .

O poder de família hoje visa o interesse dos filhos, bem como da família e não o interesse dos pais, havendo a necessidade de respeito mútuo e ainda a observância do Princípio da Paternidade Responsável, o qual visa um planejamento familiar racional e independente, para que os seus membros possam se desenvolver naturalmente, conforme ensina o artigo 226, parágrafo 7º, da CRFB/1988.

Outra definição seria a soma do exercício da autoridade do pai e da mãe sobre o filho menor até atingir maioridade. Conforme se observou, ao longo da evolução histórica mudou-se radicalmente a interpretação do que venha a ser poder familiar.

Maria Berenice Dias, ao abordar o tema em consonância com o advento da CRFB/1988, expõe¹³:

Houve o resgate do ser humano, como sujeito de direito, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania. (...) consagrou como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes.

Antes, portanto, poder familiar significava dizer que um ser humano era subjugado a outro. Na atualidade, quer dizer exatamente o oposto. Se antes era o poder do pai que devia ser reconhecido e obedecido, podendo dispor sobre o seu filho, e até mesmo vendê-lo, hoje significa atender de forma prioritária os direitos da criança e do adolescente e, sobretudo, respeitá-los, observados os Princípios da Proteção Integral¹⁴ e do Melhor Interesse da Criança¹⁵.

O exercício do poder familiar passou a ser do pai e da mãe, não existindo, perante a lei, qualquer subordinação de um perante o outro. Essa mudança visualiza-se principalmente no art. 226, §5º da Constituição da República, no que tange a igualdade plena entre homens e mulheres e também enquanto pais, separados ou não, onde ambos exercerão o poder familiar sobre os filhos enquanto menores. Assim, nos termos do citado artigo, tem-se que:

13 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

14 Será abordado na seção própria de nº 2.

15 Será abordado na subseção própria de nº 2.1.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Desta forma, é obrigação dos pais, enquanto responsáveis legais, o sustento, a proteção, a guarda e a educação dos filhos, regulamentada também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA/1990), em seu artigo 4º:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Percebe-se, portanto, que a família perdeu o título de mera instituição jurídica para assumir feição de instrumento de promoção da personalidade individual, respeitando o princípio constitucional essencial da Dignidade da Pessoa Humana. Atualmente, vislumbra-se a família como o lugar privilegiado, o ninho afetivo, onde a pessoa nasce inserta e no qual modelará e desenvolverá a sua personalidade, na busca da felicidade, verdadeiro desiderato da pessoa humana¹⁶.

1.1 Conceito de afeto

Segundo Maria Berenice Dias, o conceito de afeto está intimamente ligado ao de família, uma vez que aquele está centrado nesta, como elemento agregador, pois se exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho indispensável para a formação plena de suas personalidades.

16CAROLINA, Anna. **Responsabilidade Civil nos Casos de Abandono Afetivo Parental**. 2013. 9 p. Artigo Científico (Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/AnnaCarolinaDiasTeixeiraLima.pdf>. Acesso em: 10 jun 2017.

Impossível seria falar do afeto sem mencionar o Princípio da Afetividade, que é o reconhecedor deste sentimento. A partir da CRFB/1988 restou possível sustentar o reconhecimento da afetividade no sistema jurídico brasileiro, implicitamente no Diploma mencionado, não somente pela valorização permanente da dignidade humana e da solidariedade entre os indivíduos, como também, no seu artigo 229¹⁷, em que afirma o dever dos pais em assistir, criar e educar os filhos menores. Por seu turno, o CC/2002 trata pontualmente da afetividade no artigo 1.584, parágrafo 5º, quando se refere à possibilidade do juiz deferir a guarda do filho à pessoa que preencha os requisitos de compatibilidade com a natureza da medida, grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade com a criança:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
(...)

§ 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e **afetividade**.[\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

As recentes alterações legislativas implementadas trouxeram a afetividade de forma expressa em vários dispositivos, indicando uma tendência de seu maior acolhimento¹⁸.

O afeto parental faz-se, atualmente, item necessário na nova caracterização familiar, embora nem sempre este esteja presente. Apesar da inovação, na qual a doutrina e a jurisprudência caminham no sentido de reconhecer a afetividade como importante valor jurídico, também não seria assertivo afirmar que, se num convívio considerado família, no qual o afeto não preponderasse, esta perdesse tal característica.

O artigo 226 da CRFB/1988 exemplifica como deve ser gerida a família; porém, nem todas as famílias se exaurem nesse exemplo. Isso ocorre pelo fato de a sociedade estar submetida a constantes transformações sociais, assumindo novas perspectivas, novas feições. Em razão disso, cabe aos operadores jurídicos, de um modo geral, perceberem que

¹⁷Art. 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.

¹⁸ LUCAS CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família: O Perfil Principiológico da Afetividade no Direito Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. 9 p. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.

não há como pensar o afeto somente no rol legal-positivado.¹⁹

O que pode ser confirmado é uma crescente e ampla construção jurisprudencial que acabou por reconhecer a afetividade em variadas situações existenciais. A pertinência dessa contribuição é de tal ordem que é possível sustentar que o papel da jurisprudência foi vital para a consolidação da leitura jurídica da afetividade.

O professor Flavio Tartuce²⁰ entende que o afeto talvez seja o principal fundamento das relações familiares, ao passo que “mesmo não contando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana”.

Acrescenta ainda que a convivência dos filhos com os pais não é direito, e sim um dever. Logo, não existiria o direito de visita, e sim uma obrigação de conviver com eles, sob a consequência de se gerar sequelas de ordem emocional nos mesmos, caso haja de fato um distanciamento entre pais e filhos.

Sob a ótica de Paulo Lobo²¹, o afeto e a solidariedade não são frutos da biologia, mas derivam da convivência familiar. Dessa forma, o afeto possui o claro objetivo de não só envolver os integrantes de uma família, mas também tem um viés externo, pondo humanidade em cada uma, garantindo a felicidade, como uma finalidade a ser alcançada.

Nesse diapasão, afirma Maria Berenice Dias em seu artigo “O direito à felicidade”²² que o enlaçamento de vidas decorre da busca pela felicidade, e continua:

Ainda que não esteja consagrado constitucionalmente, ninguém duvida que é um direito fundamental. Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos, assegurar o direito à liberdade e à igualdade e de garantir o respeito à dignidade de cada um. Assim, mesmo não expresso explicitamente na Constituição Federal, o direito à felicidade existe e precisa ser assegurado a todos. Não só pelo Estado, mas por cada um, que além de buscar a

¹⁹ DEUS, Enézio de. **Família: para além do numerus clausus**. Disponível em: <http://espacojuridico.blogspot.com.br/2005/05/familia-para-alm-do-numerus-clausus_19.html>. Acesso em: 08 jun. 2017.

²⁰ Tartuce, Flávio e Simão, José Fernando. **Direito Civil**, vol. 5, 8ed, Método, p. 22.

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 56.

²² DIAS, Maria Berenice. **O direito à felicidade**. 05 out 2012. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php?cat=&subcat=&termobusca=&ordem=&pagina=4#anc>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

própria felicidade, precisa tomar consciência que se trata de direito fundamental do cidadão, de todos eles.

É nesse viés que há necessidade de se posicionar a respeito da integração do afeto com o direito à felicidade que a autora se refere, pois a solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a esse relevante aspecto dos relacionamentos.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCINAIS E INFRANCONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

O artigo 227 da CRFB/1988 assegura às crianças, aos adolescentes e aos jovens os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, assim como reprime qualquer tipo de discriminação.

Essas garantias estão respaldadas também pelo ECA/1990, na medida em que reconhece os menores como sujeitos de direito. O Melhor Interesse da Criança, a Proteção Integral e a Paternidade Responsável são alguns dos princípios que regem esse Estatuto. Além disso, é obrigação da família, bem como, da sociedade e do Estado, o resguardo desses direitos ao menor e a garantia de que eles serão respeitados por terceiros.

O Princípio da Proteção Integral rompe com o entendimento de que a criança seria um objeto de intervenção do mundo adulto, e os coloca em posição de indivíduos titulares de direitos como qualquer outro e ainda os garante com direitos especiais por estarem em situação de desenvolvimento. Logo, considerando a criança e o adolescente como pessoa em formação, possuem o direito de manter os vínculos de afinidade e afetividade com sua família, seja ela biológica ou até mesmo substituta²³. Desse modo, tem-se uma tentativa que visa garantir que os jovens fiquem a salvo de toda a forma de negligência, prevendo uma vasta quantidade de garantias e prerrogativas nas legislações.

Desse modo, parte-se do pressuposto de que os filhos não são detentores de capacidade de exercício, por si só, de seus direitos, necessitando, para tal, da presença de terceiros (família, sociedade e Estado) que possam resguardar os seus bens jurídicos fundamentais, consagrados na legislação específica, até que se tornem plenamente desenvolvidos física, mental, moral, espiritual e socialmente.

²³ Excepcionalmente, na hipótese em que a família natural não seja capaz de garantir direitos e garantias decorrentes do princípio da proteção integral (maus-tratos, abandono, dependência a entorpecentes, orfandade etc), promover-se-á a colocação da criança e adolescente, sempre tendo em vista o melhor interesse destes, em uma família substituta, esta que compreende três espécies: a guarda, a tutela e a adoção. Previsão legal constante do Art. 19, do ECA/1990: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”

2.1 Princípio do melhor interesse da criança

O ECA/1990 preocupou-se em alicerçar o Princípio do Melhor Interesse da Criança, reconhecendo a criança e o adolescente como sujeitos de direito, com preciosa atenção para as suas necessidades pessoais, sociais e familiares, de forma a assegurar o pleno desenvolvimento, sempre com o intuito da proteção integral.

A atenção que está concentrada às crianças e aos adolescentes nos artigos 227, da Carta Magna e 1º do ECA/1990, bem como encontra justificativa na necessidade especial de proteção da condição de vulnerabilidade desses indivíduos, bem como, visa desenvolver suas capacidades pessoais.

Nesse viés, encontra-se abaixo colacionada a ementa do Acórdão nº 1356981/SC²⁴ do Superior Tribunal de Justiça, STJ, que ponderou o Princípio do Melhor Interesse da Criança no caso concreto a fim de determinar o reconhecimento legal da guarda do menor para a família substituta, para que o mesmo fosse criado por pessoas com quem nutrisse afeto e afinidade:

DIREITO CIVIL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR QUE SE ENCONTRA NA "POSSE DE FATO" DE TERCEIROS. MANUTENÇÃO DA CRIANÇA NO SEIO DA FAMÍLIA AMPLIADA. 1. Ação cautelar de busca e apreensão de menor, distribuída em 01/09/2010, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 10/10/2011. 2. Discute-se a busca e apreensão do menor, determinada para que a criança permaneça sob os cuidados da tia materna, enquanto pendente ação de guarda ajuizada por terceiros que detinham a sua "posse de fato". 3. Quando se discute a guarda de menor, não são os direitos dos Pais ou de terceiros, no sentido de terem para si a criança, que devem ser observados; é a criança, como sujeito - e não objeto - de direitos, que deve ter assegurada a garantia de ser cuidada pelos pais ou quando esses não oferecem condições para tanto, por parentes próximos, com os quais conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade. 4. Em regra, apenas na impossibilidade de manutenção da criança no seio de sua família, natural ou ampliada, é que será cogitada a colocação em família substituta, ou, em última análise, em programa de acolhimento institucional. 5. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ. TERCEIRA TURMA. REsp 1356981/SC. MINISTRA RELATORA NANCY ANDRIGHI. DJe 8/11/2013).

Nota-se que a perda do pátrio poder não afasta a possibilidade de indenização, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, proporcionando por

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministra Relatora Nancy Andrigli. DJe 13/02/2014. REsp 1.381.609. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

outro meio a criação e a educação negadas pelos genitores, e que jamais terá o condão de compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelo filho.

Pode-se extrair dessa decisão que a criança não necessariamente precisa estar na companhia da sua família biológica se esta não estiver cumprindo com suas responsabilidades legais de cuidado, proporcionando afeto, educação, saúde, entre outros atributos que a criança necessita para seu desenvolvimento pleno.

2.2 Princípio da paternidade responsável

Outro princípio muito relevante para o Direito de Família e, por óbvio, para este trabalho, é o Princípio da Paternidade Responsável, disposto no artigo 227, parágrafo 7º, da CRFB/1988. Esse princípio corrobora com os outros, mas também reforça a real necessidade de todos os cuidados inerentes aos pais para com os filhos.

Nessa esteira, o Princípio da Paternidade Responsável abriga o significado de que é a obrigação dos pais prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos. Logo, deve ser exercido desde a concepção do filho, a fim de que os pais, biológicos ou afetivos, sejam responsabilizados pelas obrigações e direitos daí advindos da imediata execução do mencionado princípio.

Nesse sentido, bem esclarece o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Marco Bozzi, ao proferir seu voto nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº REsp 1.159.242/SP²⁵:

a paternidade responsável, aquela que observa o amor-construção, isto é, o cuidado, seja ela biológica ou sociológica, tem em sua conduta diária tanto a assistência e o provimento material, quanto o acompanhamento e, se não a reciprocidade na troca de relações, ao menos a atenção própria de quem tem o dever de proteger, pois o ser humano, enquanto vive em comunidade, somente justifica sua existência na comunhão.

Nessa linha de raciocínio, é possível se dizer que os pais, ao assumirem esse

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Ação Indenizatória. Possibilidade. Dano Moral por Abandono Afetivo. EREsp 1159242 SP 2012/0107921-6. Relator: Marco Bozzi, da 2ª Seção Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 23 de maio de 2014. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunal de Justiça de SP. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 08 jun 2017.

papel, adquirem obrigações jurídicas em relação a sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*, ou seja, assumem concomitantemente, as obrigações imateriais que transcendem o patrimônio e são igualmente necessárias.

Vale salientar que, o artigo 226, parágrafo 7º, da CRFB/1988, também destaca explicitamente a Paternidade Responsável, e reforça o reconhecimento desse princípio como norteador das matérias que envolvem relações familiares, admitindo estreita ligação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e com o planejamento familiar, o qual deve ser exercido de forma estritamente responsável.

Percebe-se que este preceito busca efetivar a implementação das obrigações jurídicas paternas nas relações paterno-filias, sem que exista uma escusa injustificada para a não execução. Por exemplo, a mera alegação de ausência na vida do filho tendo em vista não possuir permissão da outra pessoa responsável para tal é um argumento ultrapassado, injustificado, pois é dever jurídico do pai/mãe buscar todos os meios legais para solucionar o problema, pois se trata do fundamental convívio familiar e social que possui extrema relevância na vida de uma criança que está em desenvolvimento.

Ainda que exista a resistência por parte da outro responsável, o pai/mãe precisa demonstrar que está provendo os esforços necessários para reverter tal situação indesejada, de maneira a garantir o melhor interesse da criança, que seria o convívio harmônico entre os pais.

Assim, acompanhando o entendimento de Paulo Lôbo²⁶, os pais são obrigados a fornecerem não somente assistência e recursos materiais, mas também os recursos de ordem moral, como a demonstração de cuidado, e o descumprimento deste princípio pode acarretar a responsabilidade civil, nos casos em que os requisitos da culpa, nexos causal e dano estejam presentes.

2.3 Princípio da afetividade

Como verdadeiro instrumento de aperfeiçoamento das relações familiares, o Princípio da Afetividade não possui um sentido fixo, pois será sempre apurado em uma

26 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 312.

situação concreta específica, embora seja possível pormenorizar seus contornos e aspectos centrais. Este princípio, ao ser relacionado com o direito, ganhara sempre sentido jurídico.

O Princípio da Afetividade é um dos princípios construtores da relação familiar e precisa ser analisado dentro de uma concepção social importante, em conjunto com o Princípio da Dignidade Humana. Verifica-se que vem se utilizando progressivamente a afetividade como fundamentação nos julgados dos tribunais, apresentando posições favoráveis no que se refere às transformações por quais as famílias vem passando ao longo das décadas.

O desafio que os tribunais se deparam hoje é exatamente analisar a afetividade como quesito da formação familiar, considerando a sua concepção *sui generis* sobre o Direito de Família, agregando valor jurídico ao afeto. Com a chegada do novo CC/2002, o padrão de família anterior foi deixado pra trás e criou-se um novo paradigma no Direito, rompendo com os laços patrimonialistas.

Sobre a atuação judicial quanto à hermenêutica constitucional no que tange a relevância do afeto, pode se dizer que seu reconhecimento e aplicação vêm descrevendo uma trajetória ascendente na resolução de conflitos. Assim sendo, independentemente do embate – razão de ser na caminhada do Direito, uma vasta construção jurisprudencial favorável à afetividade, instaurou-se no cenário jurídico nacional e, de forma arrojada – contrariando parte dos doutrinadores – passou a ofertar respostas mais incisivas aos anseios pleiteados em lide²⁷.

Nesse sentido, elucida Ricardo Lucas Calderón, Mestre em Direito Civil, sobre as interpretações da afetividade²⁸:

O princípio da afetividade possui uma dupla face cuja compreensão auxilia na

²⁷ Júnior, Wilson Rodrigues Rosalin. **A afetividade no elemento jurídico: princípio, regra ou valor a desencadear relações jurídicas de direito**. 2014. 80 p. Artigo resultante do Projeto de Pesquisa destinado à Coordenadoria científica e de pós-graduação do Núcleo de pesquisa da Faculdade de Direito do Sul de Minas (Graduando em Direito pela FDSM), 2014. Disponível em: <<http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/7.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

²⁸ LUCAS CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família: O Perfil Principiológico da Afetividade no Direito Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.

exata percepção do seu sentido. A primeira delas é a face de **dever jurídico**, voltada para as pessoas que possuam algum vínculo de parentalidade ou de conjugalidade (aqui incluídas não só as relações matrimoniais, mas todas as uniões estáveis de alguma forma reconhecidas pelo sistema). Essa face do princípio vincula tais pessoas a **condutas recíprocas representativas da afetividade inerente a tal relação**. A segunda faceta do princípio é a face **geradora de vínculo familiar**, voltada para as **pessoas que ainda não possuam um vínculo reconhecido pelo sistema (seja de parentalidade, seja de conjugalidade)**, pela qual a incidência do princípio da afetividade consubstanciará um vínculo familiar entre os envolvidos. Nessa particularidade resta abarcada a noção da posse de estado, ou seja, a presença de um dado conjunto fático fará incidir o princípio da afetividade de modo a configurar, a partir de então, um vínculo familiar decorrente daquela relação.

Assim, o Princípio da Afetividade, intimamente ligado ao Princípio da Solidariedade Familiar, conecta a igualdade entre os tratamentos dentro do núcleo familiar e o respeito nas relações familiares. Ademais, sob o entendimento da autora Maria Berenice Dias²⁹, este princípio jurídico conseguiu consagrar o afeto como um direito fundamental a ser alcançado, o qual não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais.

Sobre a mudança de paradigma abordada, e à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da afetividade nas relações parentais, reconheceu-se a possibilidade de existir união estável entre pessoas do mesmo sexo com base no Princípio da Afetividade, quando da tramitação conjunta da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4277 e pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 132. Logo, a união homoafetiva é considerada entidade familiar com base no Princípio da Igualdade, uma vez que a Carta Magna não veda o reconhecimento de outros tipos de família.

Destaca-se, outrossim, a jurisprudência do STF, de 2011³⁰, que respalda a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) – **O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO**

29 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello. DJe 16/08/2011. RE 477.554 AgR/MG. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE (...) (STF. SEGUNDA TURMA. RE 477.554 AgR/MG. MINISTRO RELATOR CELSO DE MELLO. 16/08/2011). (grifo nosso)

O acórdão destaca o afeto como um dos fundamentos da família contemporânea, com amparo legal, pois o afeto é um valor jurídico impregnado de natureza constitucional, sendo um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família.

Recentemente, houve também julgados importantes invocando o Princípio da Afetividade, como ocorreu no Recurso Extraordinário N°. 878.694/MG para o STF, sobre a discussão acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790, do CC/2002, que trata dos direitos sucessórios do companheiro. Neste julgamento, o Ministro Relator, ao votar, destacou a importância da afetividade como valor jurídico do nosso sistema³¹. Conforme as palavras do Ministro Barroso³²:

(...) se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional.

A busca da felicidade à que se refere o julgado está intrinsecamente presente no princípio abordado, pois são os laços afetivos que traduzem e elevam os sentimentos humanos, aproximando as pessoas do ideal de plenitude e felicidade. Não se pode olvidar que o reconhecimento do afeto como valor jurídico transformou o sistema judiciário brasileiro e as relações familiares para melhor, tornando-se o referido sistema mais justo e solidário, e menos discriminatório.

31 TARTUCE, Flávio. **2016: O Ano da Afetividade na Jurisprudência Superior Brasileira**. 2017. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

32BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Civil. Reconhecimento de união estável. Partilha. Direitos sucessórios da companheira. RG RE: 878694 MG - MINAS GERAIS 1037481-72.2009.8.13.0439, Relator: Barroso, Roberto. Publicado no DJ 19 maio 201. P. 92. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 10 jun 2017.

Há que se salientar que os fatos que configurarem a falta da afetividade devem estar em conjunto com elementos estáveis, de forma que a presença concomitante desses elementos pode ser sim um indicativo gerador de efeitos jurídicos e evitaria assim aqueles casos em que há manifestações afetivas eventuais.

Sobre como se dá a apuração da afetividade, explica Ricardo Lucas Calderón³³:

A apuração da afetividade se dará pela verificação da presença de fatos signo-presuntivos dessa manifestação afetiva, de modo que, ante a constatação de determinados fatos (dimensão objetiva), estes significarão, desde logo, a presença da afetividade, restando presumida, então, a sua dimensão subjetiva (presunção *iuris tantum*). A percepção da possibilidade de apuração da afetividade pela análise de fatos signo-presuntivos pode permitir uma maior eficácia ao princípio, superando dificuldades que poderiam se apresentar na sua verificação concreta.

Significa dizer que, apesar de existirem duas dimensões para se apurar a afetividade no caso concreto, uma vez admitida a dimensão objetiva, a subjetiva estará presumida, o que facilita a verificação concreta e atribui uma eficácia maior ao princípio.

É importante ressaltar, finalmente, que o desenvolvimento humano saudável depende de uma relação familiar pautada no afeto como um elo forte construído ao longo do tempo. A família é a primeira experiência de vida que a criança tem a oportunidade de aprender o que é crescer em sociedade e por isso que é de grande relevância no processo de integração social e de aprendizado. A entidade familiar é a responsável pelo completo desenvolvimento dos indivíduos em formação e pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana caracteriza-se por ser um dos mais importantes no direito brasileiro, se não o mais importante. É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, e está expresso já no primeiro artigo de nossa Carta Magna. Os outros princípios são norteados por ele, sendo por isso um princípio basilar para

33 LUCAS CALDERÓN, Ricardo . **Princípio da Afetividade no Direito de Família: O Perfil Principiológico da Afetividade no Direito Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017

a garantia dos demais.

Este princípio se preocupa em garantir a proteção aos direitos fundamentais humanos e a justiça social, e por isso, segundo a doutrina de Maria Berenice Dias³⁴, esse princípio tem o valor nuclear da ordem constitucional.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso³⁵,

(...) a dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Adentrando no conceito de princípio, adota-se aqui no Brasil a ideia de que princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto. São mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente. É primordial, portanto, a ponderação e a aplicação de forma proporcional de cada um e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos.

Não se pode olvidar que, em sua maioria, os princípios são uma decorrência do Princípio da Dignidade Humana, uma vez que necessitam respeitá-lo quando de suas aplicações em determinada situação. Assim, vale ressaltar, que o referido princípio é condição para o desenvolvimento da vida humana em equilíbrio.

Apesar de indiscutivelmente sólido ser o alicerce em que se firma o Princípio da Dignidade Humana em nossa Magna Carta, permeia o sistema jurídico a problemática sobre a correta interpretação pelo aplicador do direito quanto ao que respeita e o que não respeita a dignidade humana. É cediço, entretanto, que o afeto, atualmente, seja apontado como um dos principais fundamentos das relações familiares, e é pacífico que este decorre da

34DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista, dos Tribunais, 2011, p. 62.

35 Barroso, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 08 jun. 2017.

valorização constante da dignidade humana.

Nesse diapasão, a partir do exposto sobre a evolução do conceito de família no ordenamento jurídico pátrio em conexão com os princípios que a fundamentam, o capítulo a seguir abordará os deveres inerentes aos pais, e suas disposições legais, bem como tratará da relação de afeto e da solidariedade familiar, abordando por último o dano afetivo parental e suas variadas formas e consequências, tema foco deste trabalho.

3. DO PODER FAMILIAR

Como visto no capítulo antecedente, é dever dos pais, decorrente do poder familiar, proporcionar a criação e a educação aos seus filhos, como previsto expressamente no artigo 1.634, incisos I e II, do CC/2002.

Ao lado disso, há que se arrazoar que ambos os genitores, em igualdade de condições, detêm o poder decisório sobre a pessoa e os bens do filho menor, ainda não emancipado. Depreende-se, desta sorte, que houve maciça reestruturação do poder familiar, o qual vigeu até o Código Civil de 1916, no qual tão somente o pai possuía poder em relação à família e aos filhos, sendo a genitora renegada uma figura ausente na tomada de decisões do núcleo familiar.

Como observa os autores Flávio Tartuce e José Simão sobre a superação da poder familiar uno³⁶, “o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, não sendo mais o caso de se utilizar, em hipótese alguma, a expressão pátrio poder, totalmente superada pela despatriarcalização do Direito de Família”.

Outrossim, o poder familiar é irrenunciável, não sendo, portanto, facultado aos genitores abrirem mão dele. Outro caractere digno de nota cinge ao fato de ser irrenunciável ou indisponível, uma vez que o ordenamento veda a transferência pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso, excetuando, tão somente, a hipótese de delegação, que é permitida pelo arcabouço legal. A situação excepcional em comento se alicerça na necessidade dos pais ou dos responsáveis de prevenir a situação irregular do menor.

Vale destacar que o poder familiar é imprescritível, uma vez que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo, sendo que a sua perda só se dará em razão de uma das hipóteses previstas na legislação. Igualmente, o instituto em comento é incompatível com a tutela, não sendo, deste modo, possível a nomeação de um tutor a menor, cujo pai ou a mãe foi suspenso ou destituído do exercício do poder familiar. Por derradeiro, é conservado, ainda, um aspecto de relação de autoridade, uma vez que há o vínculo de subordinação entre os genitores e os filhos, pois os pais têm o poder de mando,

³⁶TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**, v. 05. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 387.

ao passo que a prole tem o dever de obediência.

Em decorrência disso, é sabido que a criança necessita crescer em um ambiente harmônico, como o ECA/1990 traz, em seu artigo 7^a, para que a mesma possa desenvolver sua personalidade e alcançar uma criação saudável. Logo, esse desenvolvimento fica a cargo dos pais, que devem educar os filhos sem qualquer omissão de carinho necessário para a formação plena da sua personalidade.

Pode-se observar bem, nesse passo, a necessidade do respeito ao Princípio da Paternidade Responsável, pois o elo emocional surgido com o nascimento da criança, que une pais e filhos, não pode ser rompido, sob a consequência de gerar danos rigorosos de ordem psicológica e sequelas gravíssimas para a criança.

Por fim, a ilustre autora Maria Berenice Dias³⁷ entende que “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparos.” Desse modo, a ausência de convívio com o filho gera o rompimento da afetividade, o que pode criar sérios distúrbios psicológicos e comprometer seu bom desenvolvimento.

3.1 Dos deveres inerentes aos pais

A personalidade de uma criança é criada através da educação, dos valores e princípios que são passados a ela. Estes são incorporados na vida adulta, ensejando em capazes de identificar se uma conduta é correta ou errada de acordo com os valores sociais. Porém, isto só é possível com a devida presença dos pais na criação de seus filhos, proporcionando a orientação necessária para o convívio em sociedade, e ainda compartilhando carinho e afeto, essenciais para uma base familiar sólida.

Os filhos enxergam nos pais o exemplo, a referência, a diretriz para a tomada de toda e qualquer decisão. São nos pais que os filhos se espelham e acabam por reproduzir os atos e opiniões defendidas por aqueles. Havendo um maior amadurecimento, eles começam a transmitir suas próprias opiniões e, nem sempre, serão as mesmas de seus pais. Começam

37 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8^a ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 460.

a colocar em prática seu próprio juízo de valor, mas sempre haverá aprendizado.

Neste sentido, regulamentando a questão, o artigo 22 do ECA/1990 é claro ao se referir sobre os deveres dos pais:

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.

Não obstante, o artigo 19 do Diploma supracitado esclarece os direitos que a criança possui quanto a ter seu núcleo familiar respeitado:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Cabe destacar, pelo que se depreende da leitura do artigo 229, *caput*, primeira parte, da CRFB/1988, os deveres dos genitores consistem em assistir, criar e educar os filhos menores – sendo certo que o CC/2002, no artigo, ainda acrescenta outras prerrogativas aos pais com relação aos filhos menores, *in verbis*:

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: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) 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; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes,

suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

É claro que o dever dos pais vai muito além de prestar auxílio material, como a criação, a educação, a saúde e a segurança por exemplo, existindo também o dever de cuidado e assistência afetiva à prole.

Embora mães, avós, tios e outros parentes exerçam o poder familiar em condições de promover bem-estar físico e emocional, o fato é que toda criança merece um amor incondicional, e é na família bem estruturada que este sentimento se realiza em sua forma mais intensa e sólida, permitindo a fortificação de vínculos e relacionamentos futuros.

3.2 Da relação de afeto familiar

A educação dada com amor e de forma prazerosa respeita o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o da Paternidade Responsável, oferecendo qualidade de vida e definindo, segundo Caio Mário da Silva Pereira, a convivência familiar como direito fundamental. Aduz ainda o jurista que³⁸:

Consolida-se família sócio-afetiva em nossa doutrina e jurisprudência uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, a não discriminação de filhos, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar. Convocando os pais a uma paternidade responsável, assumiu-se uma realidade familiar concreta onde os vínculos de afeto se sobrepõem a verdade biológica.

A CRFB/1988 trouxe novas visões para o conceito de família, baseando-se muito mais na convivência do que na estrutura do casamento civil. É uma nova construção sob contornos da solidariedade e da dignidade humana, amparada, e de certa forma, valorizada pelos sentimentos de respeito, amor, dedicação e carinho.

Cleber Affonso Angelucci, ao fazer uma relação entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o afeto, manifestado na forma de amor, diz que para se implementar o referido princípio, o “amor” desempenhará um papel preponderante³⁹. Somente é possível

38 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

39 ANGELUCCI, Cleber Affonso. **O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de Família**.

Revista do instituto de pesquisas e estudos. Disponível em:

<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18679/O_Valor_do_Afeto_para_a_Dignidade_Humana_nas%20Rela%C3%A7%C3%B5es_de_Fam%C3%ADlia.pdf>. Acesso em: 10 jun 2017.

viver em família num ambiente propício para isso, com a presença do amor.

Pode se dizer que o afeto é a expressão do amor e da solidariedade familiar, é um valor inerente à formação da dignidade humana e da constituição da pessoa, conformando sua personalidade. O afeto reunirá sempre um grupo unido pelos sentimentos de proteção e cuidado. A convivência familiar afetiva e o dever de cuidado, não só com o fornecimento de bens materiais, mas também com os atributos morais necessários à criança, são os fatores essenciais para que se respeite a inovação trazida pela Carta Magna.

O foco da família constitucionalizada, pensado pelos direitos da personalidade, tem como um dos fundamentos a convivência familiar afetiva, onde a afetividade passa a ser um axioma substancial e não mais formal, abarcando em seu bojo a ideia de que o ser humano precisa desse sentimento para viver equilibradamente em sociedade, e experimentar em sua vida a solidariedade com o outro.

Ao lecionar sobre os direitos e deveres dos genitores, Maria Berenice Dias enfatiza a importância da convivência dos filhos com os pais, ainda que estes sejam separados, alegando tratar-se de direito do filho e não do pai e, desta forma, “quem não detém sua guarda tem o dever de conviver com ele.”⁴⁰ A autora esclarece que, ao genitor, a convivência é obrigação, sendo certo que sua ausência pode acarretar sequelas de ordem emocional e reflexos no desenvolvimento do menor, gerados pelo sentimento de abandono, e ainda destaca:

(...) a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém sua guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

Entende-se, prontamente, que não se consegue dimensionar o direito de família sem mencionar a importância da afetividade como requisito essencial nas relações familiares. Este fundamento ganhou uma grande discussão quando agregado aos conceitos pertinentes à universalidade familiar, pois é daí que se faz cumprir a aludida afetividade e a paternidade responsável, que se preocupa com os recursos materiais e os morais. Assim,

40 DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 254.

Maria Berenice Dias afirma que “talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do Direito de Famílias é o Princípio da Afetividade.”⁴¹

A professora Hideliza Lacerda⁴² também disserta sobre o assunto, pontuando que a afetividade materializa a sensação de bem estar, promove o equilíbrio da pessoa e constrói a autoestima, capacitando-a para superar as inusitadas situações da vida. Neste diapasão, a professora deduz:

Os laços afetivos possibilitam que as pessoas se amem, se respeitem e desejem a felicidade reciprocamente – atitudes que permitem construir pontes sobre os abismos emocionais, ligando as pessoas por vínculos perenes. O afeto é o propulsor do senso de respeito e de cuidados nas relações familiares.

Portanto, existe hoje a proteção jurídica pelo ordenamento pátrio às variadas formas de família, já que o afeto, uma vez elevado a preceito constitucional, tornou-se principal norteador da instituição familiar, e sem o qual esta restaria desequilibrada. Tal princípio passou a deter valoração jurídica indispensável para a construção do ser humano em sociedade. Sua ausência conseqüentemente traz sérios problemas a serem analisados com mais detalhes no próximo subitem.

3.3 Abandono afetivo parental

Segundo o autor Rolf Madaleno, a configuração do abandono afetivo “consiste no descaso intencional pela criação, educação e convívio com os filhos, podendo ser nefasto para o desenvolvimento destas crianças”⁴³, logo, originado no descumprimento voluntário e injustificado dos deveres inerentes aos pais. No entendimento de Paulo Lôbo, o abandono afetivo vai se consagrar no “inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade.”⁴⁴

No tocante ao dever de cuidado com os filhos, Maria Berenice Dias afirma que “a ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos,

41 DIAS, Maria Berenice, *ibidem*, p. 72.

42 BOECHAT, Hideliza Lacerda Tinoco Cabral. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=596>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

43 MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 385.
44 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 313.

bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente, configurando o dano moral.”⁴⁵

É importante lembrar que só haverá reconhecimento jurídico do Princípio da Afetividade quando for aplicado com razoabilidade e equilíbrio em cada caso, em harmonia com os demais princípios jurídicos, de modo a se evitar os excessos. A fundamentação deve conter uma explicação do que se entende por afetividade e a descrição dos elementos que foram considerados para a verificação da existência ou não desse princípio.

Outra questão de grande pertinência jurídica é aquela que versa sobre a possibilidade do pai socioafetivo poder ser responsabilizado pelo abandono afetivo. Nesse aspecto, há a necessidade de analisar o caso concreto para determinar a responsabilidade ou não, pois essa questão é resolvida a partir da análise da prova pericial, determinando a existência de danos ao menor, e ainda estabelecendo a sua origem. Esclarece-se que o pai socioafetivo não é o biológico, e sim o indivíduo que criou laços de afetividade com a criança, arcando com os deveres obrigacionais de pai, não só pelo despendimento material e financeiro, mas também pela preocupação em atender suas necessidades morais.

Nesse contexto, podemos aduzir o entendimento consubstanciado por Aline Biasuz Suarez Karow⁴⁶, ao opinar pela possibilidade da responsabilização decorrente do abandono afetivo dos pais socioafetivos, ao dispor que:

(...) Veja-se: o pai socioafetivo justamente assume esta condição por desenvolver com o menor os laços de afetividade, criando uma espécie de parentesco. O ápice desta relação pode se dar com o reconhecimento da paternidade através do registro civil. Entende-se, à primeira vista, que aquele que assume a condição da paternidade socioafetiva, é porque encarnou a figura paterna, dando ao menor, entre outros, o afeto necessário. Entretanto, num segundo momento, pode haver alternância de fatos e circunstâncias, vindo os cônjuges a separarem-se e o genitor socioafetivo tem obrigação de dar continuidade ao vínculo afetivo, em face da própria paternidade.

Conforme exposto, o abandono pode se dar de formas diversas a depender da situação em cada caso. A ausência do afeto nas relações paterno-filiais pode se dar pela negligência, caracterizada pela restrição de atenção e a existência de descaso seja por

45 DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 460.

46KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012.

omissão ou pela insuficiência de carinho. A falta de tempo também pode ser um fator a ser considerado, uma vez que os pais podem não dispor de um tempo exclusivo necessário à criação do filho, que é primordial para seu desenvolvimento sadio, ocorrendo o rompimento também do vínculo afetivo.

Destaca-se a manifestação do ilustre Ministro Celso de Mello, no que tange à importância dada à afetividade, em cujo voto afirmou ser indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da CRFB/1988, para fins de esclarecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto. “Cabe aferir, por necessário, que esse entendimento no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional.”⁴⁷

Destarte, os resultados que a ausência de afeto dos pais para com os filhos nem sempre são percebidos, mas se propagarão pela vida da criança. O abandono afetivo poderá desencadear comportamentos antissociais, estimular o uso de entorpecentes, do álcool, como meios de encontrar um alívio momentâneo para o sofrimento psicológico causado, levando inclusive a condição de infrator. Do mesmo modo, ainda que em alguns casos não haja ânimo dos pais em prejudicar o filho, tal fato inevitavelmente ocorrerá, tendo em vista o distanciamento gerado, o que potencializará os efeitos maléficos decorrentes do abandono.

Portanto, é indiscutível a influência dos pais na criação dos filhos, eis que possuem papel fundamental na formação da personalidade da prole. A falta de convivência, nesse sentido, pode acarretar em sérias consequências, sendo a responsabilização civil um meio de compensar tal situação, como será verificado no capítulo subsequente.

⁴⁷ Trecho do voto do Min. Celso de Mello (p. 40-41). Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade – ADIN 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132/RJ, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 05.05.2011, unânime. Trechos extraídos do voto do Ministro Marco Aurélio (p. 255 - 256). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

4. DOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem como objetivo assegurar a reparação de eventual dano ao bem jurídico, e o faz por meio da obrigação de indenizar, que surge com a prática da lesão. No âmbito do Direito de Família, o prejuízo a ser reparado está relacionado com o descumprimento de direitos e deveres fundamentais que protegem a família, tutelados pelos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Proteção Integral da Criança e do Adolescente e da Paternidade Responsável, entre outros.

A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é tratada nos artigos 927 e 944, do CC/2002, que dispõe sobre como se dá a análise nos casos concretos da obrigação de indenizar e a indenização propriamente dita.

De acordo com Sergio Cavaliere, “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. (...). Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa”⁴⁸ Portanto, não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse a existência do dano. Logo, chega-se a conclusão de que pode haver responsabilidade sem a culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.

O dano é definido como a lesão pela qual a pessoa se submeteu contra a sua própria vontade, ocorrendo lesão em qualquer bem ou interesse jurídico, podendo ser patrimonial ou moral. Este é mais recorrente, o que não significa dizer que não seja possível acumular os pedidos de indenização por dano material e por dano moral, entendimento consubstanciado na Súmula N° 37, do STJ.

A responsabilidade civil pode ser tanto subjetiva como objetiva. Na primeira, existirá o dever de reparar o dano sempre que o agente desejar o resultado nocivo ou assumir risco de produzi-lo. Necessariamente, há que se observar o elemento culpa, ou seja, se agiu de forma culposa ou dolosa. Já na responsabilidade civil objetiva, diferentemente, não há a necessidade que se verifique a culpa entre a ação ou omissão do ofensor e o resultado danoso, pois o dever de reparação vem do próprio ordenamento jurídico, uma vez

48 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

que seu fundamento central advém do risco, ora seja, da atividade desenvolvida, ora da potencialidade em provocar danos, deixando de se considerar os elementos volitivos do agente, bastando-se sua simples exposição a uma situação de risco.

Nesse sentido, o Código Civil passa a admitir a responsabilidade objetiva expressamente, pela regra constante do seu art. 927, parágrafo único, in verbis:

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.

O art. 932 do CC/2002 consagra hipóteses de responsabilidade civil objetiva por atos praticados por terceiros ou atos de outrem, a saber:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

- I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos.
- V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Ainda que objetiva, para que haja a responsabilização civil há necessidade imprescindível de comprovação entre o nexo de causalidade existente na conduta do agente e o dano que foi praticado, demonstrando cabalmente que sem a referida conduta, a lesão não existiria. Da mesma forma, o prejuízo poderá recair em bem corpóreo ou incorpóreo, razão pela qual o dano pode ser material ou moral, mesmo na seara do direito familiar.

Segundo Flávio Tartuce, em seu Manual de Direito Civil, sustentou que “não se pode falar mais nessas modalidades de culpa presumida, hipóteses anteriores de responsabilidade subjetiva. Essa conclusão se dá porque as hipóteses de *culpa in vigilando*

e *culpa in eligendo*⁴⁹ estão regulamentadas pelo art. 932 do CC, consagrando o art. 933 a adoção da teoria do risco, ou seja, que tais casos são de responsabilidade objetiva, não se discutindo culpa.”⁵⁰

Entretanto, para que os pais respondam objetivamente, é preciso comprovar a culpa dos filhos e assim sucessivamente nos casos constantes do artigo. Nesse sentido, o autor Flávio Tartuce afirma que não se pode mais falar em culpa presumida (*culpa in vigilando ou culpa in eligendo*) nesses casos, mas em responsabilidade sem culpa, de natureza objetiva, entendimento que é reforçado por diversos doutrinadores.

Em referência à tese de livre-docência defendida por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka na Universidade de São Paulo, Flávio Tartuce destaca o seguinte trecho em sua obra:

(...) o colossal art. 933 do novo Código, em caráter coadjuvante, determina que as pessoas indicadas no artigo antecedente (os pais, o tutor, o curador, o empregador) responderão pelos atos daqueles indicados e a eles relacionados (os filhos menores, os pupilos, os curatelados e os empregados), ainda que não haja culpa de sua parte. Trata-se da tão ansiada transição da culpa presumida e do ônus probatório invertido para uma objetivação efetiva dessa responsabilidade in casu.

O artigo supracitado e colacionado abaixo reforça ainda a ideia de inexistência de culpa nesses casos:

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Pelo o que se depreende do art. 927, parágrafo único, do CC/2002, haverá responsabilidade independentemente de culpa em duas situações específicas: nos casos previstos expressamente em lei, e quando houver uma atividade de risco sendo normalmente desempenhada pelo autor do dano, que é a consagração da cláusula geral de responsabilidade objetiva.

49 À título de elucidação, a *culpa in vigilando e culpa in eligendo* que o autor se refere é caracterizado, segundo a doutrina, como o dever legal de vigilância como era o caso, por exemplo, da responsabilidade do pai pelo filho, do tutor pelo tutelado, do curador pelo curatelado, do dono de hotel pelo hóspede e do educador pelo educando.

50 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. V. único. ed. São Paulo: Método, 2015. 425 p.

Em que pese a aplicação objetiva da responsabilidade civil nos casos elencados no artigo 927, sem a necessária comprovação da culpa, nos casos referentes ao abandono afetivo, a responsabilidade civil será subjetiva, devendo a comprovação do dano e do nexo causal ser feita por meio de laudos formulados por especialistas que apontem o dano psicológico gerado à criança e que atestem a vinculação desse dano à situação de abandono afetivo a qual esta foi submetida.

Não obstante, para que haja um dano a ser indenizado, será imprescindível a presença de alguns elementos. O primeiro deles será, segundo a autora Maria Helena Diniz, a certeza da ocorrência do dano ou efetivação deste, demonstrado pela diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa⁵¹.

O prejuízo a ser apurado é imprescindível para que haja a devida e correta indenização e responsabilização nos casos de abandono afetivo, pois a responsabilidade é subjetiva, pois dependerá da existência de culpa, e ainda da configuração do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, uma vez que, eventualmente, a consequência danosa pode ter origem em outro fator, o que acarretará a falta do nexo de causalidade.

O segundo elemento será a causalidade entre a conduta do agente e o dano gerado à pessoa, necessitando haver relação entre esses dois fatores, seja um ato omissivo ou comissivo e o dano efetivamente causado. O elemento da subsistência do dano analisará se o dano já foi reparado, pois nesse caso ocorrerá a insubsistência do prejuízo.

Há também o requisito da legitimidade, que prevê ao titular do direito atingido a possibilidade de pleitear a reparação e, por fim, a ausência de causas excludentes de responsabilidade, tal como caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima que, caso aconteçam, não ensejarão o dever ressarcitório.

Como já elucidado, a ausência do pai/mãe na vida do filho tende a deixar sequelas emocionais merecedoras de reparação. Assim sendo, em razão dos danos emocionais que são acarretados pelo abandono afetivo do pai/mãe com o filho, tem

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, p. 519.

conduzido os tribunais a reconhecerem a obrigação indenizatória por dano afetivo.

No entanto, a problemática enfrentada pela jurisprudência atual é no sentido de não indenizar “meros dissabores”, aqueles que decorrem do dia-a-dia e que não apresentam um mínimo de gravidade capaz de gerar o dever de reparação por dano moral. Nesse sentido, a ementa abaixo colacionada da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁵²:

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, nexos 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.

(TJ-MG - AC: 10515110030902001 MG, Relator: João Cancio, Data de Julgamento: 15/03/2016, Câmaras Cíveis / 18ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/03/2016)

Conclui-se que a responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico baseada na teoria da culpa, ao passo que a objetiva somente recairá em duas situações já abordadas. Dessa forma, para que o agente repare o dano, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).⁵³

Insta salientar, assim, que a condenação por danos morais visa compensar a dor moral da vítima em seu âmago pela vergonha e humilhação que ultrapassa o mero dissabor. Portanto, o dano moral é caracterizado pelo grande constrangimento, pelo qual a vítima passa, em decorrência de um ato ou de uma omissão causado por outrem, restando como

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº10515110030902001 MG. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294139335/apelacao-civel-ac-17611820078180140-pi-201200010014128>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

⁵³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. V. único. ed. São Paulo: Método, 2015. 418 p.

forma de atenuação do dano a indenização, a qual será arbitrada por um juiz competente.

4.1 Dano moral em decorrência do abandono afetivo

As relações entre pais e filhos transpassam as barreiras consanguíneas e financeiras e abrangem também questões de aspectos emocionais, como proteção, cuidado, amparo, educação e orientação para a formação do indivíduo como um todo. Portanto, o descumprimento desse direito de convívio pode gerar para o filho o direito a compensação por danos morais, visto que a falta de afeto e atenção podem agravar um comprometimento emocional negativo, podendo gerar também graves problemas psicológicos na formação do filho, o que corresponderá a um comportamento ilícito omissivo, contrário ao Direito, por parte do pais.

Tais hipóteses de responsabilização por dano moral em decorrência de abandono afetivo devem ter uma interpretação cuidadosa, a fim de só ser considerada como tal se for configurado um dano, como no caso de falta do convívio e de afeto gerando um trauma psicológico ao filho. O simples fato de causar dor ou aborrecimento é um estado de espírito e é relativo para cada pessoa. Para que exista a reparação por um dano moral é necessário um prejuízo significativo na vida do filho causado pela falta de cuidado, pelo desamparo.

O que se pretende, com isso, é proteger o direito de cuidado do filho previsto constitucionalmente, bem como no CC/ 2002 e no ECA/1990. O cuidado como valor jurídico está contido, principalmente, do artigo 226 ao artigo 229, da CRFB/1988, nos artigos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 28, parágrafo 4º e 53, do ECA/1990 e nos artigos 1.583, 1.596, 1.630 e 1.634, do CC/2002, os quais priorizam os deveres dos pais e estabelecem regras em relação à educação e à formação da prole.

Por outro lado, partes da doutrina do Direito e até mesmo profissionais da área de Psicologia defendem, em função da indenização não assegurar o recebimento do afeto, que possivelmente, um litígio desta dimensão pode ensejar, ainda mais, o afastamento entre as partes, uma vez que é impossível obrigar alguém a amar. Entretanto, para a corrente contrária, que pauta pela indenização em função do dano moral, não é permitido desconhecer o caráter educativo, reparador e garantidor da dignidade da pessoa humana, em

razão da referida compensação. Na realidade, a aplicação da compensação por dano moral trata-se de uma busca por uma resposta para um comportamento tido como reprovável pelo ordenamento jurídico e pela sociedade.

É necessário também fazer a diferenciação do cuidado e do amor. Aquele tem relação com amparo, proteção, definidos em lei e extremamente necessários para o desenvolvimento pessoal do indivíduo perante a sociedade, ao passo que o amor possui em sua essência um subjetivismo impróprio incapaz de gerar uma penalização pela sua inexistência na relação familiar. Desse modo, nota-se que o dever de cuidado apresenta elementos objetivos passíveis de serem percebidos no caso concreto, ao revés do amor.

Tão pouco se pretende “monetarizar” o afeto, até mesmo porque, como mencionado, não é o amor propriamente dito que está a ser analisado, mas sim o dever de cuidado dos pais, o qual é complexo e envolve muitos aspectos, como o convívio, a educação, a inserção social do filho, entre outros.

Nesse aspecto, as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira⁵⁴:

Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente. Afinal, eles são os responsáveis pelos filhos e isto constitui um dever dos pais e um direito dos filhos. O descumprimento dessas obrigações significa violação ao direito do filho.

Ademais, é certo que o valor pecuniário exigido na ação de abandono afetivo não compensa a ausência, o desprezo e a falta de afeto do pai/mãe para com o filho, todavia a indenização pleiteada tem um caráter punitivo e pedagógico, que visa de alguma forma punir o pai/mãe pela ausência de afeto na vida do filho, bem como de compensar o sofrimento e os traumas que o filho adquirira ao longo da vida pelo abandono afetivo, o que é totalmente diferente da perda do poder familiar, que por muito tempo era a única solução para o abandono, porém, não seria em si uma punição, já que o pai/mãe deixaria toda a responsabilidade para o outro cônjuge, o que seria um verdadeiro favor para ele/ela.

54 PEREIRA, 2010 apud GAGLIANO; Pamplona Filho, 2012, p.740.

Insta salientar que o dano moral viola não só a dignidade humana, mas também os direitos personalíssimos do indivíduo, por isso o abandono perpetrado pelo(a) genitor(a) para com seus filhos pode assim ser caracterizado, na medida em que é omissor(a) com seus deveres de pai/mãe perante seu filho, que está em fase de desenvolvimento e necessita dos cuidados e assistência não só material, mas principalmente psicológica, que demanda respeito e carinho contínuos perante a vida, engrandecendo o aprendizado.

4.2 Da análise das jurisprudências acerca do tema

Há inúmeras ações pleiteando a indenização pelo abandono afetivo no país. Essa aplicação vem sendo discutida nos tribunais há algum tempo, e no dia 24 de abril de 2012 ganhou maior visibilidade, quando a ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial nº 1.159.242/SP, proferiu a decisão que demonstrou definitivamente que o abandono afetivo constitui uma violação legal ao dever de cuidado, capaz de gerar a obrigação de indenizar.

A Ministra se utilizou da frase “amar é faculdade, cuidar é dever” para rechaçar a possibilidade de se exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais⁵⁵.

Para a Ministra, não se pode considerar as singularidades existentes nas relações familiares, como os sentimentos e as emoções, como justificativa para o descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos, e assim negar a possibilidade de indenizar por isso. Segundo ela, é por essa razão que não existem restrições legais à aplicação das regras destinadas à responsabilidade civil e o dever de indenizar ou compensar, envolvidos no direito de família⁵⁶.

Ainda sobre a sua fundamentação, ela acrescenta a importância do cuidado que os pais devem dirigir a seus filhos em toda a criação:

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. Texto do ministro Salomão (STJ) sobre o abandono afetivo: STJ vai uniformizar jurisprudência sobre abandono afetivo. 2014. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822686/texto-do-ministro-salomao-stj-sobre-o-abandono-afetivo?ref=topic_feed>. Acesso em: 06 jun. 2017.

⁵⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.159.242-SP. Terceira Turma. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 06 jun. 2017.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Esse caso traz várias reflexões para o debate da responsabilização dos pais pelo abandono afetivo dos filhos, de forma que a fundamentação da sua decisão é de extrema importância para maior entendimento.

Em seu artigo, Flávio Tartuce expõe o entendimento da Ministra afirmando que apesar da relação familiar, em sua essência, ser pautada em elementos subjetivos, como afeto, carinho, e amor, por exemplo, podem existir também vínculos objetivos, em que há previsões constitucionais, como a paternidade. O dever de cuidado é outro exemplo que une os pais aos filhos, indispensável para a criação, que envolve a atenção e carinho.

Entre muitos julgados envolvendo a temática, vale destacar o do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo como relator o Desembargador Mario Assis Gonçalves, da 3ª Câmara Cível, entendendo pela configuração do abandono afetivo, bem como necessário o pagamento do valor compensatório de dano moral a título de indenização, em razão da ausência de assistência moral e afetiva do genitor⁵⁷:

TJ-RJ - APL: 00009406220098190060 RIO DE JANEIRO SUMIDOURO VARA UNICA, Relator: MARIO ASSIS GONCALVES, Data de Julgamento: 09/07/2014, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/07/2014
Cinge-se a controvérsia à possibilidade de se indenizar o filho que não vem recebendo do pai biológico a devida assistência moral e afetiva, tema complexo e que gera muita polêmica em nossos tribunais. Como é cediço, nos termos dos artigos. 186 e 927 do Código Civil aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Embora o caso em análise trate de indenização que decorre de danos produzidos na esfera das relações familiares, também aqui deverão ser preenchidos os elementos da responsabilidade civil subjetiva. Em outras palavras, deverão estar comprovados a conduta culposa do agente, o nexo de causalidade e o dano, consistente na violação de um dever. De fato, o Código Civil arrola os deveres inerentes ao poder familiar, dentre os quais se destacam o dever de dirigir a educação e criação dos filhos e tê-los em sua companhia e guarda

57BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processual Civil. Ação Indenizatória. Abandono Afetivo. Apelação nº 00009406220098190060. Relator: Relator: Relator: MARIO ASSIS GONCALVES, Terceira Câmara Cível. Data de Publicação: 16/07/2014. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/376434814/apelacao-apl-9406220098190060-rio-de-janeiro-sumidouro-vara-unica>> Acesso em: 07 jun. 2017.

(artigo 1634) (...). Assim, é direito básico de todo filho receber atenção e afeto de seus pais. Violado o dever legal do pai e, portanto, o direito do filho, exsurge o dano e, via de consequência, o dever de indenizar. Na hipótese em exame, restou evidenciado através do estudo social e do depoimento das partes que o afastamento entre pai e filho foi provocado pela nova união do pai. A genitora afirmou à assistente social que, mesmo após a separação, o vínculo entre pai e filho sempre foi estreito(...), o que causou no adolescente problemas na fala, comportamento agressivo e dificuldades na escola. O quadro só foi estabilizado depois de iniciado tratamento com fonoaudiólogo e psicólogo. (...) Ocorre que o tempo passa, os filhos crescem, e as oportunidades de oferecer educação e cuidados se vão. Não pode um genitor colocar em polos opostos seu novo casamento e seu relacionamento com os filhos, pois não se trata de disputar a atenção, computar a dedicação dada a um ou outro. Assim, a indenização em hipóteses como a dos autos assume um caráter eminentemente punitivo e pedagógico, tendo por objetivo primordial alertar o pai negligente sobre a importância do convívio com o filho.

Destarte, presentes os elementos pertinentes à responsabilidade civil, correta a sentença que condenou o recorrente a reparar os danos sofridos pelo apelado decorrentes do abandono moral. Recurso a que se nega provimento.
(grifo nosso)

Nesse sentido, o dano que foi gerado ao filho em estagio de formação deve ser passível de reparação material, não somente para que os devedores parentais deliberadamente omissos não fiquem impunes, mas principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um valor expressivo na nova configuração familiar.⁵⁸

Entretanto, há aqueles que acreditam que não ser possível aplicar o instituto da Responsabilidade Civil nas relações familiares, pois acarretaria a consequente obrigação de alguém amar outrem, o que não poderia ser imposto. Certo é que há necessidade de se perquirir no caso concreto a real existência de consequências tanto morais quanto psicológicas de âmbito emocional, capazes de gerar um dano ao filho, decorrente da conduta de seu/sua genitor (a). Assim, restando presente o binômio conduta-dano, e o nexos causal entre estes, possível será a indenização.

Não se pretende tratar o sentimento amor como obrigação, mas observá-lo no sentido de atribuição de cuidado na relação pai e filho, e na preocupação com a formação plena deste filho. Sobre o exposto, assim assevera a Ministra Nancy Andrighi⁵⁹: “(...) aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever

58 MADALENO, Rolf. **O preço do afeto**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud Dias, Maria Berenice, p. 169.

59 TARTUCE, Flávio. Texto do ministro Salomão (STJ) sobre o abandono afetivo: STJ vai uniformizar jurisprudência sobre abandono afetivo. 2014. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822686/texto-do-ministro-salomao-stj-sobre-o-abandono-afetivo?ref=topic_feed>. Acesso em: 06 jun. 2017.

jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”.

Ademais, a aplicação da indenização é somente um meio para amenizar o sofrimento e a dor causados pela ação danosa, e nem mesmo é possível dizer que é o melhor caminho, pois as vezes pode gerar até um prejuízo emocional maior, ainda que seja única solução encontrada. No entanto, há que se perceber que é imprescindível a aplicação correta da responsabilização como forma de assegurar os direitos esculpados na Constituição Federal, principalmente os que dizem respeito à convivência familiar e a dignidade humana.

Cabe destacar que a decisão da 3ª Turma Cível, do STJ, proferida pela Relatora Ministra Nancy Andrighi, no REsp 1.159.242/SP, consagra pela primeira vez, em sede do STJ, a possibilidade de indenização por abandono afetivo pela ausência do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia, presentes de forma implícita, no artigo 227, da Magna Carta⁶⁰.

Entretanto, a decisão supramencionada ainda carecia de pacificação, tendo em vista que em 2005, o Ministro Fernando Gonçalves, da 4ª Turma, do STJ, deliberando pela primeira vez sobre a temática que se insurgia, ou seja, a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, julgou incabível a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil, no REsp 757.411/MG.

Em razão das duas decisões díspares no STJ, ocorreu a oposição dos Embargos de Divergência no Recurso Especial N° 1.159.242/SP, tendo sido, por maioria, não conhecido. Ficou, dessa forma, mantida a decisão da 3ª Turma Cível, do STJ, no referido Recurso Especial, possibilitando a indenização por abandono afetivo.

Cabe destacar que a oportunidade de uniformização da jurisprudência em sede do STJ foi perdida em virtude do não conhecimento dos Embargos de Divergência, pois após o voto do Sr. Ministro Marco Bozzi, Relator, conhecendo dos Embargos de

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. Texto do ministro salomão (STJ) sobre o abandono afetivo: STJ vai uniformizar jurisprudência sobre abandono afetivo. 2014. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822686/texto-do-ministro-salomao-stj-sobre-o-abandono-afetivo?ref=topic_feed>. Acesso em: 06 jun. 2017.

Divergência e negando-lhes provimento, foi suscitada preliminar de conhecimento. Destacada a preliminar, a Segunda Seção do STJ, por maioria, não conheceu dos Embargos de Divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Vale destacar, entretanto, pela extrema sapiência acerca do assunto, trecho do brilhante voto do Ministro Relator Marco Bozzi, nos Embargos de Divergências supramencionados, acerca da necessidade de uniformização da jurisprudência do Tribunal⁶¹:

Na seara jurisdicional, o incremento da paz social consiste em dirimir os conflitos de interesses surgidos cotidianamente, atentando a que não se viole as regras constituídas; a segurança jurídica decorre justamente da interpretação e aplicação da lei, de modo uniforme, de sorte a haver soluções unívocas para casos semelhantes, porquanto inseridos em um mesmo e único sistema, daí a importância do enfrentamento da temática ora em debate.

Ainda evidenciando o voto do Ministro Relator Marco Bozzi, no que diz respeito à importância do poder familiar como um “instituto de poder/dever em relação à prole” e o real significado do “amor” para a concepção da família hoje, destaca-se:

Na hipótese das relações parentais, como é visto, a palavra amor não refere à libido dos enamorados, mas sim na acepção do *afectus*, que reúne as **obrigações alusivas a todos os deveres inerentes à paternidade responsável**, proativa, efetivamente desempenhada, que não prescinde da adoção de condutas que evocam a **proteção, a guarda, a educação, a formação, o afeto, enfim, tudo o que exige a “criação” melhor possível com que possa contar**, possa receber um ser em formação, em plena fase de desenvolvimento. Ve-se, portanto, que esse **amor** referido pelos filósofos, ultrapassa e diverge tanto do sentimento meramente platônico quanto daquele marcado pela atração física, pois caminha n'outro rumo, na direção das atitudes pragmáticas que impõem e requerem providências do ascendente no **cuidado** para com o descendente (assegurando o **direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária**, evitando toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão), tudo aquilo, enfim, que está no bojo da nossa Norma Constitucional e também dos textos legais que a complementam.
(grifos nossos)

De todo modo, os princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente e o ordenamento jurídico brasileiro como um todo se preocupam em garantir o

61 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Ação Indenizatória. Possibilidade. Dano Moral por Abandono Afetivo. EREsp 1159242 SP 2012/0107921-6. Relator: Marco Bozzi, da 2ª Seção Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 23 de maio de 2014. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunal de Justiça de SP. Disponível em: <

“cuidado” como uma cláusula geral, um valor jurídico que precisa ser respeitado e de fato existir nas relações familiares.

A questão que se insurge é a importância de se corrigir uma conduta ilícita, de um (a) pai/mãe desidioso que detém o dever de cuidado e não o faz, negligencia essa circunstancia e provoca consequências de intensa dor emocional ao próprio filho.

A temática acerca do abandono afetivo ganhou também abordagem em sede do STF, no Recurso Extraordinário N° 363.889/DF, de 2011, em processo de Ação de Investigação de Paternidade. O ilustre Ministro Dias Toffoli, Relator do recurso, ao proferir seu voto, abriu um “parênteses” para discorrer sobre o tema “direito ao amor”, invocando o principio constitucional da Paternidade Responsável ao proferir a seguinte fala em sessão de julgamento⁶²:

Aqui abro um parêntese na leitura de meu voto para um tema que começa a surgir: o chamado **direito ao amor**. Não há como obrigar alguém a amar seu filho ou a amar alguém. Mas, diante do dispositivo constitucional da **paternidade responsável**, seja o pai, seja a mãe, haveria o direito do filho a uma eventual **indenização** pelo dano causado pela falta dessa assistência? Esse é um tema que não está posto neste processo, mas apenas lateralmente - nem está em meu voto - coloco aqui como **reflexão de grande importância: a impossibilidade da existência do direito ao amor**, ou ele existiria, em sua omissão, como um dano causado na formação de um ser humano?

O Ministro Dias Toffoli, no Recurso Extraordinário supramencionado, conclui o seu voto argumentando que transgressão ao dever de afeto pode causar um dano moral e, por tanto, passível de ser indenizado.

Nota-se aqui que até mesmo o Supremo Tribunal Federal levantou a questão e, ainda que não tenha enfrentado o tema diretamente, pelo menos um de seus Ministros já manifestou sua opinião de forma favorável ao debate. No entanto, muitos Juízes têm atribuído interpretação diversa sobre o assunto, julgando improcedentes as ações de dano moral por abandono afetivo.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Civil. Ação de Investigação de paternidade. REExt 363.889/DF. Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno. 2 junho 2011. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20998282/recurso-extraordinario-re-363889-df-stf>> Acesso em: 07 jun. 2017.

De acordo com Luís Felipe Salomão, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, esses magistrados alegam que o amor não pode ser positivado pela ordem jurídica, e se espelham quase que inteiramente nos seguintes argumentos: a consequência jurídica do abandono e do descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação é a destituição do poder familiar, com fundamento no artigo 24 do Estatuto da Criança e Adolescente e artigo 1.638, inciso II, do Código Civil, não havendo espaço para a compensação pecuniária pela desafeição; a condenação ao pagamento de indenização, na contramão dos mais nobres propósitos imagináveis, consubstanciaria exatamente o sepultamento da mínima chance de aproximação entre pai e filho, seja no presente ou futuro.⁶³

Como exemplo da não concessão da reparação do dano afetivo, o acórdão colacionado abaixo traz o entendimento pela não configuração da responsabilidade, tendo em vista que o réu somente soube da existência do filho quando este já tinha 25 anos de idade⁶⁴:

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.
(TJ-SP - APL: 91077933020098260000 SP 9107793-30.2009.8.26.0000, Relator: Fábio Podestá, Data de Julgamento: 30/06/2015, 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 01/07/2015)

Vale colecionar, também, o julgado abaixo que expressa o entendimento de que somente o pagamento dos recursos materiais já exumaria o pai pelas responsabilidades de contribuir com cuidado e afeto à prole⁶⁵:

63 FELIPE SALOMÃO, LUÍS. STJ vai uniformizar jurisprudência sobre abandono afetivo. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 8 abril 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-08/luis-felipe-salomaostj-uniformizar-entendimento-abandono-efetivo#author>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

64BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processual Civil. Ação Indenizatória. Abandono Afetivo. Apelação n. 91077933020098260000. Relator: Fábio Podestá, 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado Data de Publicação: 01/07/2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204171037/apelacao-apl-91077933020098260000-sp-9107793-3020098260000>> Acesso em: 07 jun. 2017.

65 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processual Civil. Ação Indenizatória. Apelação n. 70066828054 Relator: Relator: Pastl, Ricardo Moreira Lins, Oitava Câmara Cível. 15 dez 2015. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/268439636/apelacao->

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL POR PARTE DO GENITOR. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO PASSÍVEL DE REPARAÇÃO NO ÂMBITO ECONÔMICO-FINANCEIRO. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Caso em que o distanciamento afetivo havido entre pai e filha, agora adolescente, encontra justificativa na alteração de domicílio do genitor para outro Estado, não havendo como imputar ao genitor, em face da ausência de convívio e da prestação direta dos cuidados, a responsabilidade pela delicada situação vivenciada pela filha adolescente (envolvimento com drogas, furto e agressões), especialmente porque demonstrou ter procurado manter um vínculo, ainda que por meio de telefonemas e de correspondências eletrônicas, bem como **ter prestado auxílio material**, não havendo como reconhecer, portanto, a prática de ato ilícito passível de reparação no âmbito econômico-financeiro. 2. Embora presumidas as necessidades da filha adolescente, não ficou demonstrada nos autos a existência de despesas excepcionais que não estariam sendo atendidas com a pensão provisoriamente fixada em **dois salários mínimos**, patamar que não foi oportunamente impugnado pela alimentada e que deve ser tornado definitivo, como decidido na origem, não merecendo acolhimento o pedido de majoração. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70066828054, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 10/12/2015). (TJ-RS - AC: 70066828054 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 10/12/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/12/2015) (grifos nossos)

Pela decisão supracolecionada, extrai-se que, somente pelo fato do genitor contribuir com o auxílio material e ter tentado uma aproximação com a filha, que não foi bem sucedida, se mostrou suficiente para o embasamento do acórdão, que negou provimento, exemplificando assim, que a concretização da reparação por dano afetivo, precisa ser precedida do entendimento de que o direito ao afeto dos filhos por parte de seus pais é alicerçado na dignidade da pessoa humana, e é necessário para a formação plena de um cidadão.

4.3 O valor da indenização

Haverá a ocorrência de dano moral quando existir um abalo psicológico da vítima, com intensidade tal que gere um constrangimento, dor, humilhação, impossíveis de serem suportadas, pois são superiores àquelas consideradas meros dissabores. A indenização por danos morais tem, basicamente, duas finalidades: a primeira é compensar a vítima pelos sofrimentos impostos pelo ofensor e a segunda, função educativa, que seria desestimular o agressor, de modo que ele não pratique, novamente, atos semelhantes. A

indagação que surge é: quanto seria a arguição do valor de indenização de uma pessoa que sofreu o abandono afetivo?

É primordial ter em mente que quanto maior forem as consequências do dano, comprovadamente, será também o valor da indenização. Para ser indenizado, o dano moral precisa abalar psicologicamente uma pessoa, que precisa ser capaz de comprovar esse dano. Valendo-se dos ensinamentos da Responsabilidade Civil, tem-se que o ofendido deve ter abalada a sua honra e as boas impressões que tem sobre si mesmo e as que outras pessoas têm dele ao tomarem conhecimento ou presenciarem a ofensa moral.

É realizada, antes da determinação do valor, uma análise da condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, de modo que não haja enriquecimento sem causa da vítima, pois dessa forma será feita a ponderação dos valores de forma sensata. Ainda assim, verifica-se muitas vezes uma discrepância nas quantias indenizatórias que são impostas no Brasil, pois o valor estabelecido para indenizações por danos morais é arbitrado pelos próprios julgadores, de acordo com seu bom senso e experiência.

Sem embargo, o Ministro Luís Felipe Salomão, Relator do Recurso Especial 1473393/SP, do STJ, propôs que o tribunal se valesse do precedente aberto na 3ª Turma do referido tribunal, pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que no julgamento do Recurso Especial 1152541/RS, estabeleceu uma dupla fase para a fixação do dano moral.

O Ministro Sanseverino argumenta que o método mais adequado para fixação de uma razoável indenização resulta da reunião da valorização das circunstâncias e do interesse jurídico lesado⁶⁶:

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as

66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Dano moral. Inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito. STJ - REsp: 1152541 RS 2009/0157076-0, T3 - Terceira Turma. Relator: Sanseverino, Paulo de Tarso. Data de Publicação: DJe 21/09/2011. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1152541&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 06 jun. 2017.

circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo.

Em que pese a decisão acima, quanto ao arbitramento do dano moral, conforme alude o artigo 944, do CC/2002, será considerada a extensão do dano, em que a própria lei impõe e a doutrina e jurisprudência criam alguns parâmetros gerais, que devem ser observados pelo julgador na análise do caso concreto.

Ainda que esteja correta a fórmula de apuração do dano mencionado acima, não existem regras rígidas que prevejam um cálculo matemático preciso sobre quanto vale um prejuízo moral, um sofrimento, não devendo essa quantificação ser pautada na equivalência da dor sofrida, mas sim como único modo encontrado para tentar abrandar a dor do lesado, conseguindo-se por meio da prestação pecuniária um resgate da sensação de bem estar perdida.

O *quantum* indenizatório vem recebendo alguns parâmetros que servem como norteadores no momento da averiguação, tais como: a natureza, intensidade e repercussão da ofensa imputada e o efetivo sofrimento da vítima. E ainda, se agiu com culpa ou dolo o ofensor, sua condição econômica e o status da vítima na sociedade.

Os Princípios do Livre Convencimento do Juiz e da Razoabilidade possuem imensa relevância no momento da ponderação do valor da indenização, de modo que o juiz precisa estar vinculado a eles, aplicando-os a cada caso. De toda maneira, para se mensurar o valor da indenização depender-se-á de dois fatores importantes: condições socioeconômicas e a gravidade do dano.

Efetivamente, deve o julgador, na aferição do dano e quantificação da verba indenizatória, ser criterioso e aplicar de maneira justa o *quantum* para que o valor fixado tenha o condão de coibir a conduta reprovável e, ao menos, restituir a vítima ao status quo.

Nesse ínterim, como exemplo pode ser citado abaixo o acórdão proferido pela 7ª Câmara “B” de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao recurso de Apelação da parte autora, arbitrando a indenização em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), considerando os “indicadores seguros da

privilegiadíssima capacidade econômica- financeira do réu”, seu pai⁶⁷:

No que tange ao valor dessa indenização, o arbitramento deve considerar os indicadores seguros da privilegiadíssima capacidade econômico-financeira do réu (v. fls. 23/32 e 46/72) e do padecimento moral da autora ao longo dos anos pelo descaso intencional do réu quanto aos deveres de pai. Tem-se como razoável para o caso vertente uma indenização na quantia de R\$ 415.000,00, equivalente nesta data a mil (1.000) salários mínimos, a ser paga com correção monetária pelos índices adotados para cálculos judiciais mais juros pela taxa de um por cento (1%) ao mês, incidentes a contar desta data.

A relatora Daise Fajardo ainda acrescentou em seu voto que não incumbe ao réu alegar que a autora estaria buscando o enriquecimento material, pois eventuais direitos que ela tenha sobre o patrimônio do pai decorrem da lei. Ainda esclarece que foi constatada a simulação de atos de compra e venda para os outros filhos do réu, beneficiando-os em detrimento da autora. Negou-se o afeto, carinho de pai, dedicando aos irmãos todo esse amparo moral e material, o que configura situação de extrema negligência.

Foi neste mesmo processo que a Ministra Nancy Andrighi julgou o Recurso Especial nº 1.159.242/SP interposto pelo réu, diminuindo o valor da indenização para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), o que evidencia a interpretação diferente que é dada pelos operadores do direito acerca da estimação do valor da indenização.

Analisando o voto da Ministra Nancy Andrighi no que tange à fixação do montante indenizatório, a preocupação que surge é em relação à ofensa gerada à vítima, pouco importando a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade de sua culpa, a sua fortuna ou outras circunstâncias inerentes a ele. O valor da indenização é medido pela extensão e repercussão do dano ou prejuízo.

A fim de ilustrar as diferenças entre os valores das indenizações que são aplicadas a cada caso, destaca-se a Apelação nº 1001096-83.2014.8.26.0344 do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁸ que reduziu a indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processual Civil. Ação Indenizatória. Apelação nº 361.389.4/2001 Relatora: Daise Fajardo, 7ª Câmara B de Direito Privado 17 dez 2008. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2755207/apelacao-com-revisao-cr-3613894200-sp/inteiro-teor-101088327>> Acesso em: 07 jun. 2017.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processual Civil. Ação Indenizatória. Apelação nº 1001096-83.2014.8.26.0344 Relator: Luiz Antonio Costa, 7ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 31/10/2016.. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <

4.000,00 (quatro mil reais). A autora nascida em 1999 alegou que, apesar de o pai ter-lhe dedicado atenção intensa no começo da vida, deixou de vê-la totalmente em fevereiro de 2011, razão pela qual deveria reparar o dano moral decorrente do abandono afetivo, bem como indenizar as despesas médicas incorridas em consequência do abandono.

O relator do recurso utilizou o método bifásico para a apuração da referida indenização, citando o STJ como precursor desse método. Em primeiro lugar, se verifica o valor básico que for semelhante em outro caso e em segundo, adequa-se esse valor em favor das peculiaridades do caso concreto. Neste específico, constava que o réu possuía poucos recursos financeiros e recebia renda variável de quatro a cinco mil reais, tendo gastos para manutenção da família. Foi decidido, então, que o valor da reparação deveria ser próximo do mínimo possível, reduzindo-se dessa forma para R\$ 4.000,00, não eximindo o genitor da convivência com a filha até a maioridade.

Em caso distinto, o Acórdão proferido no recurso de Apelação de nº 0005780-54.2010.8.26.0103 do mesmo Tribunal⁶⁹, arbitrou em R\$100.000,00 (cem mil reais) a verba indenizatória por dano moral, observando-se a situação econômica das partes litigantes, a conformação dos fatos e da natureza do dano, de forma a impedir o enriquecimento sem causa, afirmando ser devida a indenização conforme os fatos específicos do caso.

O instituto da reparação pecuniária, por todo o exposto, tem por escopo dirimir conflitos que acarretaram lesão à honra subjetiva. E a dor moral em apreço não é passível de tarifação. Devendo, portanto, o julgador, na análise do caso concreto, extrair elementos para mensurar a dor sofrida e atribuir-lhe valor compensatório, compatível com o sofrimento, já que não se pode chegar ao valor exato.

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9941180&cdForo=0>.> Acesso em: 12 jun. 2017.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processual Civil. Ação Indenizatória. Apelação nº 0005780-54.2010.8.26.0103 Relator: Ramon Mateo Júnior, 7ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 14/05/2014. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7565401&cdForo=0>.> Acesso em: 12 jun. 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos apontamentos realizados pelo presente trabalho, conclui-se que, embora atualmente o cenário jurídico sobre a análise do abandono afetivo e sua possibilidade de responsabilização civil seja instável, verifica-se a possibilidade de concretização da responsabilização por meio dos Tribunais Superiores que, como exposto, já admitiram o cabimento.

Tomando por base a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, e o Código Civil, de 2002, houve ampliação quanto às hipóteses de reparação de danos, diante da comprovação da conduta, do nexo de causalidade e do dano. Ocorrendo a comprovação de tais elementos, pode-se ter a aplicação de direitos constitucionais à reparação dos danos.

O abandono afetivo segue a mesma lógica, visto decorrer da violação de um dever legal que gera dano à dignidade da pessoa humana, o que não deve ser confundido com o impedimento fático do filho rejeitado em conseguir lograr êxito em seus anseios, apesar de muitas vezes tal abandono influenciar no próprio desenvolvimento da vítima.

Levando em consideração todos os pontos abordados, há de se destacar a importância que tem o laço familiar para o desenvolvimento de todo e qualquer ser humano. É preciso que a consciência com relação a tal importância faça cada vez mais parte do cenário social a fim de que cada vez menos seja necessário recorrer ao judiciário para cobrar por algo que já deveria ser oferecido de forma natural.

Segundo a autora Maria Berenice Dias⁷⁰,

(...) a família consagrada pela lei tinha um modelo conservador, era uma entidade matrimonializada, patriarcal, patrimonializada, indissolúvel, hierarquizada e heterossexual. Pelas regras do Código Civil de 1916, os relacionamentos que fugissem ao molde legal, além de não adquirirem visibilidade, estavam sujeitos a severas sanções.

⁷⁰ BERENICE DIAS, Maria. A **família** **homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php?cat=&subcat=&termobusca=&ordem=&pagina=4#anc>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

Porém, com o advento da Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, a ordem jurídica e os valores pertinentes à relação familiar se modificaram, de forma a inclinar esforços para implementar uma sociedade pautada no afeto como meio de construção da personalidade do ser humano.

Na medida em que ocorreu a integração do direito com as ciências psicossociais, é que se evidenciou ainda mais a indispensabilidade da presença de ambos os genitores para o adequado desenvolvimento do filho. Têm-se atualmente, de forma responsável, a maioria dos juízes se socorrendo de laudos psicológicos e estudos sociais para tomarem alguma decisão referente à criança e ao adolescente. Foi esta percepção que fez surgir o conceito de filiação socioafetiva.

Com o surgimento do conceito de paternidade responsável, ocorreu o fortalecimento do “dever de cuidado”, como essência do Princípio da Afetividade. Também o reconhecimento dos danos decorrentes do abandono afetivo deu ensejo à penalização de quem busca se afastar do convívio com os filhos. Todas essas mudanças levaram à valorização dos vínculos familiares e permitiram a construção de um novo paradigma doutrinário, tendo por referencial o compromisso ético das relações afetivas.

É dessa forma que o cidadão pretende ver seus direitos respeitados, pois de nada adiantaria todos os princípios e normas citados, se na prática não houvesse a reparação devida pelo genitor após ter causado danos na vida do filho, por abandono afetivo. Ainda vale esclarecer que independe de o genitor manter em dia o pagamento de recursos materiais - como pensão alimentícia, pois dessa forma transformaria os filhos em um problema que pode ser resolvido apenas com o pagamento de alimentos, deixando de arcar com o papel que deveria exercer de criação e educação.

É evidente que o recebimento de um *quantum* indenizatório não compensa, de forma alguma, integralmente a dor da ausência e carinho de um pai, porém é uma forma pela qual o Judiciário encontra de amenizar o sofrimento da vítima, que foi negligenciada pela própria pessoa que a gerou e que em hipótese alguma poderia ter se posicionado desta maneira perante o filho.

Daí o enorme significado da decisão do Superior Tribunal de Justiça, que através do Recurso Especial nº 1.159.242/SP, pela vez primeira, reconheceu que a ausência de afeto gera dano que cabe ser indenizado. Trata-se do dano afetivo que pode ser mensurado economicamente.

É cristalino que o ideal seria que o dano fosse prevenido e que o ser humano entendesse a relevância do contato afetivo entre os membros da sua prole, de forma evitar a busca da reparação pela via jurídica. Porém, de certa forma, há que se visualizar a aplicação da indenização como meio de atribuir importância ao tema, e consagrar o respeito à problemática que envolve o dano emocional, que compromete toda a formação de um indivíduo.

Dessa forma, é preciso reconhecer que a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil para as ações de dano afetivo se faz essencial para uma tentativa de compensação pela falta de um dever que é inato ao ser humano, que é o dever de cuidado. Na ausência do direito à afetividade é que se vale da importância do Judiciário para se ter consagrado direito tão caro ao ser humano, o qual deveria permear sempre toda e qualquer relação entre pais e filhos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 10 jun 2017.

BOECHAT, Hideliza Lacerda Tinoco Cabral. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=596>> Acesso em: 15 abril 2017.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 19 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ministra Relatora Nancy Andrighi. DJe 13/02/2014. REsp 1.381.609. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em 14 jun 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº10515110030902001 MG. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294139335/apelacao-civel-ac-17611820078180140-pi-201200010014128> > Acesso em 14 jun 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.159.242-SP. Terceira Turma. Ministra Relatora Nancy Andrighi. . Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 14 jun 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Ação Indenizatória. Possibilidade. Dano Moral por Abandono Afetivo . EREsp 1159242 SP 2012/0107921-6. Relator: Marco Bozzi, da 2ª Seção Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 23 maio 2014. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunal de Justiça de SP. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 08 jun 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Dano moral. Inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito. STJ - REsp: 1152541 RS 2009/0157076-0, T3 - Terceira Turma. Relator: Sanseverino, Paulo de Tarso. Data de Publicação: DJe 21/09/2011. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1152541&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 08 jun 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual Civil. Ação de Investigação de paternidade. REExt 363.889/DF. Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno. 2 junho 2011. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20998282/recurso-extraordinario-re-363889-df-stf> > Acesso em: 07 jun 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello. DJe 16/08/2011. RE 477.554 AgR/MG. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 07 jun 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual Civil. Reconhecimento de união estável. Partilha. Direitos sucessórios da companheira. RG RE: 878694 MG - MINAS GERAIS 1037481-72.2009.8.13.0439, Relator: Barroso, Roberto. Publicado no DJ 19 maio 201. P. 92. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 07 jun 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processual Civil. Ação Indenizatória. Abandono Afetivo Apelação nº : 00009406220098190060. Relator: MARIO ASSIS GONCALVES, Terceira Câmara Cível. Data de Publicação: 16/07/2014. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/376434814/apelacao-apl-9406220098190060-rio-de-janeiro-sumidouro-vara-unica>> Acesso em: 07 jun 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processual Civil. Ação Indenizatória. Apelação nº : 70066828054 Relator: Relator: Pastl, Ricardo Moreira Lins, Oitava Câmara Cível. 15 dez 2015. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/268439636/apelacao-civel-ac-70066828054-rs> > Acesso em: 07 jun 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processual Civil. Ação Indenizatória. Abandono Afetivo. Apelação nº : 91077933020098260000. Relator: Fábio Podestá, 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado Data de Publicação: 01/07/2015. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204171037/apelacao-apl-91077933020098260000-sp-9107793-3020098260000> > Acesso em: 07 jun 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processual Civil. Ação Indenizatória. Apelação nº 361.389.4/2001. Relatora : Daise Fajardo, 7ª Câmara B de Direito Privado 17 dez 2008. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2755207/apelacao-com-revisao-cr-3613894200-sp/inteiro-teor-101088327>> Acesso em: 07 jun 2017.

CAROLINA, Anna. **Responsabilidade Civil nos Casos de Abandono Afetivo Parental**. 2013. 9 p. Artigo Científico (Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)- Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família: O Perfil Principiológico da Afetividade no Direito Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. 9 p. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia_pf> Acesso em: 07 jun 2017.

DEUS, Enézio de. **Família: para além do numerus clausus**. Disponível em: <http://espacojuridico.blogspot.com.br/2005/05/familia-para-alm-do-numerus-clausus_19.html> Acesso em: 08 jun 2017.

DIAS, Maria Berenice. **A Família Homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php?cat=&subcat=&termobusca=&ordem=&pagina=4#anc>> Acesso em: 08 jun 2017.

_____. (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.335-337.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O direito à felicidade**. 05 out. 2012 Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php?cat=&subcat=&termobusca=&ordem=&pagina=4#anc>> Acesso em: 08 jun 2017.

SALOMÃO, Luís Felipe. **STJ vai uniformizar jurisprudência sobre o abandono afetivo**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 08 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-08/luis-felipe-salomaostj-uniformizar-entendimento-abandono-efetivo#author>> Acesso em: 06 jun 2017.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade paternal**. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba, Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELLO, Celso de. Parte do voto, p. 40-41. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade – ADIN 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132/RJ, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Em 05. maio 2011, unânime. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>> Acesso em: 06 jun 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família - Uma Abordagem Psicanalítica**. São Paulo: DelRey.

ROSALIN JÚNIOR, Wilson Rodrigues. **A Afetividade no Elemento Jurídico: princípio, regra ou valor a desencadear relações jurídicas de direito**. 2014. 80 p. Artigo resultante do Projeto de Pesquisa destinado à Coordenadoria científica e de pós-graduação Núcleo de pesquisa da Faculdade de Direito do Sul de Minas (Graduando em Direito pela FDSM)- Direito, FDSM, MG, 2014. Disponível em: <<http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/7.pdf>> Acesso em: 07 jun 2017.

STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio e Simão, José Fernando. **Direito Civil**, vol. 5, 8.ed., Método, p. 22.

TARTUCE, Flávio. **2016: o ano da afetividade na jurisprudência superior brasileira**. 2017. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos>> Acesso em: 10 jun 2017.

_____. Texto do Ministro Salomão (STJ) sobre o Abandono Afetivo: STJ vai uniformizar jurisprudência sobre abandono afetivo. 2014. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822686/texto-do-ministro-salomao-stj-sobre-o-abandono-afetivo?ref=topic_feed> Acesso em: 06 jun 2017.