



**FACULDADE DE SINOP
CURSO DE DIREITO**

ALEXANDRE DE BARROS BIOLCHI

**DA (I) LICITUDE DO ABANDONO AFETIVO A LUZ DAS
ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS DO DIREITO AO DANO
MORAL**

**Sinop/MT
2021/2**

ALEXANDRE DE BARROS BIOLCHI

**DA INCIDÊNCIA DO DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO
PATERNO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Avaliadora do Departamento de Direito, da Faculdade de Sinop - FASIP, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Norton Maldonado Dias

ALEXANDRE DE BARROS BIOLCHI

**DA (I) LICITUDE DO ABANDONO AFETIVO A LUZ DAS
ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS DO DIREITO AO DANO
MORAL**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado à Banca Avaliadora do Curso de Direito - FASIP, Faculdade de Sinop como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____ de dezembro de 2021.

MS. NORTON MALDONADO DIAS

Professor Orientador
Departamento de Direito – FASIP

MS. HUMBERTO LANOT HOLSBACH

Professor(a) Avaliador(a)
Departamento de Direito - FASIP

MS. CRISTIANO PEIXOTO DUARTE

Professor(a) Avaliador(a)
Departamento de Direito - FASIP

GABRIEL APARECIDO ANIZIO CALDAS

Coordenador do Curso de Direito
FASIP – Faculdade de Sinop

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha querida mãe (Sayonara Goretti Biolchi - *in memorian*), a minha amada companheira Bruna Batista da Silva que carrega meu primeiro herdeiro, e aos meus familiares, que com muita paciência, dedicação e carinho, me apoiaram durante toda jornada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

- A minha mãe, que era minha professora de Direito particular.
- Ao meu Prof. Orientador.
- Aos demais professores do curso de Direito da Fasip
- A todos que direta e indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho e permitiram o enriquecimento de minha aprendizagem.

BIOLCHI, Alexandre de Barros. **Da (I) Licitude Do Abandono Afetivo A Luz Das Atualidades Jurisprudenciais Do Direito Ao Dano Moral** 2021. 64 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso – FASIP – Faculdade de Sinop, 2021.

RESUMO

O objetivo desse trabalho é estudar, aprofundar, demonstrar e concluir em quais hipóteses existe a reparação indenizatória por falta do abandono do pai para o filho. Isso será feito utilizando às referências bibliográficas atuais, os julgados juntamente com os entendimentos dos Tribunais. Os números de crianças que não possuem filiação do pai no Brasil são assustadores, segundo dados do censo escolar feito em 2013 pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, cerca de 5,5 milhões de crianças não possuem o nome do pai na certidão de nascimento, ficando apenas o nome da mãe no registro. O abandono afetivo é algo subjetivo e está ligado à responsabilidade civil que o genitor tem de estar junto ao seu descendente. O dano moral é conhecido pelo dano imaterial, que está relacionado à dignidade da pessoa humana, o dano que fere a alma. Com base nas atuais doutrinas e nos últimos julgados, esse estudo buscará concluir quando é cabível o dano moral por conta do abandono afetivo paterno/materno.

Palavras chaves: Abandono afetivo, dano moral, reparação.

BIOLCHI, Alexandre de Barros. **On The (I) Law Of Affective Abandonment In The Light Of Current Jurisprudence From The Right To Pain And Suffering** 2021. 64 leaves. Course Completion Paper – FASIP – Faculty of Sinop, 2021.

ABSTRACT

The objective of this work is to study, deepen, demonstrate and conclude in which hypotheses the indemnity reparation exists for the lack of abandonment from the father to the son. This will be done using the current bibliographic references, those judged together with the Courts' understandings. The numbers of children who do not have a father's parentage in Brazil are frightening, according to data from the school census carried out in 2013 by the CNJ - National Council of Justice, about 5.5 million children do not have the father's name on the birth certificate, leaving only the mother's name on the record. Affective abandonment is subjective and is linked to the civil responsibility that the parent has to be with their descendant. Moral damage is known as immaterial damage, which is related to the dignity of the human person, damage that hurts the soul. Based on current doctrines and the latest judgments, this study will seek to conclude when the moral damage due to paternal/maternal emotional abandonment is appropriate.

Key words: Affective abandonment, moral damage, reparation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DOS ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1 Contexto Histórico e Evolutivo da Responsabilidade Civil	11
1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	14
1.2.1 Requisitos para Responsabilidade Civil	14
1.3 Conceito, Classificação e Natureza Jurídica do Dano Moral	16
1.4 A Responsabilidade Civil e o Dano	19
1.5. O Dano Moral em Decorrência do Abandono Afetivo e sua Reparação.....	22
2.DA INCIDÊNCIA DO DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO PATERNO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	25
2.1 Evolução Histórica do Direito da Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro	25
2.2 Das Relações Paterno-Filial no Direito de Família.....	27
2.3 Do Poder Familiar	31
2.4 Princípios Concernentes ao Abandono Afetivo no Direito de Família	38
2.5 Diferença entre Filiação e Paternidade	38
2.6 A Importância da Relação entre Pais e Filhos	44
3.DA (I) LICITUDE DO ABANDONO AFETIVO A LUZ DAS ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS DO DIREITO AO DANO MORAL	46
3.1 Decisões que Reconheceram o Abandono Afetivo como Ato Ilícito Indenizável	46
3.2 Decisões que não Reconhecem a Possibilidade do Dano Moral pelo Abandono Afetivo Paterno.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

No mundo moderno tudo é muito rápido, a era da informação faz com que às pessoas percam tempo com o que não é preciso, e acabam esquecendo do tão precioso afeto.

É comum no tempo atuais, algumas relações amorosas serem instáveis e céleres, tendo como possível resultado a gravidez indesejável. O abandono afetivo paterno ocorre quando o pai, abandona suas obrigações afetivas para com o filho. O filho muitas vezes recebe a ausência do pai como punição do relacionamento fracassado.

O filho inocente, merece o afeto do seu pai para seu melhor desenvolvimento. Havendo a falta de afeto, o filho poderá sofrer danos psicológicos. O pai, deve ter maturidade para separar as coisas, não misturar sentimentos amorosos com o filho.

Caso haja a separação dos pais, os deveres dos pais aos filhos continuam, ou seja, os pais devem garantir a convivência familiar e comunitária, a educação, ao lazer, à saúde, à alimentação, e principalmente a dignidade e respeito.

No direito civil pátrio, utiliza-se o dano moral para que o causador do dano promova a reparação ao prejudicado, esse dano é imaterial, no problema em tela, o dano moral seria utilizado para reparar a dor psicológica (imaterial) causada pelo abandono afetivo.

No Brasil e no mundo, o abandono afetivo é corriqueiro, ocorre não só nas relações familiares, como também nas relações trabalhistas, relações amorosas e nas amizades, porém, a demais não tem o dever de ter afetividade. A falta de afeto é algo subjetivo, pois não pode e nem deve ser cobrado tal afetividade, tendo em vista que ninguém é obrigado a nada, a não ser por lei.

Desta forma, única coisa cabível e dependendo do caso, é a reparação por danos morais. Além de que seria complicado designar uma obrigação de fazer para que não ocorra o abandono afetivo.

O assunto é importante pois não há uma lei explícita a respeito desse direito, dessa forma, cabe aos julgadores utilizarem das doutrinas e dos entendimentos vigentes.

Dessa forma, o tema abordado nesse presente trabalho “Da incidência do dano moral pelo abandono afetivo paterno” é de grande relevância para o ordenamento jurídico atual e para a sociedade tendo em vista, ser muito comum na sociedade moderna e o entendimento do dano moral pelo abandono afetivo paterno sofreu e ainda sofrerá muitas mudanças.

O abandono afetivo dependendo das circunstâncias pode causar danos ao desenvolvimento da criança, e, portanto, deverá ser reparado. Muitas vezes a reparação pelo dano moral servirá para mostrar ao pai às consequências do abandono afetivo, mostrar o dano psicológico causado a ele ao seu filho.

Cabe destacar que o pai é importante para a vida do filho, a ausência de convívio com os pais muita das vezes traz para o filho rejeitado o sentimento de desprezo e esse sentimento será para sempre.

Os filhos com pais ausentes não entendem o que fizeram para tal rejeição. Diante disso, o seguinte trabalho tem como objetivo definir as hipóteses de incidência do dano moral por falta da afetividade paterna na família.

Portanto, o intuito desse trabalho é informar a sociedade e acrescentar ao debate jurídico os atuais posicionamentos dos tribunais, bem como trazer e concluir a posição doutrinária dos principais autores da área.

1. DOS ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é o instituto que gera a violação de direito ou bem de outro, tendo como partida uma norma jurídica legal ou contratual. Diante dessa conceituação, neste capítulo serão abordados conceitos preliminares à responsabilidade civil, bem como contexto histórico no Direito Civil Brasileiro e demais preceituações.

1.1 Contexto Histórico e Evolutivo da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil, é o dever que uma pessoa assume de cumprir o compactuado, seja ela de forma legal ou contratual. Desta forma, é sabido que tal conceito precisou ser normatizado para que as partes não sofressem prejuízo, porém, a responsabilização civil na prática, acontece desde os primórdios da humanidade.

Segundo Gonçalves (2021, p. 12)

Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”. (GONÇALVES, 2021, p. 12)

Caso a reação não fosse feita na hora, iria acontecer após, a mais pura forma primitiva do humano. Diante da lição de Gonçalves (2021), conclui-se que após um tempo, o prejudicado preferiu escolher receber vantagens econômicas ao invés de fazer justiça com as próprias mãos.

E com o passar do tempo, o legislador passou a vedar fazer justiça com as próprias mãos ao ponto de restar para o prejudicado somente a compensação econômica. (GONÇALVES, 2021)

A ideia de reparação mediante pagamento de valor certo, se fazia presente no Código de Hamurabi, que vigorou há quase dois mil anos antes de Cristo, também se fazia presente no Código de Manu, porém em ambos os códigos a lei trazia estreito relacionamento entre o dano e a reparação, não era possível a reparação em todos os casos (JÚNIOR, 2016).

A maior evolução ocorreu com a lei aquilia que origina a responsabilidade aquiliana, assim ensina o autor Carlos Roberto Gonçalves, que, de certa forma, traz algumas direções acerca de reparações de danos existentes nas relações de responsabilidade civil.

É na lei aquilia que norteou sobre “um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda “uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno”, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e “fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico. (GONÇALVES, 2021, p. 12)

Neste período em que a Lei de Aquilia vigorava, a jurisprudência romana chegou a entender que as propriedades do ser humano, além dos monetários, deverão ter uma proteção legal garantida pelo Estado.

Na vida humana, a noção de valor não consiste apenas em dinheiro, ao contrário existem, além do dinheiro, outros bens aos quais o homem civilizado atribui um valor e que devem ser protegidos pelo direito. (JUNIOR, 2016, p. 21)

Adiante, compreendeu-se a necessidade de distinguir entre delito público e privado, onde o público a compensação é direcionada aos cofres públicos e nos privados para a vítima, quando houve a diferenciação de “pena” e “reparação”. (GONÇALVES, 2021)

O direito francês, por sua vez, aperfeiçoou às ideias anteriores, criaram um princípio geral da responsabilidade civil e não estabeleceram mais em quais casos a composição era obrigatória. (GONÇALVES, 2021)

A criação do princípio geral moldou-se aos casos e influenciou a reparar a vítima mesmo que decorrente de um dano leve, dividiu as responsabilidades entre civil (perante a vítima) e penal (perante ao Estado). Desvincularam a culpa contratual (danos causados decorrentes ao descumprimento de uma obrigação) com crime ou delito e originou-se a negligência ou imprudência.

Sendo assim, a noção de culpa na responsabilidade civil é gerada pelo direito francês. (GONÇALVES, 2021)

O Código Criminal de 1830 tratava-se de um código misto, ou seja, abordava assuntos Direito Civil e também de Direito Penal e determinava que, para configurar a responsabilidade civil era necessário a condenação criminal que antecederesse ao fato julgado, onde posteriormente nasceu o princípio da independência da jurisdição civil e criminal.

Nos tempos atuais, revelou-se nova peça para a responsabilidade civil, a chamada teoria do risco, que cobre muitos fatos. Essa teoria traz a ideia de que se uma atividade for perigosa, o causador assume o risco e é obrigado a ressarcir os danos caso ocorra um acidente. (GONÇALVES, 2021)

Tal teoria também é estabelecida no art. 2.050 no Código Civil italiano, o qual determina que qualquer pessoa que causar dano a outrem no desempenho de uma atividade perigosa deverá ressarcir o outro pelos danos causados, exceto se provar que tomou todas as medidas adequadas para evitar o dano.

Aquele que emprega na atividade produtiva ou na vida privada meios que são fonte de perigo aceita com isso a eventualidade de ocasionar danos aos outros, deve por consequência assumir o risco de dever-lhe ressarcir também se não lhe tenha ocasionado por culpa. (WESENDONCL, 2011)

A teoria subjetiva consoante a combinação dos arts.186 e 927 do Código Civil determina que havendo ação ou omissão voluntária por meio de negligência e/ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que extrapatrimonial, comete ato ilícito e, portanto, conforme art. 927 deverá reparar. (GONÇALVES, 2021)

Dos Atos Ilícitos

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

Da Obrigação de Indenizar

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002)

Atualmente há às duas teorias de responsabilidade civil, a objetiva e a subjetiva. Enquanto a objetiva, a lei determina em quais casos o causador do dano deverá ressarcir independente de culpa.

1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Alguns doutrinadores entendem possuir três elementos enquanto alguns entendem possuir quatro elementos necessários para a responsabilidade civil. (TARTUCE, 2017)

Dessa forma, Gonçalves (2021, p. 22), entende ser necessário a presença de quatro elementos para a responsabilidade civil: “ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima”.

1.2.1 Requisitos para Responsabilidade Civil

Para que haja reconhecimento da responsabilidade civil em determinado caso, é necessário que vários requisitos sejam reconhecidos: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Desta forma, o autor Carlos Gonçalves traz alguns conceitos sobre cada requisito, iniciando então pela ação e omissão. Vejamos:

Ação ou omissão: qualquer pessoa que por ação ou omissão causar dano a outrem, pode se originar de ato próprio ou de ato de terceiros. Por ato próprio assim entende: “dentre outros, nos casos de calúnia, difamação e injúria; de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; de abuso de direito”. E por atos de terceiros entende: ocorre nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados e curatelados, ficando responsáveis pela reparação os pais, tutores e curadores. Também o empregador responde pelos atos de seus empregados. Os educadores, hoteleiros e estalajadeiros, pelos seus educandos e hóspedes. Os farmacêuticos, por seus prepostos. As pessoas jurídicas de direito privado, por seus empregados, e as de direito público, por seus agentes. E, ainda, aqueles que participam do produto de crime. (GONÇALVES, 2021, p. 22)

Em sequência, o autor leciona acerca da culpa ou dolo: o dolo está condicionado a imagem da ação ou omissão, enquanto a culpa está condicionada a negligência ou imprudência. Nas palavras de Gonçalves:

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. [...] para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa stricto sensu do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco. (GONÇALVES, 2021, p. 22)

A relação de causalidade também é objeto de reconhecimento de responsabilidade civil, pois ela é relação causa e efeito, vem tipificada no “causar” do art. 186 do Código Civil. Sem essa relação, não existe a obrigação de reparar.

A respeito do tema, assim leciona Gonçalves:

Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Se, *verbi gratia*, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele “causado” o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento. (GONÇALVES, 2021, p. 23)

A parte final que geralmente motiva que as partes busquem o judiciário, é o dano, pois é o resultado final pela soma de todos os fatores, ou seja, é a soma da ação ou omissão, mais a culpa ou dolo além da relação de causalidade, forma o possível dano. Assim, conclui Gonçalves (2021, p. 23): “O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido”.

Extraí-se da obra de Tartuce (2017, p. 431) que enquanto o autor Carlos Roberto Gonçalves entende necessário quatro elementos, a autora Maria Helena Diniz e o autor Sérgio Cavalieri Filho entendem possuir apenas três elementos.

Para a autora Maria Helena Diniz (Tartuce, 2017 *apud* Diniz, 2005) há três pressupostos para o agente causador ser obrigado a reparar o agente lesado:

Pressupostos para o agente causador: a) existência de uma ação, por ter feito ou deixar de ter feito, que se apresente como ato ilícito ou lícito; (b) resultado dano, moral ou patrimonial causado à vítima; relação entre a ação e o dano, chamado de nexo de causalidade entre o dano e a ação, onde constitui-se o fato gerador da responsabilidade. (TARTUCE, 2017 *apud* DINIZ, 2005)

Enquanto isso, Sérgio Cavalieri Filho, assim entende necessário para a configuração da responsabilidade civil: a) conduta culposa do agente; b) nexo causal; c) dano.

Assim como os pressupostos requisitos para a configuração da responsabilidade jurídica, necessário se faz a abordagem quanto aos conceitos e classificações da forma adotada pelo legislador, neste caso, o dano moral.

1.3 Conceito, Classificação e Natureza Jurídica do Dano Moral

Antes da Constituição Federal de 1988, a doutrina e a jurisprudência possuíam dificuldades de visualizar, determinar e quantificar o dano moral. Isso mudou após a Constituição Federal de 1988 entrar em vigor. (TARTUCE, 2017)

A Constituição Federal no art. 5º, X, determina:

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

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

O disposto no art. 1º da Constituição Federal aduz também acerca da dignidade humana, sendo tratado como fundamento das ações estatais. Vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

Com o advento da Constituição Federal, pacificou-se sobre a possibilidade do dano moral, que respingou a possibilidade em outros casos, como por exemplo no Direito do Trabalho e no Direito de Família. (TARTUCE, 2017) O dano moral é uma lesão aos direitos da personalidade.

Desta forma, os direitos da personalidade estão estabelecidos nos art. 11 a 21 do Código Civil.

Dos Direitos da Personalidade

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (BRASIL, 2002)

Utiliza-se o dano moral para a reparação, a reparação não tem como objetivo acréscimo patrimonial para a vítima, utilizar-se-á para compensar os danos vividos. Caso o dano moral, conseguisse atingir e restaurar o *status quo antes* causado pelo dano, a denominação correta seria ressarcimento e não reparação. Assim leciona Tartuce:

Para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. (TARTUCE, 2017, p. 489)

Apesar de ser pouco admissível, verifica-se que é possível além da prestação pecuniária o pagamento *in natura* para os danos extrapatrimoniais. Esse pagamento é o direito de resposta, ou seja, é o estabelecido na Lei nº 13.188 de 11 de novembro de 2015.

O art. 2º da referida lei explica:

Art. 2º Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação. (BRASIL, 2015))

O dano moral se classifica em dois: próprio e impróprio. Em sentido próprio é caracteriza pela dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. Já o outro, é caracterizado pela lesão aos direitos da personalidade, também chamado de dano moral *lato sensu* pois não necessita de provar o sofrimento para a sua caracterização. (TARTUCE, 2017)

Importante ressaltar, que não é necessário a dor, sofrimento, tristeza para a caracterização do dano moral, dessa forma explica Tartuce:

Deve ficar claro que para a caracterização do dano moral não há obrigatoriedade da presença desses sentimentos humanos negativos, conforme enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento” (Enunciado n. 445). Cite-se, a título de exemplo, o dano moral da pessoa jurídica que, por óbvio, não passa por tais situações (Súmula 227 do STJ). (TARTUCE, 2017, p. 490)

Para melhor compreensão acerca do dano moral pelo abandono afetivo paterno, é necessário entender a classificação do dano moral. Quanto à necessidade de prova ou não, o dano moral pode ser objetivo ou subjetivo. Entende-se como dano moral provado ou subjetivo, aquele que necessita ser provado. (TARTUCE, 2017)

Entende-se como dano moral objetivo ou presumido (*in re ipsa*), quando o dano por si só já caracterizar o ilícito, não precisando ser provado. Nos primórdios da Constituição

Federal de 1998, a regra era que o dano moral era presumido, ou seja, objetivo ou presumido (*in re ipsa*), contudo, diante das abusividades e exageros cometidos na prática, a doutrina e jurisprudência achou razoável tratar o dano moral presumido como exceção à regra.

Acerca do assunto, assim Gonçalves (2021, p. 152) trata a questão:

Do mesmo modo, não se incluem na esfera do dano moral certas situações que, embora desagradáveis, mostram-se necessárias ao desempenho de determinadas atividades, como, por exemplo, o exame de malas e bagagens de passageiros na alfândega. (GONÇALVES, 2021, p.152)

Dessa forma, verifica-se ultimamente um crescente no número dos danos morais presumidos, conforme assim acrescenta o autor:

A tendência jurisprudencial é de ampliar os casos envolvendo a desnecessidade de prova do dano moral, diante do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), um dos baluartes do Direito Civil Constitucional. De qualquer forma, para afastar o enriquecimento sem causa, dotando a responsabilidade civil de uma função social importante, segue-se o entendimento pelo qual se deve considerar como regra a necessidade de prova, presumindo-se o dano moral em alguns casos, como nos antes descritos. (TARTUCE, 2017, p. 492)

Quanto à pessoa atingida, o dano moral é classificado em duas: em dano moral direto e indireto (ou também chamado como dano moral em ricochete). Enquanto no dano moral direto, atinge-se a própria pessoa, no dano moral indireto a pessoa atingida é um terceiro. O autor Tartuce traz exemplos do dano moral indireto.

Como nos casos de morte de uma pessoa da família ou de perda de um objeto de estima (coisa com valor afetivo). Nos casos de lesão a outra pessoa, terão legitimidade para promover a ação indenizatória os lesados indiretos. Podem ser citados os casos de lesão aos direitos da personalidade do morto, como consta do art. 12, parágrafo único, do CC. (TARTUCE, 2017, p. 494)

Atualmente, há três correntes sobre a natureza jurídica dos danos morais. A primeira corrente, indica que os danos morais possuem caráter meramente reparatório/compensatório. Nas palavras de Tartuce (2017, p. 516): “Essa tese encontra-se superada na jurisprudência, pois a indenização deve ser encarada mais do que uma mera reparação. ”

A segunda corrente, por sua vez, entende que os danos morais possuem o caráter punitivo/disciplinador, tese amplamente utilizada nos Estados Unidos da América. Assim

Tartuce (2017, p. 516) detalha: “Essa corrente não vinha sendo bem aceita pela nossa jurisprudência, que identificava perigos na sua aplicação. Porém, nos últimos tempos, tem crescido o número de adeptos a essa teoria. ”

A terceira corrente é a corrente mais aceita, majoritária.

A indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e de um caráter pedagógico ou disciplinador acessório, visando a coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá se estiver acompanhado do principal. Essa tese tem prevalecido na jurisprudência nacional. (TARTUCE, (2017, p. 516)

Ou seja, o dano moral deverá atender tanto a finalidade de reparar quanto de disciplinar o agente. (TARTUCE, 2017)

Cabe ressaltar, que a função pedagógica (ou disciplinador acessório) seguirá sempre o pedido principal, que é reparar. Dessa forma, é incabível utilizar o dano moral somente com o caráter pedagógico, tendo em vista que ele é auxiliar da finalidade principal (de reparar. Diante das três teorias de natureza jurídica do dano moral, assim o autor Tartuce conclui que:

Contudo, deve ser feito o alerta que esse caráter disciplinador, pedagógico ou educativo (acessório) somente será possível quando cabível for a reparação (principal). Não há como atribuir à reparação moral uma natureza punitiva pura, eis que a última expressão utilizada no art. 927, caput, do CC é justamente a forma verbal da palavra reparação. A Constituição Federal, ao tratar do tema, também não utiliza o termo punição (art. 5.º, V e X). (TARTUCE, 2017, p517 e 518)

Importante trazer ao texto os conceitos de cada instituto, para que não haja dúvidas no que tange a responsabilidade civil. Porém, a seguir, será trazido ao texto a relação da responsabilidade civil e os danos.

1.4 A Responsabilidade Civil e o Dano

A responsabilidade civil se classifica em dois, em contratual e em extracontratual. Caso tratar-se de um dever instituído por obrigação civil será contratual enquanto será extracontratual se acontecer fora do contrato, esta também conhecida como responsabilidade aquiliana. (GONÇALVES, 2021)

Tal responsabilidade é a contratual, ocorre quando há desacordo ao art. 389 e seguintes do Código Civil.

Do Inadimplemento das Obrigações

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL, 2002)

Esse artigo acima disciplinará nas relações obrigações.

O que realmente é importante para nós é a responsabilidade civil extracontratual, aquela que deriva do art. 186 e seguintes do Código Civil:

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

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

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2002)

Juntamente com o art. 927 do Código Civil:

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

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

Como visto no parágrafo único anterior, em alguns casos a própria lei estabelece o que é chamado pela doutrina como responsabilidade objetiva, essa responsabilidade é aquela em que a lei estabelece que um sujeito é responsável pelos atos do outro, essa responsabilidade decorre principalmente do artigo 932 do Código Civil, contudo, não se limita a ele, vejamos o conteúdo.

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. (BRASIL, 2002)

Diante do exposto, assim afirma Carlos Roberto Gonçalves:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito. (GONÇALVES, 2021, p. 19)

Essa é a tese dualística, a majoritária, porém alguns autores acreditam que por seus efeitos e as condições serem as mesmas deve-se chamar de uma única responsabilidade, esta é chamada de responsabilidade unitária ou monista. As condições serão para ambas a seguinte: o dano, o ato ilícito, e a causalidade. (GONÇALVES, 2021)

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a maior diferença entre as duas está justamente no ônus da prova, na contratual, o devedor só eximirá da obrigação se ele provar alguma das excludentes admitidas na lei, culpa exclusiva da vítima (quando a culpa é totalmente da vítima), força maior ou caso fortuito (casos em que ocorre um fato que ultrapassa o poder de controle do homem, que aconteceria se fosse até mesmo outro dono). Já na responsabilidade extracontratual, o ônus da prova é de quem alega, ou seja, de forma geral, a vítima deve provar que o dano foi causado pelo acusado.

A diferença entre a responsabilidade subjetiva para a objetiva é que a subjetiva será passível de indenização mediante comprovação de dolo ou culpa do causador, enquanto em outro Norte, a objetiva não se discute se houve dolo ou culpa, verificando-se apenas a causalidade entre o resultado e ação.

Acerca da responsabilidade subjetiva assim leciona o autor:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2021, p. 21)

O mesmo autor assim leciona sobre a responsabilidade objetiva: Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente a prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano. Dessa forma, percebe-se que para o nosso tema, trata-se de uma responsabilidade civil objetiva, pois como visto, é dever do poder familiar.

1.5. O Dano Moral em Decorrência do Abandono Afetivo e sua Reparação

Conforme às lições de Cardin (2017, p. 16) *apud* Fisher (1938, p. 7), “o dano moral é todo o prejuízo que alguém sofre na sua alma”. Conforme explicado anteriormente, para o direito civil, a reparação também deve ocorrer nos casos de dano extrapatrimonial, decorrentes de danos ao direito individual de cada um – dignidade – e do dano decorrente da omissão do dever.

Diante do teor do art. 227 da Constituição Federal, extrai-se que é direito da criança à dignidade e dever dos pais família e direito do filho a convivência familiar e comunitária, vejamos o teor desse artigo:

Art. 227. É **dever** da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988) [grifo nosso]

Juntamente com o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069):

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. (BRASIL, 1990)

Na mesma linha, o direito também está positivado no Direito Civil:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002)

Porém, como tal possibilidade do dano moral em decorrência o abandono afetivo não está explícita, utiliza-se então como fonte do direito às leis implícitas que garantem os deveres dos pais pelo poder familiar e os direitos inerentes a personalidade da criança, além de utilizar as doutrinas que propõem uma interpretação a respeito de um tema.

A primeira divergência trata-se da questão terminológica, alguns tratam o dano citado em dano moral e outros tratam como dano extrapatrimonial, pois nem todo dano tem como premissa a moral, antes mesmo da Constituição Federal de 1988 já haviam outros artigos no Código Civil de 1916) que estabeleciam a reparação de danos extrapatrimoniais.

A súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, que permite a cumulação de danos materiais e morais (extrapatrimoniais) está em vigor desde de março de 1992.

Súmula 37 - São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. (STJ, 1992)

Desta forma, percebe-se que a questão é apenas terminológica, tendo em vista que há muito tempo é possível afirmar com base nas legislações esparsas a reparação do dano extrapatrimonial.

Conquanto utilizar-se-á às diversas doutrinas para resolver o conflito, não existe pacifismo nelas, ou seja, ainda possui conflitos diante de tal matéria. Portanto, verifica-se que alguns autores como por exemplo a Maria Berenice Dias, é adepta a esse entendimento que a indenização é cabível enquanto por exemplo o autor Carlos Roberto Gonçalves, se opõe a essas ideias. Assim se posiciona Maria Berenice Dias (2021) sobre a incidência do dano moral por falta de afeto:

A possibilidade de reparação por danos, por meio da responsabilidade civil, se dá pelo descumprimento do dever objetivo de cuidado, expresso na Constituição da República, no Código Civil e no ECA. [...] no dizer de Rodrigo da Cunha Pereira, que foi quem primeiro levou o tema à justiça, o abandono parental deve ser entendido como uma **lesão extrapatrimonial – um interesse jurídico tutelado**, causada por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder familiar (CC 1.634), o que configura um **ilícito**: fato gerador de obrigação indenizatória para as funções parentais. (DIAS, 2021, p. 404)

De outro lado, assim posiciona-se Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 167) sobre a impossibilidade do dano moral por falta de afeto:

Não basta pagar a pensão alimentícia e fornecer os meios de subsistência dos filhos. Queixam-se estes do descaso, da indiferença e da rejeição dos pais, tendo alguns obtido o reconhecimento judicial do direito à indenização como compensação pelos danos morais, ao fundamento de que a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, devendo o descaso entre pais e filhos ser punido severamente por constituir abandono moral grave. (Gonçalves, 2021, p. 167)

Além dos dois autores, conforme site IBDFAM, há vários outros autores que são adeptos e há vários outros que não são. Para o site, os autores, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Giselda Hironaka, Bernardo Castelo Branco, Rui Stoco, Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Cláudia da Silva e Claudete Carvalho Canezin se mostram favoráveis, enquanto os autores Renan Kfuri Lopes, Danielle Alheiros Diniz, Lizete Schuh, se mostram desfavoráveis da admissibilidade do pai ser condenado em danos morais pelo abandono afetivo paterno.

2. DA INCIDÊNCIA DO DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO PATERNO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A reparação de danos morais motivado pelo abandono afetivo, é um assunto em pauta nas grandes mesas, instando destacar que tal dever não deverá ser confundido com provisão de sustento dos vulneráveis. Ou seja, tal dano é relativo ao descumprimento do dever de cuidado que os genitores deverão ter com seus filhos.

Desta forma, neste capítulo, serão abordados temas que envolvem essa atmosfera, trazendo ao conhecimento, as relações familiares perante as normas jurídicas.

2.1 Evolução Histórica do Direito da Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No direito romano, o pai era autoridade familiar, esse modo de família ficou conhecido como *pater familias*, nele o pai podia vender, impor castigos, impor penas e tirar a vida dos membros da sua família, a mulher e os filhos eram totalmente subordinados a vontade do pai. (GONÇALVES, 2021)

Já no direito civil brasileiro, o código civil de 1916 trazia estreita e discriminatória visão de família, vinculando-a ao casamento. No casamento não era possível a dissolução e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos que fossem gerados sem os pais serem casados (chamado filhos ilegítimos), essas discriminações serviam para forçar a família ao casamento. (DIAS, 2021)

Seguindo ainda a linha de pensamento de Berenice Dias (2021), a evolução que a família teve acabou coibindo a legislação. O Estatuto da Mulher casada (Lei 4.121/1962) trouxe às mulheres a plena capacidade civil, além de poder ter a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho.

Ainda segundo o tema, Maria Berenice Dias ensina: “A instituição do divórcio (EC nº 09/1977 e Lei nº 6.515/1977) acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada” (DIAS, 2021, p.41).

Deste modo, autor ainda afirma que:

A Constituição da República de 1988, conseguiu em um único dispositivo, evoluir e atravessar muitos anos de hipocrisia e preconceito, pois nesse dispositivo, instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e expandiu o conceito de família, passou a proteger de forma igualitária todos os membros da família, criou a união estável entre o homem e a mulher, criou a família mono parental, aquela formada por pai e descendente, consagrou ainda a igualdade dos filhos de fora, adotivos ou de dentro do casamento. (DIAS, 2021, p. 49, *apud* VELOSO, 2016, p. 3)

Tais mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988 juntamente com as mudanças sociais levaram à aprovação do Código Civil de 2002, onde este trouxe novidades onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica. (GONÇALVES, 2021).

Contudo, a autora Maria Berenice Dias entende que o Código Civil já veio ao mundo jurídico velho.

O Código Civil atual, pelo tempo que tramitou e pelas modificações profundas que sofreu, já nasceu velho. Procurou atualizar os aspectos essenciais do Direito das Famílias, mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados: operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional. (DIAS, 2021, p. 47)

Seguindo a mesma linha de pensamento, a autora, acredita que talvez o ganho que o Código Civil de 2002 trouxe foi a exclusão de algumas expressões e alguns conceitos que estavam desatualizados e que ainda causavam mal-estar, por estar fora da realidade social, como por exemplo, as letras de lei que traziam as desigualdades entre o homem e a mulher, às qualificações aos filhos fora do casamento e o regime dotal (DIAS, 2021)

O vigente Código Civil trouxe também a possibilidade de a dissolução ser feita na via extrajudicial, acabando com a exclusividade de ser resolvida somente pela via Judiciária. (DIAS, 2021)

2.2 Das Relações Paterno-Filial no Direito de Família

Apesar da dificuldade de definir o conceito de família, o doutrinador Paulo Nader (2016, p. 40) define família como “uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum”.

Ainda conforme o autor Paulo Nader (2016), a problemática de definição de família está na constante evolução dos costumes, desta forma é difícil uma letra de lei conceituar família.

Tal conceituação sofre mudanças para acompanhar a evolução dos costumes, em 05 de maio de 2011, tal matéria foi alvo de discussão no Supremo Tribunal Federal - STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132, onde um casal homoafetivo ajuizou ação pugnando ao Supremo Tribunal Federal que fosse reconhecida a união estável, visando ser considerados como entidade familiar.

De outro lado, no código civil, mais precisamente no art. 1.723, estabelece em sua letra de lei, que:

Art. 1.723 - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002)

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal frente o conflito de costume/evolução x letra de lei, decidiu por adotar o entendimento de que o grifado no paragrafo anterior (o homem e a mulher) não é requisito indispensável para a união estável. Pois conforme art. 3 da Constituição Federal é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Desta forma, nas lições de Maria Berenice Dias.

O fato é que a família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. (DIAS, 2021, p. 52) [grifo nosso]

Ainda sobre o entendimento da autora acerca do tema, o entendimento aplicado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 encontra-se com maior exatidão, tendo em vista que conforme lição de Dias (2021, p. 48) *apud* Hironaka (2016, p. 54): “Não parece ser possível afirmar o que a família “é”, na acepção sociológica do termo, já que nessa perspectiva as famílias sempre foram um “vir a ser”.

Desta forma, diante das lições de Dias (2021), acrescenta que dizer que família é tal termo, é limitar a lei a uma impossibilidade de fatos sociais intrínsecos a família.

O problema surge pela obviedade de que conceituar significa limitar fenômenos pela convenção de padrões, que nem sempre estão ligados apenas à convenção da maioria, senão a dos que * detêm o poder, enquanto argumento de autoridade. (DIAS 2021, p 48 *apud* HIRONAKA 2016, p. 54)

Em tempos remotos, quando a sociedade somente aceitava como família os laços criados pelo sagrado matrimônio, a lei regulamentava somente o casamento, as relações de filiação e parentesco, como na época já existia vários outros vínculos afetivos – chamadas relações extramatrimoniais/ união estável – utilizou-se da jurisprudência para oficializar essas relações, o que depois veio sendo regulamentado pela Constituição Federal como entidade familiar. (DIAS, 2021).

Comparando a evolução legislativa sobre família, conclui-se que o conceito de família teve uma grande evolução com a vinda da Constituição Federal da República de 1988, tendo em vista que antes da nova constituinte, utilizava-se o conceito do ultrapassado Código Civil de 1916, contendo a desigualdade entre homem e mulher, desigualdade entre os filhos de dentro e fora do casamento, havia marginalizações sobre o concubinato (equivalente à união estável) e além de que no concubinato, utilizava-se o Direito das Obrigações para resolver os problemas envolvidos, pois entendi que o concubinato era uma sociedade de fato.

Com a promulgação da Constituição Federal, perdeu-se o engessado conceito de família, sendo possível a união estável, família monoparental, tudo porque o vínculo de matrimônio deixou de ser o fundamento de família legítima. (MADALENO, 2020)

Conforme Pereira (2017) para efeitos sucessórios, também se compreende como família os parentes em linha reta, estendendo-se aos colaterais até o quarto grau, conforme art. 1.592 do Código Civil. No entendimento do autor, “tudo que representa a família é universalmente considerada a “célula social por excelência”, conceito que, de tanto se repetir, não se lhe aponta mais a autoria” (Pereira, 2017, p 50).

Diante do exposto, conclui-se que a família está evoluindo juntamente com a sociedade, portanto a doutrina entende que independe do sexo, o é necessário se ter afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.

A natureza jurídica revela a importância do Direito de Família, inserida tanto no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto na Constituição Federal, o Direito de Família tem em sua maior parte direito privado. Contudo, há de observar às normas imperativas que assolam o mesmo direito. Tais normas imperativas, são normas que impõem limites às pessoas, independente da vontade das partes, daí surge o perfil de direito público, direito de ordem pública, por tutelarem o interesse geral.

A tendência em afirmar que o Direito das Famílias pende mais ao direito público do que ao direito privado decorre da equivocada ideia de que se deve tutelar, ou favorecer, as entidades familiares mais do que os seus integrantes. Pois, que não há nada mais privado e mais humano do que a Família, tendo em vista que é ali onde o homem nasce, ama, sofre e morre. (DIAS, 2021)

A Constituição Federal de 1988, trouxe consigo um capítulo exclusivo ao direito de família, no Título VIII (DA ORDEM SOCIAL) um Capítulo exclusivo ao direito de família, o Capítulo VII.

Neste capítulo observa-se a proteção Estatal que a família tem, vejamos os principais artigos referentes ao tema:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

A autora Maria Berenice Dias entende que:

Levando em conta as particularíssimas características do Direito das Famílias, imperioso considerá-lo como um microssistema jurídico, a merecer tratamento legal autônomo, um Código apartado da codificação civil. Vem progredindo a inovadora ideia de a ciência da família ser disciplina interdisciplinar autônoma, na procura de analisar e explicar, se possível de forma plena, dimensões da vida familiar conjunta, e possivelmente encontrar regularidades na conexão entre família e sociedade. Atento a essa tendência é que o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM elaborou o Estatuto das Famílias, projeto de lei que tramita no Senado Federal. (DIAS, 2021, p. 50)

Conforme o site oficial do referido instituto (o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM), o Estatuto das Famílias citado é o projeto lei nº 2.285/2007, que:

[...]pretende retirar o "direito das famílias" do âmbito do Código Civil, criando uma lei totalmente autônoma no plano material e processual para regulamentar as relações de família. Nesse sentido, quer revogar totalmente o Livro IV- Do Direito de Família, do Código Civil, e também alguns dispositivos do Código de Processo Civil, a atual Lei de Alimentos (Lei 5.478/68), a Lei de Divórcio (Lei 6.515/77) e a Lei de Investigação de Paternidade de filhos havidos fora do casamento (Lei 8.560/92), e ainda os artigos 70 a 76 da Lei de Registros Públicos. (BRASIL, 2007)

Conforme ainda sobre o mencionado site, ajudaram a elaborar o projeto lei os seguintes juristas: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lobo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Rosana Fachin.

Conforme o sitio eletrônico oficial da Câmara dos Deputados, o projeto de lei dito anteriormente (nº 2.285/2007), encorpou em 17/12/2007 o projeto de lei nº 674/2007, que atualmente está arquivado. Ademais, verifica-se que há muita proteção no Direito de Família, mas não exagerada, pois a família é à base da sociedade e para que haja a constante evolução da sociedade é necessária a devida proteção para a Família.

Acerca da proteção conforme Maria Berenice Dias

A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de Direito Civil e, diante do texto

constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da Constituição. [...] Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. (DIAS, 2021, p. 51)

Ainda sobre o tema, a autora leciona que essa proteção é uma característica do estado social, que intervém na vida privada afim de proteger o cidadão, postura dispensável em um estado liberal que prioriza a liberdade individual acima de tudo. (DIAS, 2021). Dessa forma, a Constituição Federal trouxe a universalização e a humanização do Direito das Famílias.

2.3 Do Poder Familiar

O poder familiar consiste nos deveres e obrigações dos genitores ou responsáveis, em exercer de forma igualitária entre ambos os pais, garantindo que o menor tenha seus interesses preservados.

Portanto, assim como leciona o autor Pereira (2017), esse direito que o pai de família (pater famílias) possuía só foi modificado a partir do século II, quando substituíram a *potestas* (poder) pela piedade. Essa submissão da família para com o pai era vitalícia.

No direito germânico, os pais também poderiam expor e vender os filhos, porém a maior diferença para o direito romano é que o pai e a mãe tinham como dever educarem o filho, além de que esse direito do poder família se destituía com a capacidade do filho. (PEREIRA, 2017)

O Código Civil de 1916, em seu texto primitivo, definia que o poder familiar era exercido pelo pai, e na ausência do pai, a mulher exercia. O direito brasileiro evoluiu muito após a aprovação da Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), pois nessa lei trouxe ao ordenamento jurídico a colaboração da mulher, isto é, o pai ainda era responsável pelo pátrio poder, contudo, deveria exercer com a colaboração da mulher. (PEREIRA, 2017)

A Constituição Federal veio para mudar os ensinamentos e ditar às novas regras que norteiam à família. Trouxe inovações trazendo os deveres dos pais para com os filhos, e a proteção e assistencial estatal para às crianças, vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

O Estatuto da Criança e do Adolescente por sua vez, trouxe alterações importantes nas relações familiares, ele alterou o sentido de dominação para proteção, com isso, trouxe mudou-se também a característica de direito de dominação para obrigação e dever de cuidar/proteger, conforme artigos, 19, 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Art. 19. 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.

Art. 21. O ~~pátrio poder~~ poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (o artigo manteve sua originalidade, o “pátrio poder” foi substituído para “poder familiar” pela lei nº 12.010/2009)

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.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, 1990)

O descumprimento desses deveres caracteriza-se como multa, multa estabelecida pelo art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejamos:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (BRASIL, 1990)

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente ao estabelecer o princípio da proteção integral, trouxe formas para garantir esse dever dos pais para com o filho, ou seja, as aplicações das multas decorrem da quebra do dever. (DIAS, 2021)

Atualmente, tanto a Constituição Federal (no §5º do art. 226) quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 21) estabelecem a equidade entre o pai e a mãe:

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.”
 Art. 21. O pátrio poder poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1990)

Tal equidade foi alvo de debate no Recurso Especial no Tribunal do Rio de Janeiro.

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI QUE BATIZA O FILHO SEM O CONHECIMENTO DA MÃE. AUSÊNCIA DE RELACIONAMENTO AMISTOSO ENTRE OS PAIS. IRRELEVÂNCIA. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. - Hipótese em que a recorrente (mãe) ajuizou ação de compensação por danos morais, em face do recorrido (pai), porque este batizou o filho sem a presença da mãe, que somente obteve conhecimento desta cerimônia religiosa após sete meses da sua realização. - Mesmo considerando que os pais são separados judicialmente e que não possuem, entre si, relacionamento amistoso, as responsabilidades sobre os filhos menores devem ser igualmente repartidas. Não há como atribuir essas responsabilidades em favor de um dos pais, em detrimento do outro. - A fragilidade E a fluidez dos relacionamentos entre os pais não devem perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança. - Destarte, o recorrido, ao subtrair da recorrente o direito de presenciar a celebração de batismo do filho que tiveram em comum, cometeu ato ilícito, ocasionando danos morais à mãe, nos termos do art. 186 do CC/02.
 RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. Resp 1117793 / RJ

Esse recurso chegou ao STJ porque o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou improcedente a ação de compensação por danos morais, a recorrente/autora, narra que foi casada com o recorrido/réu, tiveram um filho e que posteriormente separaram-se, contudo, o recorrido batizou a criança sem a presença da mãe, para isto o pai alterou o dia de ver a criança para conseguir batiza-la, a mãe só ficou sabendo após 7 (sete) meses após o batizado. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entendeu tratar-se de mero aborrecimento,

pois segundo os fatos, o réu e autora não tinham boa relação e que eles chegaram até a comunicar-se por telegramas, além disso, o dano moral não merecia prosperar tendo em vista que a mãe também é católica.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, entendeu que: “trata-se de celebração de batismo, ato único e significativo na vida da criança e, sempre que possível, deve ser realizado na presença de ambos os pais.” (REsp nº 1.117.793)

O direito de família evoluiu muito para chegar ao conceito de hoje. O poder familiar está previsto no Capítulo V, Seção I do Código Civil, o art. 1.630 estabelece que os filhos estão sujeitos ao poder familiar e que esse poder se cessa com a maioridade. Entre tanto, se os pais forem falecidos ou desconhecidos, os filhos menores de 18 (dezoito) anos ficarão sob tutela, conforme art. 1.728 do Código Civil.

Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela:

I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes;

II - em caso de os pais decaírem do poder familiar. (BRASIL, 2002)

Já para o filho maior, todavia incapaz, estará sujeito a curatela, diante do exposto pelo art. 1.775 do Código Civil:

Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.

§1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.

§ 3º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador. (BRASIL, 2002)

A curatela poderá ser compartilhada a mais de uma pessoa, consoante ao art. 1.775-A do Código Civil: “Art. 1.775-A. Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa.” Esse poder serve para que os pais com maior plenitude dos atos possam escolher pelos seus filhos o melhor para o desenvolvimento da criança.

Conforme o ensinamento de Dias (2021, p. 306): “O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, independentemente de ser paternidade natural, filiação legal ou socioafetiva. Essas obrigações são personalíssimas.”

O artigo 245 do Código Penal trata acerca da configuração de crime, a entrega do filho a pessoa inidônea. Vejamos:

Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984)
Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (BRASIL, 1940)

Conforme dito anteriormente, conforme o disposto no art. 1.631 do Código Civil, durante o casamento ou em união estável, o poder familiar compete à ambos os pais, contudo, na falta de um ou se um seja impedido, o poder será exclusivo do outro, desta forma caso o filho não seja reconhecido pelo pai, o poder será exclusivamente da mãe.

Além de direitos, os pais também possuem deveres, deveres estabelecidos no art. 1.634 do Código Civil:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - Dirigir-lhes a criação e a educação;
- II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos dos art. 1.584;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002)

Os pais possuem responsabilidade civil objetiva pelos danos causados pelos filhos incapazes, conforme o disposto no art. 932 e 933 do Código Civil

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

- I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (BRASIL, 2002)

Acerca da responsabilidade civil acima, assim leciona Pereira:

[...] a responsabilidade dos genitores se os filhos estiverem residindo fora ou “vagabundeando” sem que ocorra uma razão jurídica que elimine a guarda dos pais. Estando o filho juridicamente na companhia de outrem, não obriga o pai a responder pelos danos que causa. “Não prevalecerá, portanto, a responsabilidade se o filho estiver confiado a um terceiro, por medida de assistência educativa, ou em férias com os avós. Se o filho está internado em estabelecimento de ensino, vigora a responsabilidade do educandário (vide art. 932, IV, CC) ”. Em relação à Tutela e à Curatela, o mesmo autor apresenta algumas ponderações significativas. Sendo a Tutela temporária, a apuração da 515 responsabilidade depende da verificação se o fato danoso ocorreu durante o período da Tutela. O mesmo se verifica em relação à Curatela, que tem seu início demarcado por uma decisão judicial e por um termo de compromisso. Sugere inclusive que o juiz deva examinar com mais benignidade a responsabilidade do tutor e do curador pelos ilícitos do pupilo ou curatelado, bem como a sua extensão. (PEREIRA, 2017, p. 516)

Sobre a responsabilidade civil do tutor e do curador para o pupilo e o curatelado, assim ensina (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 255)

O tutor e o curador respondem objetivamente pelos danos causados pelos pupilos e curatelados que se encontrem sob sua autoridade e em sua companhia, a exemplo da responsabilidade atribuída aos pais pelos atos dos filhos. (TERRA, *et al.*, 2021, p. 255)

Acerca do tema, a doutrina sustentava a possibilidade da diminuição da responsabilidade dos curadores e tutores para os danos causados pelos curatelados e pelos pupilos. Tal diminuição se daria porque os curadores e tutores, muitas das vezes se dão sem qualquer rendimento, tendo em vista que o curador e tutor são determinados pelo *múnus público* (obrigação derivada do poder público) e não por pelo vínculo paterno-filial. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021). Contudo, deve-se observar que a norma tem como objetivo ressarcir o dano causado por um menor.

O poder familiar pode ser extinto ou suspenso e ainda perdida. Por se tratar de um dever *múnus público* (dever derivado do poder público), cabe ao Estado o dever de fiscalização. (CARDIN, 2012). Deste modo, a extinção do poder familiar pode ser dada na forma do art. 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (BRASIL, 2002)

Para melhor elucidação do artigo anterior, o disposto no art. 1.638 do Código Civil exemplifica as ações que poderão motivar a extinção do poder familiar. Vejamos:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.
(BRASIL, 2002)

Conforme Cardin (2012), essa extinção ocorre *ipso iure*, ou seja, de forma automática, sem intervenção de requerimento das partes.

A teor do art. 1.637 do Código Civil, extrai-se que caso o pai, ou a mãe, abuse da sua autoridade mediante a quebra dos deveres inerentes a eles, ou arruíne os bens dos filhos, pode ser que ocorra a suspensão do poder familiar, a depender do juiz, pois ele decidirá conforme o interesse melhor para a criança.

Já a sanção mais grave que pode ser aplicada ao poder familiar é a perda do poder familiar, porque conforme ensinamento de Dias.

O intuito não é punitivo. Visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar. (DIAS 2021, p. 315)

A maior diferença entre perda e extinção é que a perda é uma condenação ao pai mediante uma decisão judicial, enquanto a extinção ocorre diante das incidências do art. 1.635 do Código Civil. Caso ocorra a suspensão, na mesma ação deverá ocorrer a nomeação do curador ao menor.

Vale destaque, que a falta de recursos materiais não gera perda ou suspensão do poder familiar, ou seja, o simples fato de faltar alimentos não é cabível a perda ou suspensão do poder familiar. E caso haja a perda ou suspensão do poder familiar não cancela a obrigação dos pais na prestação alimentar (DIAS, 2021)

Alguns doutrinadores entendem não caber o dano moral pelo abandono afetivo porque a lei já determina qual será a sanção administrativa para quem faltou com suas responsabilidades familiares.

2.4 Princípios Concernentes ao Abandono Afetivo no Direito de Família

Conforme a Constituição Federal, é fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, portanto tal princípio não poderia ficar de fora, pois por se tratar de questão constitucional deve ser levado em consideração em qualquer situação possível.

Deste modo, o autor Tartuce (2019, p. 30): “Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família.”. Na mesma linha de pensamento Madaleno leciona:

Quando cuida do Direito de Família, a Carta Federal consigna no artigo 226, § 7º, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Já no artigo 227, prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental. (MADALENO, 2020, p. 121) [grifo nosso]

Também conhecido como macrop princípio, à dignidade da pessoa humana é o maior e o mais universal de todos os outros, esse princípio basilar não é só um limite para o Estado como também uma garantia e que a partir dele, o Estado, deve garantir aos cidadãos o mínimo existencial para cada ser humano. (DIAS, 2021)

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, tal princípio está positivado no art. 227, § 6º da Constituição Federal e determina que todos os filhos estão em pé de igualdade, independente de ser fruto da relação do casamento ou não ou ainda que seja adotado, terão os mesmos direitos e qualificações. (GONÇALVES, 2021)

Esse princípio veda às distinções que eram feitas no Código Civil anterior, ou seja, é vedada a utilização de distinções entre filhos legítimos, naturais e adotivos.

2.5 Diferença entre Filiação e Paternidade

Conforme o exposto anteriormente, no antigo Código Civil de 1916, os filhos nascidos fora do casamento tinham qualificação diferente dos nascidos dentro do casamento, contudo observados os princípios da igualdade entre os filhos juntamente com o novo conceito de família isso mudou.

Ainda sobre as mudanças entre os códigos civis, assim leciona Paulo Nader:

Anteriormente, dado o grande interesse em valorizar o casamento, protegendo-o contra fatos que pudessem abalá-lo, impedia-se a ação de investigação de paternidade em face de pessoa casada. A injustiça era patente. Considerava-se relevante o casamento, ao mesmo tempo em que se condenava ao desamparo o ser inocente, humilhado ainda por não ostentar o nome paterno. (NADER, 2016, p. 454)

No atual entendimento de filiação, não existe mais distinções sobre os filhos, sendo todos considerados filhos em pé de igualdade. (NADER, 2016). Além disso, essa distinção é vedada conforme art. 227, §6º da Constituição Federal.

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

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

A doutrina distingue em três os critérios de paternidade, sendo a biológica, a jurídica e a socioafetiva. A biológica são os que derivam pela natureza, pai e mãe são as pessoas que fecundaram o embrião. Conforme Nader ocorre a fecundação natural quando:

O sêmen masculino se une ao óvulo, fertilizando-o. Diz-se que a fecundação é natural, quando o processo de fertilização ocorre no aparelho reprodutor feminino, mediante cópula. A inseminação consiste na colocação do sêmen no corpo da mulher. (NADER 2016, p. 455)

Na fecundação natural, o legislador preferiu adotar algumas regras de presunções de paternidade, vejamos:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)

Essa presunção tinha maior relevância no passado, onde não existia meio seguro para definir a maternidade. Por ser presunção, prova em contrário elimina a presunção, ou seja, essas presunções são eliminadas caso haja exame de DNA (Ácido Desoxirribonucleico) que caracterize o contrário. (NADER, 2016)

Uma família não necessariamente precisar ser constituída por um homem e uma mulher, um pai e uma mãe. Apesar dos casais homoafetivos não possuírem capacidade reprodutiva é possível esses casais constituírem família.

Conforme Maria Berenice Dias (2021, p. 233) constitui-se a chamada família homoparental quando:

O genitor que ficou com a guarda dos filhos assume sua orientação homossexual. Ele e o **companheiro** passam a exercer de forma conjunta as funções parentais. Inquestionável que a convivência gera a **posse do estado de filho**: vínculo de afinidade e afetividade, requisitos para o reconhecimento da **filiação socioafetiva**. Aliás, este é o fundamento da chamada **adoção unilateral** (ECA 41§1.º) e uma das hipóteses que dispensa o cadastramento do adotante (ECA 50 § 13 I). Não pode ser diferente, sob pena de não se poder cobrar **responsabilidades** nem fazer valer quaisquer **direitos** com relação a quem, de fato, também exerce o poder familiar.

A partir de decisões judiciais, homossexuais e casais homoafetivos são inscritos no Cadastro Nacional da **Adoção**, e adotam filhos.

É cada vez mais comum homossexuais fazerem uso das técnicas de **reprodução assistida**. Nesta hipótese, mais uma pessoa participa do processo procriativo, seja fornecendo material genético, seja cedendo o útero, na gestação por substituição. Chamada popularmente de **barriga de aluguel**, é uma expressão tida por politicamente incorreta. A proibição de pagamento é para lá de injustificável, até porque os médicos e as clínicas de fertilização são remunerados.

O Conselho Federal de Medicina expressamente autoriza o uso das técnicas de reprodução assistida aos casais homoafetivos. Como a decisão de ter filhos é do casal, é necessário assegurar, quer aos gays, quer às lésbicas, o direito de proceder ao **registro dos filhos** no nome de ambos. Provimento do CNJ regulamenta o registro de nascimento dos filhos gerados por reprodução assistida, diretamente junto ao Cartório de Registro Civil, sem a necessidade de ser proposta ação judicial. No entanto, é necessário que a fertilização tenha sido levada a efeito por clínica especializada, devendo a participante autorizar que o registro não seja feito em nome de quem consta na Declaração de Nascido Vivo – DNV.

No entanto, não se pode desconhecer que inúmeras vezes – até por questões de ordem econômica – as inseminações são levadas a efeito pelos envolvidos. É a chamada **autoinseminação**. Como não há um ato médico, não há como exigir o termo do consentimento. Assim, não há como impor aos genitores que promovam uma ação judicial para formalizarem o registro de nascimento.

Reconhecida a existência da filiação afetiva do filho concebido por inseminação artificial, por desejo de ambos os parceiros, no caso de separação do casal, persiste o **direito de convivência** do genitor mesmo que o nome dele não conste do registro de nascimento, mas com relação ao qual desfruta o filho da posse de estado.

[grifo da autora, mantida a originalidade do texto]

A posse do estado de filho ocorre quando a relação afetiva não condiz com a relação jurídica, por exemplo, o aspecto é que padrasto e enteado são pai e filho, porém a situação jurídica estabelece que por afinidade são padrasto e enteado, nesse caso como gera a posse do estado de filho, ocorre a validade jurídica do que é aparente, ou seja, havendo essa ilusão de ser pai e filho para a sociedade ocorrerá a validação desse entendimento. Essa posse do estado de filho traz validade jurídica ao aspecto/aparência, dessa forma despreza-se a atual situação jurídica e utilizando-se da realidade dos fatos traz validade jurídica condizente aos fatos. (DIAS, 2021)

A autora Maria Berenice Dias (2021, p. 234) afirma que “A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa da sua vida. ” Portanto, a autora Maria Berenice Dias entende o afeto tem grande valor jurídico e leciona:

Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção “*pater est*”. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto” (DIAS, 2021, p. 232).

Portanto, para essa autora no Direito de Família, o afeto merece ter grande valorização jurídica tendo em vista que o que importa para família é amor. Neste sentido, ainda sobre a posse do estado de filho a autora confirma:

Para o reconhecimento da posse do estado de filho, a doutrina atenta a três aspectos:

- tractatus – quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe;
- nominativo – usa o nome da família e assim se apresenta; e
- reputatio – é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. (DIAS 2021, p 232)

Além da biológica e da jurídica, existe também a filiação socioafetiva que é aquela que decorre da afetividade, que procede, por exemplo, da posse do estado de filho, ela também decorre de outras relações baseadas na afetividade e convivência. Essa filiação é

derivada da doutrina surgindo pelos costumes. É de suma importância a aceitação da afiliação por afinidade, pois assim subtrai-se a desigualdade da filiação biológica e a socioafetiva (DIAS, 2021, p. 232). Deste modo, a autora entende que:

É a convivência entre pais e filhos que caracteriza a paternidade, e não o elo biológico ou o decorrente de presunção legal. Constituído o vínculo de parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai, desempenha a função de pai. É uma espécie de **adoção de fato**. É aquele que, ao dar abrigo, carinho, educação, amor ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre eles se projetam. (DIAS 2021, p. 236 *apud* ROSENVALD 2020, p. 120) [grifo da autora, mantida a originalidade do texto]

Portanto assim conclui a autora Maria Berenice:

Em matéria de filiação, **a verdade real** é o fato de o filho gozar da **posse de estado**. Esta é a prova do vínculo parental. Não é outro o fundamento que veda a desconstituição do registro de nascimento feito de forma espontânea por aquele que, mesmo sabendo não ser o pai consanguíneo, tem o filho como seu. Dias (2021, p. 233) [grifo da autora, mantida a originalidade do texto]

O prestígio da verdade afetiva frente a realidade biológica expandiu o conceito de filiação, portanto extrai-se que deve haver entre pais e filhos para que seja identificada a filiação o sentimento de amor, desejo de construir uma relação afetiva, carinhosa, companheirismo, afetividade. (DIAS, 2021). Deste modo, acerca do reconhecimento de filhos, o Código Civil estabelece em seus arts. 1.607 a 1.617 o seguinte:

Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Art. 1.608. Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

Art. 1.611. O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

Art. 1.613. São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

Art. 1.615. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

Art. 1.617. A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo. (BRASIL, 2002)

A grande questão a respeito da filiação está justamente no reconhecimento da paternidade, tendo em vista que pode acontecer de duas formas: no reconhecimento voluntário ou perfilhação e no reconhecimento judicial ou forçado.

O reconhecimento de filiação voluntário ocorre nas hipóteses do art. 1.609, ou seja:

O reconhecimento poderá ocorrer: no registro do nascimento; por escritura pública ou escritura particular onde será arquivado em cartório, procedimento indicado nos casos em que não houve o reconhecimento no registro; por testamento; por manifestação direta e expressa perante o juiz (ainda que a causa não seja sobre o reconhecimento) (TARTUCE, 2019, p. 673/674).

Conforme Flavio Tartuce (2019) a vedação de reconhecer o filho na ata do casamento ainda existe, pois não pode constar referência alguma a respeito da natureza da filiação, se o filho foi gerado dentro do casamento ou foi fora do casamento.

Além disso, o reconhecimento pode ser feito antes do nascimento e poderá ser feito depois do falecimento do filho caso o filho que faleceu tenha descendentes conforme parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil. Esse artigo valida os direitos do nascituro tendo em vista que apesar de ainda não ter nascido já retêm direitos, como por exemplo, de ter reconhecida a paternidade mesmo após a morte de seu pai.

O Código Civil estabelece a regra de que para haver reconhecimento por parte do pai ao filho que faleceu, o filho falecido deverá em regra ter um filho, ou seja, o pai – A quer reconhecer o filho – B para que isso seja possível, o filho – B tem que ter descendentes.

Além disso, o pai, antes mesmo do filho nascer pode reconhecer o filho como seu, dessa forma assim leciona Maria Berenice Dias:

É possível o reconhecimento antes do nascimento, não sem condicionar o reconhecimento à sobrevivência do nascituro. [...] com receio de falecer antes do nascimento do filho já concebido, pode o genitor não esperar o nascimento para reconhecê-lo. (DIAS, 2021, p. 241)

Ainda nas lições da autora anterior, mesmo que o filho nasça sem vida, o reconhecimento existirá e será válido conforme artigo 53 da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015 de 1973). Deste modo, afirma Maria Berenice Dias:

O pai é livre para manifestar sua vontade, mas os efeitos do reconhecimento são estabelecidos na lei. Ele não pode impugnar a paternidade depois, a não ser na hipótese de **erro** ou **falsidade do registro**. (DIAS, 2021, p. 243) [mantido a originalidade do texto]

O reconhecimento voluntário como próprio nome já diz, é um ato solene, público e incondicional, como gera estado de filiação não pode ser irretratável e indisponível, e ainda não pode conter termo e nem condição para o reconhecimento.

2.6 A Importância da Relação entre Pais e Filhos

A relação familiar entre filhos e pais é de suma importância para o desenvolvimento da pessoa, pois o filho desenvolverá sua personalidade conforme a dos seus familiares. Sobre o tema, assim leciona Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.

No âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, filosófico, também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nessa ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz. (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 33)

Assim Farias e Rosenvald (2017, p. 33) *apud* Sarti (2000, p. 40) cita: “a família vai ser a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida”. Portanto a relação entre pais e filhos é fundamental, é de difícil tarefa determinar todos os campos que essa relação é importante tendo em vista que a família será base para o desenvolvimento do humano.

Acerca da grandiosidade dessa relação, assim leciona Farias e Rosenvald:

Induvidosamente, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas indiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (e, por igual, da biotecnologia e a bioética) e, ainda, da ciência do direito. (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p. 34)

Seguindo a lição dos mesmos autores, Farias e Rosenvald (2017, p. 34) *apud* Luiz Edson Fachin (1999, p. 11), o ministro do Supremo Tribunal Federal ensina:

É inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais. (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p. 34)

A família está extremamente ligada a sociedade da época, tanto é, que a etimologia de família vem da língua dos oscos *famul* que significa conjunto de escravos pertencentes a um chefe ou senhor. (FARIAS e ROSENVALD, 2017)

Portanto, verifica-se que a importância da proteção estatal e a relação entre os pais e os filhos merece atenção justamente pelo desenvolvimento da pessoa humana e consequentemente de uma sociedade.

3. DA (I) LICITUDE DO ABANDONO AFETIVO A LUZ DAS ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS DO DIREITO AO DANO MORAL

Como já mencionado, o abandono afetivo é configurado quando há negligência dos genitores em relação aos filhos, deixando que lhes falte afeto, mesmo que arquem com as despesas destes. Deste modo, nesse capítulo será abordado as decisões de casos práticos, para que além daquilo que dispõe a lei, ficar demonstrado o entendimento das cortes brasileiras.

3.1 Decisões que Reconheceram o Abandono Afetivo como Ato Ilícito Indenizável

A primeira decisão que abriu precedente ao dano moral pelo abandono afetivo paterno foi o processo julgado pelo juiz Mario Romano Maggioni, processo de número 141/1030012032-0, julgado em 15/09/2003, que na época era lotado na 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa – Rio Grande do Sul.

Nesse processo, a inicial pugnou a condenação do pai ao pagamento de 200 (duzentos) salários mínimos vigentes à época, por causa dos danos causados pelo abandono afetivo à filha que época dos fatos possuía 9 (nove) anos, o réu foi citado, porém se manteve inerte, por haver menor, o Ministério Público manifestou sobre o feito mostrando-se contra a possibilidade da indenização no caso do abandono afetivo.

Diante do exposto e diante de tais informações, o juiz da causa entendeu haver o abandono afetivo paterno e consequentemente o dano moral por causa dos seus reflexos, utilizando como fundamento o disposto no art. 22 da Lei nº 8.069/90, lecionando o seguinte:

Art. 22 - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos: A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol,

brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto afirme. (BRASIL, 1990)

Dessa forma o pai foi condenado ao pedido principal, na época dos fatos, o valor de 200 salários-mínimos era cerca de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais). Ainda na sentença, o juiz ainda leciona às consequências da falta de afeto.

A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. (MACHADO, 2012)

Nesse mesmo norte, há outra decisão favorável, o processo nº 01.036747-0, julgado em 05/06/2004, na 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, onde a filha, na peça exordial alegou que:

Filha do réu, que abandonou o lar do casal formado por ele e pela mãe da autora alguns meses após o nascimento da requerente; a partir de então o réu passou a negligenciar a existência da autora, causando sérios danos psicológicos à requerente; pouco depois de se separar da mãe da autora o réu constituiu nova família, de onde advieram três filhos; por serem todos membros da colônia judaica desta Capital, eram constantes os encontros da autora com seus irmãos e com o réu, que no entanto nem dirige a palavra à autora, fingindo não conhecê-la, como se dela se envergonhasse, ao mesmo tempo em que trata os outros filhos com ternura, na presença da autora; assim, durante anos a autora se sentiu rejeitada e humilhada perante a colônia israelita, estigmatizada dentre seus pares, crescendo envergonhada, tímida e embaraçada, com complexos de culpa e inferioridade; a autora sofre de problemas psicológicos, que lhe trazem prejuízos nos campos profissional e afetivo, além de despesas com psicólogos, médicos e medicamentos. (TJSP, 2004)

E, portanto, pugnou a condenação do réu ao pagamento de todos os valores pagos pela autora, até o trânsito em julgado da sentença, para o tratamento dos transtornos causados pela rejeição e abandono praticados pelo réu, bem como ao pagamento das despesas para continuidade do tratamento, além da condenação do réu ao pagamento de indenização do dano moral. Houve parecer técnico dos psicológico de ambas às partes. Na fundamentação o juiz fundamentou da seguinte forma:

Examinada em suas linhas gerais, a presente demanda pode se afigurar, inclusive sob um ponto de vista sensato, carente de fundamento. Efetivamente, em princípio não se afigura razoável que um filho pleiteie em

Juízo indenização do dano moral porque não teria recebido afeto de seu pai, de quem sua mãe se separou ainda na infância do autor. (TJSP, 2004)

O juiz ainda relata a dificuldade de quantificar o valor que o réu deverá ser condenado no dano moral:

Afiguram-se desde logo problemáticos aspectos imprescindíveis ao reconhecimento da procedência de tal pretensão, tais como a tradução monetária de sentimentos e a própria noção do afeto como algo obrigatório. (TJSP, 2004)

Na sentença o juiz ainda esclarece algo muito interessante:

Não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito a obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens. (TJSP, 2004)

Conclui-se da lição acima que apesar do afeto não ter preço, há outros direitos no nosso ordenamento jurídico inerente à pessoa que também não possuem preço, e nem por isso deixam-se de ser reparado. Portanto, o réu foi condenado ao pagamento de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) e ao custeio do tratamento psicológico da autora.

Outro precedente muito importante, é o acórdão nº 4085505-54.2000.8.13.0000, julgado 01/04/2004 que reformou a sentença proferida pela 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, onde o pai foi condenado ao pagamento de danos morais pelo abandono afetivo no valor de R\$ 44.000,00.

Esse julgamento mostrou-se importante pois concluiu que o dano moral afetivo pode ser proposto independente do descumprimento da prestação alimentar, ou seja, não é preciso o descumprimento da prestação para a aplicação do dano moral.

Utilizou-se como fundamento para o acórdão, o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL-PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

(TAMG, AC 4085505-54.2000.8.13.0000, 7ª C. Cível, Rel. Juiz Unias Silva, julg. 01.04.2004, pub. 29.04.04)

Ainda no mesmo posicionamento, destaca o acórdão nº 0007035-34.2006.8.19.0054 decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – RJ, julgado 20/10/2009.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Ação de indenização por dano moral que a Autora teria sofrido em razão do abandono material e afetivo por seu pai que somente reconheceu a paternidade em ação judicial proposta em 2003, quando ela já completara 40 anos. Procedência do pedido, arbitrada a indenização em R\$ 209.160,00. Provas oral e documental. Apelante que tinha conhecimento da existência da filha desde que ela era criança, nada fazendo para assisti-la, diferentemente do tratamento dispensado aos seus outros filhos. Dano moral configurado. Quantum da indenização que adotou como parâmetro o valor mensal de 2 salários mínimos mensais que a Apelada deixou de receber até atingir a maioridade. Indenização que observou critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Desprovisionamento da apelação. (TJRJ, AC 0007035-34.2006.8.19.0054, 8ª C. Cível, Rel. Des. Ana Maria Oliveira, julg. 20.10.2009).

Percebe-se que o julgado acima tem uma peculiaridade, houve o reconhecimento da paternidade em 2003, quando a autora possuía 40 (quarenta) anos de idade, apesar disso o Tribunal de Justiça ainda entendeu cabível a indenização arbitrada em R\$ 209.160,00 (duzentos e nove mil cento e sessenta reais).

Pode-se dizer que o principal julgado que norteia o tema é o da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o recurso especial nº 1159242/SP, decidiu da seguinte forma:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática –

não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, Resp 1159242 / SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 24.04.12, DJe 10.05.12).

Nesse julgamento a relatora Ministra Nancy Andrighi ensinou:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Nesse julgado abaixo, vislumbrou-se a possibilidade do dano moral *in re ipsa* para o abandono afetivo, trata-se de um acórdão julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, julgado em 28/03/2019.

ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. DANO *IN RE IPSA*. 1. "A omissão é o pecado que com mais facilidade se comete, e com mais dificuldade se conhece, e o que facilmente se comete e dificilmente se conhece, raramente se emenda. A omissão é um pecado que se faz não fazendo" (Padre Antônio Vieira. Sermão da Primeira Domingo do Advento. Lisboa, Capela Real, 1650). 2. A omissão não significa a mera conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não fazer, mas, sim, o não fazer o que a lei determina. 3. "Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família" (Precedente do STJ: REsp 1159242/SP Rel. Min. Nancy Andrighi). 4. "A indenização do dano moral por abandono afetivo não é o preço do amor, não se trata de novação, mas de uma transformação em que a condenação para pagar quantia certa em dinheiro confirma a obrigação natural (moral) e a transforma em obrigação civil, mitigando a falta do que poderia ter sido melhor: *faute de pouvoir faire mieux*, fundamento da doutrina francesa sobre o dano moral. Não tendo tido o filho o melhor, que o dinheiro lhe sirva, como puder, para alguma melhoria" (Kelle Lobato Moreira. Indenização moral por abandono afetivo dos pais para com

os filhos: estudo de Direito Comparado. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica Portuguesa/Université de Rouen, França/Leibniz Universität Hannover. Orientadora: Profa. Dra. Maria da Graça Trigo. Coorientador: Prof. Dr. Vasco Pereira da Silva. Lisboa, 2010).

5. “Dinheiro, advirta-se, seria ensejado à vítima, em casos que tais, não como simples mercê, mas, e sobretudo, como algo que correspondesse a uma satisfação com vistas ao que foi lesado moralmente. Em verdade, os valores econômicos que se ensejassem à vítima, em tais situações, teriam, antes, um caráter satisfatório que, mesmo, ressarcitório” (Wilson Melo da Silva. O dano moral e sua reparação. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 122).

6. Não se pode exigir, judicialmente, desde os primeiros sinais do abandono, o cumprimento da “obrigação natural” do amor. Por tratar-se de uma obrigação natural, um Juiz não pode obrigar um pai a amar uma filha. Mas não é só de amor que se trata quando o tema é a dignidade humana dos filhos e a paternidade responsável. Há, entre o abandono e o amor, o dever de cuidado. Amar é uma possibilidade; cuidar é uma obrigação civil.

7. “A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça” (Código Civil português — Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966, em vigor desde o dia 1 de junho de 1967, art. 402º).

8. A obrigação dos progenitores cuidarem (lato sensu) dos filhos é dever de mera conduta, independente de prova ou do resultado causal da ação ou da omissão.

9. “O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88” (Precedente do STJ: REsp 1159242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi).

10. Até 28 de março de 2019, data da conclusão deste julgamento, foram 21 anos, 2 meses e 20 dias de abandono, que correspondem a 1.107 semanas, com o mesmo número de sábados e domingos, e a 21 aniversários sem a companhia do pai.

11. A mesma lógica jurídica dos pais mortos pela morte deve ser adotada para os órfãos de pais vivos, abandonados, voluntariamente, por eles, os pais. Esses filhos não têm pai para ser visto. No simbolismo psicanalítico, há um *ambicídio*. Esse pai suicida-se moralmente como via para sepultar as obrigações da paternidade, ferindo de morte o filho e a determinação constitucional da paternidade responsável.

12. **“O dano moral, com efeito, tem seu pressuposto maior na angústia, no sofrimento, na dor, assim como os demais fatores de ordem física ou psíquica que se concretizam em algo que traduza, de maneira efetiva, um sentimento de desilusão ou de desesperança”** (Wilson Melo da Silva. *Idem*, p. 116).

13. O dano moral (*patema d'animo*) por abandono afetivo é *in re ipsa*.

14. O valor indenizatório, no caso de abandono afetivo, não pode ter por referência percentual adotado para fixação de pensão alimentícia, nem valor do salário mínimo ou índices econômicos. A indenização por dano moral não tem um parâmetro econômico absoluto, uma tabela ou um *baremo*, mas representa uma estimativa feita pelo Juiz sobre o que seria razoável, levando-se em conta,

inclusive, a condição econômica das partes, sem enriquecer, ilicitamente, o credor, e sem arruinar o devedor. 15. “É certo que não se pode estabelecer uma equação matemática entre a extensão desse dano [moral] e uma soma em dinheiro. A fixação de indenização por dano [moral] decorre do prudente critério do Juiz, que, ao apreciar caso a caso e as circunstâncias de cada um, fixa o dano nesta ou naquela medida” (Maggiorino Capello. *Diffamazione e Ingiuria*. Studio Teorico-Pratico di Diritto e Procedura. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1910, p. 159). 16. A indenização fixada na sentença não é absurda, nem desarrazoada, nem desproporcional. Tampouco é indevida, ilícita ou injusta. R\$ 50.000,00 equivalem, no caso, a R\$ 3,23 por dia e a R\$ 3,23 por noite. Foram cerca de 7.749 dias e noites. Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não compreende a nostalgia das noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias. Nelas, também há pesadelos. 17. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJDF — AC 0015096-12.2016.8.07.0006, 8º T. Cív., Rel. Nídia Corrêa Lima, j. 28/03/2019).

O acórdão acima é tem um detalhe peculiar, fora mantido à apelada a condenação de seu pai (apelante) ao pagamento de dano moral *in re ipsa*, esse dano moral é reconhecido nos casos em que não é necessário a prova, pois é presumido, ou seja, o próprio fato já configura o dano. Portanto, é importante destacar e discernir a diferença do acórdão acima com os demais. Percebe-se uma analogia, a relatora fez uma comparação entre o abandono afetivo e a morte dos pais, utilizou-se disso para condenar o pai ao dano moral puro.

Os julgadores do acórdão 0015096-12.2016.8.07.0006 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, se depararam com o fato que a autora (à época do julgamento do acórdão) havia sido abandonada pelo pai há mais de 20 (vinte) anos, tendo em vista que o pai da autora mudou de cidade meses após o nascimento da autora, o réu ora apelante, demandou contra a autora ora apelada, ação negatória de paternidade, que foi julgada improcedente após a realização do exame de DNA. Na exordial, a autora narra que o pai se negou de incluí-la no plano de saúde da família e limitou ainda mais o contato, para tanto, o réu trocou seu número telefônico e excluiu a autora do seu *Facebook*.

Diante de tais fatos, os julgadores em sua maioria entenderam configurar-se o dano moral *in re ipsa*, utilizando-se da mesma lógica jurídica dos pais mortos, que o próprio fato já garante o direito de reparação. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, utilizando esse e outros similares adicionaram a questão ao Informativo de Jurisprudência nº 390, vejamos o conteúdo:

Os filhos abandonados afetivamente fazem jus à reparação extrapatrimonial, que segue a lógica jurídica do dano moral decorrente da morte efetiva dos pais das vítimas de ato ilícito. Ação de reparação de danos morais ajuizada por filha que passou quase duas décadas sem receber qualquer contato ou apoio do pai foi julgada procedente em primeira instância. Ao examinar o recurso interposto pelo genitor, os Desembargadores afirmaram que esse tipo de negligência gera dano à personalidade do descendente, em especial após a Constituição de 1988, que elevou ao ápice normativo a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e a proteção integral do interesse da criança. Ressaltaram que, embora o planejamento familiar seja um direito subjetivo do cidadão, impõe-se um dever objetivo de cuidado dos filhos, no mínimo até a maioridade. Os Julgadores esclareceram que o direito à reparação do prejuízo extrapatrimonial sofrido pelos “órfãos de pais vivos” deve seguir a lógica jurídica do dano moral advindo da morte efetiva dos pais das vítimas de ato ilícito, cuja configuração é presumida (*in re ipsa*) pela sociedade e pelo Judiciário. Alertaram que o genitor que abandona a prole “suicida-se moralmente” como forma de sepultar as obrigações decorrentes da paternidade responsável, o que ocorreu na hipótese, pois o pai encontrou-se com a infante aos dois anos de idade e só a reencontrou quatorze anos depois. Ressaltaram que o abandono afetivo ficou ainda mais evidenciado em razão da discrepância entre o tratamento atencioso dispensado pelo pai à filha nascida do segundo casamento e aquele conferido à requerente, tida como prole “de segunda classe”. Concluíram que o propósito da condenação não é criar uma obrigação de os pais amarem os filhos, mas mitigar a falta de cuidado daqueles que têm o dever de prestá-lo. Com isso, a Turma, por maioria, manteve a indenização de 50 mil reais pelos danos morais.

Acórdão 1162196, 20160610153899APC, Relator Designado Des. DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 28/3/2019, publicado no DJe: 10/4/2019.

Atualmente, conforme item 7, da Edição n. 125 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça o entendimento é que:

7) O abandono afetivo de filho, em regra, não gera dano moral indenizável, podendo, em hipóteses excepcionais, se comprovada a ocorrência de ilícito civil que ultrapasse o mero dissabor, ser reconhecida a existência do dever de indenizar. (TJDF)

Diante disso, em 21/09/2021, assim a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E PERDA DO PODER FAMILIAR. DEVER DE ASSISTÊNCIA MATERIAL E PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DA

CRIANÇA QUE NÃO EXCLUEM A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS. PRESSUPOSTOS. AÇÃO OU OMISSÃO RELEVANTE QUE REPRESENTA VIOLAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO. EXISTÊNCIA DO DANO MATERIAL OU MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS NA HIPÓTESE. CONDENAÇÃO A REPARAR DANOS MORAIS. CUSTEIO DE SESSÕES DE PSICOTERAPIA. DANO MATERIAL OBJETO DE TRANSAÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO NESTA AÇÃO. 1- Ação proposta em 31/10/2013. Recurso especial interposto em 30/10/2018 e atribuído à Relatora em 27/05/2020. 2- O propósito recursal é definir se é admissível a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo e se, na hipótese, estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil. 3- É juridicamente possível a reparação de danos pleiteada pelo filho em face dos pais que tenha como fundamento o abandono afetivo, tendo em vista que não há restrição legal para que se apliquem as regras da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares e que os arts. 186 e 927, ambos do CC/2002, tratam da matéria de forma ampla e irrestrita. Precedentes específicos da 3ª Turma. 4- A possibilidade de os pais serem condenados a reparar os danos morais causados pelo abandono afetivo do filho, ainda que em caráter excepcional, decorre do fato de essa espécie de condenação não ser afastada pela obrigação de prestar alimentos e nem tampouco pela perda do poder familiar, na medida em que essa reparação possui fundamento jurídico próprio, bem como causa específica e autônoma, que é o descumprimento, pelos pais, do dever jurídico de exercer a parentalidade de maneira responsável. (REsp 1887697/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 23/09/2021)

Portanto, é cabível o dano moral pelo abandono afetivo e que às obrigações alimentares não se confundem com o dano moral.

5- O dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, de modo que, se de sua inobservância, resultarem traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho. 6- Para que seja admissível a condenação a reparar danos em virtude do abandono afetivo, é imprescindível a adequada demonstração dos pressupostos da responsabilização civil, a saber, a conduta dos pais (ações ou omissões relevantes e que representem violação ao dever de cuidado), a existência do dano (demonstrada por elementos de prova que bem demonstrem a presença de prejuízo material ou moral) e o nexo de causalidade (que das ações ou omissões decorra diretamente a existência do fato danoso). (REsp 1887697/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 23/09/2021)

Destaca-se o correto entendimento sob o tema, nos fatos, salienta-se que houve o abandono afetivo e também houve o nexo de causalidade entre conduta do pai e o dano.

7- Na hipótese, o genitor, logo após a dissolução da união estável mantida com a mãe, promoveu uma abrupta ruptura da relação que mantinha com a filha, ainda em tenra idade, quando todos vínculos afetivos se encontravam estabelecidos, ignorando máxima de que existem as figuras do ex-marido e do ex-convivente, mas não existem as figuras do ex-pai e do ex-filho, mantendo, a partir de então, apenas relações protocolares com a criança, insuficientes para caracterizar o indispensável dever de cuidar. 8- Fato danoso e nexo de causalidade que ficaram amplamente comprovados pela prova produzida pela filha, corroborada pelo laudo pericial, que atestaram que as ações e omissões do pai acarretaram quadro de ansiedade, traumas psíquicos e sequelas físicas eventuais à criança, que desde os 11 anos de idade e por longo período, teve de se submeter às sessões de psicoterapia, gerando dano psicológico concreto apto a modificar a sua personalidade e, por consequência, a sua própria história de vida. 9- Sentença restabelecida quanto ao dever de indenizar, mas com majoração do valor da condenação fixado inicialmente com extrema modicidade (R\$ 3.000,00), de modo que, em respeito à capacidade econômica do ofensor, à gravidade dos danos e à natureza pedagógica da reparação, arbitra-se a reparação em R\$ 30.000,00. 10- É incabível condenar o réu ao pagamento do custeio do tratamento psicológico da autora na hipótese, tendo em vista que a sentença homologatória de acordo firmado entre as partes no bojo de ação de alimentos contemplava o valor da mensalidade da psicoterapia da autora, devendo eventual inadimplemento ser objeto de discussão naquela seara. 11- Recurso especial conhecido e parcialmente provido, a fim de julgar procedente o pedido de reparação de danos morais, que arbitro em R\$ 30.000,00), com juros contados desde a citação e correção monetária desde a publicação deste acórdão, carreando ao recorrido o pagamento das despesas, custas e honorários advocatícios em razão do decaimento de parcela mínima do pedido, mantido o percentual de 10% sobre o valor da condenação fixado na sentença. (REsp 1887697/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 23/09/2021)

Dessa forma, conclui-se que o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça estabelece que o dano moral em regra não é indenizável, porém havendo nexo de causalidade entre o abandono afetivo e o dano causado pelo pai, haverá de ser indenizável, consoante o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no acórdão acima juntamente com o entendimento do item 7 da edição 125 das Jurisprudências em Teses do Superior Tribunal de Justiça.

3.2 Decisões que não Reconhecem a Possibilidade do Dano Moral pelo Abandono Afetivo Paterno

O primeiro e principal julgado sobre é o Recurso Especial (REsp) 757411 – MG, foi a primeira impossibilidade sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça. Essa é ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299)

Esse julgado é importante tanto como fundamento para procedência do dano moral quanto de improcedência, tendo em vista que a Apelação Cível nº 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte julgada pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais foi julgada procedente, isto é, reconheceram o dano moral:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TJMG - Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000, Relator (a): Des. (a) Unias Silva, Relator (a) para o acórdão: Des. (a), julgamento em 01/04/2004, publicação da súmula em 29/04/2004)

Sobre o Recurso Especial 757411 – MG, o réu alega que foi desprezado o dever de lhe prestar assistência psíquica e moral, contudo o pai prestava assistência alimentar ao filho. Apesar do filho buscar a aproximação, o pai faltava nos momentos importantes do filho causando assim conduta omissa culposa ensejando reparação.

Em sua defesa, o réu alega que a demanda se trata de inconformismo da mãe com a ação revisional de alimentos, que pretende a redução da verba alimentar. Ainda explica, que até certo ano visitava o filho regularmente, porem com algumas atitudes da mãe tornou-se necessário uma interrupção, uma vez que a mãe realizava telefonemas afrontosos e dava a ordem do filho bater em sua meia-irmã, além de que o réu realizou várias viagens para diversos locais do Brasil como também para a África do Sul, impossibilitando a regularidade dos encontros. O réu alega ainda que independentemente de não estar fisicamente presente,

esteve sempre incentivando o filho por meio do telefone e que, portanto, não ocorre nenhum ato ilícito.

Na primeira instância julgou improcedente o pedido do autor, pois o juiz entendeu que o laudo psicológico não foi suficiente para traçar a ligação entre afastamento e desenvolvimento de sintomas psicopatológicos, além de que o afastamento não foi intencional. O juiz ainda entende que o que causou danos ao filho foi a separação judicial de sua mãe e seu pai, onde é impossível culpar somente o réu pelos danos.

Na segunda instância, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais reforma a sentença entendendo que o autor sofreu danos em sua dignidade e que esses danos estão ligados ao pai deixar de cumprir seus deveres familiares.

Na terceira instância, destaca-se que ao momento do julgamento (em 27/03/2006), tal questão era nova no direito brasileiro pois havia notícias de apenas três ações sobre o tema, uma no Rio Grande do Sul, outra de São Paulo e essa que era oriunda de Minas Gerais. Apesar das duas anteriores ao julgamento tivessem sido julgadas procedentes, esse não foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

A quarta turma, por meio do relator Min. Fernando Gonçalves, fundamentou que o abandono afetivo não deve ser possível tendo em vista que a punição aplicada é a perda do poder familiar.

O relator entendeu que quando ocorre a perda do poder familiar por um dos pais, o outro transfere a criança o sentimento de ódio contra o ex-companheiro, além da ambição financeira. Esse julgado trouxe uma questão muito importante: O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Ou seja, será que condenar o pai ao dano moral pelo abandono afetivo não fará com o que pai fique mais ausente ainda? A quarta turma do Superior Tribunal de Justiça entende que somente afastará mais o pai e o filho.

Tal fundamentação foi utilizada novamente no Recurso Especial (REsp) nº 514350 – SP, que foi julgado em 28/04/2009 pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como ementa:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a

prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido.

Apesar de não se tratar de uma questão de impossibilidade do dano moral, o Recurso Especial (REsp) 1.298.576 – RJ é interessante, ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APRECIACÃO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ABANDONO AFETIVO E ALEGADAS OFENSAS. DECISÃO QUE JULGA ANTECIPADAMENTE O FEITO PARA, SEM EMISSÃO DE JUÍZO ACERCA DO SEU CABIMENTO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO. PATERNIDADE CONHECIDA PELO AUTOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO COM 51 ANOS DE IDADE, DESDE A SUA INFÂNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A CONTAR DA MAIORIDADE, QUANDO CESSOU O PODER FAMILIAR DO RÉU. 1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional. 2. Os direitos subjetivos estão sujeitos à violações, e quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão. 3. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retrooperante alcançar os efeitos passados das situações de direito. 4. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o "pátrio poder". Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais. 5. Recurso especial não provido

O recurso especial acima é interessante pois versa sobre a prescrição da ação de investigação de paternidade e da prescrição do dano moral. No recurso especial, o autor trata-se de um adulto, ele nasceu em 28 de fevereiro de 1957, e aos 50 (cinquenta) anos ingressou com ação de investigação de paternidade contra o réu.

O autor alega que foi prejudicado pela falta de afeto, cuidado e proteção, causando complexo de inferioridade e rejeição, além de que o pai tratava somente ele com humilhação e era inferior aos demais.

O réu, por sua vez, defendeu-se alegando que a ação estava prescrita, contudo o juízo da 5ª entendeu que não se encontrava prescrição. O réu interpôs agravo de instrumento e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro por meio do colegiado reconheceu a prescrição. Dessa forma, chegou ao Superior Tribunal de Justiça para avaliar a prescrição ou não.

Portanto, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, entende assim como às demais, que a prescrição para ações que versam sobre a investigação de paternidade por serem declaratórios, não ocorrem a prescrição. Porém, os pedidos de dano moral prescreverão em 20 (vinte) anos no caso de utilizar-se o Código Civil de 1916, e prescreverão em 3 (três) anos nos casos do Código Civil de 2002. Para computo de prescrição, começará a contagem após a maioridade do autor.

Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da prescrição:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REPARATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. CONHECIMENTO PRÉVIO DA PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. MAIORIDADE. 1. A eg. Quarta Turma desta Corte já decidiu que, sendo a paternidade biológica do conhecimento do autor desde sempre, o prazo prescricional da pretensão reparatória de abandono afetivo começa a fluir a partir da maioridade do autor. (REsp 1298576/RJ, DJe 06/09/2012) 2. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1270784 / SP)

Pois conforme obtém-se do Código Civil no art. 206, § 3º:

Art. 206. Prescreve: [...]
§ 3º Em três anos: [...]
V - a pretensão de reparação civil; (BRASIL, 2002)

Contudo, não se sabia quando essa prescrição começava a ser contada, por isso, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é que começa a conter a partir da maior idade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho buscou-se demonstrar o cabimento do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno, apesar de ainda não ser pacífico como verificou-se nos julgados e nas doutrinas. Para alcançar objetivos mais amplos, a investigativa utilizou-se da metodologia bibliográfica com abordagem qualitativa, metodologia legislativa e jurisprudencial.

Para tal, faz-se necessário desenvolver sobre a evolução histórica da responsabilidade civil pois a partir disso, concluiu-se que o dano moral ou também conhecido como dano extrapatrimonial, possui atualmente três entendimentos. E que o entendimento majoritário pela doutrina e jurisprudência, o dano moral tem como finalidade a reparação e a função pedagógica, a função pedagógica é crucial para que o pai não volte a causar esses danos aos outros filhos.

Também, foi indispensável para a conclusão verificar em quais casos o dano moral pelo abandono afetivo paterno é cabível, para isso, foi necessário compreender a relação paterno-filial bem como de que forma o pai adquire os deveres inerentes ao poder familiar.

A presente proposta baseia-se na hipótese do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno que apesar de não possuir direito positivado e explícito, ao final, verifica-se no sentido de que é possível pois havendo dano, nexo de causalidade decorrente do abandono do pai pelo filho fica configurado a obrigação de reparar. Apesar de haver resistência por parte da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende ser plenamente cabível.

Por isso, no terceiro capítulo concluiu-se que há mais precedentes para a configuração do dano moral pelo abandono afetivo quanto os que não consideram possível o dano moral.

A presente proposta é importante para a respectiva área jurídica, haja vista que apesar da responsabilidade civil ter como base direitos decorrentes leis muito antigas, a evolução e os entendimentos sobre por exemplo, o dano moral, seguem sempre sendo atualizados conforme a evolução da sociedade.

Pois, assim como as leis, às decisões judiciais devem atentar-se a todos os nortes, assim, ao julgar, o julgador deve estar ciente das mudanças e evoluções da sociedade para a aplicação da lei seja conforme às atualidades.

Diante disso, os objetivos aqui demonstrados foram satisfeitos e, ao final, entende-se que apesar dos diversos entendimentos, a responsabilidade civil também é aplicada aos casos de abandono afetivo paterno. Dessa forma, o dano moral pelo abandono afetivo paterno trata-se de um dano moral subjetiva, não sendo objetivo pois para ser cabível deve-se mostrar o dano e estabelecer nexos causal com a omissão do pai frente seus deveres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

_____. [**Constituição (1988)**]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Lei n.º 8.069/90. Estatuto da Criança e Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 26.02.2014.

CARDIN. Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 14. ed. rev. ampl. atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, 9 ed, rev. e atual. Salvador: Ed.JusPovim, 2016.

_____, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 6.

FACHIN. Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999'.

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Coimbra: A. Amador, 1938. p. 7.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil – volume 6 : direito de família**. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GOULART, Sheilla Teixeira. **A Responsabilidade Civil dos Filhos em Relação aos Pais Idosos**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Sheilla%20Teixeira%20Goulart.pdf>. Acessado em 11 de novembro.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O conceito de família e sua organização jurídica**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de Direito das Famílias. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família** (vol. 6). 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao/2>. Acessado em 11 de outubro de 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família.** São Paulo: Max Limonad Editor, 1947. v. III, p. 109.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 5: direito de família, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. V / Atual.** Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PASSARELI; Luciano Lopes. **Projeto de Lei Nº 2.285/2007: O "Estatuto das Famílias".** IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), 2008, Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/406/novosite> Acesso em: 28 de out. de 2021.

PL 674/2007 Projeto de Lei. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575&ord=1> Acesso em: 28 de out. de 2021.

SARTI, Cynthia A. **Família e individualidade: um problema moderno.** In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). A família contemporânea em debate. São Paulo: Cortez, 2000

STJ – **AREsp 02256778220058090087GO.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/634131834/agravo-em-recurso-especial-aresp-1323104-go-2018-0168032-2>. Acessado em 11 de novembro de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**, v. 5, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil.** 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO. Gustavo. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil.** / Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral.** 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TJSP. **0036747-09.2001.8.26.0100.** Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2SZX3D5U30000&processo.foro=100&processo.numero=0036747-09.2001.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_39c21240f0e54a82a1c8207dfa8e5657. Acessado em 11 de novembro de 2021.

VELOSO, Zeno. **Homossexualidade e Direito**. Jornal O Liberal, de Belém do Pará, em 22/05/1999.

WESENDONCK, Tula. **Transformações No Sistema De Ilícitudes No Código Civil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20476/transformacoes-no-sistema-de-ilicitudes-no-codigo-civil-de-2002/4>. Acesso em 10 de novembro de 2021.