

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
Karoline Aparecida de Lima Candido

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO

Taubaté - SP
2021

Karoline Aparecida de Lima Candido

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Graduação apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté como requisito parcial para colação de grau e obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Mestre Fátima Aparecida Vieira.

Taubaté – SP

2021

Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU

C217r Candido, Karoline Aparecida de Lima
A responsabilidade civil no abandono afetivo / Karoline Aparecida de
Lima Candido. -- 2021.
55f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2021.

Orientação: Profa. Ma. Fátima Aparecida Vieira, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Abandono afetivo. 2. Poder familiar. 3. Responsabilidade civil.
4. Direito de família. 5. Dever de indenizar. I. Universidade de Taubaté.
Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 347.6

Karoline Aparecida de Lima Candido
A Responsabilidade Civil no Abandono Afetivo

TCC apresentado para obtenção do Certificado de Graduação pelo curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Assinatura _____

AGRADECIMENTO

A princípio, agradeço imensamente à Prof^a. Mestre Fátima Aparecida Vieira pela atenção, comprometimento e carinho dispensados durante todo o desenvolvimento do presente Trabalho de Graduação.

Agradeço aos meus pais, responsáveis pelo auxílio financeiro nos cinco anos do respectivo curso de Direito, bem como por todo o suporte emocional prestado nos momentos de ansiedade e estresse acumulados.

Por fim, agradeço as oportunidades concedidas pela Universidade de Taubaté, mormente no que tange às aulas práticas de assistência cível e criminal e às aulas de laboratório jurídico, as quais foram de extrema importância para aquisição de conhecimentos práticos.

“Só se vê bem com o coração. O essencial é invisível aos olhos.”

Antoine de Saint-Exupéry

RESUMO

O abandono afetivo tornou-se frequente nos dias hodiernos quando da separação ou dissolução do vínculo conjugal. Tem-se, nesse caso, a ausência de um dos genitores na vida da criança ou do adolescente, lhe omitindo a prestação de atenção e cuidados. Sabe-se que a expressão “abandono afetivo” nos leva a uma interpretação errônea, considerando como tal a ausência de afeto, amor ou carinho. Nessa toada, é possível inferir que o abandono afetivo decorre do descumprimento do exercício do poder familiar, cuja sanção é a decretação da perda do referido poder. No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe diversos princípios reguladores do Direito de Família, bem como o afeto como valor jurídico, a perda do referido poder como sanção se tornou insuficiente, não sendo apta a desestimular tal prática. Dessa forma, discute-se no Poder Judiciário, hoje em dia, a aplicação do instituto da responsabilidade, ou seja, o dever de indenizar ante a prática em tela, como forma de preservar a dignidade do filho lesado e atenuar os eventuais danos psicológicos ocasionados diante do abandono pelo seu responsável legal. Logo, fundamenta-se numa conduta humana apta a produzir um resultado danoso, cujo nexos causal é justamente o abandono pelo genitor.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Poder familiar. Responsabilidade civil. Constituição Federal. Direito de Família. Dever de indenizar.

ABSTRACT

Affective abandonment has become frequent nowadays, when there is a marital separation or dissolution. In this case, there is an absence of a parent in the child or teenager's life not offering support and care for there. It is known that is common a wrong understanding about the expression "affective abandonment", considering this as an absence of affection and love as such. In this context, it is possible to conclude that emotional abandonment results from non-exercise of family responsibility, whose sanction is the decree of family's power loss. However, with the promulgation of the Federal Constitution in 1988, which highlights several regulating principles of Family Law, as well as affection as a legal value, the loss of that power as a sanction became insufficient, not being enough to discourage such practice. Therefore, the application of the liability institute is under discussion in the Judiciary, that is, the obligation to compensate as a way to preserve the dignity of the injured child and mitigate any psychological damage caused by the abandonment by their legal guardian. Thus, this is understood as a human conduct capable of producing a harmful result, whose causal link is exactly the abandonment of the parents.

Keywords: Affective abandonment. Family power. Civil responsibility. Federal Constitution. Family law. Obligation to compensate

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. EVOLUÇÃO E CONCEITO DE FAMÍLIA	11
2.1. Diversidades Familiares	13
2.1.1. Família Matrimonial	14
2.1.2. Família Informal.....	14
2.1.3. Família Monoparental.....	15
2.1.4. Família Anaparental	15
2.1.5. Família Multiparental	16
2.1.6. Família Eudemonista.....	16
2.1.7. Família Homoafetiva.....	16
2.2. Princípios constitucionais	17
2.2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa humana.....	18
2.2.2. Princípio da Solidariedade familiar	19
2.2.3. Princípio da Afetividade.....	19
2.2.4. Princípio da igualdade entre todos os filhos	21
2.2.5. Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros	21
2.2.6. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	22
3. DO PODER FAMILIAR	23
3.1. Da suspensão, perda ou extinção	26
3.2. Abandono Afetivo e a perda do Poder Familiar	30
4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
4.1. Breve histórico e conceito	32
4.2. Da responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana	33
4.3. Da responsabilidade subjetiva e objetiva	35
4.4. Elementos	36
4.4.1. Conduta humana	37
4.4.2. Dano ou prejuízo	38
4.4.3. Nexo de causalidade.....	40
5. DANO MORAL	43
5.1. Dano moral no abandono afetivo	46
6. CONCLUSÃO	51
Referências	53

1. INTRODUÇÃO

A título introdutório para o desenvolvimento do respectivo trabalho, se fez necessário perfilar a evolução do conceito de família, a fim de explanar minuciosamente os motivos que resultaram os conceitos consubstanciados nas doutrinas brasileiras hodiernas. Nesse diapasão, foram abarcados conceitos tanto do Código Civil de 1916, já revogado, quanto do atual e vigente Código Civil de 2002, bem como da Constituição Federal de 1988, que ampliou o conceito de família. Para tanto, se fez necessário trazer à baila os princípios fundamentais regentes no Direito de Família, atrelando-os aos fundamentos da República Federativa brasileira, quais sejam, à dignidade da pessoa humana e a solidariedade no âmbito familiar, bem como aprofundando-se no afeto, o qual dera ensejo às novas nuances familiares que, hoje, são tuteladas pelo ordenamento jurídico, e, ainda, à possibilidade de propositura de danos morais ante a prática do abandono afetivo.

Nessa toada, foram trazidas, outrossim, as diversas classificações familiares apresentadas pelas doutrinas modernas, a fim de demonstrar a importância e necessidade da presença do afeto como valor jurídico, uma vez que será um dos fundamentos precípuos para a propositura da ação em comento.

Desta feita, com o fito de aprofundar a análise do tema, fora abordado o conceito do poder familiar, o seu exercício pelos genitores, as hipóteses de suspensão, perda e extinção do referido poder, trazendo à tona dispositivos não só do Código Civil e da Constituição Federal vigente, também do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesta seara, restou demonstrado que o nosso Código Civil não dispõe de uma tutela efetiva para as crianças que se encontram em situação de abandono afetivo, uma vez que o próprio Código Civil prevê, como punição ao genitor responsável, a perda do poder familiar. No entanto, quando do cotejo das relações atuais com a punição do Código, tem-se que, na realidade, as relações familiares não são mais pautadas com exclusividade no âmbito do poder familiar, ante a figura do afeto, o que torna a medida sancionatória insuficiente e incapaz de desestimular a prática do abandono.

Considerando a problemática exposta, fora eminente demonstrar que a referida prática pode vir a lesar a dignidade da prole, bem como os princípios da solidariedade e a imprescindibilidade do afeto, porquanto poderá acarretar um

quadro de transtornos psicológicos, causando um evento danoso moralmente. Outrossim, o presente trabalho preocupou-se em conceituar o afeto, de forma que, não se trata tão só de ofertar carinho ou amar a prole, mas de se fazer presente na vida desta, de prestar-lhe assistência física, material e moral, de preocupar-se com os acontecimentos diários, dentre outros quesitos.

À luz de todo o exposto, passou-se a análise do tema da responsabilidade civil, abarcando um breve histórico de seu surgimento, seu conceito, as espécies apresentadas pela doutrina, e os elementos que a caracterizam e a consolidam, gerando, ao causador do dano a obrigação de indenizar. No referido capítulo, fora abordado, outrossim, as espécies de dano intrínsecas à responsabilidade extracontratual, ou seja, a responsabilidade que cinge-se à esfera do patrimônio, incidindo, portanto, na esfera dos direitos da personalidade de eventual vítima.

Dessa forma, preocupou-se, *a priori*, em conceituar o dano moral genericamente, para, posteriormente, atrelar a sua aplicação ao direito de família, mormente, em decorrência da prática de abandono afetivo, a fim de suprir a punição efetiva não prevista pelo legislador quando da promulgação do Código Civil. Para tanto, foram trazidas jurisprudências acerca do tema com o fito de corroborar e elucidar as fundamentações aplicadas por tais tribunais quando da concessão da indenização por dano moral por abandono afetivo.

2. EVOLUÇÃO E CONCEITO DE FAMÍLIA

Antes de adentrar ao conteúdo do presente capítulo, mister pontuar que a expressão “família” tem origem etimológica do latim *famulus*, que significa escravo doméstico, em virtude do conjunto de pessoas que viviam na mesma casa e cumpriam a função como tal para seus patrões, sendo, portanto, o agrupamento mais antigo na sociedade, motivo pelo qual a elucidação da sua evolução histórico-social e conceitual torna-se pertinente.

As famílias, no Código Civil de 1916, eram tidas de maneira conservadora, ou seja, limitavam a sua caracterização única e exclusivamente ao casamento. Nessa esteira, aduz Pereira: “A ideia de família, para o Direito brasileiro, sempre foi a de que ela é constituída de pais e filhos unidos pelo casamento regulado e regulamentado pelo Estado.” (PEREIRA, 2021, p. 44-45).

Nesse íterim, torna-se significativo expor que a família, na legislação revogada, era discriminatória, pois não havia igualdade entre filhos conjugais ou extraconjugais, tampouco entre os advindos da adoção. Ademais, não havia, também, igualdade entre cônjuges no que concerne aos direitos e deveres. Tal situação se dava em virtude de uma figura chamada de pátrio poder ou *pater familias*, proveniente das famílias romanas, que dava aos homens o poder de exercer a autoridade sobre as mulheres e filhos, extirpando qualquer igualdade de obrigações e demais deveres, daí a denominação “chefe de família”. A partir desta perspectiva, é possível aferir que a caracterização da família na sociedade não passava de uma perspectiva conservadora, que tinha em seu cerne o caráter patriarcal, conforme bem pontuado por Maria Berenice Dias:

Em uma sociedade conservadora, para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. Necessitava ser chancelado pelo o que se convencionou chamar de matrimônio, pela forte influência da igreja, que o tem na conta de um sacramento (DIAS, 2021, p. 43).

Embora o conceito em tela tenha perdurado até o final do século XX, é evidente que a sociedade tende a estar em constante evolução e, com ela, as normas jurídicas passam a ganhar nova roupagem, a fim de acompanhá-la. Esse cenário passa a ganhar força com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou, em seu capítulo VIII, normas de proteção estatal às entidades

familiares, à criança e ao adolescente, ao jovem e ao idoso, nos seus artigos 226 a 230, assegurando, no *caput do artigo 226*, a proteção especial do Estado à família, bem como ser esta a base da sociedade, trazendo consigo, ainda, novas entidades familiares, como a família constituída pelo casamento, pela união estável e as famílias monoparentais. Quando da promulgação, a Carta Política não recepcionou grande parte dos artigos dispostos no antigo Código Civil, haja vista a sua incompatibilidade para com a nova ordem constitucional, o que acarretou na derrogação de diversos dispositivos.

Outrossim, a *Lex Legum* consagrou, ainda, diversos princípios constitucionais fundamentais e deu prioridade à dignidade da pessoa humana no nicho familiar, ocasião em que as famílias passaram a ter esteio no amor, no afeto e na busca da felicidade, e declinaram-se do patriarcalismo que se fez tão presente. Nessa linha de pensamento, Gagliano e Pamplona Filho ratificam:

É preciso compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo, ainda que existam — e infelizmente existem — arranjos familiares constituídos sem amor. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 1360).

Eis que surge o Código Civil brasileiro de 2002. Este garantiu as normas dispostas pelo legislador constituinte e aboliu expressões discriminatórias e desiguais, principalmente no tocante à figura do pátrio poder, que fora substituído pelo poder familiar, calcado na isonomia das obrigações e deveres a serem exercidos pelos cônjuges para com os filhos, não havendo mais a necessidade de uma única e tão somente autoridade masculina que conduzisse a entidade familiar.

Ante o cenário evolutivo exposto, passa-se à definição do conceito de família no Código Civil em vigor, conceito este intrinsecamente relacionado à psicologia, haja vista ser no núcleo familiar que o sujeito vivencia momentos de felicidade, tristeza, raiva, possíveis traumas, dentre outros sentimentos que possam ter maior relevância para o seu desenvolvimento psicológico. Há, nas doutrinas, uma dificuldade em se conceituar as famílias, considerando as variações adquiridas ao longo do tempo por intermédio de adaptação aos costumes da sociedade. Nesta senda, trazer para o ordenamento jurídico uma definição, poderia engendrar eventual obviedade ante a sua volatilidade. Assim, pontuam Gagliano e Pamplona Filho:

O conceito de família reveste-se de alta significação psicológica, jurídica e social, impondo-nos um cuidado redobrado em sua delimitação teórica, a fim de não correremos o risco de cair no lugar-comum da retórica vazia ou no exacerbado tecnicismo desprovido de aplicabilidade prática. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 1356).

Ainda, Rodrigo Pereira da Cunha (2021, p.66) inova ao classificar as famílias como sendo gênero das espécies conjugal e parental. Para o Autor, as famílias conjugais são aquelas constituídas mediante relação de afetividade e sexualidade, das quais podem advir filhos ou não, seja a relação homoafetiva ou heteroafetiva. Em contrapartida, as famílias parentais são aquelas constituídas por formação de laços consanguíneos ou socioafetivos.

Portanto, é evidente a tentativa doutrinária em conceituar as famílias no ordenamento jurídico. No entanto, a sua elaboração possibilita a ocorrência de uma limitação com relação às entidades familiares que, porventura, possam surgir no transcorrer temporal. Desse modo, prevalece o entendimento de que a sua constituição se dá com esteio no amor, no afeto, na solidariedade e no respeito, permitindo que estas sejam um instrumento apto ao desenvolvimento pessoal de cada indivíduo que a compõe, priorizando, assim, a dignidade da pessoa humana, não mais a instituição formada pelos laços matrimoniais religiosos, o que enseja a necessidade de proteção estatal.

2.1. Diversidades Familiares

O objetivo do presente subcapítulo é discorrer acerca das principais diversidades familiares previstas na Carta Magna de 1988 e no Código Civil de 2002, dentre outras entidades mais usuais na sociedade brasileira hodierna.

Sabe-se que a Constituição da República conservou, em seu artigo 226, a família oriunda do casamento, ou seja, dos laços matrimoniais civis e religiosos. Entretanto, ante a evolução da sociedade no que tange às constituições familiares, não só conservou as famílias conjugais, como também consignou as famílias oriundas de união estável e as famílias monoparentais. Embora haja previsão expressa apenas de tais espécies familiares, vale mencionar que o rol ora previsto é meramente exemplificativo, isto é, não exaure a tutela de eventuais diversidades familiares.

Nesse contexto, importa rememorar que, ante a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, III, da Carta Política, as pessoas, dentro do núcleo familiar, passaram a ser o cerne das relações, priorizando, nestas, a presença dos laços afetivos, do respeito e da solidariedade, não mais do vínculo biológico ou consanguíneo, motivo pelo qual surgiram, ao longo do tempo, novas diversidades familiares além das previstas no ordenamento jurídico. São elas:

2.1.1. Família Matrimonial

A família matrimonial se traduz na família constituída pelo casamento, ou seja, aquela oriunda de ato formal e solene celebrado pelo Estado, cujo vínculo fora indissolúvel até 1977.

Ainda, segundo entendimento de Pereira (2021, p.82-83), pelo fato de o catolicismo já ter sido a religião oficial no Brasil, o conceito de casamento e matrimônio se confundem, uma vez que, à época, não havia separação entre igreja e Estado. Nesse sentido, afirma:

Para a religião católica, o matrimônio é um dos seus sacramentos e, assim, conceito de casamento e matrimônio se fundem e se confundem. Quando se diz família matrimonializada a rigor está-se referindo à família constituída pelo casamento civil e religioso. Portanto, família matrimonial traz consigo o sentido de família constituída pelo casamento em seus moldes tradicionais, herdados de um período em que não havia separação entre a Igreja Católica e o Estado.

Por fim, insta salientar que, hodiernamente, a celebração do casamento não mais se dá com as regras ditadas pela igreja católica. Todavia, a Constituição preserva os efeitos civis também no casamento religioso.

2.1.2. Família Informal

Informal é a nomenclatura atribuída às famílias cuja constituição se dá sem o cumprimento de atos solenes ou formalidades exigidas legalmente, tal qual ocorre com as uniões estáveis, que, porquanto possa ser constituída por meio de contrato ou escritura pública, na maioria das vezes, não o é, equiparando-se, portanto, ao casamento, a fim de resguardar proteção.

Rolf Madaleno (2020, p.57) abarca como sendo tal espécie o concubinato, uma vez que o casamento era tido por um vínculo indissolúvel e, sendo assim, para aqueles que eram desquitados à época, haveria a possibilidade de se unir a um(a) companheiro(a) sem casar-se novamente, ou seja, sem cumprir as formalidades do casamento. Portanto, haja vista a evolução familiar na sociedade, quando da promulgação da Carta Magna, esta colocou sob sua égide a figura da união estável, equiparando-o ao casamento e, ainda, permitindo a sua conversão a tal instituição.

2.1.3. Família Monoparental

Em síntese, esta entidade familiar é calcada unicamente na presença de um dos genitores, seja o pai ou a mãe, e seus descendentes, conforme previsão expressa no artigo 226, §4º da CF/88, que reforça o conceito em tela, aduzindo o seu conceito como sendo: “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (BRASIL, 1988).

Antigamente havia um certo preconceito com relação às mulheres solteiras que cuidavam de seus filhos; hodiernamente, entretanto, é evidente a presença de muitas que vivem desta maneira, afastando o preconceito outrora mencionado.

2.1.4. Família Anaparental

A família anaparental é aquela que não depende, para a sua constituição, da presença de um pai ou uma mãe, basta uma relação de parentesco visando a permanência do vínculo familiar. Nesse diapasão, é “a família formada entre irmãos, primos ou pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem que haja conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência”. (PEREIRA, 2021, p.73).

Destarte, uma vez que forem reconhecidos os vínculos subjetivos que remetem à ideia de família, esta receberá proteção jurídica do Estado, ainda que não possua previsão legal.

2.1.5. Família Multiparental

Também conhecida por Família Pluriparental ou, como apontado por Rolf Madaleno (2021, p.61), família mosaico ou reconstituída, a expressão *multiparental* tem origem no latim *multus*, que significa vários, isto é, vários pais ou mães numa mesma relação familiar. A sua constituição se dá em decorrência dos diversos vínculos conjugais por estes engendrados, como no caso de uma família proveniente de um segundo casamento.

Nesta senda, surge o cenário do reconhecimento da paternidade socioafetiva, ou seja, a possibilidade de inclusão do sobrenome do pai ou mãe socioafetivos no registro de nascimento juntamente com o sobrenome do pai biológico. Isso se deu em virtude da desbiologização das relações familiares, isto é, a paternidade não será necessariamente reconhecida única e exclusivamente pelo vínculo biológico, uma vez que, hodiernamente, as famílias se constituem com base no afeto.

2.1.6. Família Eudemonista

A sua constituição se dá com esteio no afeto e na realização de condutas que visem alcançar a felicidade dos membros que dela fazem parte, atribuindo a modernidade às espécies de entidades familiares. De acordo com o entendimento aludido, Pereira leciona:

Eudemonismo é a doutrina que tem como fundamento a felicidade como razão da conduta humana, considerando que todas as condutas são boas e moralmente aceitáveis para se buscar e atingir a felicidade. Assim, família eudemonista é aquela que tem como princípio, meio e fim a felicidade. (PEREIRA, 2021, p.69).

Logo, prevalece, nas famílias eudemonistas, o afeto recíproco entre todos os membros, respeitando-os e trazendo felicidade para o seu meio.

2.1.7. Família Homoafetiva

A família homoafetiva é aquela, como a própria expressão elucida, constituída entre pessoas do mesmo sexo, iguais, seja mediante ato solene de celebração do casamento ou por intermédio de união estável. Faz-se eminente explanar, nessa

espécie de entidade familiar, o preconceito pelo qual esta passara durante anos, pois a sociedade a via de maneira anormal pela mera presença de pessoas do mesmo sexo. Todavia, o cenário de preconceitos passa a se modificar com o julgamento, pelo STF, mais especificamente, pelo ministro Ayres Britto, na ADIn 4277 e na ADPF 132, os quais a reconheceram como entidade familiar, restando, portanto, à égide do ordenamento jurídico.

2.2. Princípios constitucionais

A promulgação da Carta Política de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como sendo um dos fundamentos da República Federativa brasileira, nos termos do artigo 1º, III, tornando-o direito fundamental garantido a todos os cidadãos, conforme esclarecido outrora.

Nesse cenário, surge a exposição dos princípios constitucionais. No ordenamento jurídico anterior, os princípios eram tidos como meros norteadores da aplicação legal aos casos concretos. *Pari passu*, com a constitucionalização do Direito Civil, que efetivou a ideia de a Lei Geral ser interpretada à luz da Lei Maior, ainda que se trate de codificação privada, os princípios passaram a ser imprescindíveis e tornaram-se o alicerce do sistema normativo. Nesse sentido, “os princípios constitucionais - considerados leis das leis - deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa.” (DIAS, 2021, p.56).

Assim não foi diferente com o Direito de Família, em especial. Nessa senda, algumas entidades familiares que foram marginalizadas pelo Código Civil de 1916, passaram a receber tutela da *Lex Legum*, e a serem reconhecidas pelo ordenamento jurídico, ainda não possuem previsão expressa. Isto se dá em virtude da aplicação e interpretação dos princípios constitucionais, engendrados com a concreção da dignidade da pessoa humana como norteadora de direitos fundamentais no Texto Maior. Ademais, tais princípios podem estar explícitos ou não, sendo que não possuem hierarquia entre si, no entanto, pode ocorrer a prevalência de um princípio sobre outro. São eles:

2.2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa humana

Segundo Bicca (2015, p.14), o princípio da dignidade da pessoa humana é o cerne da Carta Magna, sendo norteador dos demais ramos e o mais vultoso dentre os demais princípios.

Ainda, pode-se inferir que, somente com a consagração da dignidade da pessoa humana como princípio e direito fundamental, é que as pessoas passaram a ser supervalorizadas nas relações familiares, deixando de lado, dessa forma, a concepção patrimonialista tida no código revogado, conforme exposto alhures. Nesse ínterim, há de se mencionar que a dignidade da pessoa humana não se exaure unicamente na ordem interna, uma vez que também está positivada em tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Além do mais, a Lei Maior ainda dispõe, no seu artigo 5º, §1º, que sua eficácia é imediata, isto é, trata-se de normas de aplicabilidade integral, que independem de legislação que as regule para tal.

Outrossim, faz-se imperioso que o Direito de Família esteja em plena consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de não lhe macular valores intrínsecos, o que já fora objeto de discriminação no ordenamento jurídico pretérito. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira preleciona alguns exemplos de indignidade já ocorridos, como sendo:

[...] a exclusão da mulher de determinados direitos, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; o não reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento entre homem e mulher. (PEREIRA, 2021, p.171).

Não obstante, a Carta Magna, em seu artigo 227, *caput*, dispõe como sendo dever do Estado, da família e da sociedade, assegurar, dentre outros direitos, a dignidade da criança, do adolescente e do jovem.

A dignidade da pessoa humana é um dos argumentos principais presentes nos julgados que versam acerca da responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo, por ser considerado ato ilícito causador de dano, ainda que exclusivamente moral, assunto este que será abordado mais à frente deste trabalho. Portanto, sabe-se que o respeito à dignidade tem de estar presente a todo momento nas relações familiares, uma vez que se tornou o seu alicerce, motivo pelo qual,

como bem pontuado por Tartuce (2019, p.29), trata-se, o princípio em tela, do princípio dos princípios, do macroprincípio, do princípio máximo ou do superprincípio.

2.2.2. Princípio da Solidariedade familiar

A solidariedade encontra-se positivada no artigo 3º, inciso I da Carta Política, que versa acerca dos objetivos da República Federativa brasileira, sendo um deles, o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária.” (BRASIL,1988). O conceito de solidariedade está atrelado à ideia de disposição ou, como leciona Maria Berenice Dias: “solidariedade é o que cada um deve ao outro.” (DIAS, 2021, p.70). Dessa forma, trata-se do dever de cuidado uns para com os outros membros familiares.

Nesse diapasão, Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p.192) elenca alguns dispositivos previstos no Código Civil de 2002 em que o princípio da solidariedade se faz presente, ainda que não esteja expreso:

O Código Civil brasileiro contém normas orientadas pelo princípio da solidariedade familiar, como o art. 1.511, ao dispor que o casamento estabelece comunhão plena de vida; o art. 1.566, III e IV, que estabelece o dever de mútua assistência – material e imaterial – entre cônjuges e o sustento, guarda e educação dos filhos; o art. 1.724, que estabelece os mesmos direitos e deveres aos companheiros e seus filhos; o art. 1.568, ao dispor que os cônjuges são obrigados a concorrer na proporção de seus rendimentos com o sustento da família; os arts. 1.640 e 1.725, que estabelecem que o regime legal de bens vigente no casamento e na união estável é o da comunhão dos bens onerosamente adquiridos durante a união, sem a necessidade de comprovação da participação do outro na aquisição.

Ademais, imperioso citar que, a obrigação de prestar alimentos tem por base o princípio da solidariedade, uma vez que este se espraiou para diversos dispositivos da Lei Geral em vigor.

Além do mais, incumbe salientar, por fim, que a solidariedade não atua somente no plano material, também no imaterial, como no caso do abandono afetivo de pais em relação aos filhos, tema do presente trabalho.

2.2.3. Princípio da Afetividade

Trata-se de princípio intrínseco à dignidade da pessoa humana, uma vez que as pessoas que compunham as entidades familiares passaram a ser

supervalorizadas pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, a família, como mera instituição, deixou de ter o caráter matrimonial e preconceituoso, e repersonalizou a sua constituição, de forma que as relações passaram a se formar com esteio no amor e no afeto, tornando-os o propulsor das relações. Aliás, o afeto não se materializa tão somente ao expressar o sentimento, também, nas condutas praticadas pelos membros, que almejam o cuidado e a proteção dos demais.

Maria Berenice Dias (2021, p.74), ao abordar o princípio em tela, observa que:

A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito das Famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. Ganhou status de valor jurídico a partir do momento em que as ciências psicossociais coloriram o direito.

A afetividade é, assim, princípio basilar nas relações familiares, motivo pela qual acarretou a formação de seu status em valor jurídico, consoante preleciona Pereira (2021, p.189):

Sem afeto não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto, a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura. O afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis. Afinal, o desejo e o amor são o esteio do laço conjugal e parental.

Segundo exposto alhures, no que tange às diversidades familiares, a título de exemplo, vale citar a família eudemonista, que se dá, única e exclusivamente, com a finalidade de promover a felicidade de seus membros, o que só foi permitido com a regulamentação do princípio em tela. Destarte, é possível inferir a sua importância nas relações familiares que, antes, eram formalizadas independentemente da presença do amor ou do afeto, uma vez que não havia, ainda, a predominância da dignidade humana aplicada às pessoas, tutelando-as e respeitando-as. No entanto, ainda nos dias atuais, é possível vislumbrarmos alguns casais que, à época, constituíram a relação visando unicamente a família como entidade familiar, sem que o afeto ou o amor fosse o propulsor desta união.

2.2.4. Princípio da igualdade entre todos os filhos

A Constituição Federal de 1988 consubstancia, em seu artigo 227, §6º que, “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 1988). Ademais, a tutela supra também se dá no texto do artigo 1.596 do CC/02.

Incumbe rememorar, ainda, que, o texto do código civil de 1916 discriminava os filhos não oriundos do casamento, considerando-os legítimos ou ilegítimos. Como bem observa Rolf Madaleno (2020, p.191):

Durante longo tempo os filhos brasileiros eram discriminados por sua origem, entre filhos legítimos, quando oriundos do casamento, única entidade familiar então reconhecida, e filhos ilegítimos, subdivididos entre os naturais, nascidos sem que os pais fossem casados, adulterinos, quando havidos em relação paralela ao casamento, ou incestuosos, quanto concebidos entre parentes impedidos de se casarem.

Com a promulgação da Lei Maior, os filhos, fossem havidos ou não do casamento, passaram a receber igualdade jurídica de tratamento, expurgando os preconceitos e as expressões empregadas para identificar filhos oriundos das demais relações que não o casamento. Logo, a fim de não macular a dignidade das pessoas em tela, mister identificá-los como sendo filhos havidos ou não do casamento, sendo precípua o reconhecimento de igualdade entre todos os filhos.

2.2.5. Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros

Não bastasse a disposição da isonomia legal entre todos os filhos, a Constituição da República, em seu artigo 226, §5º, consignou a isonomia, também, entre cônjuges e companheiros, *ipsis litteris*: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (BRASIL, 1988). Ante a constitucionalização do CC/02, o artigo 1.511 do dispositivo ainda consagra a isonomia em tela. Insta expor que a igualdade alhures aplica-se não só aos cônjuges, bem como aos companheiros, uma vez que a união estável teve a sua constituição reconhecida pela Lei Maior como legítima.

O princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, portanto, decorre de uma evolução histórica na sociedade, pois, como já explanado anteriormente, não

havia igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, retirando desta, qualquer autonomia, uma vez que predominava a figura patriarcal. Nesse sentido, Pereira (2021, p.180) elucida:

A história da mulher no Direito é de um não lugar, uma história de ausência, já que ela sempre esteve subordinada ao pai ou ao marido, sem autonomia e marcada pelo regime da incapacidade jurídica. Uma nova redivisão sexual do trabalho, alterando a economia doméstica e de mercado, influenciando também as noções e os limites do público e privado, tem, aos poucos, dado à mulher um lugar de cidadã.

Com o reconhecimento da isonomia, tornou-se possível, nas palavras de Tartuce (2019, p.44), ao marido ou companheiro, pleitear alimentos da mulher ou companheira, ou o contrário, por óbvio. Logo, a sua regulamentação expurgou a concepção de que a mulher, na relação, estaria adstrita às atividades domésticas, bem como à procriação e cuidados para com os filhos, passando a conceber os seus direitos e deveres igualmente ao de seu cônjuge ou companheiro, não mais considerado o único provedor na manutenção da família.

2.2.6. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra o seu fundamento no artigo 227, *caput*, da Carta Política, ao consagrar que:

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).

Este decorre da ideia de atribuir, à criança e ao adolescente, o caráter de sujeito de direitos, sendo que, a família, a sociedade e o Estado devem dar prioridade aos seus interesses. Nesse aspecto, Paulo Lôbo (2011, p.75), evidencia:

O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.

Outrossim, o primordial na tutela dos interesses da criança e do adolescente é o de, justamente, atentar-se para o seu desenvolvimento moral, social e psíquico, uma vez que se trata de pessoas que estão em desenvolvimento. Isto se dá em virtude de a família ser considerada o nicho cujo o amor, o companheirismo e o afeto prevalecem.

Segundo entendimento de Pereira (2021, p.177), as mudanças judiciais ocorridas se deram em virtude desta nova concepção, ou seja, de ter os direitos das crianças e dos adolescentes sobrepostos aos direitos dos adultos, no caso, dos pais, o que não ocorreu no ordenamento jurídico revogado. Destarte, tem-se, hodiernamente, a mudança no que tange à guarda dos filhos, que deverá ser observada de acordo com o caso concreto, a fim de preservar os interesses desses sujeitos.

Ainda, não se pode olvidar que o princípio suso mencionado tem melhor tradução na Lei nº 8.069/90, que versa acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Segundo entendimento de Lôbo (2011, p.75-76), “a criança é a principal protagonista, na atualidade.”

3. DO PODER FAMILIAR

Poder familiar é a expressão que substituiu o termo pátrio poder, que era cunhado no Código Beviláqua. A terminologia “pátrio poder” remonta à ideia de família do direito romano, que tinha por conceito o exercício da autoridade pelo pai em relação aos filhos e à esposa, tratando-se de uma autoridade patriarcal. Nessa esteira, “no Código Civil de 1916, o poder familiar então denominado pátrio poder, ratificou a supremacia da autoridade do pai e marido sobre os filhos e a esposa.” (PEREIRA, 2021, p.648).

Quando da promulgação da Constituição da República de 1988, que acompanhou a evolução da família na sociedade e consagrou os princípios fundamentais ora elencados, mormente, pela isonomia entre cônjuges, a expressão passou a ser substituída por poder familiar, a fim de atribuir a autoridade para ambos os genitores, incluindo a mulher, que, até então, exercia o papel de mera colaboradora no exercício do pátrio poder.

Destarte, com a mudança de paradigma do poder familiar, os pais passaram a ter o dever de zelar pela proteção integral do filho, nos termos do artigo 227 da

CF/88, bem como a atender os seus melhores interesses, segundo o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, sobrepondo-os aos daqueles, a fim de que possam criar e educar a sua prole. Com isso, as crianças e adolescentes passaram a ser sujeitos de direitos, tanto pela Lei Geral quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A expressão adotada pela Lei nº 10.406/02, embora objetivasse trazer isonomia ao tratamento entre homem e mulher, foi deveras criticada pelas doutrinas modernas sob o fundamento de que o legislador se preocupou tão só com a troca de poder entre sujeitos, ou seja, o poder simplesmente deslocou-se do pai para a família, deixando de representar o verdadeiro sentido do poder familiar de que os pais têm deveres para com os filhos, cabendo a estes atender o melhor interesse da criança ou do adolescente. Outrossim, segundo a doutrina moderna, a expressão mais adequada a ser empregada é autoridade parental, pois denota o compromisso recíproco entre ambos os pais no que tange às necessidades dos filhos. Nesse sentido, leciona Dias (2021, p.304): “Ainda que o atual Código Civil tenha eleito a expressão poder familiar para atender à igualdade entre o homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família.” Ainda com o fito de elucidar as críticas feitas, Pereira (2021, p.648) preleciona:

Poder familiar não é a expressão mais apropriada. A palavra poder não expressa a verdadeira intenção de atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mas sim o sentido de posse. Familiar remeteria também à ideia de que os avós e irmãos estariam revestidos dessa função. A expressão mais adequada para a família atual, que é fundada na igualdade de gêneros e é democrática, seria autoridade parental, a qual exterioriza a ideia de compromisso de ambos os pais com as necessidades dos filhos, de cuidar, proteger, educar, dar assistência e colocar limites.

Além do mais, necessário pontuar que a figura do poder familiar tem previsão expressa nos artigos 1.630 a 1.638 do Código Civil e, ainda, nos artigos 21 a 24 e 155 a 163 da Lei nº 8.069/90, que versam, respectivamente, sobre a convivência familiar comunitária e a perda e suspensão do poder familiar. Nesse diapasão, no que tange ao exercício do poder familiar, portanto, o Código Civil brasileiro de 2002 traduziu o seu exercício no artigo 1.634. São eles:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
I - dirigir-lhes a criação e a educação;

- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (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)

O artigo 1.636 dispõe, ainda, o pai ou mãe que contrair novas núpcias ou estabelecer união estável continuará exercendo o poder familiar quanto aos filhos do relacionamento anterior, sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro, mantendo, dessa forma, o seu exercício.

Sob o prisma dos artigos em tela, eminente frisar que o objetivo do poder familiar é o de, justamente, assegurar à criança e ao adolescente a proteção e os cuidados que lhes são garantidos por lei, seja pela Constituição Federal, nos seus artigos 227 e 229, seja pelo Código Civil ou pelo Estatuto da Criança ou do adolescente, que os reconhece, no seu artigo 3º, como sujeitos de direitos, uma vez que o exercício do poder familiar não se exaure meramente no aludido dispositivo. Isto se dá em virtude de que a prole, até atingir a capacidade civil plena por intermédio da maioridade ou do instituto da emancipação, é absolutamente dependente de cuidados e proteção garantidos por ambos os pais para o seu pleno e saudável desenvolvimento. No entanto, tais prerrogativas não têm aplicabilidade tão só no campo material, uma vez que cabe aos pais, ainda, os cuidados no campo existencial, ou seja, os cuidados de índole afetiva. Isso se dá em virtude de que o exercício da autoridade parental será o marco do desenvolvimento da criança ou do adolescente, que carregará não só a bagagem material, como, também, a bagagem emocional ao longo de sua vida. Nesse diapasão, são as palavras de Madaleno (2020, p.1208):

[...] é ao mesmo tempo dever e interesse natural dos pais propiciarem as melhores condições para os seus filhos, tanto no respeitante à sua educação e formação como no pertinente aos seus interesses físicos, morais, sociais, intelectivos e afetivos, porque todos esses elementos contribuem na boa estruturação intelectual e psíquica da criatura por eles trazida ao mundo.

3.1. Da suspensão, perda ou extinção

Com relação à suspensão e extinção do poder familiar, a Lei nº 10.406/02 as dispõem nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638. Em contrapartida, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no texto dos seus artigos 155 a 163, a perda e suspensão do referido poder, mas não abarca a hipótese de sua extinção. Nessa esteira, os pais que descumprirem os deveres legais suso mencionados, estarão passíveis de serem destituídos do exercício poder familiar, se assim se coadunar ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Insta consignar que a extinção do poder familiar é a hipótese de sua interrupção definitiva (PEREIRA, 2021, p.649). Por outro lado, a suspensão e a perda do poder familiar não são definitivas e ocorrerão somente se houver decisão judicial, ocasião em que, segundo o artigo 24 da Lei nº 8.069/90, deverá ser observado o procedimento contraditório.

Com relação à suspensão do poder familiar, o artigo 1.637 do Código de 2002 aduz, *in verbis*:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2002).

Ante o exposto, eminente elucidar que, embora trate-se de uma hipótese de suspensão, o legislador, ao consubstanciar o dispositivo, deixou a faculdade de se aplicar a suspensão do poder familiar como uma das soluções judiciais, cabendo ao julgador optar a medida que entender melhor pela segurança do menor e de seus bens. Portanto, incumbe mencionar que a suspensão é a *ultima ratio* para a causa em questão, podendo, inclusive, ser aplicada multa (*astreintes*) aos genitores previamente, nos termos do artigo 536, §1º do CPC. Ainda, uma vez que o poder familiar de um dos pais for suspenso, este se concentrará no outro e, se esse não puder exercê-lo, haverá a nomeação de um tutor para o infante.

Segundo Gonçalves (2017, p.564), a suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada pelo juiz aos pais com o intuito de proteger o menor, não de punir

os genitores. Daí a sua característica temporária, motivo pela qual o legislador não estabeleceu um prazo para tanto, sendo que esta perdurará tão somente enquanto se mostre necessária, uma vez que, quando da cessação da causa principal que a ensejou, os genitores poderão exercer novamente o poder familiar. Ademais, a suspensão poderá ser total, ou seja, referente a todos os exercícios do poder familiar previstos no artigo 1.634, ou parcial, especificando a hipótese em que restará suspenso determinado exercício. A suspensão poderá referir-se, ainda, a um único filho, caso em que será considerada facultativa.

Por fim, a suspensão do poder familiar não constitui falta grave como ocorre nas hipóteses de perda ou extinção do referido poder, motivo pelo qual este último é permanente, o que não enseja o seu caráter definitivo, uma vez que podem, os pais, recuperá-los pela via judicial contenciosa, desde que comprovadas as circunstâncias que a ensejaram.

No que tange à perda ou extinção do poder familiar, portanto, Rolf Madaleno (2020, p.1227-1230) elenca as causas de extinção do poder familiar, previstas no artigo 1.635 do CC/02, separadamente, as quais serão abarcadas a seguir. Dessa forma, seguindo a linha de raciocínio do Autor, a extinção poderá se dar pela morte dos pais ou do filho (I). Nesse caso, trata-se de um fato natural, ocasionando efeitos apenas ao genitor falecido. Todavia, na hipótese de ambos os genitores já falecidos, far-se-á necessário a nomeação de um tutor. Se, porventura, o filho houver falecido, também haverá a extinção natural do poder familiar.

Será causa de extinção do poder familiar a emancipação, nos termos do artigo 5º (II). Vale rememorar, aqui, que a emancipação cunhada no referido dispositivo pode ser voluntária, judicial e legal. A emancipação voluntária se dá por instrumento público ante a manifestação de vontade de ambos os genitores. Em contrapartida, a emancipação judicial se dá por decisão judicial, ouvido o tutor. E, por fim, a emancipação legal se dá nas hipóteses previstas no §º único e incisos do artigo 5º.

A maioria (III) também é considerada causa de extinção do referido poder, ou seja, aos 18 anos completos cessa o exercício do poder familiar.

O instituto da Adoção (IV) também enseja a extinção do poder familiar dos pais biológicos, desde que haja a aquiescência destes no que tange à renúncia.

Por fim, haverá a perda do poder familiar por decisão judicial (V), na forma do artigo 1.638, de pai ou mãe que castigue imoderadamente o filho (I); que deixe o

filho em abandono (II); que pratique atos contrários à moral e aos bons costumes (III); que incida, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (IV); que entregue, de forma irregular, o filho a terceiros para fins de adoção (V). O parágrafo único do artigo 1.638 do CC abrange, ainda, que perderá o poder familiar por ato judicial aquele que praticar crimes contra a vida, de lesão corporal e contra a dignidade sexual a outrem igualmente titular do poder em comento, bem como aquele que praticar tais crimes a filho, filha ou outro descendente.

Na hipótese de referência expressa pelo artigo 1.638, I, de perda do poder familiar por castigo imoderado aos filhos, vale destacar que, antigamente, a sociedade era adepta moralmente aos castigos físicos aos filhos, pois havia a concepção de que tal reprimenda poderia ser uma via para educar os menores. Dessa forma, o legislador entendeu por bem, quando da vigência do dispositivo em tela, consagrar esta hipótese como uma das causas de perda do poder familiar por ato judicial, todavia, olvidou-se em mencionar a hipótese de castigo moderado, presumindo que essa não acarretaria a perda. Daí o entendimento da psicologia infantil acerca de que as reprimendas físicas não são consideradas métodos apropriados para se educar uma criança/adolescente, motivo pela qual houve a promulgação da Lei n° 13.010/2014 denominada de Lei da Palmada ou Lei do menino Bernardo, a qual abarcou que, tanto o castigo moderado quanto imoderado é ilícito, uma vez que os filhos devem ser educados com base no diálogo, método mais adequado para tal fim (MADALENO, 2020, p.1229).

A segunda causa consagra a prática do abandono, pelos pais, com relação ao filho. Esta ocorrerá caso não sejam atendidos o melhor interesse da criança e do adolescente, bem como os deveres legais elencados por lei. Assim, os pais deixam de prover assistência material e moral aos filhos, podendo, inclusive, ensejar a ocorrência dos crimes previstos nos artigos 246 e 247 do Decreto-lei n° 2.848/40, que versam, respectivamente, sobre o abandono material e intelectual. Ainda, segundo Rolf Madaleno (2020, p.1229):

Foi-se o tempo dos equívocos de as relações familiares gravitarem exclusivamente na autoridade do pai, como se ele estivesse acima do bem e do mal apenas por sua função provedora, sem perceber ter ele o dever de prover seus filhos muito mais de carinho do que de dinheiro, de bens e de vantagens patrimoniais.

A terceira causa remete à ideia de os pais praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes. Isto se dá em virtude de os pais influenciarem a formação moral dos menores, acarretando, com isso, na personalidade destes. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.560), o lar é a escola onde se forma a personalidade dos filhos, cabendo aos pais, portanto, manter uma postura digna, honrada e exemplar aos infantes, uma vez que estes terão por base as atitudes dos genitores. Logo, podem ser considerados atos contrários à moral e aos bons costumes o uso de entorpecentes e bebidas alcoólicas, a violência, mormente, aquela ocorrido no seio familiar, dentre outras práticas que acarretarão em um ambiente disfuncional, inapropriado para o infante.

A quarta causa de extinção do poder familiar por ato judicial dar-se-á se os pais incidirem, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637. Assim, o genitor que atuar com abuso de autoridade faltando com os deveres próprios do poder familiar. Importante consignar que o abuso de autoridade previsto no artigo supracitado enseja, a princípio, a suspensão do poder familiar, não a sua extinção. Todavia, nas hipóteses em que os genitores agirem com abuso de autoridade reiteradamente, proceder-se-á a extinção do poder familiar, não mais à suspensão. O mesmo ocorrerá na quinta causa, que versa acerca de os genitores entregarem o filho irregularmente a um terceiro. Nesse caso, proceder-se-á a extinção do poder referido.

Incumbe abarcar, ainda, a última hipótese de perda do poder familiar por ato judicial nos casos em que forem praticados crimes contra a vida, contra a dignidade sexual e de lesão corporal a outrem igualmente titular do mesmo poder familiar e a filho, filha ou outro descendente, nos termos do parágrafo único do dispositivo em comento, *in verbis*:

Art. 1.638. § único - Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I - praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

- a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
- b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

- a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
- b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (BRASIL, 2002).

Perpassadas a mudança de paradigma do poder familiar, o seu conceito, causas de suspensão e extinção, necessário o início no tema central do presente trabalho.

3.2. Abandono Afetivo e a perda do Poder Familiar

A terminologia abandono afetivo nos leva a idealizar a ideia de que determinada criança ou adolescente tem direito ao afeto no intuito de receber carinho e amor. Nos remete, outrossim, à ideia de que os genitores têm o dever de amar suas proles. Embora a expressão tenha o condão de induzir a tal erro, o seu cerne não segue a mesma linha, uma vez que não se pode obrigar ninguém a amar outrem, e sim a ter o compromisso e a responsabilidade de prestar a assistência e o cuidado exigidos pela relação parental. Nesse sentido, leciona Pereira (2021, p.652):

O abandono afetivo é uma expressão usada pelo Direito de Família para designar o abandono de quem tem a responsabilidade e o dever de cuidado para com um outro parente. É o descuido, a conduta omissiva, especialmente dos pais em relação aos filhos menores, e também dos filhos maiores em relação aos pais. É o não exercício da função de pai ou mãe ou de filho em relação a seus pais

A essência do afeto exercido pelos genitores, portanto, se traduz no sentido de estes acompanharem o desenvolvimento de suas proles, lhes dar atenção e prestar-lhes solidariedade, uma vez que será no âmbito familiar que suas personalidades se desenvolverão.

É nessa toada, portanto, que surge a temática do abandono afetivo e a perda do poder em comento. É sabido que, no que tange ao exercício do poder familiar, a Constituição da República, o Código Civil e o ECA, evidenciam o dever dos pais de criar, assistir e educar os filhos enquanto menores. No entanto, quando da redação dos encargos expostos nos dispositivos em tela, olvidou-se o legislador de consubstanciar o mais importante dever dos pais, o qual seja, o de dar aos filhos o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade (DIAS, 2021, p.139). Importante lembrar, ainda, que a suspensão e a perda do poder familiar ocorrerão quando do descumprimento de tais deveres.

É sabido, outrossim, que as relações familiares hodiernas se sustentam na busca pela felicidade. Dessa forma, assim como se celebra o casamento buscando a felicidade, o seu vínculo poderá ser dissolvido, também, pelo mesmo motivo.

Todavia, a dissolução deste vínculo não pode configurar a dissolução, da mesma forma, do vínculo parental, cabendo aos pais manter a relação para com os filhos de forma neutra e preservada, porém, na prática, não é o que acontece. Nesse sentido, afirma Pereira (2021, p.655):

É nesta busca pela felicidade que os cônjuges se divorciam. Afinal, casa-se para ser feliz e se separa também em busca da felicidade. A dissolução do vínculo conjugal não pode, nem deve significar o rompimento ou alteração do vínculo parental. Aliás, a regra de ouro de uma separação é a instalação de um campo neutro para os filhos, cuja relação com os pais deveria ficar intacta e preservada. Mas nem sempre é o que acontece no fim de um casamento.

Destarte, com o fim do vínculo conjugal é comum, na prática, que o guardião fique com todos os encargos do exercício do poder familiar, exercendo o papel de pai e mãe concomitantemente, a fim de cobrir a ausência do não guardião, que ficará tão só com o pagamento dos alimentos.

Ademais, necessário salientar a importância do afeto nas relações familiares hodiernas, de forma a coadunar-se com o princípio da dignidade da pessoa humana. É tamanha a sua importância que algumas famílias se estruturam tão só com base no afeto, no amor e na busca pela felicidade.

Sob a linha de raciocínio exposta, uma vez que os filhos estejam em situação de abandono não só material, principalmente afetivo, caberia a decretação judicial da perda do poder familiar, à luz dos dispositivos já apresentados, como forma de punição. No entanto, punir o genitor que deixou o filho em abandono tão só lhe retirando o poder familiar, não é uma punição justa e severa, uma vez que não desestimula a sua prática nem atenua os danos psicológicos ocasionados à criança ou adolescente, pelo contrário, dá, ao genitor omissor, o prêmio de não estar mais obrigado a exercer o poder familiar, se fazendo presente na vida da criança ou do adolescente em desenvolvimento. Por derradeiro, discute-se, no Judiciário, a possibilidade de, além da decretação da perda do poder familiar, tornar a prática de abandono afetivo um ato ilícito, visando obter uma indenização por danos morais, cujo escopo será o de atenuar os danos sofridos pela vítima, assunto este que será abordado mais adiante, no capítulo relativo à responsabilidade civil.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de adentrar à temática específica do presente trabalho, imperioso tecer breves considerações acerca do instituto da responsabilidade civil, adentrando no dano moral e, posteriormente, a sua aplicação ao Direito de Família, mormente no que concerne ao dano moral por abandono afetivo.

4.1. Breve histórico e conceito

A terminologia responsabilidade, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.11), teve a sua origem no latim, correspondendo, nesta, ao *spondeo*, e tinha por fito vincular o devedor nos contratos do direito romano. Não obstante, a origem do instituto está umbilicalmente relacionada ao Direito Romano, cuja aplicabilidade encontrava respaldo na concepção da vingança privada, ou seja, era empregado para castigar os causadores de um dano mediante a retribuição de um mesmo mal, uma vez que ainda não havia a figura da reparação para tanto, tendo por consectário a aplicação das penas previstas na Lei de Talião. Tal situação se dava, também, pelo fato de os romanos não distinguirem a finalidade da pena e da reparação, utilizando-as, portanto, como sinônimos. No entanto, sabe-se que, hodiernamente, a pena encontra seu respaldo no Direito Penal, enquanto que a reparação se perfaz no Direito Civil. Somente em momento posterior, com o nascimento da figura da responsabilidade civil extracontratual ou *Lex Aquilia*, é que a reparação do dano em pecúnia fora admitida como forma de compensar os danos sofridos, afastando, por conseguinte, a figura vingativa. Ademais, conforme elucida Flávio Tartuce (2019, p.449), a *Lex Aquilia* surgira em um cenário no qual predominava a regra, no Direito Romano, da responsabilidade sem culpa. Embora este cenário tenha perdurado por um longo período, não fora mantido, uma vez que, com o transcorrer temporal, os romanos evidenciaram as injustiças que poderiam ser perpetradas sem a figura da culpa na apuração da responsabilidade, e com o fito de evitar tal situação, passaram a considera-la eminente para tanto, tornando-se, dessa maneira, a regra no ordenamento jurídico.

Além do mais, evidente que a responsabilidade civil decorre de uma obrigação, no entanto, não se pode confundi-las. Nesse sentido, preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.13):

A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, obrigação e responsabilidade. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.

Destarte, pode-se inferir que, enquanto a obrigação é um dever jurídico originário, a responsabilidade é sucessiva, uma vez que depende da violação de um dever. Não obstante, a fim de complementar o que fora explanado, tem-se que a responsabilidade civil “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019. p.51). Portanto, a responsabilidade civil nada mais é do que imputar aquele que causa um dano o dever de reparar. Para tanto, serão tratadas no subcapítulo posterior, as espécies da responsabilidade, para uma melhor compreensão do tema.

4.2. Da responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana

A fim de empregar uma melhor didática para a explanação do presente instituto, cabe abarcar as suas espécies, sendo elas contratual e extracontratual ou aquiliana, a depender da natureza da norma jurídica que fora violada, conforme conceito pontuado alhures. Nesse sentido, tem-se que a responsabilidade contratual decorre do descumprimento de uma obrigação contratual, cuja consequência encontra-se talhada, genericamente, nos artigos 389 e seguintes do Código Civil. Nesse caso, para a sua ocorrência, é preciso que haja uma relação prévia entre as partes, que já possuem, entre si, normas jurídicas contratuais que as vinculam. Quando do descumprimento da obrigação pactuada no contrato, portanto, surgirá a responsabilidade civil contratual. Isto se dá em decorrência da força obrigatória do contrato, conforme ratifica o brocardo jurídico do *pacta sunt servanda*. A fim de exemplificar a referida espécie, Gonçalves (2017, p.42) evidencia com o seguinte exemplo:

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta,

implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil.

Por outro lado, se estivermos diante da violação direta de uma norma do ordenamento jurídico e, por uma atuação ilícita do agente surtir um evento danoso, ter-se-á a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, cuja previsão encontra-se insculpida nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Nessa esteira, elucidam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.62):

(...), para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na culpa aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.

Além do mais, na responsabilidade civil extracontratual, diferentemente do que ocorre na contratual, “nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.” (GONÇALVES, 2017, p.43).

De mais a mais, tem-se que ambas as responsabilidades possuem tratamentos distintos pelo Código Civil. Nesse sentido, preleciona Gonçalves (2017, p.43):

O Código Civil distinguiu as duas espécies de responsabilidade, disciplinando genericamente a responsabilidade extracontratual nos arts. 186 a 188 e 927 a 954; e a contratual nos arts. 389 e s. e 395 e s., omitindo qualquer referência diferenciadora. É certo, porém, que nos dispositivos em que trata genericamente dos atos ilícitos, da obrigação de indenizar e da indenização (arts. 186 a 188 e 927 e s. e 944 e s.), o Código não regulou a responsabilidade proveniente do inadimplemento da obrigação, da prestação com defeito ou da mora no cumprimento das obrigações provenientes dos contratos (que se encontra no capítulo referente ao inadimplemento das obrigações).

Embora a doutrina majoritária compreenda o caráter dualista de tratamento, há aquelas que argumentam no sentido de um critério unitário, uma vez que os efeitos da responsabilidade são os mesmos em ambas, sendo prescindível, para o entendimento, os seus aspectos. Para tanto, tendo em vista que a temática objeto do presente trabalho versa acerca do dano moral, interessa-nos, assim, discorrer acerca da responsabilidade civil extracontratual, que poderá surtir sob duas

acepções, quais sejam, a existência ou não de culpa, bem como os elementos da responsabilidade civil, os quais serão tratados nos próximos subcapítulos.

4.3. Da responsabilidade subjetiva e objetiva

Ainda quanto às classificações da responsabilidade civil, conforme supracitado, tem-se que a responsabilidade civil extracontratual poderá ser subjetiva ou objetiva, a depender da existência ou não de culpa (em sentido lato) para a sua apuração.

A responsabilidade civil subjetiva tem por esteio a existência da culpa, ou seja, haverá responsabilidade se o agente, causador do dano, agir com dolo ou culpa em sentido estrito. Além do mais, conforme observam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.57), pelo fato de a culpa ou o dolo tratar de um fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, o ônus *probandi* caberá ao autor, isto é, aquele cuja ação de reparação esteja demandando. De mais a mais, a responsabilidade civil subjetiva lastreia-se na teoria da culpa ou teoria subjetiva para tal definição. Tem-se, ainda, intrinsecamente relacionada à responsabilidade civil subjetiva, a responsabilidade presumida, a qual será aplicada não ao causador do dano, diretamente, mas a um terceiro com quem mantém uma relação jurídica. Nessa toada, a culpa será presumida, cabendo, o ônus *probandi* não mais ao autor, mas ao demandado, a quem incumbirá provar que não fora o causador do dano. Além disso, desde o Código Civil revogado, tem-se a figura em comento como regra do ordenamento jurídico privado, sendo que, quando da promulgação do atual Código Civil, o legislador a consubstanciou no texto do artigo 186, o qual será tratado em momento posterior.

Em contrapartida, ter-se-á a responsabilidade objetiva nas hipóteses legais em que a culpa seja prescindível para a responsabilização do agente, bastando, para tanto, a presença de apenas dois elementos da responsabilidade: a conduta e o nexo de causalidade, os quais serão explanados mais adiante. Observa-se que, embora a culpa seja prescindível para tanto, a sua discussão ainda será possível, uma vez que o réu, ora demandado, poderá alegar, em sua defesa, a culpa exclusiva da vítima, por exemplo, eximindo-se da responsabilidade. Aliás, o Código Civil de 2002, a fim de explicitar o nascedouro da responsabilidade civil objetiva e, excepcionando-a, dispôs, no texto do parágrafo único do seu artigo 927, *in verbis*:

“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). Importante rememorar, ainda, que a responsabilidade civil objetiva, no passado, fora a única modalidade empregada quando da aplicação do referido instituto, uma vez que, conforme já pontuado, não se considerava a existência da culpa. Nesse sentido, observa Agostinho Alvim (*apud* Gonçalves, 2017, p.48):

Primitivamente, a responsabilidade era objetiva, como acentuam os autores, referindo-se aos primeiros tempos do direito romano, mas sem que por isso se fundasse no risco, tal como o concebemos hoje. Mais tarde, e representando essa mudança uma verdadeira evolução ou progresso, abandonou-se a ideia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do autor do dano. Atualmente, volta ela ao objetivismo. Não por abraçar, de novo, a ideia de vingança, mas por se entender que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade.

4.4. Elementos

Diante do ora exposto, imperioso trazer à baila os elementos básicos que fundamentam o instituto da responsabilidade civil. Assim, para identificarmos tais elementos, necessário se faz analisarmos o texto do artigo 186 do Código Civil de 2002, que é o pilar da responsabilidade civil extracontratual e traduz a ideia de que, não é dado a ninguém a permissão de causar prejuízo a outrem, *in verbis*: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002). Dessarte, analisando o texto alhures, segundo preceituam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.69), há de se extrair três elementos: a) conduta humana (ação ou omissão), b) dano ou prejuízo, e por último, c) nexos de causalidade. Incumbe mencionar quanto ao assunto que, embora a doutrina pontue tão só três elementos, há aquelas que entendem ter um quarto, o qual seja, a culpa em sentido lato, a qual engloba a culpa em sentido estrito, bem como o dolo. Com o intento de destrinchar a definição de cada elemento de maneira didática e sintética, seguir-se-á a linha de raciocínio dos autores Gagliano e Pamplona Filho, em sua obra *Novo Curso de Direito Civil, volume 3, que versa acerca da Responsabilidade Civil* (2019, p.72).

4.4.1. Conduta humana

Primeiro elemento caracterizador da responsabilidade civil, a conduta humana, seja positiva (ação) ou negativa (omissão), deve ser voluntária, como bem expressa o texto do artigo 186 do CC/02. Nessa esteira, afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.72-73):

O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.

Restando ausente a voluntariedade do agente na conduta humana, não há que se falar em responsabilidade civil. Assim, imprescindível a presença do elemento volitivo para tanto na seara civil, bem como o é para o Direito Penal. Ademais, o requisito em comento significa tão só que o agente causador do dano tinha consciência do que estava fazendo, não necessariamente que tinha a intenção de causar o dano. Nessa toada, entende-se como consciência: “(...), o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p.74).

Não obstante, extraído-se do texto do artigo 186 do Código Civil, tem-se que a conduta poderá ser classificada como: positiva ou negativa. Assim como o é para o Direito Penal, a conduta positiva, na seara cível, consiste em uma atuação positiva do agente causador do dano; ação, ao passo que, a conduta negativa consiste em uma atuação negativa, uma omissão do agente que, por uma simples abstenção, viola uma norma mandamental, acarretando, dessa maneira, eventual dano.

A doutrina traz, ainda, como mais um requisito ensejador da conduta humana, a presença da ilicitude para tanto, isto é, a conduta voluntária do agente deve estar, necessariamente, revestida de ilicitude, de forma a transgredir um dever contrário ao ordenamento jurídico. Todavia, para Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.78), a responsabilidade poderá existir ainda que não haja, necessariamente, antijuridicidade e, por este motivo, não há que se falar que a ilicitude acompanha a conduta humana, ensejadora da responsabilidade civil. Desta forma, pode-se dizer que, via de regra, a ilicitude se fará presente quando da violação a uma norma do ordenamento jurídico, entretanto, nem sempre a ilicitude se fará presente, uma vez

que a própria norma pode ser lícita. Nessa órbita, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.79) exemplificam com o seguinte caso:

no caso da passagem forçada, o dono do prédio encravado sem acesso à via pública, nascente ou porto, tem o direito de constranger o vizinho a lhe dar passagem, mediante o pagamento de indenização cabal (art. 1.285, CC/2002).

Portanto, em síntese, a conduta ensejará a aplicação da responsabilidade civil se for humana, voluntária e tiver uma atuação positiva ou negativa, isto é, uma ação ou omissão.

4.4.2. Dano ou prejuízo

Concebido como o segundo elemento caracterizador da responsabilidade civil, a existência do dano ou prejuízo é indispensável para a sua apuração, uma vez que, sem este, não haverá de se falar em indenização, seja na responsabilidade civil contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva. Nessa toada, Sérgio Cavalieri Filho (2014, p.92-93), pontua que não há uma definição legal de dano, razão pela qual há diversidades de conceito e modalidades, sendo que a doutrina e a jurisprudência partem de uma premissa muito ampla, definindo-o pela extensão de suas consequências, de fato, como um prejuízo. Em contrapartida, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.82) conceituam o dano ou prejuízo como sendo “a lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.” Extraindo-se do conceito suso mencionado, tem-se que o dano poderá se dar tanto de forma patrimonial como extrapatrimonial ou moral, ou seja, relativo a direitos que fogem da esfera do patrimônio da vítima do dano ou prejuízo, como no caso de uma violação aos direitos da personalidade.

Haja vista a presença do dano ensejar o pagamento de uma indenização, tem-se por definição do ato de indenizar:

(...) reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o statu quo ante, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. (GONÇALVES, 2017, p.422).

Pode-se concluir, destarte, que, uma vez que a reparação do dano é oriunda de uma sanção imposta ao seu causador como forma de compensar o lesado, eis que, conforme citado acima, nem sempre é possível restaurar o *statu quo ante*, se faz necessária a compensação mediante uma prestação pecuniária.

De mais a mais, incumbe mencionar, brevemente, acerca das modalidades do dano, cujo assunto será abordado minuciosamente em capítulo específico. Dessarte, a doutrina costuma elencar as modalidades de dano em patrimonial e moral ou extracontratual. Com relação ao dano patrimonial, Sérgio Cavalieri Filho (2014, p.93-94) o conceitua nos seguintes termos:

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente.

Ainda nessa esteira, o dano material ou patrimonial representa uma diminuição no patrimônio da vítima. Ademais, tem-se que os danos materiais ou patrimoniais são analisados sob dois vieses. São eles: a) o dano emergente, que corresponde ao prejuízo de fato sofrido pela vítima, isto é, o que a vítima perdeu; e, b) os lucros cessantes, correspondentes ao que a vítima deixou de lucrar, ou seja, o que a vítima deixou de ganhar em decorrência do dano.

Analisado o dano patrimonial ou material sinteticamente, tem-se, ainda, o dano moral ou extrapatrimonial, ou seja, aquele que atinge a natureza personalíssima da vítima. Imprescindível mencionar, entretanto, que não há um conceito legal para o dano moral, o que enseja, novamente, diversas nuances para a sua definição. Nesse sentido, surgem diversidades de conceitos:

Há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que, na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material. Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame sofrimento, desconforto, humilhação - enfim, dor da alma. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.106).

Dessa forma, é possível vislumbrar as diversidades conceituais que orbitam o dano moral, motivo pelo qual será tratado minuciosamente em capítulo específico, abarcando, também, o dano moral no abandono afetivo. Entretanto, eminente pontuar, antes da finalização do presente subcapítulo, que a doutrina apresenta

outras espécies de dano, como, por exemplo, o dano reflexo ou em ricochete; danos coletivos, difusos e a interesses individuais homogêneos. Porém, haja vista o presente trabalho concentrar-se na análise do dano moral pela prática do abandono afetivo, limitar-nos-emos ao estudo do referido tema.

4.4.3. Nexo de causalidade

Terceiro pressuposto da responsabilidade civil, o nexo de causalidade é o responsável por atribuir à determinada pessoa a obrigação de indenizar em decorrência da prática de um dano. Todavia, para que seja possível atribuir respectiva obrigação, imprescindível que seja demonstrada a relação de causalidade entre a conduta (ação ou omissão humana e voluntária) e o resultado (dano), uma vez que, sem esta demonstração, não há de se falar na obrigatoriedade de indenizar.

Em cotejo com o Direito Penal, tem-se o nexo de causalidade como um dos elementos da conduta, o qual é responsável por relacionar a conduta do agente com eventual resultado, uma vez que, somente com a presença deste, é se fará possível atribuir a responsabilidade jurídica ao agente. Da mesma forma o é para o Direito Civil na seara da Responsabilidade Civil. Ocorre que, embora seja simples compreender a definição básica do nexo de causalidade, questiona-se:

(...) qual o critério que poderemos utilizar para chegar à conclusão de que, no concurso de várias circunstâncias, uma dentre elas é que foi o fator determinante do prejuízo? A resposta a essa pergunta constituiu um dos problemas mais debatidos em direito, pelo menos desde há um século, pois só nos meados do século passado é que ele passou a tomar uma forma definida. (GONÇALVES, 2017, p.413).

Não obstante, pode-se concluir que não há unanimidade doutrinária quanto aos critérios utilizados para fins de definição do nexo de causalidade. Em complemento, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.145) elucidam:

Lamentavelmente, entretanto, esta matéria é muito mal compreendida — talvez por ser mal explicada — gerando dúvidas e, frequentemente, levando os tribunais a adotarem posicionamentos confusos em torno do mesmo objeto de investigação, o que só acarreta prejuízo à segurança jurídica e descrédito ao Poder Judiciário.

Assim, portanto, como forma de melhor compreensão acerca do terceiro elemento caracterizador da responsabilidade civil, a doutrina elenca três teorias

passíveis de elucidar o nexo de causalidade. São elas: a) teoria da equivalência das condições; b) teoria da causalidade adequada; c) teoria da causalidade direta ou imediata. Para fins de melhor didática acerca do tema, far-se-á breves considerações acerca de tais teorias, bem como, ao fim, será pontuado qual teoria fora adotada pelo Código Civil de 2002.

Pela teoria da equivalência das condições, também conhecida por *conditio sine qua non*, tudo que concorrer para a produção do resultado (evento danoso), será considerado causa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p.145). Dessa forma, pode-se concluir que, se as causas tiverem relação com o evento danoso, ser-lhe-á atribuída a equivalência com todas as outras. Ainda segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.145): “esta teoria é de espectro amplo, considerando elemento causal todo o antecedente que haja participado da cadeia de fatos que desembocaram no dano.”

Importante mencionar que a teoria da equivalência das condições é adotada pelo Código Penal Brasileiro no texto do seu artigo 13, justamente para definir a relação de causalidade. Outrossim, o Código Penal entende, como sendo causa, toda aquela sem a qual o resultado não teria ocorrido. Destarte, utilizando-se da eliminação hipotética, poder-se-ia afirmar que, quando de sua retirada, o resultado não teria ocorrido. Nessa toada:

(...) pode-se extrair uma fórmula de eliminação hipotética (de Thyrén), segundo a qual causa seria todo o antecedente que, se eliminado, faria com que o resultado desaparecesse. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p.146).

Há de se mencionar, no entanto, que, a teoria da *conditio sine qua non* poderia levar a apuração da relação de causalidade *ad infinitum*, porquanto considera causa todo antecedente que tenha o condão de produzir o resultado danoso. Nesse sentido, Gonçalves (2017, p.415) aduz acerca das críticas recebidas por tal teoria, bem como exemplifica o seu regresso ao infinito para a definição de causa:

Tem, por isso, recebido críticas, como, por exemplo, as de que o nascimento de uma pessoa não pode, absolutamente, ser tido como causa do acidente de que foi vítima, embora possa ser havido como condição sine qua non do evento; na hipótese de um homicídio, poderia fazer-se estender, segundo tal teoria, a responsabilidade pelo evento ao próprio fabricante da arma com a qual o dano se perpetrou; ou talvez se tivesse de responsabilizar, também, como partícipe do adultério, o marceneiro que fez a cama na qual se deitou o casal amoroso.²⁰

Haja vista os infortúnios da teoria em comento, o Código Civil brasileiro não a adotou.

A segunda teoria, qual seja, a da causalidade adequada entende que

(...) somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada. (GONÇALVES, 2017, p.415).

Nessa íntegra, diferentemente do que ocorre na teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada tem como causa aquela que, de fato, estava apta a produzir o resultado danoso, isto é, aquela que era mais apropriada para tanto. Logo, para a sua apuração, haverá de ser feito um juízo de probabilidade, conforme experiência do julgador. Nesse sentido, “(...) para se considerar uma causa “adequada”, esta deverá, abstratamente, e segundo uma apreciação probabilística, ser apta à efetivação do resultado.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.148).

Não obstante a teoria da *conditio sine qua non* ser inconveniente quanto ao seu regresso *ad infinitum*, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.149) prelecionam:

Se a teoria anterior peca por excesso, admitindo uma ilimitada investigação da cadeia causal, esta outra, a despeito de mais restrita, apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso.

Logo, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro não adotou a teoria em comento.

Por fim, a terceira teoria, qual seja, a da causalidade direta ou imediata fora desenvolvida no Brasil utilizando-se de conceitos mistos, isto é, tanto da teoria da equivalência das condições, quanto da causalidade adequada. Assim, para esta teoria, segundo Gonçalves (2017, p.416):

Requer ela haja, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. É indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução.

Ante o conceito acima mencionado, tem-se que, para esta teoria, responderá, o agente, pelos danos que ocasionou diretamente. Tal entendimento encontra-se expresso no texto do artigo 403 do Código Civil, que aduz:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL, 2002).

Diante do exposto, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.152), esta lhes parece ser a teoria mais adequada, porquanto não apresenta inseguranças jurídicas como as outras duas ora apresentadas. No entanto, quanto à adoção pelo Código Civil brasileiro, não há, na doutrina, unanimidade. Nesse sentido:

Respeitável parcela da doutrina, nacional e estrangeira, tende a acolher a teoria da causalidade adequada, por se afigurar, aos olhos destes juristas, a mais satisfatória para a responsabilidade civil. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p.146).

Em contrapartida, há aqueles que optam por seguir a teoria da causalidade direta e imediata, como é o caso de Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.153), bem como Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.416).

Logo, o legislador não adotou uma teoria em específico, motivo pela qual, em muitos dos casos, há divergência jurisprudencial acerca da apuração do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso.

5. DANO MORAL

Conforme previsto no item 4.4.2 do presente trabalho, mister, neste momento, trazermos, novamente, o conceito do dano moral ora mencionado, complementando-o para fins de melhor elucidação quando do desenvolvimento de sua aplicação no abandono afetivo.

Haja vista não haver definição legal do dano moral, Cavalieri Filho (2014, p.106) afirma:

(...), há conceitos para todos os gostos. Há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que, na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material. Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação - enfim, dor da alma.

Ainda nessa esteira, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.108), assim o conceituam:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Frise-se, portanto, não haver, na doutrina, unanimidade acerca do conceito do dano moral minuciosamente, embora em muitos dos casos, os conceitos sejam consonantes uns aos outros. Ademais, uma vez que o dano moral ou extrapatrimonial incide sobre os direitos personalíssimos da vítima, segundo citado alhures, tem-se como tais aqueles elencados expressamente nos artigos 11 a 21 do Código Civil, os quais são classificados, em dois grupos:

(...) (i) direitos a integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo; e (ii) direitos a integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos a vida privada, a intimidade, a honra, a imagem, dentre outros. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.106).

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, esta deu nova roupagem ao dano moral, uma vez que consubstanciou expressamente em seu artigo 3, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa brasileira, fato que levou o ser humano ao centro de tutela no ordenamento jurídico. Nesse diapasão:

Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.106).

Outrossim, a Constituição Federal assegura, expressamente, no texto do seu artigo 5º, V e X, a possibilidade de se pleitear indenização por danos morais quando da violação aos direitos da personalidade, *in verbis*:

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

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

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

Destarte, haja vista a tutela garantida pela Carta Magna no que tange à indenização por dano moral quando da violação ao direito da personalidade, cuja dignidade da pessoa humana é essência, Cavalieri Filho (2014, p.107), assim preleciona:

Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão a sua dignidade.

Logo, infere-se que o dano moral restará caracterizado ante uma agressão ou violação à dignidade da vítima. Além do mais, diante da respectiva tutela constitucional, Cavalieri Filho (2014, p.106) ainda conceitua o dano moral sob dois vieses distintos: em sentido amplo e em sentido estrito. O dano moral visto em sentido estrito é justamente a violação do direito à dignidade; por outro lado, o dano moral em sentido amplo, é compreendido como a violação a um ou alguns dos direitos da personalidade. Tem-se, desse modo, que este último viés do dano moral ensejou novos direitos da personalidade, tais como: “a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p.108).

Destarte, tendo em vista que o dano moral está intrinsecamente relacionado aos direitos subjetivos da pessoa humana, ou seja, aos seus direitos personalíssimos e à sua dignidade humana, muito se discutia, quando do seu surgimento, acerca da natureza da reparação do dano moral, uma vez que a indenização decorrente deste não restauraria a violação aos referidos direitos e, portanto, havia imoralidade na compensação do dano moral em pecúnia, também conhecida por *pretio doloris* (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p.133).

Hodiernamente, no entanto, a doutrina vem adotando posicionamento contrário a este, justamente pelo advento da Carta Magna. Destarte, embora a indenização decorrente do dano moral não retorne a vítima ao *statu quo ante*, como o é no dano material ou patrimonial, aquela terá natureza satisfatória, ou seja, poderá propiciar, à vítima, atenuações em seu sofrimento, compensando-a razoavelmente. Nesse sentido, lecionam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.134) diante do exposto:

Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória. Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, em sua honra, nome profissional e família, não está definitivamente pedindo o chamado *pretio doloris*, mas apenas que se lhe propicie uma forma de atenuar, de modo razoável, as consequências do prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que pretende a punição do lesante.

Logo, é possível presumir, pelo exposto alhures, que o legislador, quando da previsão acerca de se pleitear danos morais decorrentes da violação à dignidade da pessoa humana ou a um ou alguns de seus direitos da personalidade, teve, por fito, compensar a vítima acerca das consequências acarretadas pelo resultado danoso em sua vida, em seu subjetivo e em seu psicológico.

5.1. Dano moral no abandono afetivo

Considerando todo o desenvolvimento acima e, tendo em vista tratar-se do tema central deste trabalho, far-se-á, aqui, as considerações acerca do dano moral no Direito de Família, mormente, como mecanismo hábil a desestimular a prática de abandono afetivo, trazendo à baila alguns julgados acerca da temática.

Sabe-se que o abandono afetivo, em síntese, decorre da omissão daquele que tem a responsabilidade e o dever de cuidado para com a prole, ou seja, é o descuido, o *non facere*. Outrossim, sabe-se que a expressão “abandono afetivo” nos leva ao equívoco de inferir tratar-se exclusivamente da ausência de afeto ou de amor, quando, na verdade, o objeto tutelado é o dever de cuidado e atenção à prole. Além do mais, não se pode olvidar os danos psicológicos advindos ante a prática do abandono em comento.

De mais a mais, no que tange à aplicabilidade do dano moral pela prática de abandono afetivo, pleiteando a respectiva indenização, há aqueles com predisposição contrária, cujo fundamento é de que o amor não tem preço e, portanto, não caberia a indenização em pecúnia para tanto, acrescentando a este a impossibilidade de se obrigar a amar. Contudo, conforme outrora pontuado, o abandono afetivo não está relacionado diretamente ao afeto ou amor, mas ao dever de cuidado e atenção, ao comprometimento no desenvolvimento pessoal da criança ou do adolescente. Nesse sentido, melhor elucida a Ministra Nancy Andrighi, no trecho de um de seus votos:

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. 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 tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.** (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.159.242 – SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 10/05/2012) (**grifo nosso**).

Ante o julgado, infere-se que o ato ilícito do respectivo dever de indenizar é, tão só, a omissão quanto aos deveres de cuidado e atenção, não a falta de amor (BICCA, 2015, p.34-35). Ressalte-se, ainda, que, segundo a Ministra Nancy Andrighi “amar é faculdade, cuidar é dever”. Dessa forma, embora não seja possível obrigar a amar, é possível exigir os respectivos deveres de cuidado e atenção, obstaculizando o *non facere* de um dos genitores.

Ainda no que concerne ao dano moral pela prática em tela, Bicca (2015, p.37) nos traz a figura do dano *in re ipsa*, ou seja, “aquele que, pela própria dimensão do fato, fica impossível pelo senso comum imaginar que o dano não tenha ocorrido.” O Autor em tela traz à baila esta figura sob o argumento de que, alguns doutrinadores partem da premissa da necessidade de se comprovar os danos, prejuízos ou abalo psicológico em virtude do abandono; no entanto, o Autor elucida a temática da seguinte maneira:

Alguns doutrinadores ainda insistem na importância da comprovação dos danos sofridos, prejuízos, patologias, abalos psicológicos e sequelas desenvolvidas decorres do abandono nos casos de descumprimento do *poder familiar*. Confesso que não consigo, em hipótese alguma, aderir a tal pensamento, visto que o dano sofrido pela criança abandonada pelos pais é do tipo *in re ipsa*, ou seja, decorre da própria causa, é presumido e sequer precisa ser comprovado, por ser mais do que evidente. (BICCA, 2015, p.37-38).

De forma a corroborar com o fundamento alhures, o Autor também cita o seguinte trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp nº 1.159.242-SP:

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.159.242 – SP. Relatora: Ministra Nancy Andrigli, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 10/05/2012).

Portanto, pode-se inferir que, quando do julgamento do julgado em tela, não houve, sequer, a necessidade de comprovação dos danos ocasionados pelo abandono, uma vez que este será presumido.

Não se pode olvidar, ainda, acerca dos danos psicológicos advindos ante a ausência da prole em convívio com seus genitores. Nessa esteira, Maria Berenice Dias (2021, p.141), citando o enunciado 8 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, aduz:

A falta de convívio com os pais, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severos danos psicológicos a comprometer o desenvolvimento saudável dos filhos. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais mercedores de reparação. A ausência da figura paterna pode tornar os filhos pessoas inseguras. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo.” Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência de sequelas psicológicas deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.

Tem-se, dessa forma, evidente a necessidade de se utilizar de tal mecanismo para tentar, ao menos, reduzir o abalo psicológico ocasionado. Ademais, cabe mencionar que a prática do abandono afetivo se tornou comum e frequente na nossa sociedade, mormente quando da dissolução da sociedade conjugal. Nessa seara, tem-se que a demanda de indenização por danos morais ante o *non facere* do genitor quanto ao exercício do poder familiar tornou-se frequente no Judiciário, porquanto, na maioria dos casos, as mães ou os próprios filhos já tentaram aproximar o genitor da criança por diversas vezes, mas, não obtiveram sucesso, restando, destarte, a via judicial para tanto. Com o fito de elucidar a análise de tal ponto, Pereira (2021, p.662) leciona:

(...) não é o valor da indenização que vai recompor ou restituir o afeto negado ou omitido aos filhos. Certamente, quando esses filhos chegaram às barras dos tribunais, já haviam esgotado todas as formas consensuais de tentativas de aproximação com seus pais.

Quanto à temática, com o intuito de evidenciar a aplicabilidade dos danos morais pela prática do abandono afetivo, bem como os fundamentos para tanto, a ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assim elucida:

CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO MATERIAL E AFETIVO DA FILHA POR PARTE DO GENITOR. TRAUMA PSICOLÓGICO CARACTERIZADO. EXISTÊNCIA DE CONCAUSALIDADE. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. INOCORRÊNCIA. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO.

1. No âmbito das relações familiares, para a configuração da responsabilidade civil, no caso de abandono afetivo, deve ficar comprovada a conduta omissiva ou comissiva do genitor, quanto ao dever jurídico de cuidado com o filho, bem como o dano, caracterizado pelo transtorno psicológico sofrido e o nexo causal entre o ilícito e o dano suportado, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

2. Em hipóteses excepcionais, quando configuradas trauma psicológico decorrente do descaso do genitor perante a prole, é cabível indenização por abandono afetivo, em virtude do descumprimento legal do dever jurídico de cuidado, necessários à adequada formação psicológica e inserção social da prole.

3. Demonstrado que o genitor, por omissão voluntária, deixou de observar o dever jurídico de cuidado, previsto nos artigos 227 e 229, da Constituição Federal e no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, causando trauma psicológico à autora, conforme laudo pericial produzido nos autos, tem-se por caracterizado ato ilícito passível de indenização.

4. A existência de concausas, por si só, não ilidi o nexo causal, tampouco afasta a responsabilidade civil daquele que, com sua conduta ilícita, causou dano a outrem, razão pela qual o genitor omissor deve responder pelos danos experimentados pela prole, na proporção em que concorreu para o evento danoso.

5. Para a fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, deve o magistrado levar em consideração as condições pessoais das partes, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa do réu para a ocorrência do evento.

6. Recurso de Apelação conhecido e parcialmente provido. (DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 20140112004114APC (0038871-94.2014.8.07.0016), Relatora: Desembargadora NÍDIA CÔRREA LIMA, Data de Julgamento: 21/03/2019, 8º Turma Cível, Data da Publicação: 09/04/2019) **(grifos nosso)**.

Ainda, em trecho do referido julgado, a Desembargadora assim define o abandono afetivo na fase de fixação do *quantum* indenizatório:

Considerando só os meses, foram 223 (até 26 de fevereiro de 2019, data de elaboração deste voto); ou 971 semanas ou, ainda, 6.795 dias e noites.

Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não compreende as noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias. (DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 20140112004114APC (0038871-94.2014.8.07.0016), Relatora: Desembargadora NÍDIA CÔRREA LIMA, Data de Julgamento: 21/03/2019, 8º Turma Cível, Data da Publicação: 09/04/2019) **(grifo nosso)**.

Ante o exposto, pode-se inferir a importância da figura do dano moral aplicado à prática do abandono afetivo como medida hábil a desestimular, a frear a referida omissão. Nessa toada, Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p.660), assim corrobora:

Os caracteres punitivo e o preventivo, aliados a uma necessidade pedagógica, da sanção civil, podem significar um freio ao ato danoso. O filho não escolheu nascer, mas os pais, ao contrário, são responsáveis e devem ser responsabilizados pelo seu nascimento. Poderiam ter evitado, e se não o fizeram, assumiram o risco da provável concepção. Uma vez nascido o filho, tenha sido ele planejado ou não, desejado ou não, os pais devem cumprir a obrigação jurídica de criá-los e educá-los.

Logo, o Autor citado alhures deixa clara a necessidade de se utilizar da aplicação de dano moral para frear a sua prática, porquanto os genitores possuem plena consciência acerca de suas obrigações jurídicas para com a prole e, ainda, por esta se encontrar em relação de dependência e vulnerabilidade, o que acarreta, conseqüentemente, na violação aos princípios reguladores das relações familiares, mormente, da solidariedade e do afeto e, por óbvio, à dignidade humana.

Haja vista o nosso ordenamento jurídico brasileiro não dispor, como ilícito civil, a prática do abandono afetivo, há projeto de lei tramitando na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que fora recebido pelo nº 3212/2015, de autoria de Marcelo Crivella – PRB/RJ, apresentado no dia 06 de outubro de 2015, o qual visa, justamente, tornar a prática do abandono afetivo em ilícito civil. No entanto, este segue na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania para votação até o presente momento. Logo, enquanto não finalizado o processo legislativo do referido projeto, dever-se-á utilizar, para fins de responsabilização ante a conduta negativa, de julgados anteriores feitos pelos tribunais, visando dar respaldo à criança ou adolescente que sofrera psicologicamente ante a conduta e, conseqüentemente, resguardando a sua dignidade e seus direitos da personalidade.

6. CONCLUSÃO

Discorrer acerca da aplicabilidade do dano moral como sanção à prática de abandono afetivo demanda a abordagem de institutos não só relativos a famílias, bem como do instituto concernente à responsabilidade civil, mormente, o dano moral. Destarte, conforme apontado alhures, a prática do abandono afetivo decorre do descumprimento do exercício do poder familiar. No entanto, a única sanção prevista pelo legislador ordinário ante a prática em tela, fora tão só a perda do referido poder. Embora o nosso Código Civil de 2002 ainda dê prevalência ao poder familiar, este não é mais tido como referência, motivo pela qual não há eficácia na sua aplicabilidade e, portanto, não há desestímulo da prática.

Tem-se que a Constituição Federal de 1988, visando regular e proteger a família e suas entidades, principalmente, os seus membros, trouxe, como princípio fundamental a solidariedade e o afeto, ambos pautados na dignidade da pessoa humana. Hodiernamente há entidades familiares constituídas tão só com base no afeto, tornando-o valor jurídico. Assim, o pedido de indenização por danos morais fundamenta-se não no abandono afetivo propriamente dito, isto é, na ausência de amor ou carinho, porquanto, conforme mencionado, o abandono afetivo não se trata de amor, mas da ausência de atenção e cuidados para com a prole. Inclusive, incumbe reiterar o fato de ser impossível obrigar alguém a amar outrem, no entanto, é dever que este outrem dê atenção e cuide. Outrossim, a indenização não tem por finalidade precípua punir ou permitir a vingança do filho ao genitor, mas tão só reparar os danos e eventuais abalos psicológicos sofridos por este filho, resguardando a sua dignidade.

É frequente, nos dias atuais que, quando da ocorrência do divórcio entre os genitores, um deles seja detentor da guarda da criança ou adolescente, enquanto ao outro, incumbirá o dever de prestar alimentos e visitas. Contudo, na prática, é comum que o genitor que não detém a guarda acabe por prestar, tão somente, os alimentos, olvidando-se das visitas, da atenção a ser dispensada, bem como dos cuidados. Além do mais, sabe-se, outrossim, que a criança/adolescente desenvolve a sua personalidade no âmbito familiar e, uma vez que vivencia experiências traumáticas ou de abandono, correrá grande risco de desenvolver-se carregando essa bagagem emocional de infância.

Logo, quando do nascimento de uma criança, esta demandará cuidados, atenção e, por óbvio, carinho, uma vez que são seres dependentes e vulneráveis. Havendo omissão de tais deveres, poderá o lesado pleitear a indenização por danos morais, uma vez que, conforme outrora citado, há uma conduta ilícita responsável por acarretar um dano psicológico, cujo nexo de causalidade é justamente a omissão do genitor para com a prole. Frise-se que, antes de se pleitear o requerimento em tela, as partes já tentaram contatar o genitor na esfera extrajudicial para atenuar a situação, no entanto, não tiveram sucesso. Assim, a via judicial para o pedido de indenização é a última hipótese de a parte obter uma reparação e, conseqüentemente, atenuar todos os efeitos sofridos pelo abandono afetivo. Por fim, a indenização por danos morais ante a prática de abandono afetivo é medida hábil a desestimular que genitores ajam desta maneira, de forma a resguardar a dignidade da criança/adolescente.

Referências

BICCA, Charles. **Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos**. Brasília: OWL, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3212/2015**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>. Acesso em: 09 de setembro de 2021.

BRASIL. [(Constituição da República de 1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 março de 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04 de maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04 maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 maio de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 10/05/2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2021.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 20140112004114APC** (0038871-94.2014.8.07.0016), Relatora: Desembargadora Nídia Côrrea Lima, Data de Julgamento: 21/03/2019, 8º Turma Cível, Data da Publicação: 09/04/2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, vol. 3: Responsabilidade Civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 4: Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 6: Direito de Família**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flavio. **Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021.

TARTUCE, Flavio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil: volume 2**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.