

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HELOÍSA KOTINSKI BURTET

A TEORIA DO DESAMOR: DA AFETIVIDADE À IMPRESCRITIBILIDADE

Florianópolis

2022

HELOÍSA KOTINSKI BURTET

A TEORIA DO DESAMOR: DA AFETIVIDADE À IMPRESCRITIBILIDADE

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Renata Raupp Gomes

Coorientadora: Prof.^a Dr.^a Carolina Medeiros
Bahia

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Burtet, Heloísa Kotinski

A teoria do desamor : da afetividade à
imprescritibilidade / Heloísa Kotinski Burtet ;
orientadora, Renata Raupp Gomes, coorientadora, Carolina
Medeiros Bahia , 2022.

90 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Abandono afetivo. 3. Responsabilidade
civil. 4. Prescrição. 5. Deveres paterno-filiais. I. Gomes,
Renata Raupp. II. Bahia , Carolina Medeiros. III.
Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Direito. IV. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A Teoria do Desamor: da afetividade à imprescritibilidade” elaborado pelo(a) acadêmico(a) Heloísa Kotinski Burtet, defendido em **06/12/2022** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 06 de Dezembro de 2022



Renata Raupp Gomes
Professor Orientador



Ariani Bortolatto
Membro de Banca



Karolainy do Nascimento Coelho
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Heloísa Kotinski Burtet
Matrícula: 18105238
Título do TCC: A Teoria do Desamor: da afetividade à imprescritibilidade
Orientador(a): Renata Raupp Gomes
Coorientador(a): Carolina Medeiros Bahia

Eu, Heloísa Kotinski Burtet , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 06 de dezembro de 2022.

Heloísa K. Burtet

HELOÍSA KOTINSKI BURTET

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Deisi Kotinski Burtet e Luiz Gustavo Burtet, por todo suporte material e emocional ao longo desses cinco anos. Vocês foram os pilares para a concretização desse sonho, e sou imensamente grata pelo amor incondicional depositado, e por sempre terem acreditado em mim.

Agradeço à minha Professora Orientadora, Renata Raupp Gomes, pelos ensinamentos ao longo curso, pelas orientações e por sempre ter desenvolvido um espaço aberto para diálogo que permitiu a minha identificação com a temática.

Agradeço à minha Professora Coorientadora, Carolina Medeiros Bahia, pelo cuidado e orientação ao longo do processo, e principalmente, por ter despertado em mim o interesse pelo magistério.

Ainda, agradeço à minha querida amiga, Luiza Dutra Miranda, pelas orientações e discussões que engrandeceram a abordagem temática, pelo carinho e preocupação para a concretização desse desafio.

Agradeço também, a todos os amigos que me acompanharam nessa linda e turbulenta jornada. Vocês tornaram o caminhar desses anos muito mais leves, e sou extremamente grata por ter tido a oportunidade de dividir os anseios e conquistas dessa fase ao lado de cada um.

Por fim, agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina, por ter sido um espaço de desenvolvimento pessoal e profissional, e igualmente, por ter aberto portas e mundos diferentes que me permitiram viver as melhores experiências possíveis.

Faltava-lhe uma parte, e ele não era feliz. Então partiu em busca de encontrar a outra parte. Enquanto rolava, cantava essa canção: 'Oh, busco a parte que falta em mim, a parte que falta em mim; ai-ai-io, assim eu vou, em busca da parte que falta em mim. (Shel Silverstein, 2018).

RESUMO

A presente pesquisa apresenta como temática central a análise do abandono afetivo paterno-filial, com o intuito de defender a possibilidade de indenização por danos morais nestes casos, bem como a imprescritibilidade da pretensão destas ações diante do estudo da Teoria do Desamor, de Giselda Maria Fernandes Moraes Hironaka. Nessa senda, o abandono afetivo se estabelece como uma omissão parental no que tange aos deveres de cuidado positivados no ordenamento brasileiro, que ensejam danos sérios à psique do filho abandonado. É nesse contexto em que verifica-se que, diante de um prejuízo anímico, decorrente de negligência parental, deve ser reconhecida a responsabilidade civil por danos morais. Assim, o estudo busca demonstrar, objetivamente, que todos os pressupostos necessários para promover uma ação indenizatória – conduta, culpa, dano e nexo – estão presentes no abandono afetivo. Outra questão relevante diz respeito ao prazo prescricional empregado pelos Tribunais Pátrios ao julgarem tais casos. Utilizam-se da prescrição da responsabilidade civil de três anos, a contar da maioridade, o que faz com que o filho que foi abandonado só possa entrar com a ação indenizatória até os vinte e um anos de idade. Todavia, diante das peculiaridades dos danos anímicos causados por abandono afetivo, isto é, por se tratarem de lesões a direitos da personalidade, que perduram ao longo do tempo, e que é difícil saber a partir de qual momento o dano da psique foi gerado, acredita ser necessário o reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão dessas ações. Para tanto, a metodologia empregada foi a dedutiva, partindo da revisão bibliográfica geral das teorias do desamor, da responsabilidade civil e da prescrição para a análise específica das consequências acarretadas aos filhos que sofrem abandono afetivo ante atos de negligência parental.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Teoria do desamor. Responsabilidade Civil. Imprescritibilidade. Direitos da personalidade.

ABSTRACT

This research presents as a central theme the analysis of filial paternal affective abandonment in order to defend the possibility of compensation for moral damages in these cases, as well as the imprescriptibility of the claim of these actions, according to the study of Giselda Maria Fernandes Moraes Hironaka's Theory of lack of love. In this path the affective abandonment is established as a parental omission regarding the duties of care established in the Brazilian legal system that entails serious damage to the psyche of the abandoned child. It is in this context that it's verified that in the face of an emotional damage, resulting from parental negligence, civil liability for moral damages must be recognized. Thus, the study seeks to objectively demonstrate that all the assumptions necessary to promote an indemnity action - conduit, fault, damage and nexus - are present in affective abandonment. Another relevant issue concerns the statute of limitations used by the country's courts when judging such cases. The statute of limitations for civil liability of three years is used, starting from the age of majority, which means that the abandoned child can only file an indemnity action up to the age of twenty one. However, the peculiarities of the psychic damage caused by affective abandonment that is because they are injuries and rights of the personality, which last over time and which is difficult to know from what moment the damage to the psyche was generated, they believe that it is necessary to recognize the non-prescriptibility of the pretension of these actions. For this purpose, the methodology used was deductive, starting from a general graphic review of the theories of lack of love, civil liability and prescription for the specific analysis of the consequences for children who suffer emotional abandonment in the face of acts of parental neglect.

Keywords: affective abandonment; theory of the lack of love; civil liability; non-prescriptibility; rights of personality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A CONCEPÇÃO DO ABANDONO AFETIVO	11
2.1	A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	12
2.2	OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE REGEM O DIREITO DE FAMÍLIA	18
2.2.1	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	18
2.2.2	Princípio da Solidariedade Familiar	20
2.2.3	Princípio da Afetividade	22
2.2.4	Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	24
2.2.5	Princípio da igualdade de filiação.....	25
2.3	A TEORIA DO DESAMOR	26
3	A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO	33
3.1	ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	33
3.2	A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NO ÂMBITO FAMILIAR: ELEMENTOS CARACTERIZADORES	36
3.2.1	Conduta Humana e culpa.....	37
3.2.2	Dano.....	40
3.2.2.1	<i>O dano moral</i>	42
3.2.3	Nexo de Causalidade	46
3.3	A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O ABANDONO AFETIVO	47
4	A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO REPARATÓRIA DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO	55
4.1	OS LIMITES DO ABANDONO AFETIVO.....	55
4.2	OMISSÃO DE CUIDADO INVERSA AO GENITOR QUE ABANDONOU A PROLE.....	63
4.3	DA PRESCRIÇÃO: CONCEITO, PRAZOS E EXCEÇÕES	66
4.3.1	O reconhecimento da imprescritibilidade nos casos de abandono afetivo	71
5	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico versa sobre a possibilidade de reparação civil por danos morais decorrente do abandono afetivo, bem como o reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão dessas ações por meio da análise da Teoria do Desamor, de Giselda Maria Fernandes Moraes Hironaka.

Trata-se de assunto de grande pertinência, uma vez que busca-se expandir a admissão da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo dentro das relações paterno-filiais. Isso porque, em que pese seja evidente que os abandonados afetivamente sofrem traumas e danos psíquicos sérios ante a ausência dos pais, os Tribunais Pátrios, em grande parte dos casos, não concedem a indenização por danos morais ao alegarem a inexistência de ato ilícito, ausência de nexos causal, ou, ainda, entenderem pela prescrição da pretensão, utilizando-se do prazo prescricional de três anos da responsabilidade civil a contar da maioridade.

Ademais, por meio da análise da evolução do Direito das Famílias, desde o Código Civil de 1916, a promulgação da Constituição Federal de 1988, até o Novo Código Civil, verifica-se que as transformações socioculturais provocaram mudanças na ordem jurídica e na concepção de família, de modo que novos valores passaram a nortear esse ramo do direito. Os núcleos familiares, que no período pré-constituição eram estáticos e tinham como base o matrimônio e a família patriarcal (estando a preocupação voltada, majoritariamente, para a proteção do patrimônio), cederam lugar à família democrática, um espaço de dinamismo, por meio da valorização das individualidades de seus membros e do respeito à singularidade. Nesse contexto, o afeto passou a ser valorizado como pressuposto central para o reconhecimento e concretização de laços familiares.

Todavia, em que pese tenham ocorrido mudanças de paradigma no Direito das Famílias, a concessão de indenização por danos morais diante do abandono afetivo não é uma questão pacífica na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Muito se argumenta no sentido de que não há como obrigar alguém a amar, e portanto não há como reconhecer ilicitude em atos que são pautados pela voluntariedade e subjetividade. É nesse contexto que verifica-se a importância deste estudo, haja vista que busca-se evidenciar que o abandono afetivo contempla os pressupostos necessários da responsabilidade civil, quais sejam, conduta, culpa, dano e nexos causal. Isso porque a concepção da proteção da dignidade da pessoa humana é o que estabelece os princípios norteadores do Direito das Famílias, dentre eles o da afetividade, e dos quais desencadeiam os deveres de ordem imaterial do poder familiar que estão previstos em vários

dispositivos do ordenamento jurídico. Nesse norte, o abandono afetivo se verifica diante de omissões parentais no cumprimento de uma obrigação estritamente imposta.

Por estar intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana, verifica-se que os danos causados por abandono afetivo ferem direito da personalidade. Outra questão relevante é que os reflexos dos prejuízos causados por negligências parentais são de extrema gravidade e perduram para toda vida. Tais questões se relacionam de forma a discordar da utilização do prazo prescricional de três anos pela jurisprudência, a contar da maioridade, para as pretensões reparatórias por abandono afetivo. Isso posto, elaborou-se a seguinte problemática: “o abandono afetivo deve ser passível de reparação civil por danos morais? Tais pretensões indenizatórias devem ser consideradas como imprescritíveis?”.

Nesse sentido, o objetivo geral é justamente demonstrar que os atos que substanciam o abandono afetivo devem ser considerados como ilícitos civis, tendo em vista que violam deveres de ordem imaterial do poder familiar que estão positivados no ordenamento, pautados no princípio da dignidade humana e da afetividade. Pretende-se demonstrar que o abandono afetivo se enquadra nos pressupostos da responsabilidade civil, ao mesmo tempo que a gravidade dos danos na psique do filho abandonado é tamanha que perduram por toda a vida, isto é, são continuados, motivo pelo qual a pretensão reparatória deveria ser imprescritível, tendo em vista que não se sabe a partir de qual momento houve a violação do direito da personalidade, já que o abandono afetivo não se dá por uma única ação, mas, sim, sobre um conjunto de omissões parentais.

Como objetivos específicos, tem-se: 1) a realização de revisão bibliográfica acerca das teorias que embasam o abandono afetivo, a responsabilidade civil e a prescrição; 2) o levantamento de dados relativos à maneira que os Tribunais Pátrios vêm julgando os casos de abandono afetivo; 3) a análise do abandono afetivo à luz da teoria geral da responsabilidade civil; 4) o estudo dos danos causados ao direito da personalidade violado, e a promoção de prejuízos continuados na psique do filho negligenciado em face do abandono afetivo; 5) a proposição do reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de danos morais por abandono afetivo.

Portanto, o método de abordagem a ser utilizado é o dedutivo, uma vez que se parte dos argumentos gerais das teorias do desamor, da responsabilidade civil e da prescrição, estabelecendo-se relação lógica entre as proposições a fim de se chegar a conclusões verídicas. Quanto aos procedimentos e técnicas empregados, realizar-se-á pesquisa descritiva e explicativa, com análises bibliográfica, jurisprudencial, hermenêutica e doutrinária.

Para tanto, dividiu-se este trabalho em três capítulos, com três subcapítulos cada.

O primeiro, “A concepção do abandono afetivo”, fará uma análise histórica do Direito das Famílias, demonstrando a evolução desse ramo jurídico e do reconhecimento do afeto como pressuposto central das relações familiares. Ainda, será feita uma análise dos princípios basilares do direito familiar e sua importância para as novas concepções de família. Por fim, será analisada a teoria do desamor e quais os seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo, intitulado “A responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo”, terá o intuito de analisar o instituto da reparação civil de forma objetiva, ao verificar cada um dos pressupostos necessários para ensejar uma indenização, de modo a demonstrar que o abandono afetivo contempla cada um deles. Por último, será feita a análise da teoria da perda de uma chance, e a partir disso verificar de que maneira essa hipótese teórica pode ser utilizada para fundamentar o abandono afetivo.

Finda-se com o terceiro capítulo, cujo título é “A (im)prescritibilidade da pretensão reparatória decorrente de abandono afetivo”, em que primeiro serão delimitadas quais as hipóteses que se enquadram como abandono afetivo e são passíveis de serem reparadas civilmente. Em um segundo momento, far-se-á uma análise sobre os casos de pais que abandonaram afetivamente seus filhos na infância, mas que ao chegarem à velhice buscam ser contemplados com pensões alimentícias e até mesmo indenizatórias por abandono inverso. Por fim, será feita uma análise acerca da prescrição e quais as exceções possíveis a esse instituto, com o intuito de defender que a pretensão de danos morais por abandono afetivo deveria ser considerada como imprescritível.

2 A CONCEPÇÃO DO ABANDONO AFETIVO

Com a promulgação da Constituição de 1988, novos valores e princípios foram positivados no ordenamento constitucional, os quais passaram a nortear a ordem jurídica brasileira e ensejaram significativas mudanças sociais.

No âmbito familiar, as alterações promovidas refletiram na concepção de família, haja vista que o modelo patriarcal-patrimonialista cedeu lugar à família democrática (MORAES, 2009).

Desse modo, o Direito das Famílias, pós positivação do Código Civil de 2002, seguindo o paradigma constitucional, tem demonstrado a tendência da personalização do direito civilista, concorrentemente com sua despatrimonialização, ao se concentrar na análise e proteção dos fenômenos humanos (MORAES, 1991). Destarte, a preocupação desse ramo do direito deixou de estar voltada à custódia do interesse econômico e patrimonial, centrando-se, por outro lado, na valorização do desenvolvimento da pessoa humana (MADALENO, 2022).

As implicações na alteração da concepção jurídica familiar são visualizadas a partir do enaltecimento das relações pessoais, relativas às esferas afetiva, moral e psicológica. Por assim dizer, as normas do Direito das Famílias estão voltadas à própria concepção de pessoa humana e a um direito existencial, sendo, portanto, nula qualquer aceção que afaste a proteção do indivíduo e que viole os direitos de origem familiar (TARTUCE, 2022).

Posto isso, é notória a ampliação da proteção do campo afetivo no direito familiar, que passou, inclusive, a predominar sobre a estrita legalidade (DIAS, 2021). Diante desse contexto de alterações principiológicas no panorama jurídico brasileiro é que se instaurou a discussão acerca do abandono afetivo. O reconhecimento pela norma constitucional, de que os vínculos estabelecidos entre pais e filhos possui natureza *sui generis*, possibilitou uma tutela mais eficaz da criança e do adolescente nos núcleos familiares.

Em tais grupos, o vínculo de solidariedade é primordial, e, quando violado por condutas parentais que ensejem danos à integridade psicofísica dos filhos, deverá ser reconhecido o abandono afetivo (MORAES, 2018).

Os direitos fundamentais postulados na Constituição de 1988 promoveram, principalmente no Direito das Famílias, a difusão da dignidade da pessoa humana, do respeito e da solidariedade, que culminaram no ideal de valorização da liberdade e felicidade de cada um dos membros do seio familiar (MADALENO, 2022).

Nesse norte, infere-se que a maior parte das discussões, no que tange a esse ramo jurídico, tornou-se uma questão de Direitos Humanos (PEREIRA, 2021). Sendo assim, um dos mais

basilares desdobramentos desse panorama é a prevalência de direitos imprescritíveis (RIZZARDO, 2019).

Ademais, dos princípios que norteiam o Direito das Famílias decorrem os deveres do pátrio poder, dentre eles guarda, assistência e vigilância, os quais são inerentes à personalidade dos genitores, e por conseguinte não são apenas deveres jurídicos, mas, também, deveres ético-sociais (RIZZARDO, 2019). Dessa forma, incorre em abandono afetivo o pai que negligencia os encargos de supervisionar os interesses da criança diante de sua omissão na educação, sustento e cuidado, deveres que se manifestam e perfectibilizam por meio da convivência e do cultivo dos laços afetivos (VENOSA, 2021).

Nessa seara, a Teoria do Desamor foi desenvolvida por Giselda Maria Fernandes Moraes Hironaka, que buscou evidenciar, bem como defender, a possibilidade e a necessidade de reparação civil por abandono afetivo paterno-filial. Tal teoria sustenta-se: 1) na constitucionalização do Direito Civil, a partir da promulgação da Constituição brasileira de 1988; 2) no reconhecimento da afetividade como princípio do Direito de Família e como obrigação inerente ao poder familiar; e 3) na consideração do abandono afetivo como ato ilícito, que possibilita a reparação civil (HIRONAKA, 2005).

Outrossim, ressalta-se que, em que pese seja fornecido amparo financeiro e material, o cumprimento de tal obrigação não exclui a necessidade de haver amparo afetivo, abarcado pelos deveres de assistência, criação, convivência e educação (PEREIRA, 2021). Sendo assim, quando o ascendente não assume sua função fática de genitor, isto é, deixa de cuidar, de prestar assistência moral, psíquica e afetiva, está desrespeitando o verdadeiro sentido da paternidade (MADALENO, 2022).

O afeto passou a ocupar papel central e de notoriedade no Direito das Famílias ao longo da evolução desse ramo jurídico, de modo que os núcleos familiares deixaram de ser vistos como uma entidade una e estática e tornaram-se um espaço de valorização das diferenças e individualidades de seus membros, sendo o afeto estabelecido como elemento basilar para o estabelecimento de relações familiares.

2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Código Civil de 1916, fruto da doutrina individualista e voluntarista, tinha como foco central o indivíduo, e visava, portanto, regular a atuação dos sujeitos de direito, principalmente no que concernia aos liames patrimoniais (TEPEDINO, 2006). Tal instrumento normativo regulava as relações privadas entre os indivíduos, desde suas capacidades, família, e

principalmente suas propriedades, o que o consagrava como o reino da liberdade individual (MORAES, 1991).

Uma das consequências desse panorama era que o direito público não interferia na esfera privada, tendo como consequência disso a afirmação do Código Civil como estatuto único e monopolizador das relações civis particulares (TEPEDINO, 2006). Isso porque, enquanto o direito privado tutelava direitos naturais e inatos dos indivíduos, o direito público protegia os interesses da coletividade, o que tornava essas duas esferas praticamente impermeáveis, isto é, o Estado só atuava para impor limites aos direitos individuais quando e se os próprios agentes clamassem por tal interferência (MORAES, 1991). Nas palavras de Gustavo Tepedino (2006, p. 38), “o Código Civil brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado”.

Uma das consequências desse panorama no Direito das Famílias era que o Código de 1916 regulava sozinho todo o núcleo familiar. Esse dispositivo detinha caráter discriminatório e estreito na medida em que limitava a família ao casamento, e ao mesmo tempo impedia a sua dissolução, bem como fazia distinções entre seus membros, homens e mulheres principalmente, mas também discriminava as pessoas unidas sem a consagração do matrimônio e os filhos havidos de relações paralelas (DIAS, 2021).

A história por trás do direito familiar é uma história baseada em exclusões, posto que os filhos e famílias que se estabeleciam fora do casamento eram excluídos da tutela estatal e vistos como ilegítimos (PEREIRA, 2021). Os dispositivos que faziam referência a esses vínculos e núcleos familiares eram extremamente punitivistas, ao passo que a lei era utilizada como forma de afastar tais indivíduos de qualquer tutela jurídica relacionada à família, com o intuito de preservar o matrimônio (DIAS, 2021).

Exemplo disso é que no Código Civil de 1916 só o marido representava a família (art. 233, I¹), administrava os bens comuns, e até mesmo aqueles que pertenciam apenas à mulher, em face do regime matrimonial escolhido (art. 233, II²), além de ser ele quem autorizava a esposa a praticar uma série de atos da vida civil (art. 242³). Esse cenário de atribuição de poder ao homem ante a mulher, previsto no Código Civil da época, declarava, implicitamente, a

1“Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I- A representação legal da família” (BRASIL, 1916).

2“II - A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial” (BRASIL, 1916).

3“Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido: I- praticar atos que este não poderia sem consentimento da mulher; II- alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime de bens; III- alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem; IV- contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal” (BRASIL, 1916).

incapacidade jurídica da esposa, que tinha que se sujeitar ao poder do marido, o que promovia uma completa inferiorização da figura feminina, que até antes de se casar era completamente capaz (TEPEDINO, 1999).

O período após a Primeira Guerra Mundial desencadeou uma série de alterações no panorama mundial de cunho econômico e social. Percebeu-se a necessidade de intervenção estatal na economia para estabilizar as relações que foram fragilizadas no pós Guerra. Tais ideias, de maneira gradual, foram expandidos a outros países (TEPEDINO, 2006). No Brasil, ante o Estado intervencionista instalado, o direito civil passou por grandes modificações. Novos direitos careciam de tutela, e, ao mesmo tempo, outros precisavam ser revistos, haja vista que não poderiam mais seguir os moldes individualistas do século anterior. Havia a necessidade de integrar o indivíduo à sociedade (MORAES, 1991).

Nesse contexto, algumas pequenas vitórias foram alcançadas no âmbito do Direito das Famílias, principalmente pelas mulheres, que viram ser positivado o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), instrumento responsável pela devolução das suas capacidades civis plenas, ainda que casadas, assegurando-lhes a propriedade exclusiva dos bens adquiridos por meio de seu trabalho. Ademais, em 1977 foi promulgada a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), que findou com a indissolubilidade do casamento, momento precursor para a abolição do ideal de família como instituição sacra (DIAS, 2021).

Como consequência desse processo, a filiação passou a ser o centro das relações familiares em detrimento da conjugalidade, sendo que o reconhecimento do divórcio foi o que possibilitou a promoção da liberdade no seio familiar, na medida em que seus membros puderam começar a expressar seus anseios individuais, tendo em vista que o casamento não correspondia mais à posição de estabilidade e ligação perpétua (MORAES, 2009).

Com a promulgação da Constituição de 1988, outros princípios passaram a nortear a ordem jurídica brasileira em detrimento do império da vontade, como a função social da propriedade, os limites da atividade econômica e a organização da família. Visualizou-se, a partir de então, que inúmeras situações jurídicas advindas das novas necessidades sociais não eram abarcadas pelo Código Civil. Diante de tais anseios, uma série de leis extravagantes passaram a ser postuladas na tentativa de suprir lacunas normativas, formando uma ordem jurídica paralela à estipulada pelo Código Civilista, que perdeu aos poucos seu caráter de Constituição do Direito Privado (TEPEDINO, 2006). Os chamados microssistemas normativos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações, retiraram o Código Civil do centro das relações particulares (MORAES, 1991).

Ocorreu então a reintegração do direito civil em um ordenamento jurídico uno derivado da Constituição de 1988, e que carecia de que seus institutos fossem reinterpretados a partir dos valores constitucionais consagrados. Os juristas deveriam interpretar o Código Civil a partir da Constituição, e não a Constituição ser interpretada de acordo com o Código (SCHREIBER; KONDER, 2016). Houve, assim, uma transformação do Direito Civil, que deixou de regulamentar as atividades econômicas de homens livres e iguais para tutelar a vida social, a família, os grupos comunitários, em suma, todos os espaços em que a personalidade humana pudesse ser melhor desenvolvida, bem como a dignidade amplamente salvaguardada (MORAES, 1991).

Nessa senda, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 considerou a família como base da sociedade (art. 226⁴), constituída sobre um Estado Democrático de Direito. No que tange às desigualdades antes verificadas entre homens e mulheres, e entre os filhos, a Constituição buscou extingui-las ao estabelecer igualdade entre os cônjuges no casamento (art. 226, § 5^{o5}) e ao garantir a prioridade na tutela de crianças e adolescentes, colocando-os no centro do poder familiar (art. 227⁶). Ainda, como forma de legitimar outras concepções de família, foi postulada a possibilidade de novas formulações, inseridas como alternativas à tradicional família matrimonial (art. 226, §§ 3^o e 4^{o7}) (MORAES, 2009).

Como consequência dessa unificação, matérias típicas do direito privado passaram a integrar a nova ordem pública constitucional, que visava à realização da personalidade e da tutela da dignidade humana (TEPEDINO, 2006). O “ter” deixou de ter um valor em si mesmo para se tornar um instrumento de realização do “ser”. Em suma, a atividade econômica foi vinculada à concretização de valores não econômicos e de cunho social, como a solidariedade, igualdade, e principalmente a dignidade da pessoa humana (SCHREIBER; KONDER, 2016). Diz-se, portanto, que ocorreu uma despatrimonialização do direito privado em face dos princípios que foram positivados na Constituição de 1988, norteadores de toda a ordem jurídica, com o intuito maior de efetivar a proteção e a valorização da personalidade e o seu livre desenvolvimento (MORAES, 1991).

4“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988).

5“§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988).

6“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).

7“§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988).

Nessa senda, percebe-se que houve uma redefinição dos espaços do direito público e privado, o que promoveu grande alteração nas relações entre cidadãos e Estado, constituindo uma natureza jurídica híbrida dotada de novos institutos para viabilizar os anseios de uma sociedade tecnológica. Desse modo, os campos de incidência do direito publicista e privatista foram determinados pela prevalência de interesses públicos ou privados nas esferas sociais, e não pela ausência de intervenção da administração pública em atividades de caráter particular, ou então pela exclusão dos indivíduos da participação da vida pública (TEPEDINO, 2006).

Dessarte, o direito civil constitucional não tem o viés de promover uma segregação entre situações existenciais e patrimoniais; pelo contrário, busca contemplar essas duas acepções diante do princípio da dignidade da pessoa humana (SCHREIBER; KONDER, 2016). Assim defende Maria Celina Bodin de Moraes:

No Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito (MORAES, 1991, p. 6).

Um dos reflexos desse panorama jurídico é visualizado no Direito das Famílias, tendo em vista que, por mais que os princípios de ordem pública permeiem as relações familiares, não significa que esse ramo do direito tenha migrado para o direito público. Os princípios constitucionais incidem de modo a viabilizar e a proteger a personalidade e a dignidade dos integrantes do núcleo familiar, alterando a visão da família do Código de 1916, que era valorada como mera instituição (TEPEDINO, 2006). A família-instituição cedeu lugar à família-instrumento, a qual corresponde a um núcleo familiar democrático, protegido pela norma constitucional para cumprir seu papel de educação e instrução ao proporcionar o desenvolvimento individual saudável de cada um de seus membros, sendo que os vínculos biológico e patrimonial passaram a ser aspectos secundários. Visualiza-se, assim, a prevalência dos valores existenciais nessa nova concepção de família (MORAES, 1991).

No panorama internacional, em decorrência das transformações sociais ocorridas e o impacto que tiveram nos núcleos familiares, em 1994, para celebrar o Ano da Família, a Organização das Nações Unidas declarou o núcleo familiar como sendo “a menor democracia no seio da sociedade”, com intuito de incentivar a liberdade individual de seus membros (MORAES, 2009).

Em 2002 foi promulgado o novo Código Civil, que, apesar de sua relevância, só entrou em vigor vinte e seis anos depois da elaboração de seu Projeto Lei n. 634/75. Muitas críticas foram feitas no sentido de que o dispositivo entrou em vigor já desatualizado, tendo em vista todas as mudanças sociais que ocorreram entre esse lapso temporal, principalmente no Direito de Família, haja vista que os valores culturais se dissociaram dos preceitos da Igreja Católica e da visão patrimonial e patriarcal da família (MADALENO, 2022).

Em que pese tenha havido uma mudança de paradigma advinda com a Constituição de 1988, isto é, a passagem do individualismo para a solidariedade social, o Código de 2002, manteve grande parte do seu foco na tutela de direitos patrimoniais. Exemplos disso são as causas suspensivas do casamento, previstas no artigo 1.523⁸, quase todas relacionadas a interesses voltados à proteção do patrimônio (LÔBO, 2015).

Na circunstância de o Código Civil de 2002 já ter nascido velho, muitas foram as lacunas deixadas pelo legislador infraconstitucional, como por construções familiares que sempre existiram – núcleos monoparentais, famílias homossexuais – foram completamente ignoradas pelo dispositivo legal. O principal ganho com a promulgação do novo Código foi a exclusão de expressões e conceitos preconceituosos, como os termos que promoviam a desigualdade entre homens e mulheres, as adjectivações de filiação e o regime dotal (DIAS, 2021).

Ainda assim, o Código Civil de 2002 trouxe mudanças positivas para o Direito das Famílias, principalmente no que tange à igualdade entre cônjuges, haja vista que foi salvaguardado esse pressuposto nos artigos 1.511⁹, 1.565¹⁰, 1.567¹¹ e 1.631¹², sendo vedada qualquer forma de desigualdade de gênero. Ademais, no que diz respeito à igualdade entre filhos, importante dispositivo foi previsto no novo Código ao igualar o tratamento de filiação

8“Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas” (BRASIL, 2002).

9“Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2002).

10“Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (BRASIL, 2002).

11“Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos” (BRASIL, 2002).

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

dado aos filhos havidos fora do casamento e adotados, aos biológicos, conforme o artigo 1.596¹³ (MORAES, 2009).

Desse modo, verifica-se que a tendência é de que as famílias contemporâneas se tornem, paulatinamente, um grupo menos organizado e hierarquizado, plural e independente de laços sanguíneos, com sua organização pautada no sentimento e na afetividade (MORAES, 2009).

2.2 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE REGEM O DIREITO DE FAMÍLIA

A constitucionalização do direito brasileiro alterou os paradigmas centrais da ordem jurídica de modo a retirar o enfoque do individualismo e do patrimonialismo para o coletivismo e existencialismo. As questões relativas ao “ser” tiveram significativa expansão a partir da valorização da dignidade da pessoa humana, bem como da tutela desse princípio ante qualquer forma de exploração social e econômica. Devido à importância que o indivíduo passou a ter para o direito brasileiro, um novo olhar foi desenvolvido sobre a personalidade e as características individuais.

No Direito das Famílias, é do princípio da dignidade humana que se originam os demais princípios que regem esse ramo jurídico. A partir dessa nova concepção os núcleos familiares passaram a ser reconhecidos em suas singularidades, por meio do enaltecimento do afeto como pressuposto central para a constituição de um vínculo familiar.

2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade humana, além de ser uma das maiores expressões dos valores constitucionais, é também dotado de representatividade dos sentimentos e emoções que se coadunam com o plano afetivo (DIAS, 2021). Desse modo, não há no Direito Privado nenhum outro ramo jurídico em que a dignidade da pessoa humana tenha maior interveniência ou atuação quanto no Direito das Famílias (TARTUCE, 2022). É por essa razão que admite-se que esse ramo jurídico é o mais humano de todos os campos do direito, sendo considerada a dignidade da pessoa humana a base salutar da família para a garantia do desenvolvimento e da realização de seus membros, principalmente das crianças e adolescentes (GONÇALVES 2021).

Assim, o Direito das Famílias está intrinsecamente atrelado à noção de direitos humanos e de cidadania, o que impõe legitimação, inclusão e proteção de todas as formas de famílias,

13“Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002).

laços afetivos e diferenças pessoais. É por meio desse princípio que se visualiza a necessária obrigatoriedade de respeitar a autonomia e a liberdade nos núcleos familiares (PEREIRA, 2021). A família deve ser reconhecida como o local que possibilita a realização individual de cada um de seus membros ao se afirmar como o espaço para a promoção de suas dignidades (LÔBO, 2015).

Nesse norte, o núcleo familiar passa a ser tutelado como centro de desenvolvimento da personalidade dos filhos e da proteção da dignidade de seus integrantes (TEPEDINO, 2004). Destarte, as entidades familiares são responsáveis por preservar e fomentar as qualidades de seus membros, principalmente dos jovens, por meio de afeto, solidariedade, união, respeito, confiança e amor, visando ao pleno desenvolvimento pessoal e social de cada um de seus partícipes (DIAS, 2021).

Ademais, desse princípio desencadeiam todos os demais princípios do Direito das Famílias e todos os deveres de ordem imaterial do poder familiar, como bem destaca Rolf Madaleno:

A dignidade humana é princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, conforme artigo 1º, inciso III. Quando cuida do Direito de Família, a Carta Federal consigna no artigo 226, § 7º, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Já no artigo 227, prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, 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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental (MADALENO, 2022, p. 85).

A família dignificada, aquela que está baseada na dignidade da pessoa humana, é obrigatoriamente uma família democrática, na medida em que aceita as diferenças individuais de cada um de seus membros, por meio da aplicação do paradigma da diferença (MORAES, 2018). A principal consequência da incorporação desse ideal na ordem jurídica é a proibição de qualquer preconceito e tratamento indigno a outro indivíduo, principalmente no Direito das Famílias, que tem como principais valores a intimidade, afetividade e felicidade (PEREIRA, 2021).

É ainda por meio desse princípio que se impede a superposição de qualquer instituição sobre a valorização do indivíduo, mesmo que detentora de caráter constitucional, como as

empresas, a propriedade e a família, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana e o indivíduo devem ser colocados em primeiro plano (TEPEDINO, 2004).

Nessa seara, infere-se que esse princípio é o preceito base para a possibilidade de reparação de dano causado por abandono afetivo, pois entende-se que a família, por ser contemplada de relações afetivas deve atender às necessidades da prole no que tange ao afeto e à proteção, sendo que o não cumprimento desses deveres configuram uma clara lesão à dignidade da pessoa humana (TARTUCE, 2022). Isso porque os núcleos familiares não são tutelados em si, isto é, não há proteção da família enquanto mera instituição, mas sim como um instrumento de realização da pessoa e da dignidade humana, com o fim de desenvolver a personalidade de cada um de seus membros, principalmente das crianças e adolescentes (TEPEDINO, 2004).

2.2.2 Princípio da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade é o resultado da superação do individualismo, e da preocupação predominante com os interesses patrimoniais e individuais. Postulado expressamente no artigo 3º, I¹⁴, da Constituição Federal de 1988, esse princípio visa o bem-estar, desenvolvimento, liberdade e igualdade como valores supremos de uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos (PEREIRA, 2021).

Nesse norte, acredita-se que o princípio da solidariedade é um dos pressupostos centrais para a concretização das relações familiares, tendo em vista que tais vínculos só se sustentam quando é estabelecido um ambiente de compreensão e cooperação mútua de seus integrantes (MADALENO, 2022). A solidariedade familiar pode ser visualizada tanto de forma recíproca entre os cônjuges e companheiros, principalmente no que se refere à assistência moral e material, quanto aos filhos, no sentido de que esses devem ser cuidados, mantidos e educados até que seja atingida a maioridade, para a garantia de sua formação social (LÔBO, 2015).

Diante do comprometimento afetivo e solidário que a família pressupõe, institui a lei deveres recíprocos entre os membros do núcleo familiar, sendo decorrente desse princípio, em específico, a imposição aos pais do dever de prestar assistência aos seus filhos, postulado no artigo 229¹⁵, da Constituição Federal (DIAS, 2021). Ainda, esse pressuposto também está

14“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;” (BRASIL, 1988).

15“Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988).

presente de maneira implícita em outros dispositivos constitucionais, tais como os artigos 226, 227 e 230¹⁶, que asseguram, respectivamente, a proteção da entidade familiar, da criança e do adolescente, e dos idosos, todos advindos do dever civil de cuidado com o próximo (PEREIRA, 2021). Destaca Paulo Lôbo que:

Desenvolve-se no âmbito do direito de família estudos relativos ao “cuidado como valor jurídico”. O cuidado desponta com força nos estatutos tutelares das pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, que regulamentaram os comandos constitucionais sobre a matéria. O cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta (LÔBO, 2015, p.129).

No Código Civil, verifica-se a incidência do princípio da solidariedade na adoção (art. 1.618¹⁷), na colaboração dos cônjuges na direção familiar (art. 1.567) e na mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566¹⁸), bem como entre companheiros (art 1.724¹⁹) (LÔBO, 2015). Importante salientar, que no tange ao dever de assistência, a solidariedade não diz respeito apenas ao plano patrimonial, mas também no afetivo (PEREIRA, 2021). Esse princípio também tem influência sobre o poder familiar, que não deve ser visto como um poder, mas sim como um dever dos pais para com seus filhos (LÔBO, 2015). Esse poder-dever será exercido para o interesse exclusivo da criança e do adolescente, com o intuito de satisfazer suas necessidades existenciais (MORAES, 2009).

Ainda, é com base no princípio da solidariedade, que o Judiciário vem entendendo pela existência do direito de visitas das pessoas com quem a criança mantinha uma relação afetiva quando há um rompimento de algum vínculo familiar, como avós, tios, ex-madrastas/padrastos, e irmãos unilaterais, independentemente de manifestação de vontade contrária, injustificada, dos pais (MORAES, 2009).

Assim, acredita-se que a solidariedade abarca em seu significado questões que se assemelham à fraternidade e à reciprocidade, haja vista que o indivíduo só existe quando coexiste. Dessa forma, o direito se aproveita desse comprometimento afetivo existente nas

16“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988).

17“Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente” (BRASIL, 1988).

18“Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos” (BRASIL, 2002).

19“Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos” (BRASIL, 2002).

relações familiares para impor, mas também promover direitos recíprocos entre os membros da família (DIAS, 2021).

2.2.3 Princípio da Afetividade

Com as mudanças sociais ocorridas ao longo do século XX, a família passou a ser compreendida como um fato cultural, e não da natureza. Diante do declínio do patriarcado, principalmente por conta da positivação do divórcio como instrumento jurídico, os núcleos familiares perderam sua rígida hierarquia, seu caráter primordialmente patrimonial, e passaram a ser tutelados como um local para o desenvolvimento do amor, companheirismo e afetividade (PEREIRA, 2021).

Primeiramente, infere-se que, em que pese não haver menção na Constituição Federal acerca de termos como afeto ou afetividade, tal omissão não afasta a constitucionalidade desse princípio, o qual decorre e está intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana (DIAS, 2021). Por fazer parte da categoria dos princípios não expressos, está contido em normas constitucionais de maneira implícita, dentre elas no princípio da dignidade humana e na solidariedade (Art. 3º, I), na igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem biológica (Art. 227, § 6º²⁰), na adoção como escolha afetiva (Art. 227, §§ 5º²¹ e 6º), na união estável (Art. 226, § 3º), e na convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente (Art. 227). (PEREIRA, 2021).

No que tange a esse último ponto, a intervenção legislativa fortaleceu o princípio da afetividade quando foi promulgada a Lei n. 13.058/2014, que definiu como obrigatória a guarda compartilhada nos casos em que não há um acordo entre os pais separados, com o intuito de assegurar a convivência familiar sadia e reduzir conflitos internos (LÔBO, 2015).

Outrossim, o afeto é o cerne de todas as relações da família, e é o que dá sentido à existência do homem. Por assim dizer, a afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e parentesco, haja vista que compõe a base para o desenvolvimento de uma personalidade saudável, sendo que, certamente, nunca será inteiramente são aquele que não recebeu afeto de seus pais (MADALENO, 2022).

20“§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

21“§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (BRASIL, 1988).

Destarte, é necessário enfatizar que a concepção da afetividade está relacionada à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas (TARTUCE, 2022). Assim, não pode ser traduzida como um sentimento, mas sim como uma ação revestida de cuidado e proteção que visa à assistência material e moral entre pais e filhos, ou cônjuges/companheiros (PEREIRA, 2021). Destaca Paulo Lôbo que:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles (LÔBO, 2015).

Posto isso, o afeto foi elevado à categoria de princípio quando lhe foi atribuído um status de valor jurídico, que é resultado de uma construção baseada no discurso psicanalítico (PEREIRA, 2021). Diante das transformações ideológicas nos últimos anos e da valorização afetiva como aspecto central nas relações familiares, passou a ser acolhida a paternidade socioafetiva pelo Código Civil²², promovendo, assim, o reconhecimento da posse do estado do filho²³, e, por conseguinte, o valor jurídico do afeto (DIAS, 2021).

A família socioafetiva foi admitida diante da legitimação de que os laços de afetividade estabelecidos em uma relação parental se sobrepõem, em muitos casos, à consanguinidade (MADALENO, 2022). Desse modo, frisa-se que a filiação não está pautada apenas nos elos sanguíneos, mas também está concebida na união afetiva estabelecida entre pais e filhos, firmada na subjetividade (GONÇALVES, 2021).

Sendo assim, o princípio da afetividade é o que legitima todas as relações e formações de famílias, haja vista que a liberdade é a essência dos direitos humanos, sendo o afeto uma de suas manifestações. Portanto, o grupo familiar perdeu sua essência enquanto instituição e tornou-se um núcleo formador e estruturador do sujeito, que valoriza cada um de seus membros em sua individualidade (PEREIRA, 2021).

²²“Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002).

²³Enunciado n. 256 do CFJ/STF: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

2.2.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

A partir do momento em que os filhos ocuparam papel central dentro da família, as crianças e adolescentes passaram a ser tutelados de forma especial pela ordem jurídica por serem sujeitos de direito em desenvolvimento que merecem proteção especial e prioritária. Essa concepção foi postulada, pela primeira vez, em 1959, na Declaração Universal dos Direitos da Criança (PEREIRA, 2021). Esse princípio parte do ideal de que as crianças e adolescentes devem ser vistos e tratados como sujeitos de direito que possuem condição especial por estarem em desenvolvimento físico e psíquico, e não como objetos passíveis de intervenção jurídica e social apenas quando inseridos em uma situação irregular, tal qual ocorria no Código Civil de 1916 (LÔBO, 2015).

Ademais, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não deve ser entendido como uma recomendação ética apenas, mas, sim, uma diretriz determinante nas relações de cunho familiar, tendo em vista a vulnerabilidade e o desenvolvimento das crianças e adolescentes (LÔBO, 2015). Desse modo, ressalta-se que os jovens são prioridade na proteção e efetivação dos direitos fundamentais, devendo lhes ser assegurado o desenvolvimento físico, moral, mental, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (TARTUCE, 2022).

No Brasil, esse ideal foi internalizado em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, por meio dos artigos 227 e 229. Dois anos depois foi desenvolvido o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que em termos de proteção ao jovem é reconhecido internacionalmente como um dos dispositivos mais avançados do mundo (PEREIRA, 2021). O ECA é acolhido como um microsistema que abrange normas materiais e processuais, tanto de direito civil quanto penal, sendo que essas construções normativas especiais têm o intuito de conduzir crianças e adolescentes à maioridade responsável, como sujeitos capazes de reger sua própria para que possam desfrutar de seus direitos fundamentais (DIAS, 2021).

É com base nesse princípio que atualmente são dirigidas às investigações de paternidade e o reconhecimento de filiação socioafetiva, tendo em vista que a criança é a detentora do protagonismo nesses casos. Quando houver colisão entre a verdade biológica e a socioafetividade, o magistrado sempre deverá analisar qual delas irá contemplar o melhor interesse do filho e as suas necessidades existenciais (LÔBO, 2015).

Desse modo, a autoridade parental cedeu espaço ao respeito à originalidade da criança e do adolescente, e passaram a ser valorizadas outras questões que não a obediência e a tradição. Assim, o melhor interesse dos jovens é estabelecido quando os pais, a sociedade e o Estado se

colocam na posição de ajudar crianças e adolescentes a tornam-se pessoas em si mesmas, dotadas de autonomia e liberdade (MORAES, 2018).

2.2.5 Princípio da igualdade de filiação

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a da instituição do Estado Democrático de Direito, não se admite mais a diferenciação dos filhos pela sua origem, sejam eles biológicos, extraconjugais, adotados etc., devendo ser levado em consideração, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana (MADALENO, 2022). No Código Civil anterior, os filhos havidos fora do casamento ou os adotados recebiam tratamento diferente pela ordem jurídica, sendo que havia desigualdade de direitos, bem como discriminação. Com o princípio da igualdade de filiação, o ideal de família legítima foi substituído por família democrática, tendo a Constituição Federal de 1988 tutelado expressamente em seu artigo 226 a proteção de qualquer formação de núcleos familiares (LÔBO, 2015).

Tal entendimento foi abarcado pelo Código Civil de 2002 ao promover a extensão dos direitos de alimentos²⁴ e guarda²⁵ a crianças advindas de qualquer forma de filiação, por meio do Enunciado 336²⁶ e 341²⁷, ambos da IV Jornada de Direito Civil (TARTUCE, 2022). Ademais, a isonomia estabelecida entre os filhos está pautada tanto no campo patrimonial quanto no existencial. Isso põe fim às discriminações com o filhos adotivos e tidos fora do casamento que agora possuem o mesmo direito hereditário que os biológico, bem como finda com as qualificações indevidas que eram atribuídas, não sendo mais permitido imputar designações como “filho adulterino” ou “incestuoso” (FARIAS; ROSENVALD, 2014).

Corroborando com esse entendimento, defende Maria Berenice Dias que (2021, p. 71) “agora a palavra ‘filho’ não comporta nenhum adjetivo. Não mais cabe falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente ‘filho’”.

24“Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros” (BRASIL, 2002).

25“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;” (BRASIL, 2002).

26Enunciado 336: O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família.

27Enunciado 341: Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.

2.3 A TEORIA DO DESAMOR

Por muito tempo, principalmente antes da promulgação da Constituição de 1988, acreditava-se que prestar subsídios materiais a um filho seria o suficiente a ser feito em prol de quem se desejava ver longe. Essa meia responsabilidade, por óbvio, nunca foi suficiente, mas as concepções de outrora não permitiram tal análise, porquanto a preocupação da ordem jurídica com as vontades do adulto eram significativamente maiores do que com as necessidades das crianças (HIRONAKA, 2005). Um dos maiores exemplos dessa questão é o direito de visita, que tinha o enfoque de ser um direito-dever dos pais para com sua prole. Contudo, as visitas estão muito mais vinculadas a um direito do filho do que do próprio genitor, pois, para a criança em formação, a coexistência sadia com seus genitores é de extrema importância (MADALENO, 2022).

Diferentemente das demais relações humanas, a paterno-filial não é marcada pela transitoriedade: pelo contrário, caracteriza-se por ser inamovível e perpétua, o que lhe confere uma característica ímpar, distinguindo-se de qualquer outro relacionamento. Nessa senda, não existe nenhuma conexão humana que detenha tamanha potencialidade afetiva quanto a existente entre pais e filhos (HIRONAKA, 2005). Ressalta-se que os laços de sangue por si só não estipulam a parentalidade, que é muito mais um exercício diário do convívio, cumplicidade e companheirismo, sendo nessas ações que se estabelecem os mais sólidos vínculos, invisíveis às diretrizes da genética (PEREIRA, 2015).

Nessa senda, a afetividade passou a ter um papel tão central no Direito das Famílias que foram aprovados na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, os Enunciados 103²⁸ e 108²⁹, bem como o Enunciado 256³⁰, na III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça por meio dos quais reconheceu-se a paternidade socioafetiva. Assim, se do afeto decorrem direitos, também deverão decorrer deveres.

Em 2012, a Ministra Relatora Nancy Andrichi, no paradigmático Recurso Especial n. 1.159.242/SP³¹, buscou oferecer parâmetros objetivos ao que se entende por afeto. Infere-se

28Enunciado 103: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

29Enunciado 108: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva.

30Enunciado 256: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

31“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos

que nos casos de abandono afetivo o que está em discussão não é o amor, o qual, por sua vez é uma faculdade, mas sim a imposição constitucional do dever de cuidado (BRASIL, 2012). Conforme destaca Giselle Groeninga, é necessário alcançar a objetividade em meio à subjetividade que é inata às relações familiares:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. (GROENINGA, 2008, p. 28, *apud* TARTUCE, 2022, p.46)

Esta concepção do cuidado como valor jurídico está manifestamente postulada no ordenamento brasileiro, não com essa expressão, mas com termos que inferem sua manifestação, como está previsto no artigo 229, da Constituição Federal, que abarca os encargos parentais referentes à criação, educação e assistência, e do qual decorrem os demais deveres paternos, expressos nos incisos I e II do artigo 1.634³², do Código Civil (TARTUCE, 2022). Destarte, os genitores devem se esforçar para promover o desenvolvimento de todas as faculdades da criança – física, moral e intelectual –, por meio da educação e formação integral dos filhos, como preveem os artigos 1.566, IV³³, do Código Civil, 4^o³⁴ e 33³⁵, do Estatuto da Criança e do Adolescente (MADALENO, 2022).

Outrossim, infere-se que o dever de sustento tem caráter patrimonial e é cumprido quando são obtidos meios para suprir as necessidades materiais dos filhos. Por outro lado, os

que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido” (STJ. REsp n. 1.159.242/SP. Rel. Min. Nancy Andriighi. 3ª Turma. Julgado em: 10 mai. 2012).

32“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;” (BRASIL, 2002).

33“Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:IV - sustento, guarda e educação dos filhos;” (BRASIL, 2002).

34“Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (BRASIL, 2002).

35“Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 1990).

deveres de guarda e educação estão relacionados, respectivamente, à necessária companhia entre os pais e sua prole, e a garantia, por parte dos genitores, do desenvolvimento moral e intelectual das crianças (HIRONAKA, 2005).

Ademais, é consabido que os pais assumem obrigações para com os filhos que ultrapassam aquelas necessárias ao sustento e à manutenção da vida – alimento, abrigo e saúde –, sendo que todo ser humano carece de outros elementos imateriais para sua formação adequada e que são igualmente importantes (ROSENVALD, 2014). Em recente Recurso Especial n. 1.887.697/RJ³⁶, julgado em setembro de 2021, de Relatoria, novamente, da Ministra Nancy Andrighi, ressaltou-se que a obrigação de natureza alimentícia está subordinada apenas ao dever de assistência material decorrente da parentalidade, o que por si só não é suficiente para desobrigar os genitores de cumprirem com quaisquer outros deveres da ordem imaterial do poder familiar. Por isso, deve ser afastada a ideia de que o abandono afetivo se resolve apenas com a efetivação da prestação alimentícia, já que está atrelado à omissão parental nos deveres de guarda e educação (BRASIL, 2021).

36“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E PERDA DO PODER FAMILIAR. DEVER DE ASSISTÊNCIA MATERIAL E PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DA CRIANÇA QUE NÃO EXCLUEM A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS. PRESSUPOSTOS. AÇÃO OU OMISSÃO RELEVANTE QUE REPRESENTA VIOLAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO. EXISTÊNCIA DO DANO MATERIAL OU MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS NA HIPÓTESE. CONDENAÇÃO A REPARAR DANOS MORAIS. CUSTEIO DE SESSÕES DE PSICOTERAPIA. DANO MATERIAL OBJETO DE TRANSAÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO NESTA AÇÃO. 1- Ação proposta em 31/10/2013. Recurso especial interposto em 30/10/2018 e atribuído à Relatora em 27/05/2020. 2- O propósito recursal é definir se é admissível a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo e se, na hipótese, estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil. 3- É juridicamente possível a reparação de danos pleiteada pelo filho em face dos pais que tenha como fundamento o abandono afetivo, tendo em vista que não há restrição legal para que se apliquem as regras da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares e que os arts. 186 e 927, ambos do CC/2002, tratam da matéria de forma ampla e irrestrita. Precedentes específicos da 3ª Turma. 4- A possibilidade de os pais serem condenados a reparar os danos morais causados pelo abandono afetivo do filho, ainda que em caráter excepcional, decorre do fato de essa espécie de condenação não ser afastada pela obrigação de prestar alimentos e nem tampouco pela perda do poder familiar, na medida em que essa reparação possui fundamento jurídico próprio, bem como causa específica e autônoma, que é o descumprimento, pelos pais, do dever jurídico de exercer a parentalidade de maneira responsável. 5- O dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, de modo que, se de sua inobservância, resultarem traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho. 6- Para que seja admissível a condenação a reparar danos em virtude do abandono afetivo, é imprescindível a adequada demonstração dos pressupostos da responsabilização civil, a saber, a conduta dos pais (ações ou omissões relevantes e que representem violação ao dever de cuidado), a existência do dano (demonstrada por elementos de prova que bem demonstrem a presença de prejuízo material ou moral) e o nexo de causalidade (que das ações ou omissões decorra diretamente a existência do fato danoso)” (STJ. REsp. n. 1.887.697/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgado em: 21 set. 2021).

Assim, ao oferecer parâmetros objetivos para fundamentar a Teoria do Desamor, migra-se da metafísica ofensa a um dever de amar para uma conduta antijurídica, pautada na omissão paterna ao dever de cuidado, postulado em diversas facetas no ordenamento jurídico brasileiro (ROSENVALD, 2014). Nessa seara, infere-se que o princípio da afetividade não deve ser assimilado como a “imposição de amar”, mas, sim, ser compreendido diante de sua acepção jurídica, que intenta assegurar a dedicação parental no que tange ao desenvolvimento da personalidade e da integridade psíquica dos jovens, por meio do cumprimento dos deveres de ordem imaterial do poder familiar (PRADO, 2012).

Nesse norte, negar o reconhecimento do cuidado como uma obrigação legal configura uma nítida violação à Carta Constituinte, e, principalmente, um notável desamparo à criança e ao adolescente, que devem ser colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme o artigo 227, da Constituição Federal³⁷ (BRASIL, 2012).

A Ministra Nancy Andrighi, ainda em seu voto no Resp n. 1.159.242/SP, propôs-se a diferenciar o amor de cuidado. Para ela, aquele está relacionado à esfera da subjetividade, sendo impossível sua precisa materialização, e, por isso, não pode ser abarcado pela seara legal. Por outro lado, o cuidado é concebido de elementos objetivos, o que permite a verificação e a comprovação de seu cumprimento, por meio da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; condutas voluntárias em favor da prole, entre outras atuações possíveis que deverão ser analisadas no caso concreto pelo julgador. “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever” (BRASIL, 2012).

Colaciona-se parte de um texto, de autoria desconhecida, que consegue expressar as diversas facetas que o dever de cuidado pode atingir:

Em uma reunião de pais numa escola da periferia, a diretora ressaltava o apoio que os pais devem dar aos filhos. Pedia-lhes, também, que se fizessem presentes o máximo de tempo possível. Ela entendia que, embora a maioria dos pais e mães daquela comunidade trabalhasse fora, deveria achar um tempinho para se dedicar e entender as crianças. Mas a diretora ficou muito surpresa quando um pai se levantou e explicou, com seu jeito humilde, que ele não tinha tempo de falar com o filho, nem de vê-lo durante a semana. Quando ele saía para trabalhar era muito cedo e o filho ainda estava dormindo. Quando voltava do serviço era muito tarde e o garoto não estava mais acordado. Explicou, ainda, que tinha de trabalhar assim para prover o sustento da família. Mas ele contou, também, que isso o deixava angustiado por não ter tempo para o filho e que tentava se redimir indo beijá-lo todas as noites quando chegava em casa. E, para que o filho soubesse da sua presença, ele dava um nó na ponta do lençol

37“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).

que o cobria. Isso acontecia religiosamente todas as noites quando ia beijá-lo. Quando o filho acordava e via o nó, sabia, através dele, que o pai tinha estado ali e o havia beijado (Nó do Afeto, autor desconhecido, *apud* HIRONAKA, 2005, p.17).

Posto isso, quando um genitor não exerce os deveres de cuidado, inerentes à ordem imaterial do poder familiar, a ausência injustificada do pai acarreta evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, o que culmina em abandono afetivo. A conduta omissiva paterna viola os deveres jurídicos de assistência material, moral e proteção, findando na inquestionável concretização de dano e na possibilidade de reparação civil (SANTOS, 2004). Isso, porque tanto a Constituição de 1988 quanto o novo Código Civil estabelecem a obrigação dos pais de cuidarem dos seus filhos, tendo em vista que a não execução desses deveres configura a ausência do cuidado, que pode causar prejuízo à integridade psíquica de crianças e adolescentes, pessoas a que o Texto Constitucional atribuiu prioridade absoluta, e por isso deve ser considerada a possibilidade de dano moral a ser reparado (MORAES, 2018).

Estudos na área da psicologia têm demonstrado que os filhos abandonados desenvolvem traumas, ansiedade e deficiências afetivas que refletem-se em suas relações futuras, o que provoca danos no desenvolvimento mental, físico e social da criança. Nesse norte, é diante desse agravo moral, decorrente da negligência paterna, que surge o dever de reparação integral do abalo psíquico gerado (MADALENO, 2022).

Ademais, infere-se que o dano proporcionado pelo abandono pode se refletir, até mesmo, no desenvolvimento cognitivo e comportamental da criança. As conseqüências advindas de atos de negligência parental podem gerar distúrbios comportamentais, dificuldade de aprendizagem, sentimentos de desvalorização e autodepreciação, e aumentam a chance de transgressões na adolescência. (SCHREINER, 2009 *apud* MENDONÇA, 2011). Dessa forma, visualiza-se que o prejuízo causado ao filho abandonado é claramente uma ofensa aos direitos da personalidade do jovem que ainda está em fase de desenvolvimento. Conforme Rodrigo Pereira da Cunha (2008, p. 5), “Os menores têm direito não só ao nome de filho, mas também ao estado de filho”.

Não obstante, sabe-se que não há como obrigar alguém a cumprir o direito do afeto, isto é, com os deveres de cuidado, mas é evidente também que, se esse direito for maculado, deverá haver a possibilidade de reparação em juízo, nos casos em que a ausência parental tenha causado repercussões negativas na esfera pessoal e psicológica do filho (HIRONAKA, 2005). Isso, porque verifica-se que as condutas que substanciam o cuidado são deveres imperativos postulados no Ordenamento Jurídico, cujo não cumprimento pelos pais em face de ausência

proposital acarreta consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal deve proporcionar amparo sob pena de ter-se um direito acéfalo e inexigível (PEREIRA, 2015).

Dessarte, o ressarcimento do dano moral ante o abandono afetivo promovido por um dos pais está fundado na premissa de que o descumprimento dos deveres de cuidado viola um dos corolários direitos estabelecido a partir dignidade humana, a assistência moral, que de maneira especial foi ressalvada aos filhos (MORAES, 2018).

De fato, não há como imaginar, ou até mesmo defender, que os genitores que não nutrem afeto nenhum pela prole passem a fingir algo que são incapazes de gerir espontaneamente, apenas pelo temor de serem condenados a indenizar o que já foi consumado³⁸ (BRASIL, 2012). Acredita-se, também, que a manutenção forçada de visitas quando inexistente o interesse por parte de um dos pais pode ser maléfica à criança, tendo em vista que constranger o filho ao contato com o ascendente que não nutre sentimento algum por ele pode ser traumatizante (MADALENO, 2015).

Todavia, em que pese o Judiciário não possa obrigar ninguém a amar, também deve-se considerar que o Judiciário não pode se omitir de tentar alcançar meios para proteção de crianças e adolescentes ante qualquer forma de negligência ou opressão, advinda, inclusive, do descumprimentos dos deveres paternais (MADALENO, 2022). Nessa senda, acredita-se que a possibilidade de reparação pecuniária atua como uma compensação por aquilo que não se pode obrigar, isto é, a obrigação *in natura* do amor, representada por atos como a companhia ou a presença (ROSENVALD, 2014).

38“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FILHO QUE IMPUTA AO PAI O COMETIMENTO DE ABANDONO MORAL E AFETIVO, CULPANDO-LHE PELO DISTANCIAMENTO DE AMBOS AO LONGO DA VIDA E PELOS SOFRIMENTOS EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DISTO. AGRAVO RETIDO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO INTERPOSIÇÃO IMEDIATA, NA PRÓPRIA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ART. 523, § 4º, DO CPC. MÉRITO. AO PODER JUDICIÁRIO NÃO É DADA A INCUMBÊNCIA DE TUTELAR O AMOR OU O DESAFETO, NUMA ESPÉCIE DE JURISDIONALIZAÇÃO DOS SENTIMENTOS, QUE SÃO INCONTROLÁVEIS PELA SUA PRÓPRIA ESSÊNCIA. A AFEIÇÃO COMPULSÓRIA, FORJADA PELO RECEIO DA RESPONSABILIZAÇÃO PECUNIÁRIA, É TÃO OU MAIS FUNESTA DO QUE A PRÓPRIA AUSÊNCIA DE AFETO. RESPONSABILIZAR, MEDIANTE INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA A AUSÊNCIA DE SENTIMENTOS, É INCENTIVAR A INSINCERIDADE DO AMOR, CONSPIRANDO PARA O NASCIMENTO DE RELAÇÕES FAMILIARES ASSENTADAS SOB OS PILARES DO FINGIMENTO, O QUE NÃO SE COADUNA COM A MORAL, A ÉTICA E O DIREITO. ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO. INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ARTS. 186 E 927 DO CC E ART. 333, INC. I, DO CPC. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. APELO DESPROVIDO. Amor existe ou não existe e, em não existindo, pode até vir a ser cultivado com atitudes de aproximação, jamais sob ameaça de punição. A construção de laços afetivos mediante coação pecuniária é de todo temerária, resumbrando bizarro imaginar pais que não nutrem afeto algum pela prole, fingirem, de um instante para outro, aquilo que são incapazes de sentir genuinamente, apenas pelo temor de virem a ser condenados a indenizar o que desditosamente já está consumado” (TJSC, Ap n. 2011.073787-1. Rel. Des. Jorge Luis Costa Bebe. 4ª Câmara de Direito Civil. Julgado em: 2/8/2012).

Dessa forma, infere-se que o dano moral diante de abandono afetivo não deve estar atribuído a um caráter punitivo. Por outro lado, deve estar voltado à compensação da lesão moral sofrida. Assim, não condena-se o genitor que abandonou o filho, mas visa-se ao ressarcimento do dano efetivamente suportado por quem foi abandonado afetivamente (MORAES, 2009). O enfoque deve ser a criança, e não os pais.

Posto isso, a reparação pecuniária tem o objetivo de atenuar as consequências advindas da lesão sofrida, tratando-se de compensação e não de ressarcimento. Assim, não se está atribuindo um valor econômico ao amor, ou, ainda, monetizando o afeto. Isso aconteceria, na verdade, se fosse admitido que somente o pagamento de pensão alimentícia é o bastante em uma relação entre pais e filhos. Aí sim seria monetizar tal relação, pois reduzir-se-ia os vínculos paterno-filiais a um pagamento mensal. Inadmitir a indenização por abandono afetivo significa admitir que pais não são responsáveis pela criação de seus filhos (PEREIRA, 2021).

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Conforme verificado, é diante dos princípios que regem o Direito das Famílias que são estabelecidos os deveres imateriais do poder familiar. Dentre eles, busca-se analisar em especial o dever de cuidado, que possui várias acepções, como guarda, companhia, assistência psíquica e moral, as quais estão positivadas em uma série de dispositivos legais, desde a Constituição, Código Civil, até o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, por meio da análise de que o afeto é um dever paterno-filial, pautado no cuidado, é que visualiza-se a possibilidade de indenização por abandono afetivo, tendo em vista que o não cumprimento dessas obrigações é uma clara violação à ordem jurídica brasileira e promove a ocorrência de um ato ilícito passível de ser reparado. Busca-se, assim, analisar o instituto da responsabilidade civil de modo a identificar cada um dos pressupostos necessários para ensejar a reparação de danos morais, evidenciando de que forma os mesmos estão presentes nos casos de abandono afetivo parental.

Salienta-se a gravidade do dano causado às crianças e aos adolescente que são abandonados afetivamente, seja por seu pai ou por sua mãe, tendo em vista o sério prejuízo que é gerado na psique. Dessa forma, defende-se a necessária tutela dos direitos dos filhos de forma a permitir a compensação pelos danos gerados à personalidade da criança ou adolescente que foi lesado moralmente ao ter seu direito de afeto infringido.

3.1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O direito se destina a proteger os atos lícitos e cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los, além de reparar os reflexos prejudiciais que causam. Nessa seara está inserida a essência da responsabilidade civil, intimamente relacionada à noção de desvio de conduta, sendo traçada para alcançar as ações praticadas que, de maneira geral, são contrárias ao direito e que por sua vez são danosas a outros agentes (CAVALIERI FILHO, 2021). Desse modo, é um instituto jurídico que se origina de um dever de reparar o dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, decorrente da violação de uma obrigação jurídica legal ou contratual (TARTUCE, 2022).

Dessa forma, o conceito de responsabilidade civil pode ser definido como a obrigação patrimonial de reparar o dano material ou moral causado à vítima quando o agente tiver deixado de observar o sistema normativo, nos casos em que não puder repor *in natura* o estado anterior do que foi prejudicado (NORONHA, 2013). Assim, diz-se que há uma infração, que é seguida

de uma reprovação, o que conduz a um juízo de imputação sobre um juízo de retribuição em que se coadunam duas obrigações: a de fazer, e a de reparar. A responsabilidade civil se origina do encontro dessas duas ações, onde a primeira é a justificativa para incidência da segunda, e a segunda é a sanção à primeira (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017). Defende Maria Helena Diniz que:

A responsabilidade civil visa, portanto, garantir o direito lesado à segurança mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o *status quo ante*. Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento, respeitando assim sua dignidade (DINIZ, 2022, p. 13).

Outrossim, há diferença entre obrigação, um dever jurídico originário, e responsabilidade, um dever jurídico sucessivo que decorre da violação do primeiro. Portanto, sempre que se quiser definir quem é o autor responsável pelo dano, identifica-se aquele a quem a lei imputou uma determinada obrigação, tendo em vista que ninguém poderá ser responsabilizado por algo sem que tenha violado um dever jurídico preexistente (CAVALIERI FILHO, 2021).

Importante ressaltar que a responsabilidade civil possui três funções: 1) reparatória, 2) sancionatória e pedagógica, e 3) preventiva. A reparatória está atrelada à transmissão dos custos, relativos ao evento danoso, da vítima para o ofensor, enquanto a sancionatória e pedagógica pode ser tida como uma sanção àquele que transgrediu a norma ou que deixou de cumprir algum dever jurídico. Por fim, a função preventiva tem o intuito de inibir, ou pelo menos desestimular, a repetição da conduta lesiva diante da elevada probabilidade de condenação à reparação (NORONHA, 2013).

Todavia, a ideia de responsabilidade civil deixa, gradativamente, de estar vinculada à punição do agente, e passa a ratificar sua função reparatória por meio da consolidação da proteção à vítima em face, principalmente, da preservação da dignidade da pessoa humana. Destarte, desloca-se o foco da responsabilidade civil do agente causador do dano para a vítima, revelando que seu objetivo fundamental não é a repressão de condutas negligentes, mas, sim, a reparação de danos (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022).

Ao analisar os artigos 186³⁹ e 927⁴⁰, do Código Civil, evidencia-se que quatro são os pressupostos desse instituto jurídicos: ação ou omissão, culpa ou dolo, relação de causalidade, e dano (GONÇALVES, 2022). Ação ou omissão está relacionada à conduta do agente que, investindo contra alguém, ou deixando de atuar, fere direito de terceiro. Por sua vez, se essa comissão ou omissão se manifestar de maneira voluntária, concretiza-se o dolo; de outro modo, se for involuntária, importará em culpa. O nexo causal se consagra diante da relação de violação da norma e do dano, sendo este o resultado negativo que atinge a pessoa ou seu patrimônio (RIZZARDO, 2019).

Ademais, a natureza da responsabilidade civil pode decorrer da voluntariedade ou da legalidade. A primeira é aquela que advém dos negócios jurídicos, diante do princípio da autonomia da vontade, enquanto a segunda decorre das obrigações impostas pela lei (CAVALIERI FILHO, 2021). Por fim, analisa-se mais uma classificação, referente à responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Diz-se subjetiva a responsabilidade que está atrelada à ideia de culpa; ou seja, o pressuposto necessário para a configuração de um dano indenizável é a prova de que o agente causador do prejuízo agiu culposamente. Por outro lado, a responsabilidade objetiva prescinde de culpa e se perfectibiliza apenas com a existência de dano e nexo de causalidade, sendo que a lei estipula quais os casos incidirão nesse instituto normativo (GONÇALVES, 2022).

No que tange à responsabilidade objetiva, infere-se que o conceito de culpa é insuficiente para justificar o dever de satisfazer muitos prejuízos. Com o avanço da sociedade, a vida cada vez mais complexa nos põe diante de males que nem sempre são causados por atitudes desarrazoadas ou culposas, mas que, diante de seu impacto, relevância e risco inerente a tais condutas, entendeu o legislador pela necessidade de atribuir a reparação do dano causado unicamente pela incidência de uma relação de causalidade entre o mal sofrido e o fato gerador (RIZZARDO, 2019).

Todavia, a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva e está circunscrita a seus limites, sendo que:

[...] a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a

39“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

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

reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva (PEREIRA, p. 507 *apud* GONÇALVES, 2022, p. 33).

Dessa forma, consolida-se um modelo dualista, em que coexistem a norma geral da responsabilidade civil subjetiva, postulada no artigo 186, do Código Civil, e as normas que regem a responsabilidade objetiva, contemplada, principalmente, no parágrafo único⁴¹ do artigo 927 também do Código Civil. Em ambas as modalidades de reparação a ideia central é a tutela prioritária da vítima, e, por isso, não se trata de fundamentar a teoria da responsabilidade civil na culpa ou no risco, e sim de reconhecer, tanto em uma quanto em outra, processos técnicos voltados à reparação de danos sofridos pelas vítimas. Assim, a revolução pela qual ainda passa a responsabilidade civil tem o viés de voltar este instituto às consequências do dano, e não para suas causas, ou então, para a moralização e punição de condutas (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022).

Por meio dessa nova análise acerca da função da responsabilidade civil é que verifica-se a possibilidade de aplicação desse instituto no Direito das Famílias. Esse novo olhar atribuído à indenização, ao determinar que o intuito é de compensar os danos sofridos pela vítima, possibilita a existência de ações indenizatórias no âmbito familiar, já que são relações pautadas pela subjetividade, que devem estar voltadas para a preocupação do bem-estar de seus membros e não para a punição de eventuais culpados.

3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NO ÂMBITO FAMILIAR: ELEMENTOS CARACTERIZADORES

A ideia de culpa está intrinsecamente relacionada à responsabilidade civil subjetiva, e é por isso que em regra ninguém pode ser censurado sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Ressalta-se que o termo “culpa” é utilizado em sentido amplo, *lato sensu*, abarcando tanto a ideia de culpa, *stricto sensu*, como o dolo (CAVALIERI FILHO, 2021). O sentido *stricto sensu* é equivalente a uma ação ou omissão involuntária e danosa, que se configura por meio de negligência ou imprudência, expandindo sua atribuição a comportamentos equivalentes como o descuido, a imperícia, desatenção e leviandade. A culpa sentido *lato*, por sua vez, abrange o dolo, uma ação ou omissão voluntária pretendida e almejada que provoca danos. Em ambas as acepções a ordem legal é desrespeitada (RIZZARDO, 2019).

41“Art. 927, Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

Na teoria da responsabilidade subjetiva, só será culposamente imputável aquele que tiver praticado um fato danoso que poderia ter sido evitado. Desse modo, não será responsabilizado o agente que não pretendeu, bem como não poderia prever o dano decorrente de sua ação, tendo agido com necessária cautela. Nessa senda, não se pode ir além do ilícito para firmar a responsabilidade subjetiva, a ponto de assegurar que, verificado o dano, nasce a obrigação de indenizar, sem contudo analisar a culpa do lesante, impondo como único pressuposto para configurar a responsabilidade civil a relação de nexos causal entre fato e dano (RIZZARDO, 2019).

Outrossim, na pós-modernidade jurídica, a existência de diálogos interdisciplinares é constante. As interfaces entre os diversos ramos do Direito Civil estão cada vez mais presentes, com destaque aqui para as interligações mutualistas entre o Direito de Família e as ações indenizatórias, que ganharam notoriedade no decorrer dos últimos anos (TARTUCE, 2022).

A responsabilidade civil subjetiva é instituto aplicável ao direito de família, especialmente no que se refere à relação de parentalidade, que envolve sujeitos vulneráveis e em fase de desenvolvimento. As mudanças na ordem jurídica ressignificaram o que consiste nas obrigações atreladas ao poder familiar, que deixou de ser um conjunto de competências dos pais sobre os filhos para configurar um panorama em que os deveres paterno-filiais são obrigatórios e dos quais os genitores não podem se esquivar (LÔBO, 2013).

Assim, como a responsabilidade civil perfaz a ideia de atribuição da conduta ilícita ao agente causador do dano, o abandono afetivo parental deve ser passível de pleito indenizatório, porquanto há uma evidente lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, diante da omissão do pai ou da mãe no cumprimento das funções parentais (PEREIRA, 2015).

Posto isso, a premissa fundamental para o diálogo metodológico e jurídico entre esses dois campos do direito é de que estejam presentes nos casos de abandono afetivo os elementos clássicos da responsabilidade civil subjetiva: a) conduta humana, b) culpa em sentido amplo, c) nexos de causalidade e d) dano (CHAVES; ROSENVALD, 2017).

3.2.1 Conduta Humana e culpa

Entende-se por conduta o comportamento humano voluntário que se perfectibiliza por meio de uma ação ou omissão e que produz consequências jurídicas (CAVALIERI FILHO, 2021). Destarte, o ato humano é um dos elementos constitutivos da responsabilidade civil, seja comissivo ou omissivo, voluntário, imputável e ilícito, que ao causar dano a terceiro gera o dever de indenizar (DINIZ, 2022,).

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, tendo em vista que, de maneira geral, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos potencialmente lesivos, sendo que a violação do dever legal de abstenção está adstrita a uma comissão. Por outro lado, a omissão está pautada na inatividade, isto é, quando deixa-se de realizar uma conduta devida. Ressalta-se que não é um mero não fazer, mas, sim, deixar de fazer algo que, nas devidas circunstâncias, era exigido do omitente pela ordem legal (CAVALIERI FILHO, 2021). Portanto, para sua configuração é necessário provar que por trás do ato que deveria ter sido praticado existia um dever jurídico de evitar o dano (TARTUCE, 2022). Sérgio Cavalieri Filho alega que:

A noção jurídica de omissão, repetimos, é necessariamente normativa, pressupõe a existência de norma que imponha a ação omitida, pois o Direito nos impõe, muitas vezes, o dever de agir, casos em que, nos omitindo, além de violar dever jurídico, podemos deixar de impedir a ocorrência de um resultado (CAVALIERI FILHO, 2021 p. 62).

Na responsabilidade civil subjetiva, para que a conduta humana seja qualificada juridicamente, deverá obrigatoriamente se apresentar como um ato ilícito, que poderá decorrer da violação de um dever geral previsto no ordenamento jurídico ou do descumprimento de uma obrigação assumida (DINIZ, 2022). Ademais, é essencial que a ação ou omissão seja qualificada como voluntária, controlável ou pelo menos dominável pela vontade do homem, já que nesse âmbito da responsabilidade civil são excluídos os danos causados pela força da natureza e os praticados em estado de inconsciência (GONÇALVES, 2022).

Todavia, não basta que a conduta seja apenas voluntária, mas que ela também seja culposa. A culpa *lato sensu* corresponde ao elemento subjetivo da conduta humana, isto é, ao aspecto inerente ao comportamento, e é considerada o ponto mais relevante da responsabilidade subjetiva. Isso, porque a execução de uma ação ou omissão que viole uma obrigação jurídica deve estar correlacionada à vontade do agente de dar causa ao resultado (CAVALIERI FILHO, 2021). Tal ânimo não precisa ter necessariamente o propósito de causar prejuízo a outrem; a culpa *lato sensu* deve ser entendida como a consciência do comportamento, independentemente de haver intenção ou não de produzir um resultado danoso. Serve para configurar, portanto, um nexu psíquico entre o autor e o resultado (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022).

Dessa forma, infere-se que a culpa em sentido *lato* abarca tanto o dolo, que é a violação intencional de algum dever jurídico, quanto a culpa em sentido estrito, que compreende atos de imprudência, negligência e imperícia (DINIZ, 2022). A imprudência é uma conduta comissiva irrefletida que causa um dano que poderia ter sido evitado se o agente tivesse sido cauteloso em

suas ações. Por outro lado, a negligência é uma omissão atrelada à falta de cuidado e à inobservância de normas de conduta, enquanto a imperícia é a carência de habilidade ou qualificação para o desempenho de uma atividade técnica (NORONHA, 2013).

A responsabilidade civil subjetiva não se atém a demonstrar que o agente causador do ato ilícito tinha intenção – o dolo – de provocar o resultado danoso, na medida em que será responsabilizado da mesma forma o agente que não refletiu acerca das consequências de sua conduta e agiu de maneira negligente, imprudente ou com imperícia (DINIZ, 2022). Isso porque, diferentemente do crime, o *quantum* da responsabilidade civil não é proporcional ao elemento subjetivo da conduta do agente, dolo ou culpa, maneira como é atribuída a pena no direito criminal; a indenização, por outro lado, é equivalente ao dano sofrido pela vítima, independentemente de a conduta do infrator ter sido dolosa ou culposa, haja vista que o intuito da responsabilidade civil é reparação do prejuízo em sua integralidade (CAVALIERI FILHO, 2021).

Com efeito, infere-se que a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil no direito de família está condicionada à ocorrência de um ato ilícito (FARIAS; ROSENVALD, 2014). A Ministra Nancy Andrighi defendeu no Recurso Especial n. 1.887.697/RJ, que, como os artigos 186 e 927, do Código Civil, versam sobre matéria ampla e irrestrita, não há óbice para aplicação da reparação civil na seara familiar. Sendo assim, por meio de uma análise sistemática do conjunto normativo que permeia os prejuízos indenizáveis a Ministra concluiu ser possível a condenação à indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo quando demonstrada a incidência dos pressupostos de reparação civil (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, como já exposto, uma conduta ilícita é verificada quando há uma ação ou omissão que viole norma jurídica (RIZZARDO, 2019). Em sede do abandono afetivo, verifica-se que a conduta ilícita se perfectibiliza por meio da omissão paterna no cumprimento dos deveres imateriais do poder familiar, os quais estão positivados em uma série de dispositivos na ordem jurídica brasileira, na Constituição Federal, no Código Civil, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais perfectibilizam a ideia do cuidado como valor jurídico. Isso, porque é dever dos pais exercerem uma paternidade responsável (artigo 227, CF), por meio da criação e educação da prole, e da assistência material e moral (artigos 229, CF; 1.634, I, CC; 4º e 22, ECA), independente de guarda unilateral ou compartilhada (art. 1.634, II, CC), com o intuito de garantir a formação da personalidade dos filhos (MADALENO, 2022).

Não obstante, infere-se que a conduta parental de abandono afetivo é também culposa, na medida em que configura uma omissão negligente e imprudente, e, portanto, há de ser

considerada como ilícito civil, conforme defendido pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial n. 1.159.242/SP:

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal [...] Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexa causal (BRASIL, 2012).

Dessa forma, verifica-se que a conduta parental no que tange ao abandono afetivo é uma omissão, negligente e imprudente, que viola as normas postuladas para assegurar o cuidado, em suas diversas acepções, para com a prole. Confirma-se, assim, que os dois pressupostos da responsabilidade civil, conduta ilícita e culpa, estão preenchidos para a condenação por abandono afetivo.

3.2.2 Dano

O dano é pressuposto central da responsabilidade civil, haja vista que não haverá ato punível se o mesmo não tiver causado um dano. Em outras palavras, diz-se que, se o ato tiver sido maculado pela culpa e promover um prejuízo, adentra-se no mundo do delito (RIZZARDO, 2019). Todavia, para que haja o pagamento de uma indenização é necessário, em regra, comprovar o dano material ou imaterial suportado pela vítima, cabendo ao autor da demanda o ônus de sua prova, conforme o artigo 373, I⁴², do Código de Processo Civil (TARTUCE, 2022).

Dessarte, o dano pode ser caracterizado como o prejuízo, econômico ou não econômico, individual ou coletivo, decorrente de um fato jurídico que tenha lesado qualquer valor intrínseco à pessoa humana, bem como que tenha atingido coisa juridicamente tutelada (NORONHA, 2013).

Assim, para que o dano indenizável se concretize é imprescindível a ocorrência da: 1) diminuição ou destruição de um bem jurídico, que deve ser um prejuízo real, isto é, que tenha sido produto direto do fato lesivo; e a 2) efetividade ou certeza do dano, tendo em vista que a lesão não pode ser hipotética, pelo contrário, deve ser real e efetiva, sendo necessária a comprovação e demonstração acerca do prejuízo sobre a pessoa ou sobre o patrimônio dessa (DINIZ, 2022).

42“Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;” (BRASIL, 2015).

Ainda, para que o dano venha a ser reconhecido e posteriormente sancionado pelo ordenamento jurídico é necessária a presença de dois elementos, um de fato e outro de direito. O primeiro diz respeito à existência de prejuízo em si, enquanto o segundo manifesta-se na ocorrência de uma lesão jurídica, ou seja, é preciso que a vítima demonstre que o dano decorreu de um fato que tenha violado interesse juridicamente tutelado. Tal interesse é o que determina se há ânsia da ordem jurídica em reconhecer a reparação civil no caso em concreto, e é o que determina a extensão do prejuízo que alguém será obrigado a reparar (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017).

O dano não corresponde propriamente ao bem jurídico violado, mas sim à consequência negativa resultante dessa lesão. Para a responsabilidade civil só interessa o dano em seu aspecto objetivo, isto é, quando a obrigação de reparar estiver relacionada ao ressarcimento de um interesse legítimo, considerado como socialmente sério e útil (NORONHA, 2013). Diz-se, portanto, que o conceito de “dano” no sentido comum da palavra não coincide com a noção jurídica de prejuízo ressarcível, que é muito mais restrita. Isso, porque, para o direito, nem todo dano é ressarcível, nem todo dano é justo (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022).

Ademais, infere-se que o infortúnio ocasionado pode ser tanto individual quanto social. Na esfera do indivíduo há possibilidade de dano patrimonial, que constitui lesão ao patrimônio, dano moral, quando direito da personalidade é atingido, e também danos estéticos, quando o evento danoso acarreta em alteração morfológica no indivíduo, que pode provocar um complexo de inferioridade da autoestima bem como incapacidade laboral. Por outro lado, o dano social, que pode ser tanto patrimonial quanto moral, ocorre quando determinado ato atinge algum valor comunitário, como à saúde, meio ambiente, consumidor, educação e cidadania (DINIZ, 2022).

Contudo, ressalta-se que no decorrer dos últimos anos houve uma expansão do que se considera como prejuízo ressarcível, e passou a se considerar inovadoras e múltiplas espécies danosas. São os chamados “novos danos”, dos quais cita-se dano de morte, sexual, pelo custo do filho indesejado, de férias arruinadas e por abandono afetivo de filho menor. Para fins didáticos, entende-se plausível classificar o dano em suas duas modalidades tradicionais – patrimonial, e extrapatrimonial –, tendo em vista que as demais são subespécies que decorrem dessas duas categorias (CAVALIERI FILHO, 2021). Feitas tais considerações, coaduna-se a Súmula 37⁴³, do Superior Tribunal de Justiça, que prevê a possibilidade de cumular em uma mesma ação danos materiais e danos morais, tema polêmico no passado diante do destaque e

43Súmula 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

do tratamento inovador que foi dado pela Constituição Federal de 1988 ao dano moral (TARTUCE, 2022).

Ademais, o *quantum* da responsabilidade civil não é medido de acordo com a gravidade da conduta do lesante, nem em outros fatores subjetivos, mas exclusivamente pela extensão do dano causado, conforme o artigo 944⁴⁴, do Código Civil (NORONHA, 2013). Em suma, diz-se que dano é a desvantagem experimentada pela vítima ao lhe atingir algum bem jurídico, patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição, entre outros, a partir do qual nasce a obrigação de indenizar (GONÇALVES, 2022).

3.2.2.1 O dano moral

A possibilidade de reparação civil por danos morais, no Brasil, foi reconhecida com a promulgação da Constituição de 1988, a qual foi baseada nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Diante desses, visualiza-se que o objetivo principal da responsabilidade civil extrapatrimonial não é a punição de condutas ilícitas, mas, sim, a proteção da vítima contra o dano injusto (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022).

O dano moral, em detrimento do patrimônio material, é a lesão a tudo aquilo que não é suscetível de valor econômico, incorporando a honra, a paz, tranquilidade de espírito, vínculos de afeto legítimos, em suma, todos os valores espirituais ou morais que de alguma maneira estão abarcados pelos direitos da personalidade (RIZZARDO, 2019).

Essa classificação de dano está dentro do que se contempla como danos à pessoa, que se traduzem, em boa parte das vezes, na violação dos direitos da personalidade. São subdivididos em danos corporais, físicos, psíquicos ou morais, os quais podem ser chamados de danos morais em sentido amplo. Corporal ou físico é o dano advindo de lesões à integridade corporal, psíquico quando há ofensa aos atributos do intelecto e do sentimento, e por fim, moral quando são violados elementos valorativos da pessoa enquanto ser social. Esse último subgrupo, apenas, é considerado como dano moral anímico ou então moral em sentido estrito, e é tido como o verdadeiro dano moral, porquanto relacionado aos sentimentos, à vida afetiva, cultural e às relações sociais (NORONHA, 2013)

Ademais, classifica-se o dano moral quanto à necessidade ou não de prova, isto é, quanto ao ônus de demonstrar o prejuízo suportado pela vítima em face das particularidades do

44“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002).

caso. Assim, é subdividido em dano subjetivo ou objetivo: subjetivo é o dano moral que precisa ser comprovado pela vítima, e que corresponde à regra geral utilizada pelo sistema jurídico brasileiro. Por sua vez, o objetivo ou presumido não carece de prova e é exceção no sistema brasileiro. Do latim *in res ipsa*, evidencia-se que o dano moral objetivo decorre do simples fato, visualizado principalmente nos casos de lesões a direitos fundamentais (TARTUCE, 2022).

Nessa seara, defendeu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.292.141/SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que “sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral” (BRASIL, 2012).

Diferentemente dos danos patrimoniais, em que utiliza-se a Teoria da Indiferença para quantificar a reparação civil, por meio da qual pressupõe que a indenização corresponde à diferença entre a situação do patrimônio após o evento lesivo e a posição hipotética em que esse se encontraria caso o evento danoso não tivesse ocorrido, nos danos extrapatrimoniais vigora o princípio da satisfação compensatória. A partir dele, defende-se que o valor quantitativo que deve ser restituído à vítima não equivale a um “preço”, de modo que se visualiza o *quantum* a ser recebido como o valor necessário para proporcionar ao lesado um conforto diante do sofrimento enfrentado (NORONHA, 2013).

No contexto do direito de família, no que tange ao abandono afetivo paterno, verifica-se que a omissão do pai ou da mãe no descumprimento dos deveres parentais causa lesão a um interesse extrapatrimonial juridicamente tutelado (PEREIRA, 2021).

Destaca a professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade (HIRONAKA, 2007).

A ausência parental tem diversas implicações no desenvolvimento do filho; de modo geral, são negativas ante a importância do pai no desenvolvimento de crianças e adolescentes (SGANZERLA; LEWANDOWSKI, 2010, *apud* DAMIANI; COLOSSI, 2015). O ambiente familiar é o principal fator de influência no desenvolver biológico, emocional, social, de valores, noções de pertencimento e atribuições individuais de crianças e adolescentes (SCHREINER, 2009 *apud* MENDONÇA, 2011).

A infância é o período da vida de maior importância da presença paterna, tendo em vista que a participação efetiva dos pais na vida da criança tem influência direta na autoestima,

autonomia e estabilidade emocional. Quando há o apoio de pais afetivos, o infante tende a possuir um suporte emocional para desenvolver suas estruturas psíquicas de forma segura, o que enseja maior facilidade para enfrentar os desafios dessa primeira fase da vida. É por isso que as consequências advindas da privação paterna, seja ela afetiva ou física, podem ocasionar problemas no desenvolvimento da criança, haja vista que o núcleo de confiança fica esvaziado, o que prejudica a relação com seus pais, e também porque é na infância em que os valores sociais e morais são internalizados (LEBOVICI, 1987 *apud* DAMIANI; COLOSSI, 2015).

Nesse sentido, ressalta-se que, quanto maior a participação dos pais nas atividades escolares, culturais e de lazer, maior o desempenho acadêmico e o desenvolvimento de habilidades sociais. Por outro lado, a ausência parental nas atividades essenciais da infância pode estar relacionada a problemas comportamentais (FANTINATO, 2011 *apud* DAMIANI; COLOSSI, 2015).

No que tange exclusivamente ao abandono por parte da mãe, estudos realizados na área da saúde mental e do desenvolvimento de crianças revelaram que, quando um infante é privado dos cuidados maternos, na maior parte das vezes o seu desenvolvimento é retardado tanto físico e intelectual como socialmente (WINNICOT, 1995, *apud* CESCO, 2004, art. 8, p. 45).

Outrossim, a adolescência é a fase da vida em que o jovem busca autonomia e a afirmação da sua identidade, e, por ser um momento de novas descobertas e transições, o cuidado parental é de extrema importância. Logo, a quebra do vínculo afetivo e da convivência com os pais pode suscitar sentimentos de abandono, rejeição e culpa, o que dificulta a formação de novos vínculos sociais e fraternos (FELZENSZWALB, 2003, *apud* DAMIANI; COLOSSI, 2015). Ainda, a falta de cuidado parental nesse período pode se tornar um fator de risco para o desenvolvimento dos adolescentes, tendo em vista que filhos jovens e abandonados se tornam mais propensos à manifestação de comportamentos delinquentes – dentre eles, o porte de arma e embriaguez ainda no contexto escolar, bem como uma maior probabilidade de uso de drogas (SGANZERLA; LEWANDOWSKI, 2010, *apud* DAMIANI; COLOSSI, 2015).

Nesse norte, as dificuldades de reconhecer os limites e de aprender as regras de convivência social estão intimamente relacionadas à dificuldade de internalização de um pai simbólico, capaz de representar a instância moral do indivíduo (BARBIERI; PAVELQUEIRES 2012 *apud* DAMIANI; COLOSSI, 2015). Uma pesquisa desenvolvida nos Estados Unidos, pelo Departamento de Serviços Humanos e Sociais, destacou que:

Meninas sem um pai nas suas vidas têm 2,5 vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio; meninos sem um pai nas suas vidas têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de

utilizarem drogas; meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento (MARTORELLI, 2004).

Em níveis mais graves, foi constatado que a ausência parental está intrinsecamente relacionada ao desenvolvimento de duas síndromes psiquiátricas, ambas relacionadas a uma elevada incidência de vínculos afetivos defeituosos durante a infância ou adolescência, quais sejam: a personalidade psicopata, ou sociopata, e a depressão. Se não forem descobertos e acompanhadas por profissionais, tais distúrbios poderão ensejar em delinquência e suicídio (BOWLBY, 1982).

Infere-se, todavia, que os danos advindos do abandono afetivo se manifestam de maneira diferente em cada indivíduo, variando de acordo com a idade em que o filho foi abandonado e também com o nível de consolidação da personalidade. As consequências são distintas haja vista que os indivíduos em si são diferentes. Enquanto um terá que lidar com o dano tocante à comunicação social, o outro pode ter dificuldades relacionadas à aprendizagem, por exemplo (KEMMER; MAHL, 2018 *apud* CANTALICE, 2022).

Salienta-se, ainda, que podem existir diferenças no impacto da ausência parental no desenvolvimento de crianças e adolescentes diante dos recursos emocionais individuais adquiridos por cada um, bem como da existência ou não de uma rede de apoio com quem possam contar. Essas duas circunstâncias podem ajudar a minimizar os efeitos negativos da omissão dos pais no cumprimento dos deveres parentais (SGANZERLA; LEWANDOWSKI, 2010, *apud* DAMIANI; COLOSSI, 2015).

Posto isso, verifica-se que o dano decorrente do abandono afetivo é um prejuízo culposamente causado à personalidade do filho. A negação à convivência, ao amparo moral e psíquico, à referência materna e paterna concretas, violam a dignidade, a moral e a reputação social, valores que estão intimamente atrelados aos direitos da personalidade, os quais se manifestam e se concretizam por meio do grupo familiar que é responsável por preservar e cuidar da criança e do adolescente em todas as esferas, sociais e individuais (HIRONAKA, 2005).

Desse modo, a análise do abandono afetivo, feita por meio do olhar da psicologia, deixa evidente que omissões de cuidado parentais causam sérios danos na psique do filho negligenciado. Não há como o direito ficar inerte em relação aos danos morais causados pelo abandono paterno-filial, ainda mais ao levar em consideração que crianças e adolescentes possuem lugar de destaque no que tange à proteção dos direitos e dignidades. A ordem jurídica

deve se atentar para os novos danos de modo que possibilite a compensação moral ante as novas necessidades sociais.

3.2.3 Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade é o elemento que liga o dano ao fato gerador, e que indica quais os prejuízos que podem ser considerados como consequência da conduta danosa (NORONHA, 2013). Além de ser um dos pressupostos da responsabilidade civil, o nexo causal estabelece os limites da obrigação de indenizar, na medida que só será reparado civilmente o dano que for consequência do ato ilícito, isto é, apenas aquilo que permear a relação de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2021). Assim, interessa para a ordem jurídica o prejuízo que é derivado imediatamente do fato causador, não importando, para termos de responsabilidade civil, o dano remoto ou que decorre de outras causas (RIZZARDO, 2019).

Revela-se que o nexo causal possui uma dupla função: ao mesmo tempo que determina a quem será atribuído o fato danoso, também verifica a extensão do dano, e, por conseguinte, do dever de indenizar. Dessa forma, é o nexo de causalidade que impõe quais os limites da reparação civil ao autor do prejuízo, e não a culpa que é intrínseca à conduta lesante (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022). Ao analisar a culpabilidade, determina-se as condições necessárias para imputar subjetivamente um indivíduo pelo cometimento de um dano, enquanto que o nexo causal está relacionado à imputação objetiva da ação ou omissão da qual o prejuízo decorreu (CAVALIERI FILHO, 2021).

Nesse norte, para requerer a indenização é necessário demonstrar que, se o fato gerador do dano não tivesse ocorrido, o evento danoso não teria se concretizado (DINIZ, 2022). Nasce então a preocupação em distinguir quais os eventos que, em uma certa situação, foram determinantes para a ocorrência do prejuízo. Sendo assim, faz-se uma diferenciação entre as causas, que são propriamente os fatos determinantes para ocorrência do dano, e as meras condições, conforme entende Fernando Noronha ao afirmar que:

Condições assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. Causas do dano são apenas aquelas condições consideradas como efetivamente determinantes desse resultado (NORONHA, 2013, p. 613).

Desse modo, para caracterizar o dever de indenizar, não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita e que a vítima tenha sofrido um dano: é necessário que entre o

prejuízo e a ação ou omissão ilícita exista uma relação de causa e efeito (CAVALIERI FILHO, 2021). Assim, pode-se resumir o nexos causal em três palavras: dano, antijuridicidade, e imputação (RIZZARDO, 2019).

Outra questão importante diz respeito à prova do nexos de causalidade. O lesado não tem a necessidade de provar que o dano sofrido foi uma consequência inevitável da conduta do agente, mas, em princípio, basta comprovar que não teria sofrido o dano se não tivesse sido atingido pelo fato gerador do prejuízo (NORONHA, 2013).

No abandono afetivo, o nexos de causalidade, para a incidência de responsabilidade civil, está atrelado à consequência nefasta na esfera subjetiva, íntima e moral do filho diante da omissão culposa do pai (HIRONAKA, 2005). Uma das formas de comprovar esse liame se dá por meio de laudo psicológico realizado por especialista, que pode identificar a ocorrência de alguma patologia psíquica que esteja vinculada à negligência parental (BRASIL, 2012). Assim, verifica-se a importância da perícia e da figura do psicólogo nos casos de abandono afetivo, para identificar o nexos de causalidade entre a omissão paterna e o prejuízo anímico, haja vista que será por meio do laudo que irá se estabelecer não apenas a presença do dano, mas também a sua causa (HIRONAKA, 2007).

Por mais que tenha sido demonstrado que os quatro pressupostos para ensejar a responsabilidade civil – conduta, culpa, dano e nexos – são contemplados pelo abandono afetivo, buscou-se analisar outra possibilidade de promover a indenização nesses casos, por meio da teoria da perda de uma chance. Nessa senda, a reparação civil estaria relacionada à privação do filho em ter tido a possibilidade de crescer com um pai ou uma mãe que cumprissem seus deveres de ordem imaterial do poder familiar, e dessa forma não teria sofrido com o grave dano moral advindo das omissões parentais.

3.3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O ABANDONO AFETIVO

A Teoria da Perda de uma chance, de origem francesa – *perte d'une chance* –, foi desenvolvida na década de sessenta com o intuito de analisar os casos em que a conduta ilícita cometida por um agente retira da vítima a oportunidade de obter algum benefício ou evitar um prejuízo (CAVALIERI FILHO, 2021). No Brasil, essa teoria vem sendo cada vez mais aceita pela jurisprudência e doutrina, que ainda discute se a perda de uma chance deve configurar um dano específico ou está adstrita a um problema de causalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2014). Para os professores, Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (2022, p. 141), não se trata de uma nova categoria de dano, mas, sim,

de uma nova situação lesiva, passível de provocar tanto dano patrimonial, quanto extrapatrimonial. A maior implicação dessa teoria no âmbito jurídico nacional talvez seja a redefinição dos quadrantes do nexo de causalidade.

Dessa forma, caracteriza-se a perda de uma chance quando há frustração de uma expectativa, inserida dentro de uma lógica razoável, que possivelmente viria a se concretizar se as circunstâncias ao seu redor seguissem um curso de normalidade. A perda da vantagem esperada é, portanto, o dano final (SILVA, 2013). Nesse norte, o reconhecimento do direito carece de uma certa previsão, ou, ainda, de uma possibilidade de ganho, sem que seja exigida a certeza de sua concretização. Assim, será passível de ser indenizado aquele que viu-se frustrado de uma possibilidade existente por ato de terceiro, visto que a indenização se refere à própria chance e não à perda do objeto a ela relacionado (RIZZARDO, 2019).

Posto isso, em regra, a perda de uma chance se caracteriza quando extingue-se a probabilidade de um evento acontecer, o qual possibilitaria um benefício futuro para a vítima, devido a conduta de outrem. Conforme defende Sérgio Cavalieri Filho:

Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Não se exige a certeza do dano, mas sim a certeza da probabilidade. Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance: a certeza da probabilidade (CAVALIERI FILHO, 2021).

Nessa toada, para compreensão da teoria da perda de uma chance faz-se necessário analisá-la em duas concepções: 1) existência de uma perda; e 2) quantificação da perda. Enquanto no plano da existência é verificado o efetivo desaparecimento de uma oportunidade séria, real e que restou frustrada, no plano da quantificação é investigada qual seria a probabilidade de obter o resultado final se o evento danoso não tivesse ocorrido, com a atribuição de um valor proporcional à perda da chance de obtê-lo (PEREIRA, 2015).

Diante disso, infere-se que essa teoria está baseada, simultaneamente, em uma certeza e em uma probabilidade. A certeza relacionada ao fato de que, se não fosse o evento danoso, a chance perdida teria sido aproveitada; e a probabilidade referente à vantagem que poderia ter sido auferida ou ao prejuízo que poderia ter sido evitado. A partir da construção desse binômio, certeza e probabilidade, foi desenvolvida a teoria da perda de uma chance, com o intuito de defender que, nos casos em que uma possibilidade concreta torna-se impossível de se realizar,

em face de ato ilícito de terceiro, a vítima também faz jus a uma indenização (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022).

Todavia, a vantagem pleiteada não pode consistir em uma mera eventualidade, suposição ou desejo, tendo em vista que, se assim fosse, estaria premiando-se oportunismos e não reparando oportunidades perdidas (CAVALIERI FILHO, 2021). Dessa forma, para delimitar o que pode se enquadrar como prejuízo indenizável por essa teoria, diz-se que a perda de uma chance deve caracterizar um dano que será reparável quando presentes os pressupostos básicos da responsabilidade civil (GONÇALVES, 2022), isso porque a indenização advinda do prejuízo da não obtenção de uma vantagem não foge das elementares do direito comum, como a prova do dano ou do nexo causal (SILVA, 2013).

Nessa senda, a teoria da perda de uma chance carece de pressupostos objetivos para que seja concedida a indenização, os quais estão divididos em dois grupos: gerais e específicos. Os requisitos gerais são aqueles necessários à configuração do dever de indenizar em si, quais sejam: 1) ilicitude no ato do agente causador da perda da chance; 2) a prova do dano; e 3) o nexo causal entre a supressão definitiva da oportunidade e o ato imputável ao ofensor. Por sua vez, os requisitos específicos são aqueles necessários para ensejar na situação lesiva, sendo esses: 4) frustração de chances sérias e reais; e 5) perda de uma vantagem ou o impedimento de um prejuízo, comprovadamente existente (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022).

A seriedade e a realidade das chances perdidas compõem o principal critério analisado pelo Judiciário para conceder a indenização. Observa-se quais são os casos que possuem chances potenciais e prováveis, separando-os daqueles que possuem apenas danos eventuais e hipotéticos, nos quais a reparação civil deve ser rechaçada. Ressalta-se que as chances devem ser apreciadas de maneira objetiva, diferenciando-as de meras esperanças subjetivas (SILVA, 2013). Em suma, não basta que a vítima tenha perdido a possibilidade de alcançar um resultado útil, mas, também, que o objeto desejado tivesse alta e significativa possibilidade de ter-se concretizado, não devendo ser confundido com uma chance pequena, fluída ou irreal (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022).

Assim, para que a perda de uma chance, advinda de ato de ofensor, seja passível de reparação, haverá necessidade de provar o prejuízo, e para isso o dano deverá ser certo. Essa é a peculiaridade dessa teoria; a certeza recai sobre uma probabilidade, que é o que separa os danos reparáveis dos meramente hipotéticos, os quais sequer apresentam um grau mínimo de certeza (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022).

Nesse sentido defende Rafael Peteffi da Silva que:

A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva (SILVA, 2013, p. 156).

No Direito de Família, a teoria da perda de uma chance também possui aplicabilidade, tendo em vista que, no campo das relações familiares, há possibilidade de que condutas omissivas ou comissivas impliquem na subtração de oportunidades futuras e concretas, as quais, porventura, proporcionariam a obtenção de situações favoráveis, dotadas de conteúdo econômico ou não (FARIAS; ROSENVALD, 2014). Tal situação pode ser visualizada nos casos de abandono afetivo, em que, por meio de um exercício de hermenêutica jurídica, verifica-se a possibilidade de aplicar a perda de uma chance ao filho negligenciado pela omissão parental nos deveres de cuidado. A perda aqui diz respeito à faculdade de ter tido uma convivência afetiva e familiar, que, caso tivesse se concretizado, poderia ter proporcionado um melhor desenvolvimento emocional e psíquico ao filho abandonado (PEREIRA, 2015).

Ao analisar a correlação entre esses dois panoramas jurídicos, de uma lado a teoria do desamor e do outro da perda de uma chance, retorna-se à discussão do afeto e de que eventuais rupturas de vínculos afetivos, decorrentes de atos volitivos, não poderiam caracterizar a perda de uma chance, como bem destacam os doutrinadores Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Não se pode, pois, admitir que a pura e simples cessação de afeto enseje uma indenização por perda de uma chance. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 162).

Todavia, como já destacado ao longo deste capítulo, as relações paterno-filiais se distinguem das demais constituídas no próprio seio familiar, tendo em vista que o afeto não se estabelece apenas como um ato volitivo, mas sim como um direito-dever dos pais para com os filhos, postulado em uma série de dispositivos na ordem jurídica. As omissões paternas diante do não cumprimento dos deveres imateriais do poder familiar são consideradas como atos ilícitos, tendo em vista que os pais que deliberadamente se ocultam da convivência com o filho agem de maneira negligente e imprudente ao violarem uma série de dispositivos jurídicos, o que causa danos à personalidade do jovem (HIRONAKA, 2007). Por isso, há possibilidade de enquadrar o abandono afetivo parental dentro dos requisitos necessários para ensejar indenização pela perda de uma chance.

Nesse sentido, afunilando o tema, quando os pais deixam de cumprir com suas funções decorrentes do poder familiar, de modo a não realizar os cuidados elementares no que tange à saúde e educação, se porventura tal negligência vier a acarretar em uma complicação clínica ou na impossibilidade de concluir os estudos, a teoria da perda de uma chance poderá ser utilizada ante o abandono afetivo e material (PEREIRA, 2015).

Em 2011, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Civil nº 2011.043951-1, de Relatoria da Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, apesar de não ter reconhecido o abandono afetivo, tendo em vista o entendimento jurídico prevalente à época – antes da decisão proferida em 2012, pela Ministra Nancy Andrighi –, conferiu solução inusitada a um caso de abandono material ao aplicar a teoria da perda de uma chance. O episódio se tratava de um filho abandonado pelo seu genitor, que, por conta da falta de apoio material, foi analfabeto até os vinte e dois anos de idade, enquanto outro filho desse mesmo pai, advindo de outro casamento, formou-se em Direito por uma faculdade privada (BRASIL, 2011):

RESPONSABILIDADE CIVIL. FILIAÇÃO. ABANDONO MATERIAL, MORAL E INTELECTUAL DO PAI EM RELAÇÃO AO FILHO. TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO ENTRE OS FILHOS. DANO MORAL CONFIGURADO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. RECURSO DESPROVIDO. Diante disso é possível assentar que a indenização aqui solicitada encontra sustentáculo jurídico também a partir dos insumos doutrinários da responsabilidade civil por perda de uma chance, diante da frustração de obter uma vantagem futura por fato ou ato antijurídico praticado por outrem (cf: NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo, Saraiva, 2003, v. I, p. 665). É certo que o recebimento de educação formal por parte dos pais não configura garantia absoluta de sucesso profissional. Mas a chamada “perda de uma chance” não tem por objetivo indenizar fatos dessa natureza, isto é, “o prêmio da chegada”, o sucesso que não veio, mas sim constituir lenitivo pela oportunidade perdida, pela ponte que foi queimada e que não pode mais ser erguida, pelo caminho que poderia ter sido trilhado mas que foi fechado justamente por ato ilícito e injustificado cometido por quem tinha o dever jurídico de abri-lo. Também é rigorosamente presumível o abalo que sente o filho ao ver que seu pai, mesmo sabendo-se seu pai, trata-o não como filho, mas como agregado, mero destinatário de trastes de pouco ou nenhum valor, em total menoscabo à regra constitucional de isonomia entre os filhos (TJSC. Apelação Cível n. 2011.043951-1. Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. 3ª Câmara de Direito Civil. Data de Publicação: 26/09/2011).

Nessa senda, apesar de na época não ter-se reconhecido o abandono afetivo, ao analisar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina verifica-se que a argumentação utilizada para justificar a aplicabilidade da perda de uma chance e a concessão de danos morais pelo abandono material vai de encontro com o que é defendido pela teoria do desamor. Parte-se do pressuposto que os pais possuem a obrigação de cumprir com os deveres de ordem imaterial do poder familiar, sendo que a omissão parental diante desses encargos enseja a subtração de uma oportunidade benéfica futura ao filho que foi abandonado.

Como verificado, a família contemporânea está baseada no afeto, e por conta disso a proteção desse ramo jurídico é voltada para a valorização dos membros do núcleo familiar. Estando a preocupação centralizada no indivíduo, visualiza-se que nos casos de abandono afetivo parental há supressão concreta e real da possibilidade de convivência familiar diante da negligência dos pais, que reflete em uma perda imensurável, passível de ser reparada civilmente (PEREIRA, 2015). Há um prejuízo perceptível decorrente da supressão de uma possibilidade séria de contato familiar, que teria relação direta com a promoção de um apropriado desenvolvimento psicológico e social da criança (MADALENO, 2022).

Nesse sentido, colaciona-se um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que também utilizou-se da teoria da perda de uma chance para conceder indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo de duas crianças que estavam em processo de adoção por um casal, que ficou exercendo a guarda de ambas por quatro anos, quando desistiram de adotá-las:

RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Casal que obtém a guarda de irmãos para fins de adoção, após visitas e convivência prévia. Exercício da guarda por mais de quatro anos, sem qualquer pedido comprovado de acompanhamento psicológico ou manifestação de desistência na preparação para a adoção. Manifestação pela desistência em relação a um dos irmãos depois que os laços afetivos já haviam se consolidado, gerando nas crianças sentimento de integração à família e formação de parentesco pela socioafetividade. Tentativas de manutenção da guarda e da futura adoção dos irmãos frustradas, manifestando-se os pretendentes pela desistência também em relação ao irmão mais novo, tudo por não aceitar a presença do irmão mais velho. Dificuldades psicológicas e disciplinares de uma das crianças que não se mostram anormais em situações semelhantes, inclusive em famílias biológicas. Obrigação dos pretendentes à adoção de adotarem céleres medidas para reverter o quadro ou decidir pela desistência, se que isto cause prejuízos aos menores. Decisão abrupta após conviverem boa parte da infância das crianças como verdadeira família que caracteriza exercício abusivo do direito de desistir da adoção. Configuração do abuso de direito como causa de ato ilícito, gerando dever de indenizar. Danos psicológicos e pessoais às crianças, bem como a perda da chance de adoção conjunta em decorrência da idade do novo acolhimento, quase na adolescência, que autorizam a imposição de indenização por danos morais. Pensionamento fixado como forma de repor as vítimas a uma condição que se observaria se fossem acolhidos por família substituta, suportando-os na primeira fase da idade adulta, até que se firmem na vida Indenização por danos morais mantida (TJSP. AP. n. 0003499-48.2013.8.26.0127. Rel. Des. Fernando Torres Garcia. Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgado em: 10/08/2020).

Nessa decisão, a teoria da perda de uma chance foi utilizada para indenizar as duas crianças que tiveram frustrada a possibilidade de pertencer a uma família, tendo em vista que quando precisaram retornar à instituição de acolhimento ambos já eram adolescentes, fase de idade que dificulta muito a adoção. Ademais, reconheceu-se o abandono afetivo pelo casal que foi detentor das guardas dos irmãos durante quatro anos, e a necessária reparação civil por danos

morais ao terem gerado uma clara expectativa em ambos os jovens acerca da construção de um núcleo familiar substancializado de afeto e cuidado.

Em outro julgado, também do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi reconhecido o abandono afetivo em face da guardiã que após a destituição do poder familiar ficou com a guarda da criança. Seis anos depois do trânsito em julgado da sentença, na qual foram destituídos os poderes familiares dos genitores e atribuída a guarda da menor impúbere à apelante, a mesma devolveu a jovem à família biológica. No retorno ao convívio com os pais, a menina que contava com doze anos à época dos fatos foi estuprada pelo próprio irmão mais velho, resultando em gravidez. Por esse motivo a jovem foi acolhida institucionalmente:

Apelação. Ação de indenização por dano moral. Menor cujos genitores foram destituídos do poder familiar. Guarda atribuída à apelante. Devolução da adolescente, por ato voluntário da guardiã, após o decurso de seis anos, aos pais biológicos, que não tinham capacidade para cuidá-la e protegê-la. Sujeição da adolescente à situação de manifesto risco e vulnerabilidade em decorrência do abandono por parte da guardiã. Violação do art. 33 do ECA. Menor que passou a ser abusada sexualmente pelo irmão mais velho e engravidou. Situação que gerou novo acolhimento institucional. Dano moral perfeitamente caracterizado. Perda de uma chance. Indenização proporcional à gravidade do ato perpetrado pela guardiã e à extensão dos danos suportados pela vítima. Sentença mantida. Recurso desprovido.
 [...] Foi constatado que a menor apresenta autoestima rebaixada, com aspectos emocionais e psicológicos prejudicados, em razão das situações por ela vivenciadas de abandono tanto pela família biológica quanto pela família substituta.
 [...] Por outro lado, para além dos manifestos prejuízos emocionais provados pela recorrente, pode-se afirmar que ela também propiciou a perda da chance da menor ser adotada por uma família amorosa, capacitada para lhe oferecer um ambiente sadio e harmonioso para o pleno desenvolvimento de todas as suas potencialidades e formação reta de sua personalidade (TJ-SP. Ap n. 10028318320168260441 SP 1002831-83.2016.8.26.0441. Rel. Daniela Maria Cilento Morsello, Câmara Especial. Julgado em: 30/06/2020).

Nesse caso, claro é o abandono afetivo, tendo em vista que a guardiã deixou de exercer todos os deveres de ordem imaterial do poder familiar a ela incumbidos quando devolveu a jovem à família biológica. Ainda, foi aplicada a teoria da perda de uma chance, tendo em vista que a conduta da apelante, ao ter ficado com a guarda da criança, privou-a de ter tido a chance de crescer dentro de uma família que pudesse oferecer a ela uma estrutura afetiva que auxiliasse no seu desenvolvimento pessoal.

Por fim, colaciona-se outro julgado, este do Superior Tribunal de Justiça, em que os genitores omitiram-se em relação à condição do filho, pessoa com deficiência auditiva, negligenciando todo o tratamento disponibilizado pelo Centro Estadual de Atendimento ao Deficiente da Audiocomunicação, como terapia ocupacional, oficina de língua portuguesa,

psicopedagogia e fonoaudiologia. Ainda que disponibilizado pelo Estado, não houve interesse da família em dar início aos recursos terapêuticos oferecidos:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REPRESENTAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. PODER FAMILIAR. DEVERES. DESCUMPRIMENTO. ARTIGO 249 DO ECA. MULTA. INCIDÊNCIA. MEDIDA ADEQUADA. DEFICIÊNCIA AUDITIVA. TRATAMENTO. DISPONIBILIDADE. NEGLIGÊNCIA. PREVENÇÃO E SANÇÃO. NECESSIDADE.

[...] Ressalta, ainda, que a prova testemunhal de páginas 109 e 140, igualmente demonstra o abandono afetivo e intelectual do menor de forma reiterada e injustificada dos pais, devendo, portanto, ser mantida a condenação numa multa equivalente a três salários mínimos, nos termos do art. 249, do ECA

[...] A única certeza ao se ter um descendente, negócio sempre arriscado e desprovido de garantias, é que o exercício do poder familiar seja o melhor possível, dentro das possibilidades, ainda que exíguas. É, na hipótese vertente, pode-se imputar aos pais a perda da chance do filho de desenvolver maiores habilidades dentro do seu potencial (STJ. REsp: 1795572 MS 2018/0130100-7. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª Turma. Julgado em: 23/04/2019).

O abandono afetivo nesse caso foi reconhecido ante o descumprimento dos deveres de cuidado, principalmente no que tange à saúde e ao bem-estar, tendo em vista que a criança com deficiência auditiva não foi levada para a realização do correto tratamento, concedido pelo Estado, o que lhe retirou a chance de ter maior qualidade de vida e a possibilidade de um melhor desenvolvimento pessoal.

Assim, de modo geral, quando houver chances concretas e reais, e a efetiva comprovação do dano, entende-se possível aplicar a teoria da perda de uma chance para condenar o pai ou a mãe ao pagamento de indenização pela omissão de cuidado com o filho abandonado. Nesse ponto, a teoria da perda de uma chance apresenta-se revitalizada no contexto atual como instrumento indispensável à realização da justiça (AGUIAR JÚNIOR, 2006).

Posto isso, verifica-se que a responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo pode ser contemplada tanto pela teoria geral ao demonstrar que os quatro critérios necessários – conduta, culpa, dano e nexo – estão presentes nas omissões parentais no que tange ao dever de cuidado, quanto pela teoria da perda de uma chance. Nesse norte, busca-se demonstrar que não reconhecer o abandono afetivo como ilícito passível de reparação civil é negligenciar a própria ordem jurídica e os instrumentos de proteção a direitos e danos por ela estabelecidos.

4 A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO REPARATÓRIA DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO

Como previamente analisado, as condutas que permeiam o abandono afetivo se enquadram em todos os pressupostos necessários para ensejar responsabilidade civil diante de uma omissão antijurídica que causa danos à psique de crianças e adolescentes. Todavia, ressalta-se que não serão todos os casos de má condutas parentais que possibilitarão indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo, de modo que existem limites e critérios que devem ser analisados pelo julgador para enquadrar omissões paternas ou maternas como atos contrários ao direito.

Ademais, faz-se necessário verificar se o pai ou a mãe que abandona afetivamente o filho na infância poderia pleitear na velhice reparação civil por abandono inverso, diante de negligências filiais aos cuidados dos pais idosos. São situações que fazem pensar o abandono afetivo de forma a verificar sua extensão e aplicabilidade nas diversas situações familiares que são verificadas pela ordem jurídica.

Além disso, ressalta-se a importância de analisar a prescrição a que estão submetidas as ações de reparação civil por abandono afetivo. De modo geral, vem sendo utilizado o prazo de três anos estabelecido para as indenizatórias; todavia, diante da análise do cerne do abandono afetivo acredita-se que essas ações deveriam ser observadas singularmente, avaliando questões que lhe são exclusivas, com o intuito de considerar a imprescritibilidade ou pelo menos proporcionar a ampliação do prazo prescricional.

4.1 OS LIMITES DO ABANDONO AFETIVO

Como previamente exposto, o afeto é um direito natural da prole que não pode ser maculado, haja vista que a falta de cuidado do genitor para com seu filho pode influenciar negativamente no desenvolvimento do infante, culminando em carências incuráveis bem como resultados devastadores na autoestima (MADALENO, 2022). Contudo, não serão todos os casos de má relação familiar que poderão suscitar reparação civil, sob pena de se desenvolver uma indústria indenizatória (HIRONAKA, 2007).

Nessa senda, associar o abandono afetivo a uma mera negativa de afeto seria irresponsável e causaria insegurança jurídica, tendo em vista que essa concepção permitiria que os filhos pleiteassem reparação civil contra os genitores que, apesar de nunca terem

negligenciado o dever de cuidado, não foram, ao mesmo tempo, pessoas carinhosas e amáveis dentro da relação paterno-filial (ROSEVAL, 2015).

Outrossim, esse tópico tentará delimitar, ou pelo menos nortear, o enquadramento do abandono afetivo nas relações parentais. A análise será feita independentemente da relação estabelecida entre os genitores ou da origem da filiação.

De maneira geral, o abandono afetivo é comumente verificado nos casos em que há separação dos genitores e a guarda do filho é atribuída a um dos pais, enquanto o outro detém o direito-dever de visita. Contudo, ressalta-se que o abandono afetivo também poderá ocorrer em casos de pais presentes, mas que não tenham cumprido com seus deveres enquanto genitores. Isso porque, em que pese haja a presença física do pai ou da mãe, ambos precisam exercer suas funções parentais (HIRONAKA, 2007).

Nessa seara, há casos em que genitores convivem corriqueiramente com seus filhos, mas acabam delegando as funções parentais, como educação e guarda, a terceiros, o que configura omissão plena no desempenho das funções paternas. A grande questão aqui é a dificuldade em se comprovar o dano, e, também, a delimitação probatória, tendo em vista que não deverão ser aceitos pedidos indenizatórios abusivos, promovidos pelo rancor ou mágoa, conforme defende Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Bons e maus pais, boas e más mães sempre houve. E continuarão a existir durante muito tempo, quiçá para sempre. Enquanto não se puder perceber que o afeto é a mola propulsora da engrenagem familiar – e não o patrimônio ou os laços biologizados, apenas –, muitos outros casos de maus pais e más mães serão encontrados (HIRONAKA, 2007, p. 2).

Destarte, as hipóteses de divórcio e dissolução de união estável costumam ser um campo fértil para ocorrência do abandono afetivo promovido pelo não-guardião. Os fatores atribuídos a tal situação são diversos, podendo estar atrelados: 1) ao afastamento e despreocupação com a prole; 2) a assunção de novas obrigações parentais em decorrência da construção de nova relação conjugal (HIRONAKA, 2007); ou ainda 3) ao objetivo de atingir o ex-companheiro, movido pelo ressentimento separatório (MADALENO, 2022).

Verifica-se que nessas hipóteses a omissão do genitor, no que tange ao descumprimento das obrigações parentais, é um ato volitivo, isto é, o pai ou a mãe escolhe deixar de cumprir com seus encargos. Todavia, existem casos em que a omissão parental relativa aos deveres de cuidado por parte do genitor não-guardião decorre de situações alheias à sua vontade, em que a presunção de culpa poderá ser ilidida. Nessa seara, cita-se as hipóteses de distanciamento

geográfico, de alienação parental (ROSENVALD, 2014) e total desconhecimento da filiação biológica (MADALENO, 2022).

Sendo assim, no que tange ao distanciamento geográfico, a responsabilidade pelo afastamento dos filhos com o pai não-guardião poderá ser decorrente da “culpa” de ambos os genitores, na medida em que nenhum dos dois será verdadeiramente culpado. Tal situação se configura, por exemplo, quando o casal, depois de separado, fixa residências em cidades distintas, muitas vezes estados ou até mesmo países, o que dificulta a manutenção dos vínculos afetivos no que diz respeito à companhia e presença constante, bem como na educação diária (HIRONAKA, 2007). Entretanto, ainda assim caberá ao genitor afastado por questões geográficas manter uma razoável e adequada comunicação para com sua prole, tendo em vista a variedade de meios de comunicação tecnológicos que permitem a conversa direta e por imagem, bem como a escrita e falada (MADALENO, 2022).

Assim já entendeu o Superior Tribunal de São Paulo:

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ABANDONO AFETIVO. Sentença de procedência. Inconformismo do réu. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Autora que não busca reparação por desamor do genitor, mas sim em decorrência de negligência caracterizada pela inobservância de deveres de convívio e cuidado que fazem parte do poder familiar e que consistem em expressão objetiva do afeto. Doutrina majoritária que admite a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo. Entendimento pacificado pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.159.242/SP, neste sentido. MÉRITO. Elementos presentes nos autos que deixam clara a indiferença e negligência do genitor com relação à menor, diagnosticada como portadora de transtorno do espectro autista. Residência em municípios distintos e participação dos avós paternos na vida da menor que não exime o dever de convivência do genitor, a ser prestado dentro de suas possibilidades. Prova testemunhal e laudo psicossocial produzido nos autos que bem caracterizaram o abandono afetivo e a negligência do genitor. Indenização por danos morais arbitrada em R\$ 30.000,00 que é adequada para compensar o dano suportado no caso em tela, observada ainda sua finalidade pedagógica. Sentença confirmada. Sucumbência recursal do réu. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO (TJSP. Ap. n. 1002089-03.2018.8.26.0566. Rel. Des. Viviani Nicolau. 3ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 28/11/2019).

Ainda, com relação ao desconhecimento da filiação, infere-se que são os casos em que o genitor participou do ato procriativo, mas não obteve conhecimento da prole superveniente. O pai não sabendo da concepção, também desconhece acerca do nascimento, e, portanto, não há como provocar a ruptura de um vínculo afetivo, o qual, do contrário, nunca foi gerado (HIRONAKA, 2007). Assim, evidencia-se que não há como punir um pai que foi privado de conhecer seu filho (MADALENO, 2022).

Colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

CIVIL E FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE ACOLHIMENTO DE ABANDONO AFETIVO POR OMISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal a quo dirime a controvérsia de forma completa e fundamentada, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente. 2. O desconhecimento da paternidade e o abandono a anterior ação de investigação de paternidade por mais de vinte anos por parte do investigante e de seus representantes, sem nenhuma notícia ou contato buscando aproximação parental ou eventual auxílio material do investigado, não pode configurar abandono afetivo por negligência (STJ. REsp: 1374778 RS 2013/0039924-3. Rel. Min. Moura Ribeiro. 3ª Turma. Julgado em: 18/6/2015).

Ademais, a alienação parental⁴⁵ também pode descaracterizar a ocorrência de abandono afetivo, porquanto o afastamento entre o não-guardião e seu filho não adveio de um comportamento por aquele deliberado; pelo contrário, foi promovido pelo genitor guardião, que na maior parte das vezes, movido por um sentimento de vingança impede as visitas, ou, ainda, realiza falsas acusações, com o intuito de romper os laços afetivos existentes entre o genitor alienado e o próprio filho (PRADO, 2012).

O Egrégio Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL COM REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA, CONVIVÊNCIA E ALIMENTOS AJUIZADA PELO EX-COMPANHEIRO. RECONVENÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA REQUERIDA/RECONVINTE. [...] PRETENDIDA CONDENAÇÃO DO GENITOR A TÍTULO DE DANOS MORAIS POR ABANDONO AFETIVO DO FILHO. INSUBSISTÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR QUE PRESSUPÕE A PRÁTICA DE ATO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO PROBATÓRIO APTO A DEMONSTRAR CIRCUNSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA QUE JUSTIFIQUE A REPARAÇÃO PECUNIÁRIA PRETENDIDA. DISTANCIAMENTO PATERNO-FILIAL OBSERVADO NO ÍTERIM ENTRE A RUPTURA DO RELACIONAMENTO DOS GENITORES ATÉ O AJUIZAMENTO DA PRESENTE AÇÃO. ESTUDO SOCIAL QUE REVELA A IMPOSIÇÃO PELA GENITORA DE EXCESSIVAS RESTRIÇÕES AO CONVÍVIO PATERNO-FILIAL, BEM COMO A DISPENSA DA FIGURA DO GENITOR NA VIDA DO INFANTE. SITUAÇÃO SUPERADA POR INICIATIVA DO PRÓPRIO GENITOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO PARA ASSEGURAR A CONVIVÊNCIA E OFERTAR ALIMENTOS AO FILHO. OMISSÃO VOLUNTÁRIA DO PAI NO DEVER DE CUIDADO NÃO CARACTERIZADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC. Ap

⁴⁵Ocorre quando um genitor não consegue lidar adequadamente com o luto da separação, e desencadeia um processo de desmoralização e de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor. Para isso cria uma série de situações, com o intuito de dificultar ao máximo ou a impedir a visitação do não-guardião, como se tentasse programar a criança para que odiasse seu genitor sem qualquer justificativa. Assim, o filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro, e a criança, que ama o seu genitor, é levada a se afastar dele. Tal situação acarreta em uma contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre pai e filho, que restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, e passa a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado (DIAS, 2008)

n. 0310757-46.2017.8.24.0064. Des. Rel. Denise Volpado. 6ª Câmara de Direito Civil. Julgado em: 5/5/2020).

Posto isso, o que se busca esclarecer é que, para configurar abandono afetivo, há necessidade de deliberação; isto é, o genitor por vontade própria e injustificada descumpre totalmente com os deveres de cuidado (educação, criação, companhia e guarda), desprezando os filhos e infringindo as mais triviais obrigações parentais (PRADO, 2012). Além disso, evita-se também possíveis abusos por parte dos filhos ao tentarem pleitear reparação por eventuais danos sofridos em decorrência de insatisfações com episódios específicos de sua criação (BRASIL, 2012).

Outra questão importante a ser abordada é o pressuposto para configuração do abandono afetivo, que se dá, tão somente, da relação de filiação, seja ela biológica ou afetiva (PRADO, 2012). Diante disso, infere-se que há possibilidade de reparação civil ao filho abandonado afetivamente por um pai ou uma mãe socioafetivos, uma vez que o reconhecimento da socioafetividade é vitalício e estável. Os deveres parentais assumidos pelos pais socioafetivos são os mesmo estabelecidos aos pais biológicos, quais sejam: criar, educar, cuidar, acompanhar e orientar, e igualmente devem ser mantidos mesmo com o fim do vínculo conjugal, sendo devida nesses casos, inclusive, pensão alimentícia⁴⁶ (LISITA, 2020).

Desse modo, uma vez reconhecida a paternidade ou maternidade socioafetiva, esta não poderá ser desfeita pela vontade dos agentes, porque busca-se preservar o melhor interesse dos filhos. Assim, não há que se falar em “desafetividade” para negar o vínculo desenvolvido pela própria filiação socioafetiva (AQUINO, 2016).

Ademais, expõe-se que o poder familiar é definido como sendo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, sejam eles biológicos ou não, a partir do ideal de família democrática, que pressupõe um regime de colaboração familiar, bem como de relações baseadas principalmente no afeto (TARTUCE, 2022). Tamanha a importância das relações parentais decorrentes de afeição, que o STJ já reconhece, em alguns casos, a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento à biológica, desde que para melhor interesse da criança (AQUINO, 2016).

46Enunciado 341 da IV Jornada de Direito Civil: Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar

Nos Recursos Especiais, n. 878941 DF 2006/0086284-0⁴⁷ e n. 1106637 SP 2008/0260892-8⁴⁸, ambos de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi defendido que quando há uma relação paterno-filial socioafetiva, pautada no cuidado, é acertado desconsiderar, quando verificado para o melhor interesse da criança, o vínculo meramente sanguíneo e reconhecer a existência de filiação jurídica. Para a Ministra, “Na família sócio-afetiva o homem realiza-se com dignidade e plenamente” (BRASIL, 2007).

Sendo assim, quando for estabelecida a paternidade socioafetiva, isto é, desde que a criança reconheça, seja no avô ou na avó, no tio ou na tia, no novo cônjuge de seu guardião, a figura de mãe ou de pai socioafetivo, não poderá ser admitida a reparação civil por abandono afetivo contra o genitor biológico em face da própria socioafetividade estabelecida. Assim, a recíproca também é verdadeira, ou seja, em que pese terceiro tenha educado, cuidado e

47“RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido” (STJ. REsp. 878941 DF 2006/0086284-0. Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgado em: 21/08/2007).

48“Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança. - [...] O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735). - O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados [...] Com fundamento na paternidade responsável, “o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores” e com base nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição. [...] Sob a tônica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança [...] *Por tudo isso consideradas as peculiaridades do processo* –, é que deve ser concedido ao padrasto legitimado ativamente e detentor de interesse de agir – o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar – pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida – em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA. - Nada há para reformar no acórdão recorrido, porquanto a regra inserta no art. 155 do ECA foi devidamente observada, ao contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destituidório, em procedimento contraditório. Recurso especial não provido” (STJ. REsp. 1106637 SP 2008/0260892-8. Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgado em: 01/06/2010).

acompanhado a criança em seu desenvolvimento, mas ao mesmo tempo não tenha estabelecido relação de filiação socioafetiva com o infante, esse poderá pleitear reparação civil por abandono afetivo contra seu genitor biológico (PRADO, 2012).

Em suma, se alguém assume a figura materna ou paterna e desempenha adequadamente suas funções não haverá dano moral a ser indenizado, apenas se reprovará o comportamento moralmente condenável do pai ou da mãe que abandonou afetivamente seu filho. Isso, porque a reparação civil nesses casos não tem caráter punitivo, mas sim compensatório (MORAES, 2018).

Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça da Bahia:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. MAJORAÇÃO ALIMENTOS. DESCABIMENTO. TRINÔMIO POSSIBILIDADE X NECESSIDADE X UTILIDADE. OBSERVÂNCIA. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS COMPATÍVEL COM A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO GENITOR. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. DANOS MORAIS POR ABANDONO AFETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NOS AUTOS A DEMONSTRAR PREJUÍZO DE ORDEM MORAL À MENOR. MERA ALEGAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A necessidade de alimentar filho menor é presumida, sendo dever de ambos os genitores. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do filho, mas também de acordo com as possibilidades do genitor, que constitui o binômio alimentar inserto no art. 1694, § 1º do CC. 2. Ausência de elementos nos autos a amparar o pleito de majoração dos alimentos fixados. 3. Dano moral por abandono afetivo da menor pelo pai biológico. Ausência de demonstração de qualquer abalo psíquico da criança, que era criada pelo pai socioafetivo, que continuará, inclusive, como seu nome na certidão de nascimento. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO (TJBA. Ap n. 05073983020178050001. Des. Rel. José Luiz Pessoa Cardoso. 3ª Câmara Cível. Julgado em: 28/02/2021).

De outro modo entende a Professora Doutora Maria Celina Bodim de Moraes, que defende que, desde que tenha havido uma figura substituta paterna ou materna, ou seja, desde que tenha sido desenvolvida uma rede de apoio, não haverá a configuração de abandono afetivo:

Será preciso que tenha havido o abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém faz as vezes de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico (MORAES, 2019, p. 20).

Todavia, a psicologia entende que a parentalidade está pautada nos vínculos desenvolvidos entre pais e filhos, que caracteriza para a criança uma representação estruturante na psique. Nesse norte, a parentalidade exige, de fato, uma relação paterno-filial, em que pai e filho se sintam como tais para que dessa relação se estabeleça a verdade sócio-afetiva (ZIMERMAN; COLTRO, 2010 *apud* MEDEIROS; JAEGER, 2021). Outrossim, sempre

deverá ser levado em consideração o melhor interesse dos filhos, sendo assegurada a proteção à dignidade, e também a liberdade às crianças e adolescentes de expressarem suas vontades pela construção de uma relação afetiva com quem elas considerem como pais (CARVALHO, 2017).

Por essas questões, defende-se que apenas se a criança tiver reconhecido em terceiro a figura de pai ou de mãe socioafetivos não será permitido buscar a reparação por abandono afetivo contra seu genitor biológico, sendo que o mero estabelecimento de uma rede de apoio não ilide a possibilidade de pleitear indenização pelo descumprimento dos deveres parentais de seu pai biológico.

Em 2005, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 757.411, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, entendeu que a perda do poder familiar se configura como a mais grave pena civil que pode ser imputada a um pai ou uma mãe, tendo em vista que substanciada de função punitiva. Portanto, quando fosse necessário deveria ser destituído o poder familiar e não concedida indenização por dano moral em caso de abandono afetivo (BRASIL, 2005).

Em que pese tal entendimento tenha sido realizado antes do paradigmático Recurso Especial de 2012, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, já na época, em voto de divergência o Ministro Barros Monteiro trouxe argumentação que deve ser arguida ainda hoje:

Haveria, sim, uma excludente de responsabilidade se o réu, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. [...] Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual (BRASIL, 2005).

Diante disso, há três considerações a serem feitas. 1) O reconhecimento do abandono afetivo como ato ilícito e de necessária reparação civil; 2) A única possibilidade dos pais se ilidirem da culpa seria se demonstrassem força maior, como por exemplo o não conhecimento da paternidade; 3) A destituição do poder familiar não impede a indenização por danos morais, até porque se assim não fosse, só estaria punindo os pais que abandonaram afetivamente seus filhos, deixando a margem de tutela aqueles que deveriam ser o enfoque da questão.

4.2 OMISSÃO DE CUIDADO INVERSA AO GENITOR QUE ABANDONOU A PROLE

O Estatuto do Idoso, Lei 10.7741/2003, foi promulgado para assegurar os direitos das pessoas com mais de 60 anos, tendo como pressuposto legal basilar o artigo 230⁴⁹, da Constituição Federal. A Lei 10.741/2003 foi inserida com o objetivo de promover e assegurar a dignidade da pessoa humana aos idosos em duas facetas: a primeira, por meio da valorização da autonomia das pessoas idosas, principalmente no que tange a liberdade de participação na vida familiar (art. 10, V⁵⁰); e a segunda, em face da inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral (art. 10, §2º⁵¹) (ROSENVALD, 2015).

Ademais, o Estatuto do Idoso prevê em seu artigo 4º⁵² que nenhuma pessoa idosa poderá sofrer qualquer tipo de negligência ou crueldade, sendo que qualquer ato que viole seus direitos será punido na forma da lei. Nessa seara se enquadra o abandono afetivo inverso, isto é, quando a prole não exerce suas funções de filhos em relação a seus pais idosos no que diz respeito ao não cumprimento dos deveres de assistência e cuidado, que são imposições jurídicas decorrentes do artigo 230, da Constituição Federal (PEREIRA, 2021). Assim, haverá ato ilícito quando os filhos privarem os pais de companhia, apoio moral e psicológico, tendo em vista que se trata de uma obrigação familiar mútua, conforme entende Nelson Rosenvald:

A entidade familiar se assume como solidária não apenas quando pais edificam a autonomia de seus filhos, mas simetricamente quando os filhos preservam a autodeterminação dos pais que se tornam velhos. O cuidado é um dever imaterial imprescindível à estruturação psíquica de crianças, adolescentes e idosos (ROSENVALD, 2015, p. 319).

Todavia, diante da imposição jurídica dos deveres de cuidado recíprocos no seio familiar, questiona-se se os genitores que abandonaram sua prole possuem o direito de exigir que seus filhos abandonados lhes deem assistência moral e material quando chegar a velhice,

49“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988).

50“Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. V – participação na vida familiar e comunitária;” (BRASIL, 2003).

51“§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais” (BRASIL, 2003).

52“Art. 4º Nenhuma pessoa idosa será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei” (BRASIL, 2003).

ao ponto de pleitearem em juízo prestações alimentícias ou até mesmo abandono afetivo em face do não cumprimento das obrigações filiais.

Ao analisar o princípio da solidariedade, que norteia o direito de família, verifica-se que a reciprocidade de ações é fundamental. Por assim dizer, o pai que deixou de cumprir com os deveres inerentes ao poder de família, seja por meio da prestação alimentar ou assistência moral e afetiva, não pode invocar a reciprocidade familiar para pleitear alimentos ou reparação por abandono afetivo (DIAS, 2021). Infere-se, portanto, que a solidariedade no direito de família pressupõe também o ser solidário (GONÇALVES, 2022). Esse ideal já vem sendo aplicado com relativa frequência pelos Egrégios Tribunais do país:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA PELO ASCENDENTE EM DESFAVOR DE SEUS FILHOS. PEDIDO AMPARADO NO COMPROMISSO DE SOLIDARIEDADE FAMILIAR. EXEGESE DO ART. 1.696 DO CÓDIGO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. ÔNUS QUE COMPETIA AO AUTOR DA DEMANDA, POR FORÇA DO ART. 373, INC. I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE OS LITIGANTES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O pedido alimentar formulado pelo ascendente ao descendente com fundamento no art. 1.696 do CC exige demonstração inconcussa da necessidade alimentar e da capacidade financeira do alimentante de prestar auxílio ao genitor. Em face do caráter solidário da obrigação alimentar, inacolhe-se pleito formulado por genitor contra filho maior de idade se este não recebeu por ocasião de sua menoridade os cuidados paternos inerentes ao pátrio poder a que tinha direito (TJSC. Ap n. 2013.035033-8. Rel. Des. Monteiro Rocha. 2ª Câmara de Direito Civil. Julgado em: 10/10/2013).

Além do princípio da solidariedade familiar, a impossibilidade de requerer o cumprimento dos deveres de cuidado inversos, isto é, filhos para pais, pelos genitores que abandonaram afetivamente sua prole, está pautada, também, no abuso de direito (FONTANELLA, 2021). Utiliza-se desse instrumento com o intuito de buscar a melhor alternativa para evitar que o judiciário decida de forma que viole os princípios éticos que consubstanciam o ordenamento jurídico, bem como as relações intrassociais (FONTANELLA; GOMES, 2020).

O abuso de direito, postulado no artigo 187⁵³, do Código Civil, prescinde da ideia de culpa, na medida em que é definido quando o agente, mesmo agindo dentro dos limites legais, no exercício de um direito, desconsidera ou desvia da sua função social, podendo causar prejuízo a outrem (GONÇALVES, 2022). Isso porque o exercício de um direito não pode se

⁵³“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

afastar da finalidade para qual foi criado, e, quando alguém atua, ainda que sob uma prerrogativa legal, de forma a contrariar a boa-fé, a moral, os fins econômicos e sociais da norma, incorre em abuso de direito (VENOSA, 2022).

Diante da concepção deste instituto, verifica-se que o genitor que descumpriu com seus deveres paternos, mas que, mesmo assim, busca, em momento futuro, a reparação civil por abandono afetivo ou material, incide em abuso de direito, haja vista que viola a boa-fé objetiva e desconsidera a primazia da materialidade, porquanto, após ter violado os deveres paterno-filiais, enseja a contemplação de um direito que decorre dessa mesma norma, a qual, contudo, já foi anteriormente transgredida por ele próprio (FONTANELLA, 2021).

Nessa seara, verifica-se que o ordenamento jurídico proíbe o direito de alimentos se o credor tiver sido indigno para com o devedor, conforme o parágrafo único do artigo 1.708, do Código Civil⁵⁴. Nesse sentido, a indignidade pode ser definida como um comportamento que é contrário a uma ação ética, a qual, no que lhe concerne, é guiada por uma avaliação racional de questões morais. Assim, a indignidade está diretamente relacionada ao oposto da boa-fé, ou seja, em atos que estão substanciados de má-fé (PEREIRA, 2021).

Dessarte, o abandono material e afetivo paterno-filial é justificativa plausível para afastar, ou pelo menos mitigar, o direito a alimentos na velhice, e nessa mesma ideia, o próprio abandono afetivo inverso, já que viola a boa-fé e pode se enquadrar dentro do que delimita o abuso de direito (FONTANELLA, 2021). Dessa forma, foi aprovado no XII Congresso Brasileiro do IBDFAM, em 2019, o Enunciado n. 34⁵⁵, que estabeleceu a possibilidade de relativização do princípio da reciprocidade nos casos de abandono afetivo e material, pelo genitor que pleiteia alimentos na velhice sem nunca ter cumprido com suas obrigações paternas (TARTUCE, 2022).

Colaciona-se julgado do Egrégio Tribunal de Santa Catarina sobre a temática:

IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. AGRAVO RETIDO. [...] MÉRITO. I - ABANDONO DAS FILHAS. PROCEDIMENTO INDIGNO. ART. 1.708, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC. ANALOGIA COM ART. 1.638, II, DO CC. CONDUTA MITIGADA DIANTE DAS PARTICULARIDADES DO CASO. PRESSUPOSTO SUBJETIVO CARACTERIZADO, MAS COM ALIMENTOS LIMITADOS AO ESTRITAMENTE NECESSÁRIO. II - DERRAME CEREBRAL E INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. NECESSIDADES MINIMAMENTE DEMONSTRADAS. CONSIDERÁVEL PROVENTOS PREVIDENCIÁRIO DAS

54“Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor” (BRASIL, 2002).

55Enunciado n. 34: é possível a relativização do princípio da reciprocidade, acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos, nos casos de abandono afetivo e material pelo genitor que pleiteia alimentos, fundada no princípio da solidariedade familiar, que o genitor nunca observou.

ALIMENTANTES. POSSIBILIDADES CARACTERIZADAS. FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS EM 7% DO BENEFÍCIO PARA CADA ALIMENTANTE. PROPORCIONALIDADE ATENDIDA. III - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, SEM EQUIVALÊNCIA DE DERROTAS. REDISTRIBUIÇÃO. GRATUIDADE. SUSPENSÃO. ART. 12. DA LEI N. 1.050/60. IV - SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE. Não obstante o abandono material e moral da prole possa caracterizar o ‘procedimento indigno’ a que alude o parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, por analogia ao art. 1.638, II, também do Diploma Civil, não há falar na cessação da obrigação alimentar das filhas aos pais quando as particularidades do caso mitigam tal ausência, recomendando no caso apenas a limitação aos alimentos necessários, a teor do Enunciado n. 345 das Jornadas de Direito Civil. Demonstradas, ainda que minimamente, as necessidades do alimentando em razão da incapacidade laboral decorrente dos sérios problemas de saúde por que passou (principalmente o derrame cerebral), e as possibilidades das filhas alimentantes que, embora tenham gastos próprios relevantes, percebem pensão previdenciária em valor considerável, mostra-se razoável a fixação de alimentos em 7% (sete por cento) de tais proventos, de forma a garantir os alimentos necessários e preservar o pouco que resta da solidariedade familiar entre as partes (TJSC. Apelação Cível 2010.046709-8. Rel. Des. Henry Petry Junior. 5ª Câmara de Direito Civil. Julgado em: 16/08/2012).

Sob essa perspectiva, ao analisar os dispositivos 944 e 945⁵⁶, do Código Civil, bem como o Enunciado n. 458 da V Jornada de Direito Civil⁵⁷, todos relacionados ao instituto da responsabilidade civil, verifica-se que o princípio da reparação integral não pode ser desumano, sendo necessário analisar as particularidades do caso concreto para promover uma reparação pela equidade (ROSENVALD, 2015). Expõem-se, a partir desses dispositivos, uma outra possibilidade de mitigação, ou, ainda, extinção da culpa daqueles que foram abandonados na infância e que no futuro são exigidos a cumprirem com os deveres solidários da ordem imaterial do poder familiar, seja por meio da desproporção entre a culpa e o dano ou a concorrência culposa da vítima para o evento danoso.

Defende-se, por esse motivo, que não há como permitir que os filhos que tiveram seus direitos violados ainda na infância devam cumprir com os mesmos deveres familiares que lhe foram negados. Não seria plausível permitir que genitores que abandonaram afetivamente seus filhos venham a requerer que esses cumpram com o que nunca foi efetivado por aqueles.

4.3 DA PRESCRIÇÃO: CONCEITO, PRAZOS E EXCEÇÕES

Para a concretização de um direito, esse deve ser exercido dentro de um determinado prazo, isto é, não pode ficar pendente de maneira indeterminada para ser efetivado. Assim, se

56“Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” (BRASIL, 2002).

57Enunciado n. 458: O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral.

o direito material não for executado pelo seu titular no tempo permitido, este perderá a chance de fazer valer sua pretensão. Até porque causaria grande instabilidade social se a possibilidade de exercício dos direitos fosse indefinida, de modo que o titular da pretensão poderia a qualquer momento propor a ação (VENOSA, 2022).

Dessa forma, ao ter um direito violado nasce para seu titular a possibilidade de exigir do lesante uma ação ou omissão para recompor o dano verificado. Tal direito de exigir é definido pela doutrina como uma pretensão, que revela-se, portanto, como o poder de exigir de outrem uma determinada conduta (GONÇALVES, 2022). Nesse sentido, defende Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 7) que “a pretensão nada mais é do que o poder de exigir uma prestação. Não nasce do direito subjetivo diretamente, mas de seu vencimento ou de qualquer fato que gere sua exigibilidade”.

Nessa senda, no fenômeno prescricional se confrontam dois imperativos importantes no direito: a segurança e estabilidade nas relações jurídicas e a busca pela justiça. Quando é reconhecida a pretensão, atua-se para concretizar a ação judicial proposta, todavia, a eterna possibilidade de justiça inviabiliza a paz social, e promove, por outro lado, incertezas, cabendo ao direito impedir tal instabilidade (THEODORO JÚNIOR, 2003). Se a ordem jurídica se destina a dirimir conflitos de interesse social, é natural que se reconheça que diante de embates aparentemente superados, ante a inércia de seus titulares, que o direito não permita a eternização de tais conflitos (TEPEDINO; OLIVA, 2022).

Assim, a prescrição seria a resposta encontrada pelo ordenamento para ao mesmo tempo viabilizar o acesso à justiça, bem como dar estabilidade às relações jurídicas, conforme destaca Humberto Theodoro Júnior:

É preciso, por isso, estabelecer um modo harmônico de convivência entre os dois valores em choque. Isto a lei faz da seguinte maneira: estipula um prazo considerado suficiente para que a pretensão seja exercida, de maneira satisfatória, conferindo-lhe todo amparo do poder estatal, e com isso, atende aos desígnios de justiça. Além do termo desse prazo, se o credor não cuidou de fazer valer a pretensão, dando ensejo a supor renúncia ou abandono do direito, a preocupação da lei volta-se, já então, para os imperativos de segurança e as exigências da ordem e da paz sociais, que passam a prevalecer sobre a justiça e os direitos individuais (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 19).

Por isso, a ideia central de prescrição é da inércia do titular do direito que deixa de exigir em juízo uma prestação no prazo estipulado por lei. Dessarte, esse instituto não recai sobre o direito subjetivo material da parte ou sobre o direito processual, mas sim sobre a pretensão de obter a prestação devida por quem tenha a descumprido (THEODORO JÚNIOR, 2003).

É por isso que, mesmo que ocorra a prescrição, o direito material se mantém ileso e pode ser concretizado. Um exemplo disso é o que está previsto no artigo 882, do Código Civil, ao estabelecer que “não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”. Mesmo estando prescrita a dívida, se houver o adimplemento da mesma, ele será válido, tendo em vista que a prescrição não atinge o direito, mas sim a pretensão (TEPEDINO; OLIVA, 2022).

Outrossim, este instituto também não atinge o direito de ação, uma vez que, utilizando-se do mesmo exemplo anterior, é permitido ao credor de dívida prescrita ajuizar demanda para cobrar o adimplemento da prestação. Desse modo, quando a prescrição for reconhecida pelo juiz, essa será referente apenas ao exame da pretensão, o que não se confunde com a possibilidade do ajuizamento da ação (TEPEDINO; OLIVA, 2022). Inclusive, a sentença que determina a prescrição faz coisa julgada material.

Assim, de forma bem elucidativa, para que haja prescrição é necessário: 1) existência de um direito material a ser cumprido por meio do adimplemento de uma prestação; 2) violação a esse direito subjetivo pelo obrigado; 3) como consequência do descumprimento da obrigação surge a pretensão, isto é, a possibilidade de exigir judicialmente o adimplemento da prestação; e 4) inércia do titular da pretensão ao deixar de exercê-la dentro do prazo legal expresso (THEODORO JÚNIOR, 2003).

Nesse norte, sendo o objeto de incidência da prescrição a pretensão, o prazo prescricional se inicia a partir do momento que ocorre a violação do direito material e surge para o titular a possibilidade de pleitear a recomposição em juízo, conforme o artigo 189, do Código Civil (TEPEDINO; OLIVA, 2022). Por outro lado, a prescrição se consuma no período que atinge o lapso temporal fixado pela lei. (GONÇALVES, 2022)

Há ainda neste instituto causas que impedem, suspendem e interrompem o prazo prescricional. As circunstâncias impeditivas obstam o início da contagem do termo; as suspensivas impedem o prosseguimento do prazo já em curso que voltará a ser contado da altura que havia parado, quando cessar a causa suspensiva; e as interruptivas fazem reiniciar a contagem do prazo prescricional (TEPEDINO; OLIVA, 2022).

As circunstâncias suspensivas e impeditivas foram agrupadas na mesma sessão no Código Civil de 2002, pois entendeu o legislador que ambas estão subordinadas ao mesmo ideal, qual seja, a consideração de que certas pessoas, por sua condição, estão impedidas de agir (GONÇALVES, 2022). A diferença entre tais causas é de ordem temporal, dependem do momento que o fato óbice surge, isto é, se ele for concretizado quando já tiver iniciado o prazo,

estar-se-á diante de causa suspensiva. Mas, se as circunstâncias forem anteriores ao surgimento da pretensão, haverá incidência de uma causa impeditiva (TEPEDINO; OLIVA, 2022).

Assim, por ambas terem sido estipuladas nos mesmos dispositivos legais, artigos 197, 198 e 199, do Código Civil, diz-se que tais circunstâncias ora impedem, ora suspendem a prescrição, a depender do momento que se originam, sendo que tanto o impedimento quanto a suspensão cessam temporariamente o decurso do prazo, de modo que, uma vez superadas, a prescrição retoma normalmente sua contagem, computado o tempo anteriormente decorrido, se esse existiu (VENOSA, 2022). São elas as causas que impedem ou suspendem a prescrição:

Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3^o;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I - pendendo condição suspensiva;

II - não estando vencido o prazo;

III - pendendo ação de evicção.

Diante da temática do trabalho serão analisadas as causas dispostas no artigo 197 e inciso I, do 198. No primeiro grupo, previsto no artigo 197, o ideal que os permeia é de que a solidariedade familiar e a confiança mútua, preceitos basilares do Direito das Famílias, são incompatíveis com o exercício de qualquer pretensão (TEPEDINO; OLIVA, 2022). Já no segundo grupo, artigo 198, inciso I, a determinação de que não corre prescrição *contra* os absolutamente incapazes impossibilita o curso da prescrição quando os menores impúberes assumem o polo ativo da ação. Todavia, a prescrição corre *em favor* dos absolutamente incapazes quando estão no lado passivo da ação, de modo que podem se beneficiar com a arguição da prescrição da pretensão manifestada pela outra parte (VENOSA, 2022).

As causas interruptivas estão previstas no artigo 202⁵⁸, do Código Civil, e em regra dependem de um comportamento ativo do credor, o que se diferencia da suspensão, a qual

58“Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor” (BRASIL, 2002).

decorre de situações de estado previstas pela lei. Assim, atos de exercício ou de proteção do direito, previamente estipulados pelo ordenamento jurídico, ao interromperem a prescrição, extinguem o tempo já decorrido. Quando findada a circunstância impeditiva, o prazo prescricional volta a correr em sua completude (GONÇALVES, 2022).

Com relação aos prazos prescricionais, o artigo 205⁵⁹, do Código Civil fixa previsão de dez anos para qualquer situação que a lei não tenha fixado prazo maior. Outrossim, o artigo 206, também do Código Civil, elenca os prazos especiais que se graduam de um a cinco anos (VENOSA, 2022). Devido à temática abordada no trabalho, destaca-se o prazo de três anos que estão submetidas as ações de reparação civil, conforme o parágrafo terceiro do artigo 206⁶⁰: “Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil”.

No direito, como regra legal, tem-se a prescritibilidade das ações, de modo que todos estão sujeitos ao tempo para exercer suas pretensões. Todavia, existem casos que figuram como exceções à regra e são considerados como imprescritíveis. O ideal de imprescritibilidade advém das origens romanas que se apoiavam no *bocardo temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*. Tal ditado, ao ser traduzido, significa que aquilo que é temporário (prescritível) para as ações de modo geral, é perpétuo (imprescritível) para as exceções (THEODORO JÚNIOR, 2003).

Desse modo, a prescritibilidade é a regra, enquanto a imprescritibilidade é a exceção. Algumas ações já foram reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência como não suscetíveis aos prazos prescricionais estipulados nos artigos 205 e 206, do Código Civil, tais como as que visam à proteção dos direitos da personalidade (direito à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral, à imagem, ao nome, às obras literárias, etc), e também àquelas relacionadas ao estado das pessoas (estado de filiação, a qualidade de cidadania, a condição conjugal), como as ações de separação judicial, de interdição, e de investigação de paternidade, por exemplo (GONÇALVES, 2022).

São relações jurídicas incompatíveis, e até mesmo inconciliáveis com o instituto da prescrição por sua própria natureza. Os direitos da personalidade visam à tutela de bens de tamanha importância para o ordenamento jurídico que não estão sujeitos ao limite do tempo, sendo por isso que as ações de estado de família acima descritas são consideradas

59“Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor” (BRASIL, 2002).

60“Art. 206. Prescreve: § 1º Em um ano: [...]; § 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.; § 3º Em três anos: [...]; § 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas; § 5º Em cinco anos: [...]” (BRASIL, 2002).

imprescritíveis, uma vez que visam assegurar a concretude de algum direito personalíssimo (VENOSA, 2022).

Posto isso, de modo estritamente formal, são consideradas imprescritíveis as ações constitutivas que não estão vinculadas a um prazo especial fixado em lei, bem como as declaratórias (THEODORO JÚNIOR, 2003).

A partir da análise das exceções à prescrição, busca-se demonstrar de que forma a pretensão por danos morais em face de abandono afetivo deveriam estar enquadradas dentro desse lócus normativo.

4.3.1 O reconhecimento da imprescritibilidade nos casos de abandono afetivo

Como já verificado, em que pese haja muito material doutrinário defendendo o reconhecimento de responsabilidade civil por abandono afetivo, os Tribunais Pátrios ainda apresentam ceticismo à concessão de indenização por danos morais nesses casos. Um dos argumentos utilizados para inviabilizar a reparação civil é a alegação e reconhecimento da prescrição da pretensão.

O Judiciário tem aplicado ao abandono afetivo a prescrição atribuída à responsabilidade civil, de três anos, conforme o artigo 206, §3, do Código Civil, a contar da maioridade, uma vez que não corre prescrição contra os incapazes, conforme o artigo 198, I, do Código Civil, bem como, não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes enquanto perdurar o poder familiar, que cessa apenas quando o filho completa dezoito anos, em regra, conforme o artigo 197, II, também, do Código Civil. Nesse cenário, um jovem que foi abandonado afetivamente por um de seus genitores só poderia entrar com ação indenizatória por danos morais até seus vinte e um anos (TARTUCE, 2017).

Colaciona-se julgados do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina para demonstrar a recorribilidade de tais decisões:

AGRAVO RETIDO, APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO CONDENATÓRIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SUPOSTO ABANDONO AFETIVO. SUSCITADA PRESCRIÇÃO. TESE AFASTADA EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO RETIDO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO DO RÉU E RECURSO ADESIVO DA AUTORA.

AGRAVO RETIDO. INSISTÊNCIA NA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INAUGURAL. ACOLHIMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL EM AÇÕES QUE TRATAM DE PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO QUE SE INICIA COM O ADVENTO DA MAIORIDADE DA PARTE REQUERENTE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E

DESTA CORTE ESTADUAL. DEMANDANTE QUE ATINGIU A MAIORIDADE EM 1999 E AJUIZOU A AÇÃO SOMENTE EM 2012. INCIDÊNCIA DO PRAZO TRIENAL PREVISTO NO ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL, COM A REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028. PRESCRIÇÃO OCORRIDA ANOS ANTES DA PROPOSITURA DA LIDE. RESOLUÇÃO DO MÉRITO NOS TERMOS DO ART. 487, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CASSAÇÃO DA SENTENÇA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

É pacífico na jurisprudência que, quando se versa sobre pleito de indenização por abandono afetivo formulado por descendente contra ascendente, em cenário em que já reconhecida a paternidade, conta-se o prazo prescricional a partir do advento da maioria da parte requerente, quando cessa o poder familiar (TJSC. Ag n. 0032244-05.2012.8.24.0038. Rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos. Quarta Câmara de Direito Civil. Julgado em: 10/12/2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA ABANDONO AFETIVO. DECISÃO QUE AFASTOU A PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. RECURSO DO RÉU. PRETENSÃO REFORMA DO JULGADO A FIM DE EXTINGUIR A LIDE. ALEGADA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. ACOLHIMENTO. TERMO INICIAL DO MARCO PRESCRICIONAL. MAIORIDADE. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA PATERNIDADE NA MENORIDADE. PRAZO DE 3 (TRÊS) ANOS APLICÁVEL À HIPÓTESE (ART. 206, § 3º, V, DO CC). TRÂNSITO EM JULGADO DA SEGUNDA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE IRRELEVANTE NO CASO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO IMPERIOSA (ART. 487, II, DO CPC). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

- "[...] o direito de reconhecimento do estado de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível, não se confundindo com o direito à reparação civil por dano moral, em razão de abandono afetivo, que tem assento em pretensão indenizatória, de caráter econômico, sujeita à prescrição" (TJSC, Apelação Cível n. 0004404-22.2013.8.24.0026, rel. Des. Sebastião César Evangelista).

- "A eg. Quarta Turma desta Corte já decidiu que, sendo a paternidade biológica do conhecimento do autor desde sempre, o prazo prescricional da pretensão reparatória de abandono afetivo começa a fluir a partir da maioria do autor (Resp.1.298.576/RJ)" (STJ, AgInt no AREsp 1270784/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão) (TJSC. Ag n. 4003444-32.2020.8.24.0000. Rel. Min. Rubens Schulz. Segunda Câmara de Direito Civil. Julgado em: 22/10/2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE, MODIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ABANDONO AFETIVO. SENTENÇA QUE CONFIRMOU A PATERNIDADE, E DETERMINOU A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO PARA EXCLUIR O NOME DO REQUERIDO QUE EFETUOU O RECONHECIMENTO LOGO APÓS O NASCIMENTO, E INCLUIR O NOME DO PAI BIOLÓGICO. PEDIDO INDENIZATÓRIO EM FACE DESTA ÚLTIMA JULGADO IMPROCEDENTE, ANTE O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO TRIENAL. RECURSO DA AUTORA. ALEGAÇÃO DE IMPRESCRITIBILIDADE DO PEDIDO POR SE TRATAR DE DIREITO PERSONALÍSSIMO. INSUBSISTÊNCIA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EMINENTEMENTE PATRIMONIAL. PRETENSÃO QUE SE SUJEITA AO PRAZO TRIENAL PREVISTO NO ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. DEMANDA AJUIZADA APÓS MAIS DE TRÊS ANOS DO CONHECIMENTO DA PATERNIDADE. MANUTENÇÃO DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC. Ap n. 0500124-36.2013.8.24.0030. Rel. Min Osmar Nunes Júnior. Sétima Câmara de Direito Civil. Julgado em: 31/10/2019).

Alguns dos argumentos trazidos pelas partes nas jurisprudências acima expostas dizem respeito à alegação de que a pretensão de danos morais por abandono afetivo deveria ser imprescritível por tutelar direitos da personalidade. Isso porque tais direitos, por estarem intimamente relacionados à pessoa humana, são considerados inatos, uma vez que são adquiridos com o nascimento, independentemente de qualquer ato volitivo, bem como são perpétuos já que perduram por toda a vida. A partir da combinação dessas duas características é que se revela a imprescritibilidade dos direitos personalíssimos, tendo em vista que perduram enquanto durar a personalidade, isto é, enquanto durar a vida humana (VENOSA, 2022).

Conduto, é de entendimento da jurisprudência que, embora não prescrevam as pretensões relativas aos direitos da personalidade, as pretensões que visam obter uma vantagem patrimonial ante a ofensa a um desses direitos são prescritíveis (GONÇALVES, 2022). Nessa senda, a maior parte dos julgados, ao reconhecer a prescrição da pretensão por abandono afetivo, leva em consideração não o direito personalíssimo atingido, nesses casos a dignidade da pessoa humana, mas sim a reparação civil diante do dano causado pela omissão parental.

Entretanto, tal visão vem sendo rechaçada por alguns doutrinadores. A prescrição em três anos estaria relacionada aos danos materiais, os quais estão de fato associados ao patrimônio e que podem fazer com que o objeto prejudicado volte ao *status quo ante*. Todavia, os danos morais estão diretamente vinculados aos direitos da personalidade, cuja lesão é irreparável, e por isso seu caráter é compensatório, o que se diferencia de uma vantagem patrimonial em que de fato há reparação concreta do prejuízo. Por essas características singulares dos danos morais é que se entende pela imprescritibilidade da pretensão dos mesmos, ou pelo menos que seja reconhecida em casos específicos, que causem alto dano à personalidade (LÔBO, 2015).

Ante o balanceamento de princípios constitucionais é que se identifica a imprescritibilidade de pretensões vinculadas a direitos existenciais. Algumas lesões a tais direitos, por sua gravidade, deveriam ser consideradas como permanentes, insuscetíveis de serem melhoradas com o simples decorrer do tempo. Na verdade, postergam-se de maneira que repercutem definitivamente na dignidade do lesado. Nesses casos, em que há grande ofensa a um direito personalíssimo, como na perda de um filho, a indenização por danos morais deveria ser considerada como imprescritível, assim como o direito o fez com as pretensões reparatórias nos casos de tortura ocorrido durante o Regime Militar (TEPEDINO; OLIVA, 2022).

Em relação ao reconhecimento da imprescritibilidade das pretensões de danos morais decorrentes de atos de tortura no Regime Militar, foi defendido pelo Superior Tribunal de

Justiça, no Recurso Especial n. 845.228/RJ⁶¹, de relatoria do Ministro Humberto Martins, que tais ações indenizatórias são uma exceção à prescrição tendo em vista que a tortura viola a dignidade da pessoa humana, que à luz das cláusulas pétreas constitucionais perdura enquanto subsistir a República Federativa. Dessa forma, não há que se falar em prescrição de uma pretensão que intenta nada mais do que implementar um dos pilares bases do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2010).

Colaciona-se os Embargos de Declaração do Recurso Especial subscrito:

Processual Civil. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos materiais e morais. Regime militar. Tortura. Imprescritibilidade. Inaplicabilidade do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Súmula 168/STJ. 1. A Primeira Seção do STJ pacificou o entendimento de que as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de tortura, ocorridos durante o Regime Militar de exceção, são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Precedente: EREsp 816.209/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 10.11.2009. 2. A Constituição Federal não estipulou lapso prescricional à faculdade de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade; assim, eventual violação dos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, enseja ação de reparação *ex delicto* imprescritível, com fundamento constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Embargos de divergência não conhecidos (STJ. EREsp 845.228-RJ. Rel. Min. Humberto Martins. Primeira Seção. Julgado em: em 08/09/2010).

Guardadas as devidas proporções, verifica-se que a argumentação utilizada para defender a imprescritibilidade das pretensões indenizatórias por danos morais diante de atos de tortura ocorridos no Regime Militar também poderia ser aplicada ao abandono afetivo. Isso porque, como já demonstrado, o dano que ocorre na psique do filho abandonado é de extrema gravidade, podendo gerar transtornos comportamentais e emocionais, situações tais que comprometem uma série de aspectos da vida de quem foi negligenciado por seus próprios pais, e que, nesse aspecto, violam diretamente o princípio da dignidade humana.

Ressalta-se, contudo, que o reconhecimento da pretensão por dano moral não deve ser considerado como imprescritível em todos os casos em que há violação de um direito da

⁶¹“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. DISSIDENTE POLÍTICO PRESO NA ÉPOCA DO REGIME MILITAR. TORTURA. DANO MORAL. FATO NOTÓRIO. NEXO CAUSAL. NÃO INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - ART. 1º DECRETO 20.910/1932. IMPRESCRITIBILIDADE. [...] 4. Deveras, a tortura e morte são os mais expressivos atentados à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. [...] 7. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento. 8. Consectariamente, não há falar em prescrição da ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade” (STJ. Resp. n. 845.228/RJ. Rel. Min. Humberto Martins; Primeira Seção. Julgado em: 12/09/2008).

personalidade, como a perda de bagagem em aeroporto ou desavença em relações de consumo, que, embora dignas de reparação moral, deverão estar sujeitas aos prazos prescricionais, haja vista que não ensejam prejuízos anímicos (TEPEDINO; OLIVA, 2022).

A Ministra Nancy Andrichi, no REsp nº 663.196/PR, que tratava sobre danos morais em face da perda de um filho, trouxe importantes observações acerca da lesão ao direito personalíssimo causado nesses casos, atrelado ao fato de que o passar do tempo não é capaz de minimizar dor moral, que na verdade pode perdurar a vida toda:

Não se analisa - e nem é objeto de prova no processo, ainda que proposta a ação no dia seguinte ao ocorrido - o tamanho do sofrimento íntimo experimentado pelo indenizado; de há muito, ficou assentado que não só essa análise é impossível como de todo estéril para o deslinde da questão. O dano moral não é a dor; esta é a consequência irrecusável do dano naquele que o suporta - e como tal, é variável, imprecisa e inexpugnável aos olhares de terceiros .
[...] O dano moral é, repita-se, consequência do fato danoso; a potencialidade lesiva deste confere à análise do dano moral um mínimo de objetividade, em contraste com o absoluto subjetivismo - donde imprestabilidade - da discussão sobre a extensão íntima da dor sofrida. E, nesse ponto, é forçoso admitir que esta - a gravidade da ofensa - permanece a mesma com o correr dos anos, ao contrário do abalo psicológico sofrido, que não é quantificável em momento algum - já no dia do evento, ainda onze anos depois (STJ. REsp nº 663.196/PR. Rel. Min. Nancy Andrichi. Segunda Turma. Julgado em: 21/03/05).

No abandono afetivo, da mesma forma que na perda de um filho, os danos sofridos perduram no tempo, haja vista que a omissão parental pode acarretar em transtornos psíquicos e comportamentais que serão obstáculos para a vida toda do ofendido. Assim defendem Flávio Tartuce, Pablo Malheiros da Cunha Frota, Marcos Jorge Catalan e Cesar Calo Peghini:

Os danos são continuados, não cessam, não saem da memória do ofendido, mesmo em se tratando de pessoa com idade avançada. Em outras palavras, o prejuízo é de trato sucessivo, atinge a honra do filho a cada dia, a cada hora, a cada minuto e a cada segundo. Ninguém esquece o desprezo de um pai ou uma mãe (TARTUCE, 2017).

Neste compasso, o dano continuado é entendido como aquele que pode ter se iniciado no passado, mas que se prolonga no tempo, sentindo-se seus efeitos nocivos no presente. (TRT-2 - RO: 0003115632013502001; Rel. Des Ricardo Artur Costa e Trigueiros, Quarta Turma; j. em 10-02-2015)

Ademais, como já se analisou, a regra geral do prazo prescricional tem início com o surgimento da pretensão, de maneira que o Código Civil parece equiparar o momento de nascimento da pretensão ao momento de violação do direito. Todavia, esses eventos nem sempre coincidem temporalmente, já que a pretensão pode surgir posteriormente à violação do

direito. São os casos em que o titular do direito não poderia exercê-lo por desconhecer o dano ou até mesmo a autoria, o que dificulta a análise do decurso do prazo prescricional (TEPEDINO; OLIVA, 2022).

Nesse sentido, na I Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado 14, segundo o qual: 1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.

Defende Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (ano, p. 399) que:

Nada obstante, cuida-se de requisitos presentes em determinados dispositivos legais, a denotar sua íntima conexão com o conceito de pretensão, que pressupõe a exigibilidade do direito e, por conseguinte, a possibilidade material de exercício do direito, a qual só nasce com o conhecimento – ou a possibilidade de conhecimento – do dano e de sua autoria.

Assim, nos casos de abandono afetivo parece ser equivocado que o prazo prescricional seja contado a partir da maioridade, tendo em vista a feição subjetiva da *actio nata*, atrelado ao fato de que a prescrição deveria se iniciar com o conhecimento da lesão e não com a violação de um direito subjetivo. Isso porque, nos casos de omissão parental dos deveres de cuidado não há possibilidade, ou se torna muito difícil de afirmar qual o termo inicial para a contagem do prazo, tendo em vista que o abandono afetivo não é gerado a partir de uma única ação, mas de um conjunto de ações que se perduram no tempo e que causam danos continuados (TARTUCE, 2017).

Sobre danos morais continuados já vem decidindo os Egrégios Tribunais do país:

RECURSO INOMINADO. FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUPOSTO ABUSO COMETIDO POR MAGISTRADA TITULAR E ESCRIVÃO DESIGNADO EM FACE DOS REQUERENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ARBITRADA NA QUANTIA DE R\$12.000,00 AO REQUERENTE PAULO E R\$8.000,00 AO REQUERENTE DENIS. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO AFASTADA. DANO MORAL CONTINUADO. [...] ASSÉDIO MORAL COMETIDO PELA MAGISTRADA TITULAR E PELO ESCRIVÃO DESIGNADO EM FACE DOS AUTORES. ILEGALIDADES COMPROVADAS. VALOR INDENIZATÓRIO [...] Acerca da preliminar de prescrição extrai-se da sentença: “No caso, a circunstância fática trazida pelos autores evidencia a ocorrência de dano moral continuado, o qual se iniciou com a posse junto ao serviço público e somente findou-se com o afastamento da magistrada Oneide Negrão, a qual foi primeiramente retirada de suas atividades em setembro de 2011, e posteriormente punida com a aposentadoria compulsória em novembro de 2012, ou seja, em períodos posteriores ao termo inicial do prazo de prescrição. Assim, considerando que os autores permaneceram sendo diretamente prejudicados pelas atitudes da referida servidora enquanto perdurou sua atuação junto ao Judiciário, não há como acolher a preliminar de prescrição quinquenal, restando esta prontamente afastada.” Precedente desta turma recursal: RI

0006968-88.2016.8.16.0026 (TJPR - 4ª Turma Recursal - 0057014-20.2016.8.16.0014 - Londrina - Rel.: Juíza Camila Henning Salmoria - J. 15.03.2018) (TJ-PR. RI: 00570142020168160014 PR 0057014-20.2016.8.16.0014 (Acórdão). Relator: Juíza Camila Henning Salmoria. Data de Julgamento: 15/03/2018. 4ª Turma Recursal. Data de Publicação: 16/03/2018).

PRESCRIÇÃO DIVULGAÇÃO DE IMAGEM DA APELANTE NUA. SENTENÇA QUE EXTINGUE O PROCESSO COM BASE NO ART. 269, IV, DO CPC. DANO CONTINUADO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. CAPTURA CLANDESTINA E DIVULGAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE IMAGENS DA APELANTE NUA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE. CIDADE PEQUENA. INTENSA REPERCUSSÃO SOCIAL DO FATO. INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM R\$ 50.000. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO (TJ-SP. APL: 00008359020098260060 SP 0000835-90.2009.8.26.0060. Relator: Lucila Toledo. Data de Julgamento: 05/03/2013. 9ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 09/03/2013).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PUBLICAÇÃO/VEICULAÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA À HONRA E À IMAGEM DO AUTOR - PREJUDICIAL DE MÉRITO - PRESCRIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - DANO CONTINUADO. Se os efeitos decorrentes das matérias jornalísticas publicadas foram continuados, porque permanecem acessíveis na página eletrônica da ré, mediante simples pesquisa dos usuários da rede de computadores, não resta configurada a prescrição trienal do direito de o suposto ofendido ajuizar ação para pedir a retirada da matéria da internet e indenização por danos morais (TJ-MG. AC: 10000180624793002 MG. Relator: Sérgio André da Fonseca Xavier. Data de Julgamento: 24/11/2020. Câmaras Cíveis/18ª Câmara Cível. Data de Publicação: 25/11/2020).

Desse modo, ao avaliar a gravidade dos danos psicológicos acarretados aos abandonados afetivamente, além das características intrínsecas às indenizatórias de danos morais por abandono afetivo, desde a concepção da violação a um direito personalíssimo até a verificação de que os danos perduram ao longo da vida, isto é, são continuados, defende-se a imprescritibilidade nesses casos.

Ainda que não seja reconhecida a imprescritibilidade da pretensão das indenizatórias por abandono afetivo, acredita-se que o marco inicial da contagem no prazo não deveria se dar a partir da maioridade. Isso porque, muitas vezes, o jovem abandonado só terá ciência que foi vítima de uma omissão parental no que tange aos deveres de cuidado, tempo depois de completar vinte e um anos, tendo em vista que só com a maturidade, e grande parte das vezes com sessões de terapia, é que o então adulto consegue perceber os danos na psique diante do abandono afetivo (MORAES, 2018).

Outrossim, entende-se que o momento do início do prazo não deveria se dar com a maioridade. Tomando como base o Enunciado 579, da VII Jornada de Direito Civil, o qual estabelece que “nas pretensões decorrentes de doenças profissionais ou de caráter progressivo, o cômputo da prescrição iniciar-se-á somente a partir da ciência inequívoca da incapacidade do

indivíduo, da origem e da natureza dos danos causados”, é que entende-se que o prazo prescricional, se não reconhecida a imprescritibilidade, deveria a ser contado a partir do momento que o filho abandonado tem consciência que sofreu abandono afetivo, nesse caso a partir da expedição de um laudo psicológico.

5 CONCLUSÃO

O objetivo central da presente monografia foi reconhecer a possibilidade de reparação civil por danos morais diante de abandono afetivo, ao mesmo tempo que verificou-se a gravidade dos prejuízos anímicos acarretados e suas peculiaridades, no sentido de que não é possível identificar o momento em que ocorre a lesão, concomitantemente com o fato de perdurarem ao longo da vida, de modo que foi defendida a imprescritibilidade da pretensão destas ações indenizatórias.

Dessa forma, no primeiro capítulo fez-se uma análise histórica do Direito das Famílias, explorando sua evolução desde o Código Civil de 1916, da Constituição Federal de 1988, até o Código Civil de 2002. Com isso, observou-se que as alterações sociais tiveram impacto diretamente na concepção da família, que atualmente está muito mais relacionada à valorização das individualidades de seus membros, em que o afeto é o pressuposto central para a concretização dos laços familiares. Ademais, analisou-se os princípios que regem o Direito das Famílias com o intuito de demonstrar que, após as transformações socioculturais ao longo dos anos, esse ramo jurídico está preocupado, principalmente, com o bem-estar, a igualdade de tratamento e a proteção dos interesses individuais de todos que compõe o núcleo familiar.

Ainda neste capítulo estudou-se a teoria do desamor, com o objetivo de demonstrar como o abandono afetivo está inserido no ordenamento jurídico brasileiro. Evidenciou-se que, dos princípios que norteiam o Direito das Famílias, também decorrem todos os deveres de ordem imaterial do poder familiar, os quais estão positivados em uma série de dispositivos legais, como na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002, e também no Estatuto da Criança e do Adolescente. À vista disso, constatou-se que o abandono afetivo está relacionado às omissões parentais no que tange aos deveres de cuidado, previstos nestas normas supracitadas, de modo a defender que o abandono afetivo não está pautado na subjetividade e na imposição do amor, mas sim na objetividade referente ao não cumprimento pelos pais das obrigações legais de cuidado impostas.

No segundo capítulo analisou-se o instituto da responsabilidade civil por meio sua teoria geral, em que foram estudados os pressupostos necessários para ter reconhecida uma ação indenizatória, quais sejam: conduta, culpa, dano, e nexos de causalidade. Ao explorar cada critério, conclui-se que todos estão presentes no abandono afetivo, de modo que deve ser reconhecida a responsabilidade civil nesses casos. Assim, o elemento conduta é verificado na omissão ao cumprimento dos deveres de cuidado; a culpa é visualizada por meio da negligência e também da imprudência parental; o dano, analisado a partir de bibliografias da psicologia, foi

constatado a partir da evidência de que o abandono afetivo pode causar transtornos comportamentais e psicológicos; e, por fim, o nexos, que é verificado entre a conduta ilícita parental e o prejuízo anímico causado, é provado por meio de um laudo psicológico.

Com o intuito de reforçar o entendimento de que o abandono afetivo deve ser passível de ser moralmente indenizado, ainda no segundo capítulo buscou-se fazer uma análise da teoria da perda de uma chance. A partir disso, conclui-se que o abandono afetivo também pode ser enquadrado nessa hipótese teórica, haja vista que o filho negligenciado ante a omissão parental nos deveres de cuidado perdeu a possibilidade de ter crescido com o acompanhamento necessário para seu desenvolvimento sadio, ao passo que tais imprudências dos pais acarretaram danos à personalidade.

Por fim, no terceiro capítulo analisou-se quais as situações que podem se enquadrar como abandono afetivo de modo a ensejar reparação civil. Nesse sentido, conclui-se que discussões e discordâncias de convívio familiar não devem ser reconhecidas como uma omissão parental, tendo em vista que meros aborrecimentos não devem ser indenizados. Ainda, verificou-se que o pai que desconhecia da paternidade, que tenha sofrido alienação parental, ou ainda, aqueles por algum motivo extremamente específico e plausível tiveram que se ausentar do convívio com o filho, não poderão responder por abandono afetivo. Isso, porque a omissão parental deve ser um ato volitivo, isto é, o pai ou a mãe escolhe não cumprir com seus deveres paternos. Outra conclusão atingida foi no sentido de que, ainda que um filho tenha sido abandonado afetivamente por seu genitor biológico, se porventura for estabelecida uma paternidade ou maternidade socioafetiva posterior ao abandono, não será possível conceber a indenização por danos morais em respeito à validação da própria socioafetividade.

Ademais, nesse capítulo foi verificado que os pais que abandonaram afetivamente seus filhos na infância, mas que quando alcançam a velhice pleiteiam por pensão alimentícia ou até mesmo uma ação indenizatória por danos morais decorrente de abandono inverso, não estarão respaldados pelo ordenamento jurídico porque tal demanda configura abuso de direito.

Por último, fez-se uma análise do instituto da prescrição, sua importância para estabilidade e segurança jurídica, bem como explorou-se as exceções à prescritibilidade. Diante de todas as averiguações promovidas ao longo desta monografia, evidenciou-se que, em face do caráter compensatório verificado nas indenizações por abandono afetivo, a gravidade do dano causada à personalidade do filho negligenciado e às peculiaridades relativas aos prejuízos morais nesses casos – danos continuados, e de difícil afirmação sobre o momento em que são gerados - conclui-se pelo necessário reconhecimento da imprescritibilidade dessas ações.

Não obstante, foi proposto que, caso não seja reconhecido no abandono afetivo uma exceção à prescrição, que pelo menos seja alterado o momento em que se inicia a contagem do prazo prescricional, de forma que não comece a partir da maioridade, mas, sim, do momento em que o indivíduo tem consciência de que sofreu um dano em decorrência de uma omissão parental, isto é, do laudo psicológico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. **Revista da Emerj**, v. 9, n. 36, 2006.

AQUINO, Leonardo Cavalcanti de. **A relação dos pais socioafetivos com os filhos do companheiro sob a ótica dos tribunais superiores**. IBDFAM, online, 2016. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1160/A+rela%C3%A7%C3%A3o+dos+pais+socioafetivos+com+os+filhos+do+companheiro+sob+a+%C3%B3tica+dos+tribunais+superiores>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). **Apelação Civil n. 05073983020178050001**. 3ª Câmara de Direito Civil. Rel. Rel. Des. José Luiz Pessoa Cardoso. Salvador, 28 fev. 2021.

BOWLBY, John. **Formação e rompimento dos laços afetivos**. Trad. Álvaro Cabral; Rev. Luiz Lorenzo Rivera. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de abril de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 05 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.106.637/SP**. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 01 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.159.242/SP**. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 10 mai. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.292.141/SP**. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 04 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.374.778/RS**. 3ª Turma. Rel. Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 18 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.887.697/RJ**. 3ª Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 21 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 878.941/DF**. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 21 ago. 2007.

CARVALHO, Dimas de. **Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021.

DAMIANI, Camila Ceron; COLOSSI, Patrícia Manozzo. A ausência física e afetiva do pai na percepção dos filhos adultos. **Pensando Famílias**, São Leopoldo, v. 2, n. 19, p. 86-101, dez. 2015.

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

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** IBDFAM, online, 2008. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/463/S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental,+o+que+%C3%A9+isso>>. Acesso em: 17 ago. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 36. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Salvador: Juspodivm, 2017.

FONTANELLA, Patrícia; GOMES, Renata Raupp. O direito a alimentos do genitor que abandonou a prole e o abuso do direito. *In*: GHILARDI, Dóris (Org.). **Tecnologias, família e vulnerabilidades: novos olhares no brasil e exterior**. Florianópolis: Habitus, 2021.

FONTANELLA, Patrícia; GOMES, Renata Raupp. O rol taxativo das causas legais de deserção e indignidade sob a perspectiva do abuso do direito: uma abordagem propositiva do tema. *In*: GHILARDI, Dóris; GOMES, Renata Raupp (Coords). Estudos avançados de direito de família e Sucessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1: Parte Geral: obrigações - Contratos (Parte Geral)**. 12. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: Responsabilidade Civil - Direito de Família - Direito das Sucessões**. 9. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos** – além da obrigação legal de caráter material. Online, 2005. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos_convidados/23>. Acesso em: 25 jun. 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Online, 2007. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/autor/Giselda%20Maria%20Fernandes%20Novaes%20Hironaka>>. Acesso em: 07 jul. 2022.

LISITA, Kelly Moura Oliveira. **A sociafetividade e seus reflexos**. IBDFAM, online, 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1569/A+sociafetividade+e+seus+reflexos+>>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade**. Jus.com, online, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25363/familias-contemporaneas-e-as-dimensoes-da-responsabilidade>>. Acesso em: 09 set. 2022.

MADALENO, Rafael. Responsabilidade Civil pela ausência ou negligência nas visitas. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARTORELLI, Gisele. **Guarda compartilhada: uma necessidade imperiosa, uma necessidade imperiosa**. Migalhas, online, 2004. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/5344/guarda-compartilhada--uma-necessidade-imperiosa>>. Acesso em: 07 out. 2022.

MEDEIROS, Geruza da Silva; JAEGER, Fernanda Pires. Parentalidade socioafetiva: um olhar da psicologia. **Research, Society And Development**, [S.L.], v. 10, n. 10, 15 ago. 2021.

MENDONÇA, Patricia Lima de. **Abandono afetivo: um conceito em debate na psicologia?**. 2011. 102 f. TCC (Graduação) - Curso de Psicologia, Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1-22, jun. 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. **Civilistica.Com**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, p. 1-43, dez. 2018.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. ed. Salvador: Saraivajur, 2013.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o Homem**: responsabilidade civil por abandono afetivo. Responsabilidade civil por abandono afetivo. 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/392/Nem+s%C3%B3+de+p%C3%A3o+vive+o+Homem:+Responsabilidade+civil+por+abandono+afetivo>. Acesso em: 27 out. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade Civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. 238 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06062013-135843/pt-br.php>. Acesso em: 10 jun. 2022

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, Nelson. A pena civil parental. *In*: **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Famílias: Pluralidade e Felicidade, Belo Horizonte, v. 9, p. 225-240, 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/231.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2022.

ROSENVALD, Nelson. A Responsabilidade Civil por omissão de cuidado inverso. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC). Apelação Civil n. 0310757-46.2017.8.24.0064. 6ª Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Denise Volpado. Santa Catarina, 05 mai. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC). **Apelação Civil n. 2010.046709-8**. 5ª Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Henry Petry Junior. Santa Catarina, 16 ago. 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC). **Apelação Cível n. 2011.043951-1**. 3ª Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Santa Catarina, 6 set. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC). **Apelação Civil n. 2011.073787-1**. 4ª Câmara de Direito Civil. Relator: Rel. Des. Jorge Luis Costa Bebe. Santa Catarina, 02 ago. 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC). **Apelação Civil nº 2013.035033-8**. 2ª Câmara de Direito Civil. Relator: Rel. Des. Monteiro Rocha. Santa Catarina, 10 out. 2013.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Pais, filhos e danos**. Migalhas, online, 24 jun. 2004. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/5294/pais--filhos-e-danos>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Apelação Civil n. 1002089-03.2018.8.26.0566**. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator: Rel. Des. Viviani Nicolau. São Paulo, 28 nov. 2019.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Gabriella de Souza. **A Teoria do Desamor à Luz do Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2020. 49 f. Monografia (Graduação em Direito) - Unievangélica, Anápolis, 2020. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/16837/1/Monografia-%20GABRIELLA%20DE%20SOUZA.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo**. Migalhas, online, 30 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/264531/do-prazo-de-prescricao-aplicavel-aos-casos-de-abandono-afetivo>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil**: teoria geral do direito civil . 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil**: responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 37-53, jun. 2006.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Alguns aspectos relevantes da prescrição e decadência no novo Código Civil**. Online, 2003. Disponível em: <<https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/algunsaspectosrelevantesprescr.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 21. ed. Barueri: Atlas, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 22. ed. Barueri: Atlas, 2022.