

BREVE ANÁLISE ACERCA DO DANO MORAL COM ENFOQUE NO ABANDONO AFETIVO PATERNO

Kamille Gabri Bartolazi

Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) –
Unidade Bom Jesus do Itabapoana - RJ,
kgbartolazi@gmail.com

Douglas Souza Guedes

Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) –
Unidade Bom Jesus do Itabapoana - RJ,
dsouzaguedes@gmail.com

Paula Castanheira Fumian

Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) –
Unidade Bom Jesus do Itabapoana - RJ,
paula.fumian.catanheira@gmail.com

Oswaldo Moreira Ferreira

Professor Orientador do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos de Bom
Jesus do Itabapoana - RJ – FAMESC,
oswaldomf@gmail.com

Resumo

O presente estudo tem como escopo tecer uma análise acerca do instituto dos direitos e deveres conjugais a luz da codificação civil de 2002, da temática da responsabilidade civil, no que tange ao Direito de Família bem como acerca do conceito do dano moral, e da ocorrência de ilícito civil em virtude do descumprimento do poder familiar. Por conseguinte, será analisado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno. A metodologia empregada na elaboração do presente estudo pautou-se na utilização do método dedutivo. Em relação à técnica de pesquisa, optou-se pela revisão de literatura sistemática, analisando-se doutrinas e a legislação referente ao tema proposto.

Palavras-chave: Direito de Família; Abandono Afetivo; Dano Moral; Responsabilidade Civil.

Abstract

The aim of the present study is to analyze the institute of marital rights and duties in the light of the civil codification of 2002, the theme of civil liability with regard to family law as well as the concept of moral damage, and the occurrence of civil unlawful act due to non-compliance with family power. Therefore, the Superior Court of Justice's understanding of the moral damage resulting from paternal emotional abandonment will be analyzed. The methodology employed in the preparation of this study was based on the use of the deductive method. Regarding the research technique, it was decided to review systematic literature, analyzing doctrines and legislation related to the proposed theme.

Keywords: Family right; Affective abandonment; Moral damage; Civil responsibility.

INTRODUÇÃO

Atualmente, pode-se constatar ao realizar uma análise jurisprudencial no âmbito dos Tribunais de Justiça, que é crescente o número de demandas judiciais movidas pelos filhos, em face de seus genitores, com vistas a ser reparado o dano moral causado em virtude do abandono afetivo, contudo, o entendimento acerca da configuração do dano moral oriundo do abandono afetivo paterno não é unânime, a controvérsia cinge-se em torno do amor, até que ponto pode o poder judiciário obrigar alguém a amar?

Nessa perspectiva, tramita na Câmara dos Deputados, o projeto de Lei nº 3212\15, já aprovado no Senado, o qual versa sobre a inclusão do abandono afetivo como ilícito civil e que atualmente se encontra aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) na Casa Legislativa. No mesmo sentido é o projeto de Lei nº 4294/2008, o qual pretende acrescentar o parágrafo único ao art. 1632 do CC/02, de modo, a estabelecer que o abandono afetivo caracteriza dano moral.

Sendo assim, diante da atual controvérsia acerca da configuração do dano moral em virtude do abandono afetivo paterno, o presente estudo, visa analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da caracterização do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno. Nesse sentido, pergunta-se: diante da ausência de uniformidade existente acerca da caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno, qual orientação seguir? Amar seria uma faculdade? O cuidado seria uma obrigação? As obrigações existentes entre pais e filhos se resumem na prestação de auxílio material?

É de suma importância tecer uma análise acerca do dano moral com enfoque no abandono afetivo paterno. Desse modo, será discorrido acerca do instituto dos direitos e

deveres conjugais a luz da codificação civil de 2002, a temática da responsabilidade civil, no que tange ao Direito de Família bem como o conceito do dano moral, e a ocorrência de ilícito civil em virtude do descumprimento do poder familiar. Por conseguinte, será analisado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acerca da temática ora em análise. Nesse segmento, serão analisados quatro informativos jurisprudências, o Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, apreciado no âmbito da Terceira Turma e os Recursos Especiais nº. 757.411 – MG, de Relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, 514.350- SP, de Relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior e por fim o 1.087.561 – RS, de Relatoria do Ministro Raul Araújo, ambos apreciados no âmbito na Quarta Turma do STJ.

1 OS DIREITOS E DEVERES CONJUGAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Antes de adentrar na temática dos direitos e deveres conjugais a luz da sistemática civil de 2002, é necessário tecer breves considerações acerca da evolução de tal instituto. Nesse sentido, sob a óptica do Código Civil de 1916, o marido era considerado o chefe da sociedade conjugal, o *pater familie*, o mandante. Já a mulher era vista com uma simples assistente ou auxiliar, submissa ao seu marido, de modo, que sua incumbência era direcionada a velar pela direção espiritual, moral, e educacional da residência familiar (CAEIRO, 2010, s.p.).

Nesse contexto, a sistemática civil de 2002 pôs fim a tal submissão, estabelecendo, expressamente, em seu art. 1565, que o homem e a mulher assumem mutuamente na condição de consortes os encargos familiares (CAEIRO, 2010, s.p.).

Assim, também assevera o art. 1.567 do Código Civil de 2002, veja-se: “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos” (BRASIL, 2002). Nessa perspectiva, pode-se constatar que, na atual legislação civil, vigora o princípio da isonomia, restando superada a visão retrógada e discriminatória dos membros da família (CAEIRO, 2010, s.p.). Nesse viés, veja-se as lições de Rolf Madaleno:

Os deveres conjugais são comuns a ambos os cônjuges e não poderia ser diferente diante da previsão constitucional de igualdade dos consortes e dos gêneros sexuais. São disposições de cunho ético e insuscetíveis de derrogação pela vontade dos consorciados, que devem se curvar diante dessas normas cogentes de conduta conjugal, mas se tornaram deveres que carecem de relevância jurídica, pois o seu descumprimento não acarreta nenhuma consequência jurídica, nem a lei confere ao ofendido mecanismos de reação em resposta ao seu ato, considerando que os

deveres matrimoniais se transformaram em meras recomendações de cunho ético, moral e social, guardando sanção jurídica unicamente o dever de mútua assistência material, sendo interessante observar que a desatenção a qualquer destes deveres morais de fidelidade ou lealdade, este aplicado à união estável, jamais descaracterizou a existência de uma entidade familiar, pois não deixa de ser esposo o marido infiel, como não deixa de ser companheiro o parceiro prevaricador, embora possam gerar no foro íntimo da pessoa traída um sentimento de repulsa, e a reação de rompimento da relação, porque teria sido afetada a comunhão plena de vida (MADALENO, 2018, p. 255).

Nesse ínterim, o art.1.566 do Código Civil de 2002, consagra de forma exemplificativa os deveres conjugais:

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).

Assim, como exposto, o inciso I assevera como deveres dos cônjuges a fidelidade recíproca, nessa seara, essa se traduz em um dever moral e jurídico, implicando na restrição da liberdade sexual dos consortes no decorrer do casamento (TERCIOTI, 2016, s.p.). Vejamos as lições de Maria Berenice Dias, acerca do tema:

O dever de fidelidade é uma norma social, estrutural e moral, mas, apesar de constar entre os deveres do casamento, sua transgressão não mais admite punição, nem na esfera civil, nem na criminal. Ainda assim, na eventualidade de um ou ambos os cônjuges não cumprirem o dito 'sagrado dever' de fidelidade, o casamento não se rompe. (...). A infidelidade autorizava o cônjuge enganado a buscar a separação (...). Com a EC 66/10, nem mais para isso serve. (...). Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de determinação legal (DIAS, 2016, p. 175-176 *apud* TERCIOTI, 2016, s.p.).

Nessa perspectiva, o inciso II do mencionado dispositivo, ao prevê a vida em comum, no domicílio conjugal, como deveres conjugais, abarca não só o dever de coabitação, mas também a ideia de assistência mútua, realizações, convivência, trabalhos e desejos (TERCIOTI, 2016, s.p.). Em complemento, dispõe o artigo 1.569 do Código Civil que: "O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um ou outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes" (BRASIL, 2002).

O inciso III do artigo acima colacionado, ao consagrar a mútua assistência, traduz a ideia de solidariedade, assistência recíproca entre os consortes, tanto no que tange ao amparo material ou econômico, como moral. Já o inciso IV trata do dever de “sustento, guarda e educação dos filhos” (BRASIL, 2002). Conforme preconiza Ana Carolina Tercioti “é um dever inerente a parentalidade, jurídico e moral dos cônjuges, e tem como objetivo a boa formação da personalidade dos filhos” (TERCIOTI, 2016, s.p.). Assim, ensina Maria Berenice Dias:

A família encontra fundamento no afeto, na ética e no respeito entre os seus membros, que não podem ser considerados apenas na constância do vínculo familiar. Pelo contrário, devem ser sublimados exatamente nos momentos mais difíceis da relação. A presença desses elementos é o ponto nodal da unidade familiar. O dever de assistência transborda os limites da vida em comum e se consolida na obrigação alimentar para além da dissolução do casamento (DIAS, 2016, p. 180 *apud* TERCIOTI, 2016, s.p.).

Nessa perspectiva, a guarda se traduz num direito, mas também em um dever dos pais, de modo que a infração a esse dever configura hipótese de perda do poder familiar. E, quanto à obrigação de sustentar os filhos menores, bem como dar educação e orientação moral, compete aos pais até os filhos atingirem a maioridade, ou nos ditames da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça até a obtenção do diploma universitário. Sendo importante ressaltar, que tal dever persistir ainda que dissolvida à sociedade conjugal (TERCIOTI, 2016, s.p.).

Assim, aduz o art. 1.636 do Código Civil de 2002: “O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro” (BRASIL, 2002).

Já o inciso V do art. 1.566 do CC de 2002 prevê: “respeito e consideração mútuos” (BRASIL, 2002), esse se caracteriza como base e fundamento da entidade familiar. Desse modo, não se traduz apenas na ideia de dever dos cônjuges, mas sobre tudo ao postulado da dignidade da pessoa humana, estando presente em todas as relações pessoais. Assim, consoante leciona Rolf Madaleno, devem os consortes manter uma união pautada no respeito, não praticando ação desrespeitosa, adotando um mínimo de convenções morais, pautados no fundamento da dignidade da pessoa humana (MADALENO, 2018, p. 265).

Nesta feita, pode-se verificar a evolução ocorrida no instituto dos direitos e deveres conjugais, engendrada pela sistemática da Constituição Federal de 1988, a qual rompeu com a visão discriminatória dos membros da família, consagrando assim, igualdade entre os consortes, nessa seara, o Código Civil de 2002, prevê expressamente que tanto o homem

como a mulher assumem mutuamente na condição de consortes os encargos familiares, exercem a direção da sociedade conjugal, bem como possuem deveres em comum.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A responsabilidade civil, nos dizeres de Macial Barreto Casabona, “é um ramo do direito civil que cuida do dever de alguém indenizar o prejuízo sofrido por outrem, só existindo se houver efetivamente dano visando vigorar “o dever de respeito dos indivíduos ao direito alheio” (CASABONA, 2009, p. 359 *apud*, WITZEL, 2013, s.p.). Nessa linha de pensamento, a responsabilidade civil em seu sentido etimológico e também no sentido jurídico, está calcada na ideia de contraprestação, encargo e obrigação, nessa perspectiva, leciona Pablo de Paula Santos “A responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão” (SANTOS, 2012, s.p.). Nesse ínterim, também ensina Rui Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana (STOCO, 2007, p.114, *apud*, SANTOS, 2012, s.p.).

Do mesmo modo, consagra Silvio Rodrigues, “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2003, p. 6 *apud*, SANTOS, 2012, s.p.).

Visto o conceito do instituto em análise, é necessário abordar a classificação. Nessa perspectiva, a responsabilidade civil, pode ser classificada em razão da culpa, assim, podendo ser subjetiva ou objetiva. Nesse viés, a responsabilidade civil subjetiva resta caracterizada diante da prática de conduta dolosa culpa *lato sensu*, ou dolosa culpa *stricto sensu* (OLIVEIRA, 2009, s.p. *apud* BRITO, 2014, s.p.). Desse modo, verifica-se a culpa *stricto sensu* quando o agente causador do dano pratica o ato de forma negligente ou imprudente, já o dolo, resta caracterizado diante da prática do ato danoso, de forma consciente, com a finalidade de praticar a conduta ilícita (SANTOS, 2012, s.p.).

Outrossim, no que concerne à responsabilidade civil objetiva, essa prescinde da culpa. Nesse contexto, essa espécie de classificação de responsabilidade está

fundamentada na teoria do risco. Assim, explica Sergio Cavaliere Filho acerca dessa espécie de responsabilidade “Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa” (CAVALIERE FILHO, 2008, p. 137 *apud* SANTOS, 2012, s.p.).

Nessa perspectiva, o instituto em análise, também pode ser classificado em contratual e extracontratual a depender do dever jurídico violado pelo agente causador do dano. Assim, configura-se a responsabilidade civil contratual, quando o dano se caracteriza em decorrência da celebração ou da execução de um contrato, já a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, resta configurada diante da violação de deveres jurídicos oriundos da lei ou do ordenamento jurídico (SANTOS, 2012, s.p.). Exemplo de responsabilidade civil aquiliana, pode-se citar o art. 186 do CC-02, o qual consagra “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).

Através da análise do artigo supra, pode-se identificar os elementos ensejadores da responsabilidade civil, quais sejam: dano, culpa do autor e nexos causal. Desta forma, consoante aduz Maria Helena Diniz “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (DINIZ, 2006, s.p., *apud*, SANTOS, 2012, s.p.). Já a culpa, essa compreende tanto a culpa em *stricto sensu* e o dolo, ambos já explicados linhas acima. No que tange ao nexos causal, esse é a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado obtido (SANTOS, 2012, s.p.).

Assim, também, aduz Fernando Noronha, ao consagrar que são necessários os seguintes elementos para que surja a obrigação de indenizar:

1. que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;
2. que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;
3. que tenham sido produzidos danos;
4. que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta (NORONHA, 2010, p. 468-469, *apud*, SANTOS, 2012, s.p.).

Feitas tais considerações acerca da responsabilidade civil, passa-se a análise da configuração de tal responsabilidade na seara familiar. Não obstante as relações familiares sejam calcadas pelos laços afetivos e cinge em aspectos pessoais e sentimentais, ocorre

uma série de situações em que são desrespeitados os deveres de família. Nesse viés, surge a responsabilidade civil no Direito de Família. A fim de exemplificar as situações em que pode ocorrer a caracterização do dano moral no âmbito familiar, pode-se citar: abandono afetivo paterno, ruptura de laço conjugal dentre outros (MIGUEL, 2010, p. 491, *apud* WITZEL, 2013, s.p.).

Nesse segmento, os posicionamentos doutrinários variam, há aqueles que defendem a caracterização da responsabilização civil no âmbito familiar, sustentando em tese “que a obrigação de indenizar, por ser uma cláusula genérica deve ser reconhecida sempre que presentes seus pressupostos, nada influenciando a falta de disposição específica na legislação familiar” (WITZEL, 2013, s.p.). Contudo, existem aqueles que não admitem tal caracterização argumentando que não se pode obrigar o outro a amar, de modo que tal caracterização acarretaria uma espécie de monetarização das relações existências, conforme encapado no entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que será analisado de forma pormenorizada em tópico oportuno (ORLEANS, 2012, p. 233-235, *apud*, WITZEL, 2013, s.p.).

Nesse sentido, Maria Aracy Menezes Costa aduz que “pagar pela falta de amor não faz surgir o amor e tampouco o restabelece; pagar pela falta de companhia não tem o dom de substituir o prazer de conviver” (COSTA, 2005, p. 231, *apud* WITZEL, 2013, s.p.).

A fim de melhor ilustrar a não caracterização de Responsabilidade Civil no Direito de Família, pode-se citar exemplo utilizado por Rolf Madaleno, em que a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar a Apelação Cível n. 361.324.4/7, de Relatoria do Des. Maia da Cunha, julgada em 27.03.2008, por maioria de votos, negou a caracterização do dano moral por adultério, ressaltando que relacionamento é apenas consequência da união, em que os sentimentos podem mudar no decorrer do tempo (MADALENO, 2018, p. 473).

3 O CONCEITO DE DANO MORAL

Há diversas definições na doutrina pátria acerca da conceituação do dano moral, nesse sentido, leciona Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, “O dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 891).

Nesta feita, aduz Yussef Said Cahali, dano moral é “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado” (CAHALI, 1998, p. 20, *apud*, SILVA, 2003, s.p.).

Nesse sentido, leciona Flavio Tartuce “a melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira” (TARTUCE, 2017, p.503). Em complemento, aduz que:

Alerte-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais (TARTUCE, 2017, p. 503).

Nesse viés Carlos Roberto Gonçalves, assevera:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (GONCALVES, 2009, p. 359 *apud* SANTOS, 2012, s.p.).

Contudo, é preciso distinguir a configuração do dano moral e, em linha diversa, a configuração de pequenos dissabores, contrariedades da vida moderna, os quais não são passíveis de indenização, em complemento assevera Ronaldo Alves de Andrade (SANTOS, 2012, s.p.):

É certo que em muitos casos a vítima propõe ação sem base fática ou jurídica. Também é certo que os valores pleiteados, muitas vezes sob os auspícios da justiça gratuita, são muito elevados em comparação com o dano sofrido. Todavia, esses casos não são a regra e cada dia mais os pedidos têm sido feitos em valores compatíveis com os fixados pela jurisprudência. Assim, não existe a “indústria dos danos morais”, e sim, alguns pedidos que discrepam do bom-senso e da proporcionalidade que deve existir entre o dano e o valor da indenização correspondente (ANDRADE, 2011, p. 27, *apud*, SANTOS, 2012, s.p.).

Assim, o dano moral encontra respaldo na sistemática constitucional (art. 1º, III, e 5º, V e X), e pode ser conceituado, como a lesão a direitos da personalidade, por exemplo, a imagem, honra, intimidade, vida privada, ou seja, bens jurídicos tutelados constitucionalmente, aqui a lesão se dá a esfera ínfima da vítima, cujo conteúdo não é

pecuniário nem comercialmente redutível a dinheiro (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 891).

4 O ILÍCITO CIVIL EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DO PODER FAMILIAR

Antes de adentrar na temática do ilícito civil em decorrência do descumprimento do poder familiar, se faz necessário conceituar o instituto do poder familiar, o qual nas lições de Caio Mario da Silva Pereira, se caracteriza como “Complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art. 226, § 5º, da Constituição” (RAMOS, 2016, p. 36, *apud*, PEREIRA, s.d., p. 240). Assim, pode-se definir o poder familiar como conjunto de direitos e obrigações referentes à prole ainda não emancipada, exercido por seus genitores, com o intuito de proteger e resguardar os interesses do menor (RANGEL, 2019, s.p.). Nesse ínterim, leciona Carlos Alberto Bittar:

O poder familiar, consiste em um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais para a criação, a orientação e a proteção dos filhos, durante a respectiva menoridade, cessando com o implemento da idade ou com a emancipação (BITTAR, s.d., s.p. *apud* RAMOS, 2016, p. 40).

Desse modo, compete aos genitores, no exercício da autoridade parental, serem responsáveis pela educação de seus filhos, administração e usufruto dos bens, consentir matrimônio, conceder autorização para viajarem ao exterior, dentre outros. (RAMOS, 2016, p. 40). Assim, prevê o art. 1.634 do Código Civil, veja-se:

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

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

Diante da nova perspectiva adquirida pelo aludido instituto, abandonou-se a expressão pátrio poder, o qual era encapado pela codificação civil de 1916, haja vista que, neste cenário, o poder familiar era exercido exclusivamente pelo pai. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou caracterizado o exercício do poder de forma compartilhada entre os pais. Nesse viés, consagra o artigo 226, da CF/88, que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Na mesma linha, o ECRIAD determina que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, entre os genitores (FARIELLO, 2017, s.p.).

Feita tais considerações acerca do exercício da autoridade parental, passa-se a análise da temática do ilícito civil em decorrência do descumprimento do poder familiar. Nessa perspectiva, insta salientar a redação do artigo 19 do ECRIAD, o qual prescreve que é direito das crianças e adolescentes de serem criados e educados no seio de sua família (DIAS, 2015, p. 96-97). No mesmo sentido, dispõe o art. 226 da Carta Magna, aduzindo que é dever da família, resguardar a criança e o adolescente de qualquer negligência.

Desse modo, enquanto os filhos têm direito crescerem amparados por seus genitores, os pais têm o dever de garantir tal direito. Nesse sentido, o abandono afetivo se caracteriza quando os genitores atuam de forma negligente, deixando de exercer o dever de cuidado necessário garantido as crianças e adolescentes (DIAS, 2015, p. 96). Assim, também ensina Hironaka "o abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao *dever de educação*, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo" (HIRONAKA, 2007, s.p., *apud*, ARRUDA, 2011, p. 9).

Nos dias atuais, usa-se até a nomenclatura paternidade responsável, no sentido de ser dever dos pais conviverem com seus filhos, conforme ensina Maria Berenice Dias, não há direito dos pais visitarem seus filhos, mas sim um dever de conviver com eles (DIAS, 2015, p. 96). Neste trilhar, consoante aduz Rolf Madaleno, dentre os inescusáveis deveres paternos, está consagrado o de assistência moral, psíquica e afetiva. Nessa linha de pensamento, quando o genitor se furta de exercer tais deveres, deixando o filho, em situação de completo abandono, deixando de exercer o dever de cuidado em relação a sua prole, resta configurado o abandono afetivo (MADALENO, 2018, p.489). Assim, nas lições de Leonardo Boff, o cuidado "representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro" (BOFF, 2003, p.40, *apud*, MADALENO, 2018, p.489).

Nesse viés, os artigos 1.637 e 1.638 do CC-2002, consagram as hipóteses de perda bem como de suspensão do poder familiar, importante ressaltar que o abandono por parte dos genitores em face de seu filho, se caracteriza como conduta ensejadora da perda do poder familiar (BARROS, 2017, s.p.).

É preciso que se tenha em mente, que a responsabilidade paterna - (materna) não se resume apenas na assistência material, mas também na assistência moral, o qual se caracteriza dever fundamental, cujo descumprimento pode ensejar o manejo de ação indenizatória, a fim de ressarcir os danos suportados em virtude da irresponsabilidade paterna (LOBO, 2009, p. 287, *apud*, CAMPELO, 2016, s.p.). Assim, veja-se:

(...) Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar a pretensão indenizatória (LOBO, 2009, p. 287, *apud*, CAMPELO, 2016, s.p.).

Há diversos estudos acerca da caracterização de danos advindos do abandono afetivo, entretanto, o maior consenso conforme Melvin Lewis, professor de psiquiatria infantil, cinge-se em torno da essencialidade das relações entre os genitores seus filhos, com vista a evitar danos psicológicos tanto a curto, como a longo prazo, oportuno analisar os estudos acerca da ocorrência de possíveis deficiências decorrentes da omissão do genitor para os bebês e crianças (SKAF, s.d., p.8):

No que tange a ocorrência de possíveis deficiências devido à negligência direcionada aos bebês e às crianças, Melvin Lewis professor de psiquiatria infantil, ensinou que os pais como modelos e guias, possuem um papel central de contribuir para o desenvolvimento de uma personalidade sadia, controladora de seus impulsos e comportamentos, cuja ausência ou disfunção severa acarreta abalona personalidade (LEWIS, 1995, p. 392, *apud*, SKAF, s.d., p. 8).

Desse modo, antes de analisar a configuração de ilícito civil decorrente do abandono afetivo paterno, é preciso observar que o afeto não se confunde com amor. Afeto nas lições de Flávio Tartuce se caracteriza como a interação entre pessoas, possuindo carga positiva ou negativa, já o amor se traduz no afeto na sua feição positiva (TARTUCE, 2012, s.p.). Assim, ensina:

De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que *o afeto não se confunde necessariamente com o amor*. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto

positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as *cargas* estão presentes nas relações familiares (TARTUCE, 2012, s.p.).

O entendimento acerca da caracterização do dano moral nas relações familiares não é unânime, tanto os doutrinadores, como no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a controvérsia cinge-se em torno do amor. As correntes favoráveis argumentam em tese, que não se discute o amor, o qual se caracteriza como uma faculdade, mas sim o cuidado que é uma imposição biológica e constitucional, aduzindo ainda, que a responsabilização de tal dano, tem valor propedêutico com vistas a evitar o abandono afetivo no futuro (MADALENO, 2018, p. 490). Veja-se as lições de Rolf Madaleno acerca da ocorrência de tal ilícito:

E, embora possa ser até dito que não há como o Judiciário obrigar a amar, também deve ser considerado que o Judiciário não pode se omitir de tentar, buscando de uma vez por todas acabar com essa cultura da impunidade que grassa no sistema jurídico brasileiro desde os tempos em que as visitas configuravam um direito do adulto e não como um evidente e incontestável dever que têm os pais de assegurar aos filhos a convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227) (MADALENO, 2018, p.490).

Nesse ínterim, veja-se a lição Flávio Tartuce:

Cumpre destacar que me posiciono no sentido de existir o dever de indenizar em casos tais, especialmente se houver um dano psíquico ensejador de dano moral, a ser demonstrado por prova psicanalítica. O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do Código Civil impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. Além disso, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Violado esse dever e sendo causado o dano ao filho, estará configurado o ato ilícito, nos exatos termos do que estabelece o art. 186 do Código Civil em vigor (TARTUCE, 2017, s.p.).

Hironaka entende que:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada (HIRONAKA, 2007, s.p., *apud*, ARRUDA, 2011, p. 6).

Nesse viés, consagra Maria Berenice Dias “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, privando seu filho do convívio paterno, pode produzir danos emocionais merecedores de ressarcimento” (DIAS, 2011, p. 416, *apud*, BARROS, 2017, s.p.). Na mesma perspectiva, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Resp. n. 1.159.242-SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, restando consignado a caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno (BRASIL, 2012, s.p.).

Já os defensores da não-configuração do dano moral, como, por exemplo, o doutrinador Rosenvald e a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça aduzem em tese que não cabe ao Poder Judiciário obrigar o outro a amar (MADALENO, 2018, p.490). A ilustrar, pode-se citar as lições de Rosenvald sobre o tema:

A pura e simples violação do afeto não deve ser motivo para ensejar uma indenização por dano moral, ao passo que somente quando uma conduta caracteriza-se como ilícita, é que será possível se falar em indenização pelos danos dela decorrentes, sejam eles materiais ou morais (ROSENVALD, 2010, p. 134, *apud*, BARROS, 2017, s.p.).

Segundo o autor *supra*, a caracterização de indenização em virtude da negativa do afeto, ocasionaria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. No entanto, o mesmo autor pondera que é possível que o abandono caracterize um dano material, quando, por exemplo, dessa negligência sobrevier traumas que acarretem tratamento psicológico (ROSENVALD, 2010, p. 134, *apud*, BARROS, 2017, s.p.).

Asseverou a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar Resp. n. 757.411-MG de Relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, restando deliberado pela não configuração do dano moral frente ao abandono afetivo (BRASIL, 2005, s.p.). Tramita, na Câmara dos Deputados, o projeto de Lei nº 3212/15, já aprovado no Senado, o qual versa sobre a inclusão do abandono afetivo como ilícito civil, e que, atualmente, aguarda designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) na Casa Legislativa (NASCIMENTO, 2017, s.p.). Igualmente, o projeto de Lei nº 4294/2008 dispõe sobre o acréscimo do parágrafo único ao art. 1632 do CC-2002, de modo, a estabelecer que “o abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral” (BRASIL, 2008). Veja-se um trecho da justificativa de tal projeto de lei:

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano. Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a

prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade. No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade (BRASIL, 2008).

Desta forma, pode-se verificar que há divergências, doutrinárias bem como jurisprudências, acerca da ocorrência do ilícito civil em face do descumprimento do poder familiar, girando a controvérsia em torno do amar, de modo, que os que se filiam as correntes favoráveis defendem que não estão obrigando o pai a amar seu filho, mas estão discutindo o cuidado deste com sua prole, já os que se posicionam em sentido contrário a configuração do ilícito, aduzem em tese, que foge no arbítrio do Poder Judiciário, obrigar o pai a amar seu filho (BRASIL, 2008). No tópico a seguir, a controvérsia existente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça será tratada de forma pormenorizada, abordando as teses prós e contras.

5 O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA EM QUESTÃO

No que tange ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno, de antemão, é necessária a análise do Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, apreciado no âmbito da Terceira Turma. O recurso ora em comento foi interposto em face de acórdão proferido no Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual deu provimento ao pleito da recorrida (filha), reconhecendo a caracterização de danos morais decorrente do abandono afetivo por parte do recorrente (pai), assim, condenando-o ao pagamento de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze reais) (BRASIL, 2012).

O recorrente alegou a violação dos arts. 159 do CC-16, 944 e 1.638 do CC- 2002, bem como divergência jurisprudencial, sustentou ainda, que não abandonou a filha, e que mesmo que tal fato tivesse ocorrido, tal conduta caracterizaria apenas a perda do pátrio poder conforme preceitua o art. 1638 do CC/2002, subsidiariamente, pleiteou a ainda a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais. Em suas contrarrazões a recorrida, reiterou a existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento (BRASIL, 2012).

Desse modo, a Terceira Turma, por maioria de votos, restando vencido o voto do Sr. Ministro Massami Uyeda, sob o argumento de que existe apenas uma lesão à estima, não podendo o Tribunal abrir essa porta, sob pena de causar uma cizânia no âmbito familiar, deu parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir o valor da indenização (BRASIL, 2012).

Sob o argumento de que “a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil” e que, ao contrário do alegado pelo recorrente, a perda do poder familiar decorrente do descumprimento de criação e educação de seus filhos, não suprime nem afasta a possibilidade de indenizações e compensações decorrentes do malcuidado dispensado aos filhos, aduzindo ainda que o cuidado se caracteriza como fator essencial à criação e formação do menor e do adolescente (BRASIL, 2012). Nesse ínterim, cumpre elucidar as lições de Tânia da Silva Pereira, transcritas no julgado ora em análise:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...). a autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana' (PEREIRA; OLIVEIRA, 2008, p. 309 *apud* BRASIL, 2012).

Sendo assim, a Terceira Turma, ao analisar o Recurso Especial ora comentado argumentou ainda que o cuidado possui valor jurídico a exemplo do que se observa no art. 227 da CF/88, ao prescrever: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”. Aduzindo, por conseguinte que “o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente” (BRASIL, 2012). Nesse sentido alegou: “Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”, concluindo que “amar é faculdade, cuidar é dever” (BRASIL, 2012). Nesse compasso, veja-se ementa abaixo colacionada:

Ementa: Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e

companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2012).

Contudo, tal posicionamento não se coaduna com a orientação calcada no âmbito da Quarta Turma do STJ. Nesse sentido, resta consignado no julgamento do Recurso Especial nº 757. 411 – MG, de Relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, a descaracterização do dano moral decorrente do abandono afetivo, sob o fundamento de que o descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação já caracteriza hipótese de perda do poder familiar. Desse modo, o ordenamento jurídico já estabelece punição com finalidade dissuasória com vistas a punir o abandono afetivo. Aduziu ainda que tal medida poderia estar enterrando a possibilidade do pai buscar o amparo do amor do filho. Além do mais um litígio reduziria drasticamente a esperança do filho ser acolhido, concluindo que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo (...)” (BRASIL, 2005).

Entretanto, importante ressaltar o voto vencido do Sr. Ministro Barros Monteiro, que entendeu pela caracterização do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno, sob o argumento que restou constatado o dano moral suportado pelo autor, diante da dor, sofrimento e abalo psíquico suportado. Aduziu, ainda, que a destituição do poder familiar configura sanção do Direito de Família não interferindo assim na indenização decorrente do dano moral (BRASIL, 2005). Veja-se a ementa abaixo colacionada:

EMENTA: Responsabilidade Civil. Abandono Moral. Reparação. Danos Morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2005).

No mesmo sentido resta consignado o Recurso Especial nº 514.350- SP, de Relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior. O recurso ora em análise, em síntese foi interposto em face de acórdão proferido no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, o

qual afastou a condenação de danos morais em face do genitor da recorrente, sob o argumento que só após o reconhecimento da paternidade é que surgiu a filiação, não havendo que se falar em descumprimento de qualquer dos deveres inerentes de pai, antes do reconhecimento da paternidade (BRASIL, 2009).

A recorrente alegou violação dos arts. 159, 1.537 e 1.553 do Código Civil de 1996, pleiteando assim a condenação do requerido (seu pai) em danos morais, decorrente da falta de carinho e atenção, para com ela. Assim, a Quarta Turma do STJ, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, sob os mesmos fundamentos elucidados do julgamento do recurso anteriormente analisado (BRASIL, 2009). Nesse sentido, veja-se a ementa abaixo colacionada:

EMENTA: Civil e Processual. Ação de Investigação de Paternidade. Reconhecimento. Danos Morais Rejeitados. Ato Ilícito Não Configurado. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp. n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido (BRASIL, 2009).

Desta forma, ao analisar o posicionamento adotado pela Quarta Turma acerca do tema ora analisado, pode-se verificar a orientação pela caracterização de dano moral decorrente de abandono material constatado esse quando verificado a omissão voluntária ou injustificada por parte do genitor no que concerne ao amparo material. Nesse segmento, resta consignada a descaracterização do dano moral decorrente do abandono afetivo, de modo que tal reparação, nos ditames da Quarta Turma, se configura “monetarização das relações familiares”, para penalizar os infratores “por não demonstrarem a dose necessária de amor” (BRASIL, 2017). Segue:

EMENTA: Recurso Especial. Família. Abandono Material. Menor. Descumprimento do Dever de Prestar Assistência Material ao Filho. Ato Ilícito (cc/2002, arts. 186, 1.566, iv, 1.568, 1.579, 1.632 e 1.634, i; eca, arts. 18-a, 18-b e 22). Reparação. Danos Morais. Possibilidade. Recurso Improvido. 1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido (BRASIL, 2017).

Nesse contexto, pode-se verificar a existência de controvérsia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno. Ora enquanto, a Terceira Turma, adota o posicionamento de que caracteriza dano moral, o abandono afetivo consequente da omissão paterna no dever de cuidado da prole, salientando ainda que: “amar é faculdade, cuidar é dever” (BRASIL, 2012), a Quarta Turma se posiciona no sentido de que caracteriza dano moral a falta de assistência material por parte do genitor para com seu filho, aduzindo ainda que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo (...)” (BRASIL, 2005).

CONCLUSÕES

Ao se analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, acerca da configuração de ilícito civil em virtude do abandono afetivo paterno, conclui-se, pela existência de divergência jurisprudencial acerca da ocorrência de tal dano. Pois enquanto a Terceira Turma se posiciona no sentido da caracterização de dano moral decorrente da omissão de cuidado, a Quarta Turma se coaduna a entendimento diverso, restando consignado, a existência de dano moral somente quando configurado a falta de assistência material por parte do genitor para com seu filho, nesse sentido consagrou os Recursos Especiais de nº. 757. 411 – MG, 514.350- SP, e 1.087.561- RS, estabelecendo que não compete ao Poder Judiciário obrigar alguém a amar.

A ausência de uniformidade no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno pode causar, em se tratando de um tema ainda novo no ordenamento jurídico, verdadeira insegurança jurídica.

Embora exista divergência jurisprudencial acerca da temática em comento, a luz da Constituição Federal, resta caracterizado o dano moral advindo da omissão paterna no dever de cuidado para com seu filho, pois como bem explicado pela Ministra Nancy Andrighi, ao analisar o Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, apreciado no âmbito da Terceira Turma do STJ, a configuração se dá devido a omissão de cuidado, o qual esta previsto no art. 227 da Constituição Federal de 1988, pois amar é uma faculdade, mas cuidado é imposição biológica e constitucional.

Desta forma, as obrigações existentes entre pais e filhos não se resumem na prestação de auxílio material, mas também na assistência moral, a qual, caso não prestada

de acordo, com os estudos do professor de psiquiatria infantil Melvin Lewis, pode ocasionar danos à personalidade de crianças e adolescentes. Assim, ao se pensar à luz da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento do dano moral pelo abandono afetivo se apresenta como hipótese plausível de ressarcimento pelo descumprimento do dever de cuidado. Além do mais, o Poder Judiciário não pode se abster diante de tamanho sofrimento, suportado pelo filho, que espera a ligação de um pai que nunca telefona, sequer lembra do seu aniversário, ou até que ele existe. Nesta feita, pode-se concluir pela ocorrência de ilícito civil passível de indenização a títulos de danos morais, decorrente da violação da imposição biológica e constitucional, de dever de cuidado por parte do genitor para com seu filho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Paula Roberta Côrrea dos Santos. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: DA POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA. In: **Ibdfam**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acesso em 10 mai. 2019.

BARROS, Claudio R. Abandono Afetivo e os limites do dever de indenizar. In: **Jus.com.br**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57256/abandono-afetivo-e-os-limites-do-dever-de-indenizar>>. Acesso em 10 mai. 2019.

_____. **Código Civil**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRITO, Eduardo César Vasconcelos. Teorias e espécies de responsabilidade civil: subjetiva, objetiva, pré-contratual, contratual, pós-contratual e extracontratual. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 18 nov. 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38396/teorias-e-especies-de-responsabilidade-civil-subjetiva-objetiva-pre-contratual-contratual-pos-contratual-e-extracontratual>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CAEIRO, Marina Vanessa Gomes. Direitos e deveres conjugais. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 20 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28395>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

CAMPELO, Vinícius Spíndola. Princípios constitucionais aplicáveis às relações entre pais e filhos. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55232&seo=1>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias – 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.**

FARIELLO, Luiza. CNJ Serviço: o que significam guarda, poder familiar e tutela. In: **CNJ**. Disponível em :< <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85530-cnj-servico-o-que-significam-guarda-poder-familiar-e-tutela-5>>. Acesso em 10 mai. 2019.

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

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NASCIMENTO, Gisele. Abandono afetivo do filho pode gerar dano moral. In: **Migalhas**: portal eletrônico de informações, 01 ago. 2017. Disponível: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262951,31047-Abandono+afetivo+do+filho+pode+gerar+dano+moral>>. Acesso em 20 mar. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família** / Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. O instituto do poder familiar: uma breve análise. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 17, n. 124, mai. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14781>. Acesso em 22 fev. 2019.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em maio 2019.

SILVA, Fausto Bawden de Castro. A Presunção de Paternidade na Inseminação Artificial Heteróloga. In: **egov** Disponível em :<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/presun%C3%A7%C3%A3o-de-paternidade-na-insemina%C3%A7%C3%A3o-artificial-heter%C3%B3loga>> Acesso em: 24 mai. 2019.

SKAF, Samira. Responsabilidade Civil Decorrente de Abandono Afetivo paterno -Filial. In: **Ibdfam**. Disponível em :< http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf>. Acesso em 25 mai. 2019.

TARTUCE, Flávio. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. In: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, jul. 2017. Disponível: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/482143063/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira>>. Acesso em 20 mar. 2019.

_____. **Manual de responsabilidade civil: volume único/ Flávio Tartuce.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

_____. O Princípio da Afetividade no Direito de Família. In: **Jusbrasil**. Disponível em : <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em 22 abr. 2019.

TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. Deveres pessoais dos cônjuges e o Direito Curvo de José Calvo González. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17536>. Acesso em maio 2019.

WITZEL, Ana Claudia Paes. Aspectos gerais da responsabilidade civil no direito de família. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12958>. Acesso em maio 2019.

SOBRE OS AUTORES:

AUTOR 1: Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) –Unidade Bom Jesus do Itabapoana - RJ, kgbartolazi@gmail.com

AUTOR 2: Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) –Unidade Bom Jesus do Itabapoana - RJ, dsouzaguedes@gmail.com

AUTOR 3: Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana - RJ, paula.fumian.catanheira@gmail.com

AUTOR 4: Professor Orientador: Doutorando em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro - UENF; Mestre em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF; Especialista *Lato Sensu* em Direito Civil pela Universidade Gama Filho – RJ; Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional pela Faculdade Metropolitana São Carlos de Bom Jesus do Itabapoana – RJ; Professor do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos de Bom Jesus do Itabapoana - RJ – FAMESC; Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim-ES – FDCI; Professor do Curso de Direito do Centro Universitário São Camilo-ES, oswaldoMF@gmail.com