

**UNIJUÍ - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

NATÁLIA SCHEIT CARBONI

**ASPECTOS TEÓRICOS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS DECORRENTES DO
ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Três Passos (RS)
2019

NATÁLIA SCHEIT CARBONI

**ASPECTOS TEÓRICOS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS DECORRENTES DO
ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Trabalho de Conclusão do Curso de
Graduação em Direito objetivando a
aprovação no componente curricular Trabalho
de Curso - TC.

UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul.

DCJS- Departamento de Ciências Jurídicas e
Sociais

Orientadora: MSc. Eliete Vanessa Schneider

Três Passos (RS)
2019

Dedico este trabalho a Deus, acima de tudo, por ser meu apoio em momentos difíceis e à minha família, especialmente aos meus pais, que não pouparam esforços para que esse sonho fosse realizado.

AGRADECIMENTOS

A Deus, acima de tudo, pela vida, força e coragem durante toda esta longa caminhada.

A minha família, pelo amor, incentivo e apoio incondicional, especialmente aos meus pais, Clóvis e Ana Paula, que tanto lutaram pela minha educação, sem vocês a realização desse sonho não seria possível.

A minha orientadora Eliete Vanessa Schneider, pela sua disponibilidade e empenho dedicado à elaboração deste trabalho.

Aos meus amigos, pelo apoio e pela compreensão dos momentos de ausência e afastamento temporário.

Ao meu namorado, que esteve ao meu lado durante todos os meses de elaboração desse trabalho.

E a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

*“O leite alimenta o corpo; o afeto alimenta a alma.”
Içami Tiba.*

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso estuda a possibilidade de responsabilização civil dos pais em virtude do abandono afetivo em relação aos filhos. Dessa forma, a pesquisa faz uma análise do instituto da responsabilidade civil, bem como dos elementos necessários para sua configuração. Examina as espécies de dano: patrimonial e extrapatrimonial. Explora as relações paterno-filiais e demonstra a evolução histórica da ideia e conceito de família. Investiga a classificação do abandono afetivo como um bem jurídico ou moral, bem como a intervenção judicial neste assunto. Averigua as posições jurisprudenciais dos tribunais pátrios acerca do tema. Finaliza concluindo que as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, em sua maioria, referem que a responsabilização civil por danos morais decorrentes do abandono afetivo nas relações paterno-filiais é um pedido juridicamente possível, entretanto, são extremamente rigorosas, somente admitindo a reparação pecuniária quando há detalhada demonstração da existência dos pressupostos da responsabilidade civil e em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, referindo que o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral.

Palavras-Chave: Abandono afetivo. Família. Responsabilidade Civil. Indenização

ABSTRACT

The present work of conclusion of course studies the possibility of civil responsibility of the parents by virtue of the abandonment affective towards the children. In this way, the research makes an analysis of the institute of civil responsibility, as well as the elements necessary for its configuration. Examines the types of damage: patrimonial and off balance. It explores paternal-filial relations and demonstrates the historical evolution of the idea and concept of family. It investigates the classification of affective abandonment as a legal or moral asset, as well as judicial intervention in this matter. Find out the jurisprudential positions of the country courts on the subject. It ends by concluding that the decisions handed down by the Brazilian courts, for the most part, state that civil liability for moral damages resulting from affective abandonment in the paternal-filial relations is a legally possible request, however, they are extremely strict, only admitting pecuniary reparation when there is a detailed demonstration of the existence of the assumptions of civil responsibility and in the event of an effective excess in family relations, indicating that mere affective detachment between parents and children does not in itself constitute a situation capable of generating moral damages.

Keywords: Affectionate abandonment. Family. Civil responsibility. Indemnity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 APONTAMENTOS TEÓRICOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1 A evolução histórica do instituto da responsabilidade civil.....	13
1.2 Elementos da responsabilidade civil	16
1.3 Classificação da responsabilidade civil.....	24
1.4 Funções da responsabilidade civil.....	28
2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL	32
2.1 Evolução histórica do conceito de família	32
2.2 Abandono afetivo: ofensa a bem jurídico ou moral	37
2.3 Do abandono afetivo e da intervenção judicial.....	43
2.4 Posição dos tribunais acerca da condenação dos pais ao pagamento de compensação por dano moral decorrente de abandono afetivo.....	47
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS..	61

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto de estudo a possibilidade ou impossibilidade de responsabilização civil dos pais por danos morais decorrentes do abandono afetivo em relação a seus filhos, fazendo, para tanto, uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. Essa busca encontra motivações diversas, especialmente quanto à importância do afeto paterno/materno para a formação e desenvolvimento físico e psicológico saudável do ser humano.

O abandono afetivo trata-se de um assunto relativamente novo para a sociedade, tendo surgido diante das inúmeras divergências em relação à sua aplicabilidade no âmbito familiar, considerando o recorrente descumprimento dos deveres de assistência, cuidado, zelo e companhia dos pais em relação aos seus filhos. Os efeitos ocasionados pelo abandono afetivo podem ser devastadores e ter reflexos claros no indivíduo e na sociedade em que este está inserido.

A dissolução da família e a falta de afeto por um dos pais podem comprometer todo o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e produzir sequelas emocionais, causando sérios danos à evolução psicológica e à inserção social da criança, razão pela qual se questiona a possibilidade de responsabilização civil dos pais por tal omissão, bem como se essa seria uma medida adequada e efetiva.

Levando em consideração estas importantes questões, a presente pesquisa pretende verificar se o abandono afetivo é realmente capaz de gerar sequelas emocionais e psicológicas às crianças e adolescentes, se há a possibilidade de responsabilização civil pelos danos morais ocasionados em razão do abandono afetivo, bem como que, em havendo essa possibilidade, se esta poderá atender efetivamente aos interesses do filho abandonado.

Inicialmente, no primeiro capítulo, far-se-á uma análise dos conceitos acerca da responsabilidade civil, bem como esclarecerá sua distinção ante o conceito de obrigação. Posteriormente, seguirá uma abordagem quanto a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, a fim de compreender sua atual conjuntura. Ainda, serão verificados os elementos necessários para a configuração deste instituto, sendo, por fim, examinadas as duas categorias no campo dos danos: patrimoniais e extrapatrimoniais (ou morais), assim como as espécies de responsabilidade civil e as funções deste instituto.

Finalizando o estudo, o segundo capítulo, ocupar-se-á das relações paterno-filiais, com análise da evolução história tanto do conceito, como da estrutura da família. Também será examinado o abandono afetivo em si e investigada a classificação deste como um bem jurídico ou moral, bem como a possibilidade de intervenção judicial no assunto. Por fim, abordará as posições jurisprudenciais relativas à condenação dos pais ao pagamento de compensação por dano moral decorrente de abandono afetivo, a fim de se examinar se tal instituto é passível de indenização pecuniária ou não.

1 APONTAMENTOS TEÓRICOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No sistema normativo jurídico brasileiro a responsabilidade civil possui papel fundamental nas relações jurídicas, cumprindo uma atividade de defesa, paridade e em última análise, uma função de justiça, tendo em vista ser o instrumento cabível para equilibrar eventual prejuízo causado de maneira ilícita.

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade, tendo essa a finalidade de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano, a qual abrange todos os ramos do direito e extravasa os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social, colocando-se o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *statu quo ante* (GONÇALVES, 2013, p. 19).

Ainda, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 514):

Responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva.

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, a qual designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora da responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14).

Relativamente à conceituação de responsabilidade civil, Gonçalves (2010, p. 31) afirma que “a responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito.”

Dessa forma, é possível constatar que o conceito de responsabilidade civil demonstra um único cuidado: fazer com que o agente que cometeu o ilícito repare o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, reparação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano). Isto porque a função da responsabilidade civil é reparar o prejuízo causado à vítima, e esta reparação tem como finalidade: compensação do dano sofrido pelo lesionado, de modo que se não for possível retornar ao *status quo ante* deve o agente que cometeu o ato indenizá-lo patrimonialmente; punição do agente através da prestação que é imposta a ele, com intuito de persuadi-lo para não mais lesar; e a desmotivação social da conduta demonstrando intolerância à conduta lesiva e estabelecendo a segurança jurídica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Como depreende-se da análise dos conceitos supracitados, são muitas as acepções quanto à conceituação do que seria a responsabilidade civil, tendo em vista que “toda manifestação da vontade humana traz em si o problema da responsabilidade” (DIAS, J., 2012, p. 1). Nesse sentido, alguns doutrinadores entendem ser necessária a distinção entre responsabilidade e obrigação:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo [...]. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14-15, grifo do autor).

Ante o exposto, evidencia-se que a responsabilidade se constitui como uma obrigação derivada, qual seja, a de assumir os efeitos decorrentes da conduta do agente, efeitos esses que representaram uma ofensa à obrigação preexistente e, portanto, originária.

Analisados os conceitos acerca da responsabilidade civil, bem como esclarecida sua distinção ante o conceito de obrigação, faz-se mister analisar a evolução histórica deste instituto para compreender sua atual conjuntura.

1.1 A evolução histórica do instituto da responsabilidade civil

Na antiguidade, as sociedades eram regidas pelas vivências e costumes, contudo, as reações a ofensas, danos, lesões eram de forma direta e com violência. Neste período não se falava em direitos, tão pouco em proporcionalidade, e sim em vingança, em violência, em uma forma de fazer justiça com as próprias mãos (GONÇALVES, 2014, p. 24).

Nos tempos antigos, os primeiros resquícios de reparação do dano estão no direito romano que se fixava na violência através da “vingança privada”, isto é, na Lei de Talião (com a máxima olho por olho, dente por dente) onde o dano provocava, de imediato, a reação brutal do lesionado, sem qualquer consideração da culpa. Na sequência surgiu a possibilidade de composição, na qual o autor do dano, ao invés de sofrer um castigo corporal, deveria compensar a vítima economicamente – em dinheiro ou outros bens. Nesses dois institutos não se notava diferença entre pena e reparação, de forma que a responsabilidade penal se confundia com a civil uma vez que a vida e a liberdade do causador do prejuízo respondiam pelo dano causado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 52-54).

Em seguida a este momento, a composição legal passa a se tornar obrigatória para o agente. O Estado passa a arbitrar o valor da punição a ser paga pelo agente de acordo com cada caso. Nesse momento, é possível dizer que nasce a ideia de obrigatoriedade na reparação de lesões. Segundo Gonçalves (2014, p. 25): “num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada.”

Com o decorrer do tempo, editou-se a *Lex Aquilia de Damno*, mediante a qual passou-se a punir a culpa pelos danos que fossem provocados injustamente. Ela fixou a necessidade da existência da culpa para que houvesse a reparação do dano causado, reparações essas que deveriam se dar de forma proporcional ao prejuízo e de caráter financeiro. Conforme o entendimento de Maria Helena Diniz (2010, p. 11):

A Lex Aquilia de Damno veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse precedido sem culpa.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 57):

[...] a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana — contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido — foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

Com essa nova forma de responsabilidade civil, possuindo a culpa como elemento fundamental para o dever de indenizar, nasce a responsabilidade civil subjetiva, que foi sendo incorporada pelos países, inclusive pelo Brasil, que dispôs a responsabilidade civil subjetiva no artigo 159 do Código Civil Brasileiro de 1916: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (BRASIL, 1916).

Entretanto, tal sistema revelou-se insuficiente antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 1916. Tanto é assim que a chamada Lei das Estradas de Ferro, Decreto n. 2.681 de 1912, já havia estabelecido responsabilidade objetiva para aquele meio de transporte, constando a regra de que “as estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar. Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá alguma das seguintes provas: [...]” (MIRAGEM, 2015, p. 105).

Dessa forma, de acordo com Gonçalves (2013, p. 27-28), ganhou terreno a chamada teoria do risco, que, sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. A responsabilidade é encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente do trabalho, tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio.

Nesse sentido, a responsabilidade civil objetiva foi sendo operada aos poucos, gradativamente, por meio de leis especiais (Lei das Estradas de Ferro, Acidente do Trabalho, Seguro Obrigatório, Dano ao Meio Ambiente, etc.). Entretanto, seu grande passo foi dado pela Constituição Federal de 1988, que ampliou o alcance da responsabilidade objetiva.

Posteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, a responsabilidade civil evoluiu ainda mais quando transferiu os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor, “o fato gerador da responsabilidade do fornecedor deixou de ser a conduta culposa, ou a relação jurídica contratual, passando a ser o defeito do produto ou do serviço”. Por fim, o Código Civil de 2002, incorporou a seu texto os avanços anteriormente alcançados, prestigiando a responsabilidade objetiva sem excluir, todavia, a responsabilidade subjetiva, a qual possui espaço sempre que não houver disposição legal expressa prevendo a responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 5-7).

O Código Civil de 2002, em seu artigo 927, prevê uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002). No caso da responsabilidade subjetiva, nas palavras de Gonçalves (2013, p. 29) “para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa. A reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito.”

Entretanto, o referido dispositivo legal, apesar de mencionar que quem praticar ato ilícito, causando dano a outrem, ficará obrigado a repará-lo, não expôs o que seria ato ilícito, mas indica onde tal conceito pode ser identificado, de tal forma:

Nesse mesmo dispositivo, entretanto, o Código faz remissão expressa ao art. 186, onde vamos encontrar o conceito legal de *ato ilícito*. Temos, então, que conjugar esses dois artigos para encontrarmos a cláusula geral de responsabilidade subjetiva. Noutras palavras: o art. 927 é uma norma incompleta, que terá que ser integrada pela conjugação com o art. 186. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 37, grifo do autor).

Dessa forma, o art. 927 do Código Civil de 2002 faz remissão expressa ao art. 186, que se refere ao conceito legal de ato ilícito: “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). É no artigo supramencionado que estão dispostos os elementos da responsabilidade civil: conduta, dano e nexos causal, os quais serão individualmente analisados a seguir.

Delineado o conceito de responsabilidade civil e feito um breve histórico de sua evolução, passa-se então a analisar os elementos necessários para sua configuração.

1.2 Elementos da responsabilidade civil

Conforme já mencionado, o artigo 186 do Código Civil de 2002 dispõe que: 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). Da análise do presente artigo, extrai-se os elementos que constituem a responsabilidade civil, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo causal.

Da simples leitura e percepção da presença da conjunção “e” na redação do artigo supramencionado, depreende-se que os elementos constituintes da responsabilidade civil – conduta, dano e nexo causal – são cumulativos, ou seja, é necessária a presença de todos para que se configure a possibilidade de responsabilização civil. Conforme expõe Diniz (2010, p. 37-38):

Entendemos que a responsabilidade civil requer: a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado a vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano.

Quanto ao elemento culpa, mencionado no art. 186 do Código Civil de 2002 por meio das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, conforme compreensão de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 74):

[...] a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescindir desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva). [...] A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade,

Passando à análise dos elementos básicos da responsabilidade, a conduta é gênero de que são espécies a ação e omissão. Entende-se, pois, por conduta, o comportamento humano

voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo. A vontade é o elemento subjetivo da conduta, sua causa de energia psíquica que impele o agente; é o impulso causal do comportamento humano. A conduta voluntária é sinônimo de conduta dominável pela vontade, mas não necessariamente por ela dominada ou controlada, o que importa dizer que nem sempre o resultado será querido. Dessa forma, só não constituem conduta, os atos em que não intervém a menor parcela de vontade, os chamados *atos reflexos*, como nos casos de sonambulismo, hipnose e outros estados de inconsciência. O mesmo ocorrerá nos casos de coação física absoluta (irresistível), quando o ato não será do coato, mas de quem dele se serviu como instrumento (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 38-44).

Acerca do elemento conduta, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 78-80) explicam que:

O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.
[...] o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer. Já a omissão, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida, a qual, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada provém. Entretanto, pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 38-39).

Ante o exposto, depreende-se que a conduta humana deve ser envolta de ilicitude, entendida como um comportamento voluntário que viola determinado dever (VENOSA, 2003, p. 22). Entretanto, no tocante a culpa e o dolo do agente, estando aquela referida na menção à negligência e imprudência e este contido na expressão ação ou omissão voluntária, Gonçalves (2013, p. 320-322) afirma que:

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba a afirmação de que ele podia e devia ter agido de outro modo. Se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa *lato sensu* (dolo). Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor do dano, diz-se que houve culpa *stricto sensu* (grifo do autor).

Culpa *lato sensu* indica o elemento subjetivo da conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento, a questão mais relevante da responsabilidade subjetiva. E assim é porque a realização externa de um fato contrário ao dever jurídico deve corresponder a um ato interno de vontade que faça do agente a causa moral do resultado. Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um estado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente da falta de cuidado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 44-46).

Já a culpa em sentido estrito, nas palavras de Gonçalves (2013, p. 321), é

caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter percebido seu ato nem medido as suas consequências.

A responsabilidade é necessariamente uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. Em qualquer atividade o homem deve observar a necessária cautela para que sua conduta não venha a causar danos a terceiros. A inobservância desse dever geral de cautela ou dever de cuidado, imposto genericamente no art. 186 do Código Civil, configura a culpa *stricto sensu* ou aquiliana. O ponto de partida da culpa, portanto, a sua *ratio essendi*, é a violação de uma norma de conduta por falta de cuidado (GONÇALVES, 2013, p. 322). Dessa forma, nas palavras de Cavalieri Filho (2014, p. 50):

Por tudo que foi dito, pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível. [...]. Extraem-se desse conceito os

seguintes elementos para a culpa: a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

Quanto ao primeiro elemento, explica Cavalieri Filho (2014, p. 50-51): “na culpa não há intenção, mas há vontade; não há conduta intencional, mas tencional. A vontade não se dirige a um fim determinado, como no dolo, mas se dirige à conduta. A conduta é voluntária; involuntário é o resultado.”

Relativamente ao segundo elemento, previsão ou previsibilidade, só se pode, com efeito, cogitar de culpa quando o evento é previsível. Se, ao contrário, é imprevisível, não há cogitar de culpa. Embora involuntário, o resultado poderá ser previsto pelo agente. Não o sendo, terá de, pelo menos, ser *previsível*. Esse o limite mínimo da culpa – a previsibilidade, entendendo-se como tal a possibilidade de previsão. Embora não previsto, não antevisto, não representado mentalmente, o resultado poderia ter sido previsto e, conseqüentemente, evitado (GONÇALVES, 2013, p. 323).

No que se refere à falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção, Cavalieri Filho (2014, p. 52) explica que esta

[...] exterioriza-se através da imprudência, da negligência e da imperícia. [...] A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. [...] Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. [...] O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que provoca acidente por falta de habilitação. O erro médico grosseiro também exemplifica a imperícia.

Passa-se, a seguir, a análise do segundo elemento básico da responsabilidade civil, o nexos causal entre o fato ilícito e o dano produzido, a relação causal que interliga a conduta com o dano, com o objetivo de delimitar quem efetivamente praticou o ato, imputando-lhe o dever de indenizar.

O nexos causal liga o dano à ação do ofensor, e sem ele não há a configuração da responsabilidade civil, pois a causalidade é elemento obrigatório para ensejo de responsabilização e deverá ser provada. Nas palavras de Gonçalves (2014, p. 54):

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expresso no verbo “causar”, utilizado no artigo 186. Sem ela, não existe a

obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

Já Venosa (2003, p. 39) define nexos de causalidade, afirmando que:

O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Na visão de Cavalieri Filho (2014, p. 61-62), o nexo causal tem por função estabelecer medida para a obrigação de indenizar. Só se indeniza o dano que é consequência do ato ilícito. As perdas e danos não se estendem ao que está fora da relação de causalidade. Antes de decidir se o agente agiu ou não com culpa, há necessidade de se apurar se ele deu causa ao resultado. O Código Penal, que tem norma expressa sobre o nexo causal (art. 13), é muito claro ao dizer: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.” (BRASIL, 1940). Vale dizer, ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano.

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 62).

E por fim, como elemento necessário para caracterização da responsabilidade civil, está o dano, tendo em vista que não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescritível a prova real e concreta dessa lesão. Para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica (DINIZ, 2010, p. 61).

Cavalieri Filho (2014, p. 93) considera o dano como o grande vilão da responsabilidade civil, conceituando-o como sendo:

[...] a lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, o dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Nesse sentido também, o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 88), os quais conceituam o dano como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator, sendo que a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), a exemplo daqueles representados pelos direitos da personalidade, especialmente o dano moral.

O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. A obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. Em suma, sem dano não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 92).

Em regra, todos os danos devem ser ressarcíveis, eis que, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao *status quo ante*, sempre se poderá fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação. Todavia, para que o dano seja efetivamente reparável/indenizável, faz-se necessária a presença de alguns requisitos mínimos.

Na concepção de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 90-91) tais requisitos seriam: a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica — obviamente, todo dano pressupõe a agressão a um bem tutelado, de natureza material ou não, pertencente a um sujeito de direito; b) certeza do dano — somente o dano certo, efetivo, é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético. Mesmo em se tratando de bens ou direitos personalíssimos, o fato de não se poder apresentar um critério preciso para a sua mensuração econômica não significa que o dano não seja certo; e a c) subsistência do dano — o dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante.

Entretanto, no campo dos danos, é possível fazer a distinção de duas categorias, a categoria dos danos patrimoniais (ou materiais) e a categoria dos danos extrapatrimoniais (ou morais), os quais serão analisados a seguir.

Conforme expõe Gonçalves (2013, p. 364) dano patrimonial ou material é: “o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido”. Assim como exposto por Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 92): “O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular.”

O dano patrimonial atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, abrange não só as coisas corpóreas, mas também as incorpóreas, como os direitos de crédito. Ele é suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente, pelo menos indiretamente, por meio de equivalente ou indenização pecuniária. O dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como também o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, mas também impedir o seu crescimento, por isso o dano material subdivide-se em dano emergente e lucro cessante (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 93-94).

Conforme explica Gonçalves (2013, p. 368-369):

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. *Lucro cessante* é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado. Há casos em que a indenização já vem estimada no contrato, como acontece quando se pactua a cláusula penal compensatória. [...] Como diretriz, o Código usa a expressão *razoavelmente*, ou seja, o que a vítima “*razoavelmente deixou de lucrar*” [...]. (grifo do autor).

No tocante ao dano moral, este trata-se de prejuízo ou lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem pode ser comercialmente convertido a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, quais sejam, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 95).

Conforme o entendimento de Gonçalves (2013, p. 384):

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, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III e 5º, V e X da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Quanto à reparabilidade do dano moral, seu ressarcimento não tende a restaurar a condição original do dano causado, tendo mais uma função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 109).

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 135-136):

Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, em sua honra, nome profissional e família, não está definitivamente pedindo o chamado *pretio doloris*, mas apenas que se lhe propicie uma forma de atenuar, de modo razoável, as consequências do prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que pretende a punição do lesante.

Dessa forma, resta claro que a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como consequência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma “pena civil”, e sim por meio de uma compensação material ao lesado, sem prejuízo, obviamente, das outras funções acessórias da reparação civil. (grifo do autor).

No tocante à configuração do dano moral, não se incluem em sua esfera certas situações que, embora desagradáveis, mostram-se necessárias ao desempenho de determinadas atividades, como, por exemplo, o exame de malas e bagagens de passageiros na alfândega. Somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado. Relativamente ao tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que incômodos ou dissabores limitados à indignação da pessoa e sem qualquer repercussão no mundo exterior não configuram dano moral (GONÇALVES, 2013, p. 386).

No mesmo sentido expõe Cavalieri Filho (2014, p. 111-112), o qual afirma que só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, pois, além de fazer parte da

normalidade do nosso dia a dia, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não for entendido, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Finalizados os apontamentos acerca das duas categorias em que se subdividem os danos, patrimoniais (materiais) e extrapatrimoniais (morais), procede-se ao exame das espécies de responsabilidade civil.

1.3 Classificação da responsabilidade civil

A responsabilidade civil subdivide-se em responsabilidade civil contratual e extracontratual, e reponsabilidade civil subjetiva e objetiva, sendo as primeiras analisadas a seguir, passando-se, posteriormente, à análise das últimas.

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual. Se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistia qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual. Nas duas formas há a violação de um dever jurídico preexistente, a distinção está na sede desse dever, pois quando o dever jurídico violado estiver previsto no contrato, haverá responsabilidade contratual, no entanto, haverá responsabilidade extracontratual se o dever jurídico não estiver disposto em contrato, mas sim na lei ou ordem jurídica (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 30-31).

A responsabilidade contratual resulta, portanto, de ilícito contratual, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. Baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da convenção prejudicial à outra parte. Já a responsabilidade extracontratual resulta da inobservância da lei, é a lesão a um direito sem que entre o ofensor e o ofendido preexistia qualquer relação jurídica. O lesante terá o dever de reparar o dano que causou à vítima com o descumprimento de preceito legal ou a violação de dever geral de abstenção, ou seja, com a infração à obrigação negativa de não prejudicar ninguém (DINIZ, 2018, p. 151-152).

Entretanto, as soluções para os dois aspectos são idênticas, ambos possuindo as mesmas condições para configuração: dano, ato ilícito e a causalidade. Dessa forma, expõe Coelho (2012, p. 513):

[...] se o consumidor vitimado por acidente de consumo demandar o ressarcimento contra o fornecedor terá o mesmo direito, seja sustentando o pleito na relação extracontratual, seja na contratual — quadro que se repete nas demais hipóteses da chamada responsabilidade civil contratual. Como a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual não tem relevância prática — já que a indenização devida será igual, haja ou não entre credor e devedor da obrigação de indenizar (como prestação) uma relação negocial —, trata-se, a rigor, apenas de definir o lugar mais adequado, na tecnologia jurídica, para a exposição da matéria.

A responsabilidade civil é, ainda, classificada em responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. A responsabilidade civil subjetiva é também chamada de “teoria da culpa”, pois possui a culpa como requisito fundamental para a configuração da responsabilização civil. Já no que se refere à responsabilidade civil objetiva, não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independente de culpa.

Conforme exposto por Bruno Miragem (2015, p. 101-107), diz-se reponsabilidade subjetiva as hipóteses em que a imputação da sanção ao agente depende da identificação em sua conduta concreta que dá causa ao resultado antijurídico, de culpa ou dolo. Nesse caso, fala-se em culpa em sentido amplo (*lato sensu*), tanto quando se estiver à frente da situação na qual o dano decorre de negligência ou imprudência, quanto nas situações em que o dolo seja identificado. Quanto à responsabilidade objetiva, a obrigação de indenizar se constitui independentemente da demonstração de culpa do agente. Justifica-se pela impossibilidade prática, ou mesmo a inutilidade da investigação acerca da presença de culpa como critério para definir a responsabilidade do agente.

Nessa perspectiva, aduz Gonçalves (2013, p. 48):

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

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a

responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade.

No que se refere à responsabilidade subjetiva, a noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 59).

Já no que diz respeito à responsabilidade civil objetiva, Cavalieri Filho (2014, p. 181) afirma que:

Provados o dano e o nexo causal, ônus da vítima, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar alguma das causas de exclusão do nexo causal. Não cabe, aqui, qualquer discussão em torno da culpa.

Na responsabilidade civil objetiva, o pressuposto subjetivo é irrelevante. Se o sujeito a quem se imputa a obrigação foi negligente, imprudente, imperito ou teve a intenção de causar danos é por tudo irrelevante, tal questão não é discutida. Sua responsabilidade existirá e terá a mesma extensão em qualquer hipótese (COELHO, 2012, p. 517).

Conforme já explanado, a responsabilidade subjetiva fundamenta-se na teoria da culpa, dessa forma, na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas conceberam a *teoria do risco*, a qual pode ser resumida da seguinte forma: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter agido ou não com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável. Na responsabilidade objetiva é irrelevante o nexo psicológico entre o fato ou atividade e a vontade de quem a pratica.(CAVALIERI FILHO, 2014, p. 181).

A justificativa da responsabilidade objetiva apresentada pela teoria do risco, dessa forma, no dizer de Gonçalves (2013, p. 49), refere que:

[...] toda pessoa que exercer alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em

benefício do responsável [...]; ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

O Código Civil de 2002 previu diversas hipóteses de responsabilidade objetiva, estando a principal delas presente no art. 927, parágrafo único, a qual dispõe: “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). Trata-se de cláusula geral de responsabilidade objetiva.

Entretanto, ainda que o Código Civil brasileiro regule um grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se como regra à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art. 186¹, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos (GONÇALVES, 2013, p. 49-50).

No entanto, atualmente verifica-se que a teoria subjetiva reduziu sua importância ao ser convalidada, nos ordenamentos jurídicos modernos, a possibilidade de se adotar a teoria objetiva, a qual eximiu o pressuposto culpa como fundamento para a configuração da responsabilidade civil.

De todo o exposto, depreende-se que a disposição de lei do artigo 927 do Código Civil de 2002 faz com que o ordenamento jurídico brasileiro observe, com fundamento em duas cláusulas gerais, a distinção entre dois regimes de responsabilidade: um subjetivo – fundado no artigo 186 cumulado com o artigo 927, *caput*, ambos do Código Civil -, o qual exige a culpa para a imputação da obrigação de indenizar; outro objetivo – com base no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil -, em que se dispensa a demonstração de culpa, fundando-se no risco da atividade a obrigação de indenizar.

Verificado de quais formas a responsabilidade civil pode ser classificada, bem como examinadas tais espécies, faz-se necessário analisar, por fim, quais as funções atribuídas à responsabilidade civil.

¹ 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.

1.4 Funções da responsabilidade civil

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado. O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. A perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado ou o dano moral que geram a reação legal (DINIZ, 2018, p. 21).

Conforme exposto por Cavalieri Filho (2014, p. 26):

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer reolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano.

Quanto à indenização por danos ao patrimônio, esta tem por objetivo a recomposição das perdas econômicas da vítima em razão da lesão, aí compreendidos tanto a diminuição do patrimônio que tenha por causa necessária a ocorrência da lesão, quanto as vantagens ou utilidades que, embora não integrassem no momento da lesão o patrimônio da vítima, a estes provavelmente se integrariam, em face do curso normal dos acontecimentos e das providências e cuidados ordinários de sua parte. Dessa forma, tem conteúdo eminentemente econômico e, nesses termos, deve considerar a tarefa de recompor o estado do patrimônio da vítima no momento anterior à ocorrência do dano (MIRAGEM, 2015, p. 370).

Nesse sentido o entendimento de Gonçalves (2013, p. 402), o qual menciona que o dano material ou patrimonial tem natureza sancionatória indireta, com o objetivo de

[...] desestimular o ofensor à repetição do ato, sabendo que terá de responder pelos prejuízos que causar a terceiros. O caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio do lesado.

Nessa perspectiva, verifica-se a existência do princípio da reparação integral como uma das funções da responsabilidade civil, o qual tem sido o principal objetivo de todos os sistemas jurídicos para se chegar à mais completa reparação dos danos sofridos pela vítima, sendo perseguido insistentemente por se ligar diretamente à própria função da responsabilidade civil. Tal princípio possui três funções: a plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima o evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento ilícito injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora) (CAVALIERI, 2014, p. 27-28).

Entretanto, acrescenta Miragem (2015, p. 371) ainda, que os danos patrimoniais, para que sejam objeto de indenização devem ser provados, demonstrando-se cabalmente sua existência e extensão, sendo que

[...] no caso dos danos emergentes, caracteriza-se pela contabilização da perda econômica sofrida pelo patrimônio da vítima e o custo de sua recomposição. No caso dos lucros cessantes, embora não haja prova cabal de sua existência – na medida em que se trata da frustração de vantagem futura que a vítima poderia razoavelmente esperar-, necessário é demonstrarem-se as causas da expectativa de ganho futuro e de sua estimativa.

Verifica-se, ainda, as funções da responsabilidade civil quanto à indenização por danos extrapatrimoniais (morais), a qual tem duplo caráter: compensatória para a vítima e punitiva para o ofensor: a) punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória/compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não tem preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada (GONÇALVES, 2013, p. 402).

Já do ponto de vista de Miragem (2015, p. 380-386), a indenização por danos extrapatrimoniais cumpre duas funções essenciais: a) dissuasória, pela qual a indenização

deve atender a finalidade de desestimular o comportamento ofensivo que resultou no dano, em relação tanto ao próprio agente como à sociedade em geral, correspondendo a respectiva sanção da lesão a direito. Tal função é comum à reponsabilidade civil em geral, de modo que, quanto maior a intensidade da indenização, ela passa a atuar com função de regulação da conduta dos indivíduos; e b) compensatória, possibilitando que a prestação pecuniária exigível do responsável pelo dano tenha o caráter de compensar uma perda, cujas consequências não serão possíveis de serem eliminadas, permitindo à vítima usufruir de certo conforto ou situação agradável, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio do devedor. Há uma resposta do direito para a violação da personalidade e os danos dela decorrentes para a vítima, e isso, por si, serve de compensação para a vítima.

Não se trata, portanto, “de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido.” (GONÇALVES, 2013, p. 402).

Depreende-se, dessa forma, conforme exposto por Diniz (2018, p. 23-24) que:

A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim à necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo. Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o *statu quo ante* (grifo do autor).

Destarte, no que se refere às funções da indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, verifica-se que, no dano patrimonial, a finalidade é a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso, operando-se o ressarcimento do dano, já no dano moral a sanção não se resolve numa indenização propriamente dita, pois esta significa eliminação do prejuízo e de suas consequências, o que não é possível neste caso. Sua reparação se faz através de uma compensação, não de um ressarcimento, impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de quantia de dinheiro ao ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa (GONÇALVES, 2013, p. 403-404).

Ante todo o exposto, a responsabilidade civil diz respeito à reparação de um dano acarretado por alguma conduta (ação ou omissão) humana. Destarte, faz-se necessário reconhecer como esse instituto é empregado nas relações familiares e, especialmente, esclarecer se é possível sua incidência judicialmente em casos de abandono afetivo.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO PATERNO - FILIAL

Analisado o instituto da responsabilidade civil, o qual busca determinar em que circunstâncias uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra, a fim de verificar de que forma tal instituto pode ser empregado nas relações familiares, faz-se necessário examinar os aspectos da relação paterno-filial, bem como verificar a evolução histórica tanto do conceito, como da estrutura da família.

Posteriormente, faz-se mister analisar o instituto do abandono afetivo e verificar se tal abandono seria considerado uma ofensa à um bem jurídico ou moral, bem como da possibilidade de intervenção judicial no tocante ao assunto. Por fim, imprescindível aferir as posições jurisprudenciais relativas ao tema, a fim de se examinar se tal instituto é passível de indenização pecuniária ou não.

2.1 Evolução histórica do conceito de família

A depender da acepção de expressão, os primeiros grupamentos humanos podem ser considerados núcleos familiares, na medida em que a reunião de pessoas com a finalidade de formação de uma coletividade de proteção recíproca, produção e/ou reprodução, já permitia o desenvolvimento do afeto e da busca da plenitude existencial. Entretanto, reconhece-se que, na Antiguidade, os grupamentos familiares eram formados, não com base na afetividade, mas sim na instintiva luta pela sobrevivência (independentemente de isso gerar, ou não, uma relação de afeto) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 55-58).

Antigamente, no direito romano, o pai detinha o controle total sobre toda sua família, possuía, inclusive, o poder de condenar a morte o membro de sua família que praticasse algum ato por ele julgado como incorreto. Em tais épocas, falar sobre responsabilidade civil no âmbito familiar era algo impossível de se imaginar. Como descrito por Gonçalves (2012, p. 31):

O pater exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com manus com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz.

A palavra família não pode ser aplicada, em princípio, nos romanos antigos, ao casal e aos filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* queria dizer escravo e família era o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social cujo chefe tinha sob suas ordens a mulher, os filhos e certo número de escravos, submetidos ao poder paterno romano, com direito de vida e morte sobre todos eles. Essa família seria baseada no domínio do homem, com expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, inclusive para fins de sucessão. Foi a primeira forma de família fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, resultando no triunfo da propriedade individual sobre a compropriedade espontânea primitiva (LÔBO, 2011, p. 24).

Conforme exposto por Venosa (2017, p. 3):

No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.

Todavia, com a decadência do Império Romano e o crescimento do Cristianismo, houve uma gradativa alteração do significado da família. Se a família pagã romana era uma unidade com multiplicidade funcional, a família cristã se consolidou na herança de um modelo patriarcal concebida como célula básica da Igreja (que se confundia com o Estado) e, por consequência, da sociedade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 59). No mesmo sentido refere Gonçalves (2019, p. 31):

Com o Imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos [...].

Entretanto, com o decorrer dos anos, conforme narra Maria Berenice Dias (2015, p. 30):

Esse quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. A estrutura da família se alterou, tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços

menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor.

Com a industrialização, a família perde sua característica de unidade de produção. Perdendo seu papel econômico, sua função relevante transfere-se ao âmbito espiritual, fazendo-se da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros (VENOSA, 2017, p. 4). A família, assim, passou a ser vista como um lugar para a realização pessoal.

No que se refere ao Código Civil de 1916, verifica-se que o mesmo:

regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. [...] trazia estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações, as referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação do casamento. (DIAS, M., 2015, p. 32).

Porém, com a Constituição Federal de 1988 e a confirmação do princípio da dignidade da pessoa como princípio constitucional, vieram à tona direitos a todos, a igualdade entre homens e mulheres e entre os filhos, sejam eles advindos do casamento ou não, e até mesmo os de adoção, e acabou reconhecendo a união estável como entidade familiar, bem como as leis infraconstitucionais foram editadas traçando novos rumos para o direito de família. Como aponta Venosa (2009, p. 7):

A Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, §7º) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do *respeito à dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes etc.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu de maneira expressa em seu texto do artigo 226, *caput*, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (BRASIL, 1988). Dessa forma, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se

concretizam a despeito da lei. A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988 (LÔBO, 2011, p. 17).

Conforme explicitado por Dias (2015, p. 32), a Constituição Federal de 1988:

[...] espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. [...] após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família.

Conforme Lôbo (2011, p. 24-25), o Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao direito de família, desprezando-se o móvel da *affectio*, inclusive no Título I destinado ao “direito pessoal”. Entretanto, a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto — a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.

Ante tal panorama, verifica-se que “a noção atual de família nas civilizações ocidentais afasta-se cada vez mais da ideia de poder e coloca em supremacia a vontade de seus membros, igualando-se em direitos familiares.” (VENOSA, 2006, p. 2). Nesse sentido, “a partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela” (PEREIRA, 2002, p. 226).

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções feneceram, desapareceram ou desempenharam papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade

precípua. Reinventando-se socialmente, a família reencontrou sua unidade na *affectio*, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade (LÔBO, 2011, p. 20).

Conforme Venosa (2017, p. 3):

Entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos. Neste século XXI, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante daquela regulada pelo Código Civil de 1916 e das civilizações do passado.

Verifica-se que o legislador constituinte procedeu ao alargamento do conceito de família e emprestou juridicidade ao relacionamento fora do casamento. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar as relações monoparentais: um pai com os seus filhos. Agora, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa (DIAS, M., 2015, p. 36).

Entretanto, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 47) não é possível apresentar um conceito único e absoluto de família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vincula as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias. Já na visão de Venosa (2017, p. 2):

[...] importa considerar a família em *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins [...]. Em *conceito restrito*, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

Contudo, conforme Dias (2015, p. 132):

A lei nunca se preocupou em definir a família. Limitava-se a identificá-la com o casamento. Esta omissão que excluía do âmbito jurídico todo e qualquer vínculo de origem afetiva, teve um resultado desastroso, pois levou a justiça a condenar à invisibilidade e a negar direitos a quem vivia aos pares, mas sem a chancela estatal. Agora - e pela primeira vez - a lei define a família atendendo a seu perfil contemporâneo. **A Lei Maria da Penha (L 11.340/06) [...] identifica como família qualquer relação íntima de afeto (LMP 5.º III).** [...] E não se diga que este conceito serve tão só para definir a violência como doméstica. Ainda que este seja o seu objetivo, acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência (grifo nosso).

Dessa forma, depreende-se que a família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados. Contudo, atualmente, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista (LÔBO, 2011, p. 27).

Por conseguinte, nota-se que, conforme explicitado por Dias (2015, p. 30), como a lei vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito.

Examinados os aspectos da relação paterno-filial, bem como verificada a evolução histórica tanto do conceito como da estrutura da família, passa-se a analisar a consideração do abandono afetivo como bem jurídico ou bem moral.

2.2 Abandono afetivo: ofensa a bem jurídico ou moral

Tendo em vista a finalidade da presente pesquisa em verificar a possibilidade ou impossibilidade de responsabilização dos genitores pelo abandono afetivo, a mesma deve obrigatoriamente perpassar pela compreensão de ofensa a bem jurídico, bem como pela

distinção entre bens jurídicos e bens morais, a fim de que se investigue quais as ofensas que poderão gerar a obrigação de compensação. Nesse sentido se procederá a análise a seguir.

Segundo Gonçalves (2013, p. 20), “a reponsabilidade pode resultar da violação tanto de normas morais como jurídicas, separada ou concomitantemente. Tudo depende do fato que configura a infração, que pode ser, muitas vezes, proibido pela lei moral ou religiosa ou pelo direito”. Ainda, conforme entendimento do autor:

[...] as ações humanas interessam ao direito, mas nem sempre. Quando são impostas ou proibidas, encontram sanção no ordenamento jurídico. São as normas jurídicas, são os princípios de direito. Quando se cumprem ou se descumprem sem que este interfira, vão buscar sanção no foro íntimo, no foro da consciência, até onde não chega a força cogente do Estado. É, porém, certo que o *princípio moral* envolve a norma jurídica, podendo-se dizer que, geralmente, a ação juridicamente condenável o é também pela moral. Mas a coincidência não é absoluta. (GONÇALVES, 2016, p. 21).

No que se refere à responsabilidade moral e jurídica, Diniz (2018, p. 39) menciona que:

O domínio da moral é mais extenso do que o do direito, de sorte que este não abrange muitos problemas subordinados àquele, pois não haverá responsabilidade jurídica se a violação de um dever não acarretar dano. A responsabilidade jurídica apresenta-se, portanto, quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social, que essa norma visa manter. Assim sendo, se houver prejuízo a um indivíduo, à coletividade, ou a ambos, turbando a ordem social, a sociedade reagirá contra esses fatos, obrigando o lesante a recompor o *statu quo ante*, a pagar uma indenização ou a cumprir pena, com o intuito de impedir que ele volte a acarretar o desequilíbrio social e de evitar que outras pessoas o imitem (grifo do autor).

A distinção entre direito e moral não implica na adoção de qualquer concepção que importe no reconhecimento da separação estanque entre os dois aludidos âmbitos de regulação de conduta humana. A relação entre direito e moral, além de íntima, tem-se tornado cada vez mais intensa e, também, complexa, pois os problemas atinentes aos valores morais acabam repercutindo no âmbito jurídico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 57).

Segundo Hans Kelsen (1999, p. 44), o que distingue o Direito e a Moral não se encontra naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proibem, mas em como elas prescrevem ou proibem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta

oposta um ato de coerção socialmente organizado. Já as sanções morais apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, sendo, portanto, inaplicável o emprego da força física.

No âmbito da família, pode-se dizer que sua evolução expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo. O afeto é um fato social e psicológico. Talvez por essa razão, e pela larga formação normativista dos profissionais do direito no Brasil, houvesse tanta resistência em considerá-lo a partir da perspectiva jurídica. Mas não é o afeto, enquanto fato anímico ou social, que interessa ao direito. O que interessa, como seu objeto próprio de conhecimento, são as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecer a incidência de normas jurídicas (LÔBO, 2011, p. 29).

Conforme Dias (2015, p. 53):

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.

O abandono afetivo nada mais é que a ausência de afeto entre pais e filhos. No entanto, essa ausência de dar o afeto é caracterizada como uma conduta omissiva dos pais em relação ao cumprimento dos deveres que lhe são incumbidos decorrentes do poder familiar, que são de prestar assistência moral, psicológica, afetiva e de orientação aos filhos.

A responsabilização em decorrência do abandono é algo extremamente delicado de ser discutido, uma vez que envolve a intervenção do Estado no âmbito familiar, além de serem levados em consideração a intimidade e a vida privada, bens especialmente protegidos pela CRFB/88.

Um dos primeiros juristas a tratar do assunto foi o talentoso Rodrigo da Cunha Pereira (2010 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 748) o qual, analisando o primeiro caso relativo ao abandono afetivo a chegar em uma Corte Superior brasileira, qual seja, o recurso especial nº 757.411-MG de 2005 (BRASIL, 2005), no qual o autor da ação sustentou que desde o divórcio de seus pais, época do nascimento da filha de seu genitor com a segunda

esposa, por este foi descuidado o dever de lhe prestar assistência psíquica e moral, evitando-lhe o contato, apesar de cumprir a obrigação alimentar, referiu que:

Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta.

Segundo Dias (2015, p. 465-466):

A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo.

No tocante ao afeto, esse não é um sentimento implícito no texto da Constituição, mas é explícito no princípio ponderoso do Ordenamento Jurídico, a Dignidade da Pessoa Humana. Ainda, de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Concomitantemente, o artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) preceitua que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (BRASIL, 1990). Dessa forma, verifica-se, conforme exposto por Dias (2015, p. 96-97) que:

A Constituição (227) e o ECA acolhem a doutrina da proteção integral. De modo expresso, crianças e adolescentes devem ser colocados a salvo de toda forma de negligência. Transformaram-se em sujeitos de direito e foram contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas. Mas direitos de uns significam obrigações de outros. Por isso a Constituição enumera quem são os responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado. Ao regulamentar a norma constitucional, o ECA identifica como direito fundamental de crianças e adolescentes o seu desenvolvimento sadio e harmonioso (ECA 7º).

Igualmente lhes garante o direito a serem criados e educados no seio de sua família (ECA 19).

Ainda, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, internalizada no direito brasileiro, com força de lei em 1990, preconiza a proteção especial da criança mediante o princípio do melhor interesse, em suas dimensões pessoais. Para cumprir o princípio do melhor interesse, a criança deve ser posta no centro das relações familiares, devendo ser considerada segundo o “espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade”. As crianças são agora definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direitos; “já não se trata de ‘menores’, incapazes, pessoas incompletas, mas de pessoas cuja única particularidade é a de estarem crescendo”. Tais valores não são compatíveis com razões predominantemente patrimoniais (LÔBO, 2011, p. 26-27).

O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos racionais e realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos (políticas públicas) que contribuam para as aspirações e felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo. (DIAS, M., 2015, p. 52).

Ainda segundo a autora, verifica-se que o abandono afetivo pode gerar obrigação indenizatória, conforme enunciado do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): “Enunciado 8 do IBDFAM: O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”. A reparabilidade do dano encontra respaldo legal (CC 952 parágrafo único²), uma vez que atinge o sentimento de estima frente determinado bem (DIAS, M., 2015, p. 98).

Entretanto, no tocante ao assunto, há autores que referem que para a configuração da responsabilidade civil não seria necessária a tipicidade do ilícito, mas apenas a violação de dever de não causar danos. Nesse sentido leciona o autor Miragem (2015, p. 125):

Para efeitos de responsabilidade civil – diferente do que ocorre no direito penal – não se exigirá a tipicidade do ilícito, mas tão somente a violação de dever de não causar danos, que também poderá somar-se a deveres específicos de proteção ou de prevenção, os quais, uma vez que ocorra o dano, percebem-se como violados.

² Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Ante o exposto, depreende-se que o conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano acabou por escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida (DIAS, M., 2015, p. 97).

Sobre o tema, Gonçalves (2013, p. 426) expõe que:

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

O abandono parental deve ser entendido como uma lesão extrapatrimonial a um interesse jurídico tutelado, causada por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder familiar, o que configura um ilícito, sendo, portanto, fato gerador de obrigação indenizatória para as funções parentais (PEREIRA, 2012, p. 11).

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 749):

Os partidários da tese defendem a ideia de uma paternidade/maternidade responsável, em que a negativa de afeto, gerando diversas sequelas psicológicas, caracterizaria um ato contrário ao ordenamento jurídico e, por isso, sancionável no campo da responsabilidade civil.

Portanto, da análise das explicações mencionadas, conclui-se que o abandono afetivo nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas. Por isso, seria possível considerar a possibilidade da responsabilidade civil, para quem descumpre o múnus inerente ao poder familiar. Afinal, se uma criança veio ao mundo — desejada ou não, planejada ou não — os

pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda (LÔBO, 2011, p. 312).

2.3 Do abandono afetivo e da intervenção judicial

Analisado se o abandono afetivo seria um instituto que ofende um bem jurídico ou moral, bem como examinada a distinção entre esses, é de fundamental importância, ainda, a verificação da possibilidade de intervenção judicial na esfera familiar nas hipóteses de abandono afetivo.

Conforme anteriormente mencionado, o art. 226, *caput* da Constituição Federal de 1988 estabelece que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (BRASIL, 1988). Quanto a tal disposição, no entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 48):

Tal previsão, *de per se*, já justificaria a necessidade imperiosa – e obrigação constitucional – de os governos, em suas três esferas – federal, estadual e municipal -, cuidarem de, prioritariamente, estabelecer, como metas inafastáveis, sérias políticas públicas de apoio aos membros da família, especialmente a criança, o adolescente e o idoso.

Já na visão de Lôbo (2011, p. 35), tendo em vista que a Constituição de 1988 proclama que a família é a base da sociedade:

Aí reside a principal limitação ao Estado. A família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado. Há situações, entretanto, que são subtraídas da decisão exclusiva da família, quando entra em jogo o interesse social ou público. Nesses casos, o aumento das funções do Estado é imprescindível. Como exemplos, têm-se: [...] e) **é de interesse social que se assegure a ajuda recíproca entre pais e filhos e idosos e que o abandono familiar seja punido** [...] (grifo nosso).

Entretanto, segundo entendimento de Dias (2015, p. 31) é necessário que haja uma limitação da intervenção do direito na organização familiar para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do "ser" sujeito. Ainda que tenha o Estado interesse na preservação da família, cabe indagar se dispõe de legitimidade para invadir o campo de privacidade e intimidade das pessoas. É necessário redesenhar o seu papel, devendo ser redimensionado, a fim de implementar participação minimizante de sua faceta interventora no seio familiar.

Do ponto de vista de Venosa (2017, p. 12):

Não pode também o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como sua célula *mater*, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. Daí porque a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar os direitos básicos de autonomia. Essa intervenção deve ser sempre protetora, nunca invasiva da vida privada.

Dessa forma, observa-se “uma intervenção crescente do Estado no campo do direito de família, visando conceder-lhe maior proteção e propiciar melhores condições de vida às gerações novas.” (GONÇALVES, 2019, p. 27).

No dizer de Lôbo (2011, p. 34), o Estado social caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas, tendo por fito a proteção dos mais fracos, sendo que tal intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução dos poderes domésticos, da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana. No Brasil, a família é destinatária de normas crescentemente tutelares, que assegurem a liberdade e a igualdade materiais, referindo ainda que, se for verdade que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta, a Constituição do Estado social de 1988 foi a que mais interveio nas relações familiares e a que mais as libertou.

De acordo com Dias (2015, p. 133):

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito das famílias. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, **ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado** (grifo nosso).

Quanto à intervenção judicial no âmbito da família em decorrência do abandono afetivo, o ilícito, fato gerador da indenização e pelo qual se justificaria a intervenção estatal, está no descumprimento do exercício do poder familiar (art. 1634 CC³) que gera um dano aos

³ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por

direitos de personalidade da criança. É pacífico que qualquer pessoa, qualquer criança para estruturar-se como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. Isto não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança (PEREIRA, 2008).

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão dos pais em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento dos pais com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor (DIAS, M., 2015, p. 97-98).

No mesmo sentido o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 757), os quais referem que “Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida”, mas

é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 757).

Do mesmo modo afirma Dias (2015, p. 542):

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.

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo suscetível de ser indenizado. A negligência justifica, inclusive, a perda do poder familiar, por configurar abandono (CC 1.638 II). Porém, esta penalização não basta. A decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono.

Do ponto de vista de Rodrigo da Cunha Pereira (2008), não se pode coagir um pai ou uma mãe a amar seu filho, pois, afinal, o amor não tem preço e não há como obrigar alguém a amar outrem, no entanto, à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente. Afinal, eles são os responsáveis pelos filhos e isto constitui um dever dos pais e um direito dos filhos. O descumprimento dessas obrigações significa violação ao direito do filho. A indenização estaria então monetarizando o afeto? De maneira alguma. O valor da indenização é simbólico e tem apenas uma função punitiva. Mais que isso: uma função educativa. Afinal, não há dinheiro no mundo que pague o dano e a violação dos deveres morais à formação da personalidade de um filho rejeitado pelo pai.

Relativamente ao assunto, menciona Dias (2015, p. 543) que:

Claro que o relacionamento mantido sob pena de prejuízo financeiro não é a forma mais satisfatória de estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coativamente essa obrigação.

Ante todo o exposto, conclui-se que o abandono parental deve ser entendido como uma lesão extrapatrimonial a um interesse jurídico tutelado, causada por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder familiar (CC 1.634), o que configura um ilícito, sendo, portanto, fato gerador de obrigação indenizatória para as funções parentais (PEREIRA, 2012).

Examinada a intervenção judicial quanto ao abandono afetivo, é necessário refletir sobre as consequências jurídicas dos abalos psicológicos decorrentes do abandono afetivo, questionando-se se este dano moral é passível de indenização pecuniária ou não.

2.4 - Posição dos tribunais acerca da condenação dos pais ao pagamento de compensação por dano moral decorrente de abandono afetivo

No tocante à responsabilização civil dos pais em virtude do abandono afetivo em relação aos filhos, os tribunais divergem em suas posições. Da análise dos julgados, verifica-se que algumas decisões têm acolhido a pretensão de filhos que se dizem abandonados ou rejeitados pelos pais, sofrendo transtornos psíquicos em razão da falta de carinho e de afeto na infância e juventude, entretanto, a questão é extremamente polêmica, dividindo opiniões (GONÇALVES, 2013, p. 426).

Conforme exposto por Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 749), quanto a discussão se o afeto se constituiria em um dever jurídico, de forma que a negativa injustificada e desarrazoada caracterizaria um ato ilícito:

Os partidários da tese defendem a ideia de uma paternidade/maternidade responsável, em que a negativa de afeto, gerando diversas sequelas psicológicas, caracterizaria um ato contrário ao ordenamento jurídico e, por isso, sancionável no campo da responsabilidade civil. Já aqueles que se contrapõem à tese sustentam, em síntese, que a sua adoção importaria em uma indevida *monetização do afeto*, com o desvirtuamento de sua essência, bem como a impossibilidade de se aferir quantidade e qualidade do amor dedicado por alguém a outrem, que deve ser sempre algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal.

Dessa forma, passando-se à análise de alguns julgados, em uma das primeiras ações judiciais em que se reconheceu a indenização por abandono filial, “no caso que é considerado um *leading case* [decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam, que cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros] no Brasil.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 749) o juiz de primeiro grau rejeitou o pedido, entretanto, a tese da possibilidade jurídica prevaleceu no Tribunal de Alçada de Minas Gerais, o qual condenou um pai a pagar indenização no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), a título de danos morais ao filho, por não ter com ele convivido, entendendo configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade. A ementa está assim redigida:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNOFILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser

indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (MINAS GERAIS, 2004).

Entretanto, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, modificou a decisão do Tribunal, decidindo não haver caracterização de ato ilícito, esclarecendo que o desamor não gera indenização, referindo o relator em seu voto que:

O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório [...] escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do CC de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização. Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral. (BRASIL, 2005).

De tal decisão, o autor interpôs Recurso Extraordinário (RE 567164), questionando a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Não obstante, a Ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal (STF) arquivou o recurso, referindo não existir ofensa direta à Constituição e que “a análise sobre a indenização por danos morais limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por recurso extraordinário.” (NOTÍCIAS STF, 2009). Dessa forma, a ministra afastou a possibilidade de analisar o pedido de reparação pecuniária por abandono moral, não sendo, assim, a matéria apreciada no mérito.

No entanto, tal decisão não encerrou o debate quanto à indenização por abandono afetivo. Após novamente deparar-se com essa questão no ano de 2012, o STJ, no REsp 1.159.242-SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, entendeu pela possibilidade de indenização face ao abandono afetivo. Neste argumento a relatora entendeu que abandono afetivo é um problema real, expresso no ordenamento jurídico e diz respeito à obrigação de cuidado e não ao sentimento em si:

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 conseqüente 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, 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. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Relativamente ao caso, verifica-se que se trata de uma ação de indenização por danos materiais e morais, na qual o juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido deduzido pela autora, entretanto, tendo essa interposto recurso de apelação, o juízo de segundo grau, Tribunal de Justiça de São Paulo, deu provimento ao recurso, reconhecendo o abandono afetivo da autora por parte do seu pai, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) (BRASIL, 2012).

Ante tal decisão, o réu interpôs o recurso especial supramencionado, sustentando não ter abandonado a filha e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se revestiria de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1.638 do CC-2002. Aduziu, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n ° 757411/MG. Pugnou, ainda, pela redução do valor fixado a título de compensação.

Diante de tais fatos, em seu voto, dando parcial provimento ao recurso especial, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais, a Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2012) referiu que:

[...] a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. [...] **não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar**. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente [...]. Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade

de se obrigar a amar. **Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos [...]. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.** 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. (grifo nosso).

Ainda relativo ao REsp 1.159.242-SP, em seu voto, o Ministro Sidnei Beneti, o qual votou com a ministra relatora, referiu que:

Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir [...]: 1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha. (BRASIL, 2012).

Do ponto de vista de José Fernando Simão (2012), em artigo tecendo comentários relativos à referida decisão, é lição basilar que a indenização tem por escopo retornar a vítima ao estado anterior ao dano, todavia, há casos em que este retorno se revela impossível, tendo o direito já decidido que, sendo o retorno impossível, a vítima recebe um valor pecuniário, não para reparar o que não pode reparar, mas para compensar aquilo que se perdeu. Compensa-se um vazio, já que os danos que sofreu são irreparáveis. O dinheiro não preenche o vazio, mas dá uma sensação de que a conduta lesiva não ficou impune.

No mesmo ponto de vista o entendimento de Katia Maciel (2010, p. 120-121), a qual refere que a indenização possuiria uma função pedagógica, não apenas sancionatória, visando resgatar a relação afetiva:

[...] a desassistência imaterial ou material deve ser sempre desmotivada através de sanções. A ausência de afeto dos pais para com os filhos, caracterizada por um abandono prolongado, ou mesmo pela omissão periódica no dever de visitá-los, pode ser motivo de indenização por dano moral, cumulada ou não com a ação de suspensão ou destituição do poder familiar. [...] é possível inferir que a imposição da sanção civil nestas espécies de ações tem por meta principal castigar o culpado pelo agravo moral, mas também conscientizar o genitor faltoso e negligente de que a conduta deve cessar e ser evitada, buscando-se o caminho da reconciliação e restabelecimento dos laços de afeto.

Portanto, verifica-se que, na jurisprudência referida, a indenização relativa à reparação de danos morais se mostrou aplicável pela presença dos pressupostos legais da responsabilidade civil, quais sejam: ação violadora de direito (conduta – ação ou omissão), dano moral e nexo de causalidade, como consequência da previsão contida nos arts. 186 e 927 do CC/2002. Dessa forma, seguindo tal entendimento, o STJ apresenta decisões que exigem, para a configuração da responsabilidade civil, a demonstração da existência de seus pressupostos. Nesse sentido a decisão proferida pelo STJ no Resp 1.557.978-DF em 2015:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGADA OCORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO. NÃO OCORRÊNCIA. **AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL.** APLICAÇÃO DA TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO. PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE NO QUE TANGE AOS ACORDOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº.s 282 E 235 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

[...] a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, que somente deve ser admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, **recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se necessário examinar as circunstâncias do caso concreto**, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória. 3. **Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002** [...] o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa da filha por parte do genitor, o que absolutamente não ocorreu. 5. A ausência do indispensável estudo psicossocial para se estabelecer não só a existência do dano mas a sua causa, dificulta, sobremaneira, a configuração do nexo causal. Este elemento da responsabilidade civil, no caso, não ficou configurado porque não houve comprovação de que a conduta atribuída ao recorrido foi a que necessariamente causou o alegado dano à recorrente. Adoção da teoria do dano direto e imediato. [...] 7. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Seguindo o mesmo entendimento, a decisão também proferida pelo STJ em 2016 no REsp 1.493.125-SP, na qual foi relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. **AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL.** SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. PACTA CORVINA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO

JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. **A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro.** [...] 3. É insindicação, nesta instância especial, revolver o nexo causal entre o suposto abandono afetivo e o alegado dano ante o óbice da Súmula nº 7/STJ. [...] 5. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Entretanto, apesar de ter reconhecido a possibilidade de reparação, o STJ apresenta, da mesma forma, decisões que demonstram que a quebra de um relacionamento familiar, por mais abalos que podem vir causar, não ensejaria reparação, pois não configuraria um ato ilícito. Nesse sentido a decisão proferida recentemente no REsp 1.579.021-RS em 2017, tendo como relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, conforme ementa colacionada a seguir:

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, § 3º, V). **2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma.** 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Assim como a decisão proferida pelo STJ, na mesma linha verifica-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) em 2019 na Apelação Cível nº 70079427258, na qual os desembargadores acordaram, à unanimidade, em negar provimento a uma apelação cível visando a indenização por abandono afetivo, apresentando como justificativa a ausência de demonstração da prática de ato ilícito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO PASSÍVEL DE REPARAÇÃO NO ÂMBITO ECONÔMICO-FINANCEIRO. Inexistindo comprovação acerca da omissão consciente do dever de cuidado pelo genitor, deve ser mantida a sentença que não reconheceu

a prática de ato ilícito passível de reparação no âmbito econômico-financeiro, julgando improcedente o pedido reparatório. APELAÇÃO DESPROVIDA (RIO GRANDE DO SUL, 2019, grifo nosso).

É nesse sentido que se verificam a maioria das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual apresenta julgados com vereditos pelo descabimento da pretensão indenizatória, apresentando justificativas diversas para a denegação do pedido relativamente ao abandono afetivo.

Conforme depreende-se de tais julgados, em uma das justificativas apresentadas pelo conselho, o mesmo ressalta o descabimento do pedido de reparação civil por dano moral em razão do abandono afetivo afirmando que este constitui-se antes um fato da vida, bem como que exige-se a violação de um direito da parte, da comprovação dos fatos alegados, dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido, sendo que o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido a decisão proferida pelo referido Tribunal no ano de 2018 na Apelação Cível nº 70078077641, conforme ementa colacionada a seguir:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR ABANDONO AFETIVO PELA AUSÊNCIA DO PAI. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCABIMENTO.
[...] **II - O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida.** RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO, PROVIDO EM PARTE O DO DEMANDADO (RIO GRANDE DO SUL, 2018, grifo nosso).

De outra banda, depreende-se que, da mesma forma que o entendimento seguido pelo STJ, o TJRS também apresenta decisões nas quais refere que o pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio, mas o seu reconhecimento exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos no âmbito do Direito de Família, sendo cabível somente quando demonstrada conduta ilícita do genitor, exigindo prova da prática de ato ilícito em violação a direito alheio, além do nexo de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva do ofensor em relação à vítima. Nesse sentido a ementa colacionada a seguir relativa à apelação cível nº 70079035739 de 2018:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. DESCABIMENTO.

1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio, mas o seu reconhecimento exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos no âmbito do Direito de Família, e somente é cabível quando demonstrada conduta ilícita do genitor. 2. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo antes um fato da vida [...]. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, 2018, grifo nosso).

Dessa forma, verifica-se que o cabimento de indenização em face de pai ou mãe que abandona afetivamente o filho, a fim de reparar os danos morais sofridos por este, apesar de ser juridicamente possível, ainda é uma questão bastante controversa também na esfera jurisprudencial.

Quanto ao pleito indenizatório do filho referentes a outros Tribunais, o Tribunal de Justiça de São Paulo já havia admitido a reparação indenizatório por abandono afetivo no ano de 2008, conforme apelação com revisão n.º 9170835-24.2007.8.26.0000, da qual foi relator o desembargador Caetano Lagrasta. A ementa está assim redigida:

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. (SÃO PAULO, 2008).

Da mesma forma a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 2009 na Apelação Cível n.º 0007035-34.2006.8.19.0054, na qual foi relatora a Des. Ana Maria Oliveira, tendo este colegiado decidido pela possibilidade de responsabilização civil por danos morais decorrentes do abandono afetivo, conforme a seguinte ementa:

Responsabilidade civil. **Ação de indenização por dano moral que a autora teria sofrido em razão do abandono material e afetivo por seu pai que somente reconheceu a paternidade em ação judicial proposta em 2003, quando ela já completara 40 anos. Procedência do pedido, arbitrada a indenização em R\$ 209.160,00.** Provas oral e documental. **Apelante que tinha conhecimento da existência da filha desde que ela era criança, nada fazendo para assisti-la, diferentemente do tratamento dispensado aos seus outros filhos.** Dano moral configurado. Quantum da indenização que adotou como parâmetro o valor mensal de 2 salários mínimos mensais que a Apelada deixou de receber até atingir a maioridade. Indenização que observou critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Desprovido da apelação. (RIO DE JANEIRO, 2009, grifo nosso).

Ante todo o exposto, da análise das jurisprudências até então colacionadas, pode-se depreender que, conforme os entendimentos atualmente seguidos pelos tribunais, “o caso concreto dará a solução, tendo em vista que nem sempre a letra fria da lei socorrerá as surpresas da afetividade.” (VENOSA, 2017, p. 8).

Nesse sentido, decisão proferida em 2016 na Apelação Cível n.º 0006195-03.2014.8.26.0360 do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme ementa colacionada a seguir:

Apelação. Ação de indenização por danos morais. Abandono afetivo. **Jurisprudência pátria vem admitindo a possibilidade de dano afetivo suscetível de ser indenizado, desde que bem caracterizada violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido.** Inocorrência na espécie. Depoimentos pessoais e testemunhais altamente controvertidos. **Necessidade de prova da efetiva conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexó de causalidade. Alegação genérica não amparada em elementos de prova.** [...] Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2016, grifo nosso).

Não só verifica-se ser este o entendimento de algumas decisões proferidas pelos tribunais, como também segue essa mesma linha o ponto de vista do doutrinador Gonçalves (2013, p. 426-427):

A questão é delicada, devendo os juízes ser cautelosos na análise de cada caso, para evitar que o Poder Judiciário seja usado por mágoa ou outro sentimento menos nobre, como instrumento de vingança contra os pais ausentes ou negligentes no trato com os filhos. Somente casos especiais, em que fique cabalmente demonstrada a influência negativa do descaso dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, com rejeição pública e humilhante, justificam o pedido de indenização por danos morais. Simples desamor e falta de afeto não bastam.

Verifica-se, ante todo o exposto, que a questão ainda permanece divergente nos tribunais pátrios, dividindo opiniões entre aqueles que defendem a possibilidade de indenização pelos danos provenientes do abandono afetivo e aqueles que, pelo contrário, entendem ser esse instituto inaplicável.

Apesar de alguns julgados referirem que não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização, depreende-se, dos casos analisados através dessa pesquisa, que as decisões proferidas pelos tribunais pátrios, em sua maioria, referem que a responsabilização civil por danos morais decorrentes do abandono afetivo nas relações paterno-filiais é um pedido juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico

pátrio, tendo em vista que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no sistema normativo jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88⁴.

Entretanto, apesar de ter sido reconhecida a possibilidade de indenização em razão do abandono afetivo, verifica-se que as decisões proferidas pelos tribunais pátrios em sua maioria são extremamente rigorosas na aplicação da reparação pecuniária, apresentando decisões em que “a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, somente sendo admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares.” (BRASIL, 2015).

Dessa forma, verifica-se que as decisões proferidas pelos tribunais exigem para a aplicabilidade da indenização relativa à reparação de danos morais a detalhada demonstração da existência dos pressupostos da responsabilidade civil. É necessário restar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do(a) pai/mãe em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito – conduta humana), o trauma psicológico/dano a personalidade sofrido (dano moral), e, sobretudo, o nexo causal entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido, como consequência da previsão contida nos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002, “cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro.” (BRASIL, 2016).

Ademais, da análise jurisprudencial, denota-se que o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa do filho por parte do(a) genitor(a), verificando-se que “o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo antes um fato da vida.” (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Destarte, observa-se que o reconhecimento de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, devendo haver

zx⁴ 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).

uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, fazendo-se necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, e se restou bem caracterizada a violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória (BRASIL, 2015).

Entretanto, restando devidamente demonstrada a comprovação de que a imposição legal de cuidado foi descumprida, tal conduta implica, por certo, em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese, essa omissão atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importando em vulneração da imposição legal, advindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico (BRASIL, 2012).

Conforme exposto pela Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.159.242-SP (BRASIL, 2012), 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. 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.

No entanto, até o presente momento, não se vislumbra uma solução pacífica para a divergência de posições relativas ao tema, apenas recomendações de cuidado ao julgador, devendo ater-se ao caso concreto, o qual dará a solução, tendo em vista que nem sempre a letra fria da lei socorrerá as surpresas da afetividade.

CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou que a responsabilidade civil exprime ideia de restauração de equilíbrio, a qual designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Dessa forma, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil tem como função reparar o prejuízo causado à vítima, de modo que, para que se configure a possibilidade de responsabilização civil, é necessária a existência, cumulativa, de seus três pressupostos, quais sejam: a conduta (comissiva ou omissiva), o dano (moral ou patrimonial) e o nexo causal entre o dano e a conduta.

Quanto as relações familiares, verificou-se que a família, na antiguidade, era formada não com base na afetividade, e sim na instintiva luta pela sobrevivência, baseada no poder patriarcal. Entretanto, com o decorrer dos anos, a estrutura da família se alterou, sendo que com a Constituição Federal de 1988 e a confirmação do princípio da dignidade da pessoa como constitucional, a família passou a ser vista como lugar para a realização pessoal, integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo. Destarte, o Estado, antes ausente, passou a intervir consideravelmente nas relações de família, havendo uma progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos.

Por conseguinte, verificou-se o instituto do abandono afetivo relativamente à sua classificação como bem jurídico ou moral, oportunidade em que se constatou que o abandono afetivo é o inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, não sendo seu campo exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.

No que se refere à intervenção estatal no âmbito da família em decorrência do abandono afetivo, o ilícito, fato gerador da indenização, estaria no descumprimento do exercício do poder familiar. A falta de convívio dos filhos com os pais pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da criança, dessa forma, a omissão dos pais em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar produz danos emocionais merecedores de reparação.

Nesse sentido, o abandono parental deve ser entendido como uma lesão extrapatrimonial a um interesse jurídico tutelado, causada por omissão do genitor ao cumprimento do exercício do poder familiar, o que configura um ilícito, sendo, portanto, fato gerador de obrigação indenizatória para as funções parentais.

Por fim, quanto a análise das posições dos tribunais relativamente ao tema, a questão ainda permanece divergente. Apesar de alguns julgados não reconhecerem o abandono afetivo como dano passível de indenização, as decisões proferidas pelos tribunais pátrios, em sua maioria, referem ser este um pedido juridicamente possível, pois o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no sistema normativo brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

No entanto, perante o analisado neste estudo, a maioria das decisões proferidas pelos tribunais pátrios não deferem o pedido indenizatório e são extremamente rigorosas na aplicação da reparação pecuniária, exigindo detalhada demonstração da existência dos pressupostos da responsabilidade civil e mencionando que a configuração do dano moral em tais casos é situação excepcionalíssima, somente ocorrendo o descumprimento do dever de cuidado se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa do filho por parte do(a) genitor(a), sendo que o mero distanciamento afetivo não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral.

Entretanto, também se constatou a existência de decisões nas quais, restando devidamente demonstrado que a imposição legal de cuidado foi descumprida, tal conduta implicou em reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, provindo, daí, a compensação por danos morais decorrente do abandono afetivo.

Não obstante, até a presente data, não se avista qualquer desfecho para essa discrepância de entendimentos quanto à questão, e sim apenas recomendações de cuidado ao julgador, para que possa discernir com sabedoria o que seria a deturpação do instituto como, por exemplo, seu aproveitamento como meio de vingança ou um ganho fácil daquilo que alguns creem ser uma indústria de danos morais.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº 3.071, 1º de Janeiro de 1916.
- _____. **Código Civil**. Lei nº 10.403, de 10 de janeiro de 2002.
- _____. **Código Penal**. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.
- _____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- _____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Câmara dos Deputados. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 24 de abril de 2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 15 out. 2018.
- _____. **Recurso especial nº 1.493.125-SP (2014/0131352-4)**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Data de Julgamento: 23/02/2016, Data de Publicação: DJe 01/03/2016.
- _____. **Recurso especial nº 1.557.978-DF (2015/0187900-4)**. Relator: Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, Data de Julgamento: 03/11/2015, Data de Publicação: DJe 17/11/2015.
- _____. **Recurso especial nº 1.579.021 - RS (2016/0011196-8)**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Data de Julgamento: 19/10/2017, Data de Publicação: DJe 29/11/2017.
- _____. **Recurso especial nº 757. 411 - MG (2005/0085464-3)**. Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em: 29/11/2005, DJ: 27/03/2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 15 out. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações; responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: Responsabilidade civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Responsabilidade civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

_____. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MINAS GERAIS. **Apelação Cível nº 408.550-5**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, relator: Unias Silva, Julgado em: 01/04/2004.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOTÍCIAS STF. RE nº 567.164MG, Relatora Min. Ellen Gracie, DJU 27/5/2009. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cmc/vernoticiadetalhe.asp?idcontecudo=108739&caixabusca=n>. Acesso em 01 maio 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

_____. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 29, p. 5-19, ago.-set. 2012.

_____; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem**. Soc. estado. 2006, vol.21, n.3, pp.667-680. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

RIO DE JANEIRO. **Apelação Cível n.º 0007035-34.2006.8.19.0054**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, relatora: Ana Maria Oliveira, Julgado em: 20/10/2009.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n.º 70078077641**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 25/07/2018, publicado no DJ: 27/07/2018.

_____. **Apelação Cível n.º 70079035739**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 31/10/2018, publicado no DJ: 06/11/2018.

_____. **Apelação Cível n.º 70079427258**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 04/04/2019, publicado no DJ: 10/04/2019.

SÃO PAULO. **Apelação Com Revisão 9170835-24.2007.8.26.0000**, Oitava Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP. Relator: Caetano Lagrasta. Foro de Marília - 3ª. Vara Cível. Julgado em: 12/03/2008, data de registro: 17/03/2008.

_____. **Apelação Cível 0006195-03.2014.8.26.0360**, Décima Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, relator (a): J.B. Paula Lima. Foro de Mococa - 2ª Vara. Julgado em: 09/08/2016, data de registro: 10/08/2016.

SIMÃO, José Fernando. Teste abandono paterno filial e sua punição. **Revista dos tribunais**. [S. l.], v. 922, agosto 2012, p. 511 – 538.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito civil:** direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito civil:** direito de família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Responsabilidade civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.