

ROGÉRIO SOARES RIBEIRO

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASOS DE
ABANDONO PATERNO AFETIVO:
Uma análise sobre os pressupostos gerais da
responsabilidade civil**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – MG

2012

ROGÉRIO SOARES RIBEIRO

**A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASOS
DE ABANDONO PATERNO AFETIVO:
Uma análise sobre os pressupostos gerais da
responsabilidade civil**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga - FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Alessandra.

FIC – MG

2012

AGRADECIMENTO

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, pela força e coragem durante toda esta longa caminhada. Aos meus pais, irmãos, minha namorada e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida. À professora Alessandra Baião, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

DEDICATÓRIA

Dedico esta, bem como todas as minhas demais conquistas, a minha amada mãe, Rosa Maria. Obrigado pela paciência, pelo incentivo, pela força e principalmente pelo carinho. Valeu a pena todo sofrimento, todas as renúncias. Esta vitória é muito mais sua do que minha!!!

“Ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética”.

José Bernardo Ramos Boeira

RESUMO

Grande importância tem sido atribuída às questões voltadas à Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro. A função da responsabilidade civil consiste em compensar o dano da vítima, punir o ofensor e desmotivar a conduta lesiva. Para que haja a obrigação de indenizar, é necessária a presença de elementos essenciais: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; nexos causal; e o dano. A partir da Constituição de 1988, o casamento civil tornou-se dispensável para o reconhecimento dos laços familiares. A família passa a ser uma entidade de afeto e de solidariedade. Contudo, nem sempre estas relações são estabelecidas, o que caracteriza o abandono afetivo. O ordenamento jurídico não impõe o dever jurídico de amar, entretanto, institui como obrigação o dever de assistir e educar os filhos. As demandas judiciais que visam à indenização pelos danos causados devido ao abandono afetivo possibilitaram o surgimento de duas correntes de pensamento: A primeira corrente se opõe à exigência de reparação por abandono afetivo, entendendo que não se pode obrigar um pai a amar e a conviver com seu filho. A segunda corrente considera que o abandono afetivo deve ser reparado por meio de indenização pecuniária. Uma jurisprudência de grande importância para elucidação do tema é o Recurso Especial Nº 1.159.242 (2009/0193701-9) do Superior Tribunal de Justiça. Conclui-se que a indenização por dano moral devido ao abandono afetivo é uma questão que se reveste de grande complexidade, possuindo um caráter interdisciplinar. Compreende-se, diante do exposto, que o abandono afetivo dos pais em relação ao filho, embora moralmente condenável, não caracteriza dano passível de reparação pecuniária. Ademais, o laço afetivo dificilmente será reconstruído após um litígio judicial e o vazio também não será preenchido pelo dinheiro.

Palavras-chave: responsabilidade civil; indenização; dano; abandono afetivo; afeto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I - DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
1.1 Função da Responsabilidade Civil	14
1.2 Pressupostos Gerais da Responsabilidade Civil	17
1.2.1 Conduta: o ilícito e o abuso do direito	17
1.2.2 Dano	20
1.2.3 Nexo causal	22
1.3 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva	23
1.4 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	25
CAPÍTULO II – DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES	28
2.1 Novas configurações familiares	28
2.2 Abandono afetivo: uma nova espécie de dano?	34
CAPÍTULO III - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASO DE ABANDONO AFETIVO: uma análise à luz dos pressupostos da responsabilidade civil	37
3.1 Duas perspectivas sobre o mesmo objeto	37
3.2 Análise do Recurso Especial N° 1.159.242 (2009/0193701-9) do Superior Tribunal de Justiça.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	48
ANEXO	53

INTRODUÇÃO

A reparação pecuniária por dano moral devido ao abandono afetivo é uma questão que tem sido frequentemente levantado na seara jurídica, suscitando inúmeras discussões, devido às divergentes concepções acerca do referido tema. Assim, muitos têm se posicionado, ora à favor, ora contra a obrigação de indenizar no caso de abandono afetivo.

Tendo em vista que, conforme o atual Código Civil brasileiro, a obrigação de indenizar é condicionada a presença de quatro elementos essenciais: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano causado; e, finalmente, o Dano, compreende-se que a inobservância de qualquer um desses pressupostos inviabiliza a obrigação de indenizar.

Assim, indaga-se se a indenização por danos morais em caso de abandono paterno afetivo cumpre os requisitos propostos no Artigo 186 do Código Civil?

Diante dessas considerações, tem-se, como objetivo, realizar uma análise crítica da decisão do Superior Tribunal de Justiça que, no Recurso Especial Nº 1.159.242 (2009/0193701-9) deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo abandono afetivo, por parte do recorrente, seu pai.

Busca-se, ainda, discutir os pressupostos gerais da responsabilidade civil, relacionando-os às questões voltadas ao abandono afetivo, analisando minuciosamente a questão do abandono paterno afetivo, levando em consideração, sobretudo, a Carta Magna e o Código Civil brasileiro.

Para tanto, utilizar-se-á as ideias sustentadas pelo Desembargador Percival Nogueira, ao proferir seu voto na Apelação Civil nº 0003535-74.2007.8.26.0168, como marco teórico deste trabalho.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Almejado

Ressarcimento pelos sofrimentos experimentados em razão de abandono afetivo - Ausência de ato ilícito - Ninguém é obrigado a amar ninguém - Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido¹.

Os apelantes alegam que fora afetivamente abandonados pelo pai e que tiveram tratamento diferenciado em relação aos demais filhos. Entretanto, a decisão dos magistrados

¹ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Civil nº 0003535-74.2007.8.26.0168**. Relator: Percival Nogueira. Julgado em: 17/02/2011. Publicado em: 28/02/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4969370&v1Captcha=nnFDD>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

julgou pela improcedência do pedido de indenização por danos morais, pois, segundo os doutores: Ninguém é obrigado a amar ninguém, nem mesmo os filhos!

Utiliza-se, no presente estudo, de pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista a legislação pertinente ao tema, o manuseio de doutrina e jurisprudência junto aos tribunais, com intuito de realizar uma análise crítica sobre os pressupostos gerais da responsabilidade civil, sobretudo no que diz respeito a sua aplicabilidade nos processos de indenização por danos morais em casos de abandono paterno afetivo.

Trata-se de uma pesquisa interdisciplinar, haja vista que este estudo não ficará restrito apenas à esfera da disciplina do Direito, mas invadirá outros ramos, tais como a psicologia. Verifica-se, também, o caráter transdisciplinar, uma vez que envolve o intercruzamento de informações provenientes de diferentes áreas do direito, tais como o Direito Civil e o Direito Constitucional.

A partir da realização desse estudo, pretende-se alertar para a importância e a complexidade do referido tema, bem como considerar as diferentes concepções das correntes divergentes sobre o dever ou não de indenizar nos casos de abandono afetivo.

Tem-se, como ganho jurídico do presente estudo, uma análise dos pressupostos gerais da responsabilidade civil no Ordenamento Jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito a sua aplicabilidade nos processos de indenização por danos morais devido ao abandono afetivo.

Como ganho social, este estudo propõe uma abordagem acerca da importância do afeto e de uma relação familiar saudável. Discute-se, ao longo do estudo que, não obstante defender a valorização dos laços familiares, não se vislumbra, como solução, atribuir-se ao pai ausente a obrigação indenizatória, uma vez que não se observa, nesse caso, qualquer ato ilícito capaz de gerar o dever de indenizar, por absoluta falta de previsão legal.

No âmbito acadêmico, o presente estudo apresenta inegável importância, haja vista ser um tema atual, que envolve questões complexas e concepções divergentes. Assim, esse estudo permite ao pesquisador uma visão mais extensa sobre o tema em epígrafe, além da possibilidade em elevar ao máximo o nível geral de aprendizado, de pesquisa e de conhecimento.

Distribuiu-se o trabalho em três capítulos. No primeiro, intitulado: “Da Responsabilidade Civil”, realizam-se importantes considerações em diferentes âmbitos da Responsabilidade Civil, destacando-se sua função e sua classificação, bem como os pressupostos gerais da responsabilidade civil.

No segundo capítulo, sob o título: “Do afeto nas relações familiares”, discute-se as novas configurações familiares, além de tratar, especificamente, do abandono afetivo.

Por fim, no terceiro capítulo, com o título: “Indenização por danos morais em caso de abandono afetivo: uma análise à luz dos pressupostos da responsabilidade civil”, discute-se as concepções de correntes divergentes sobre a indenização por abandono afetivo, destacando-se as características de cada tipo, bem como a jurisprudência relacionada a cada uma delas. Posteriormente, faz-se uma análise do Recurso Especial Nº 1.159.242 (2009/0193701-9) do Superior Tribunal de Justiça.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A análise acerca da indenização pecuniária por danos morais devido ao abandono afetivo suscita inúmeras discussões, principalmente quando se considera os pressupostos gerais da responsabilidade civil. Por isso, torna-se fundamental realizar a análise de alguns conceitos centrais, indispensáveis ao entendimento do presente estudo.

Para tanto, devem ser considerados os seguintes conceitos: “Responsabilidade Civil”; “indenização”; “dano”; “afetividade”; “abandono afetivo”.

Grande importância tem sido atribuída às questões voltadas à Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro, visto a amplitude e a complexidade relacionadas ao tema. Trata-se de uma questão que merece especial destaque no âmbito do Direito Civil, relacionando-se com absolutamente todos os ramos da árvore Jurídica². Tais considerações também são observadas por Diniz, ao considerar que:

A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais, e no prodigioso avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da vida humana³.

O instituto da Responsabilidade Civil parece ser tão antigo como a própria história da humanidade. Sempre houve ações dos seres humanos, que de alguma maneira ocasionaram danos para outrem, e, em consequência disso, surge à necessidade de ressarcimento. Assim, toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade⁴.

O ponto de partida para o estudo do instituto da responsabilidade civil remete à noção de responsabilidade, que tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade. Ademais, observa-se, na sua origem, a raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social⁵.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

Segundo Gonçalves, “pode-se afirmar que *responsabilidade* exprime ideia de restauração do equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”⁶. Assim, a Responsabilidade civil consiste na obrigação que uma pessoa tem de indenizar a outra pessoa por danos causados⁷.

Indenizar, segundo Rodrigues, “significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima”⁸.

Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico assim explica o termo:

Indenização. 1. Ato ou efeito de indenizar. 2. Reembolso de despesa feita. 3. Recompensa por serviço prestado. 4. Reparação pecuniária de danos morais ou patrimoniais causados ao lesado; equivalente pecuniário do dever de ressarcir o prejuízo. 5. Vantagem pecuniária que se dá a servidor público sob a forma de ajuda de custo, diária ou transporte (*Othon Sidou*). 6. Ressarcimento de dano oriundo de acidente de trabalho ou de rescisão unilateral do contrato trabalhista sem justa causa.⁹

Assim, indenização tanto se refere ao reembolso de quantias que alguém despendeu por conta de outrem, ao pagamento feito para recompensa do que se fez, ou para reparação de prejuízo ou dano que se tenha causado a outrem. Portanto, em sentido amplo, toda reparação ou contribuição pecuniária que se efetiva para satisfazer um pagamento a que se está obrigado ou que se apresenta como dever jurídico¹⁰.

Configurando-se como um importante pressuposto da responsabilidade civil, o dano, contratual ou extracontratual, consiste no prejuízo sofrido pelo agente, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo¹¹.

Aliás, como acentua Clayton Reis, "a concepção normalmente aceita à respeito do dano envolve uma diminuição do patrimônio de alguém, em decorrência da ação lesiva de terceiros. A conceituação, nesse particular, é genérica. Não se refere, como é notório, a qual o patrimônio é suscetível de redução"¹².

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

⁷ Os danos podem ser causados pela própria pessoa ou por terceiros que dela dependem (KARAM, 2011, p. 35).

⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Responsabilidade civil. v. 4, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 143.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2, p. 816 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 392.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 392.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61.

¹² Clayton Reis, **Dano Moral**, 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense. 1995, p. 1 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.78.

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O Dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial (moral), direto ou indireto¹³.

O dano moral, especificamente, refere-se à lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica, provocada pelo fato lesivo¹⁴. No cenário atual, o Judiciário vem sendo frequentemente impulsionado para se manifestar em ações de indenização por dano moral fundamentadas no abandono afetivo.

A afeição apresenta-se em muitas das relações da sociedade e, também, na relação familiar. Nesse último caso, o Direito de Família atual entende o afeto como de enorme importância para o estabelecimento das relações familiares. Contudo, nem sempre estas relações são estabelecidas, o que caracteriza o abandono afetivo¹⁵.

Para Thurler¹⁶, o abandono afetivo está enraizado a questões culturais, que, historicamente, atribuíram ao pai à função de provedor, e à mãe o papel de cuidar. Contudo, essa configuração histórica passa por profundas transformações.

O abandono afetivo na relação entre pais e filhos, bem como a incidência de indenização advinda de possíveis danos aos filhos, têm suscitado inúmeras discussões, tendo em vista o surgimento de casos recentes de repercussão no meio jurídico e, também, pela inexistência de legislação específica sobre o tema¹⁷.

Exaltando o princípio da dignidade da pessoa humana, a valorização da pessoa e as relações afetivas, a Constituição Federal apresenta em seu artigo 229, a seguinte redação: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”¹⁸.

Evidencia-se, desse modo, o dever recíproco existente na relação entre pais e filhos, valorizando as relações afetivas e a afirmação do princípio da solidariedade entre os membros

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**, parte especial, tomo II: Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

¹⁵ As novas configurações familiares veem o afeto como elemento essencial à família. Trata-se de uma liberdade individual, e, quando o afeto não ocorre entre as pessoas, desenvolve-se o abandono afetivo (AMORIM, 2010).

¹⁶ THURLER, A. L. Outros horizontes para a paternidade brasileira no século XXI? **Sociedade e Estado**; v. 21, n. 3, p.681-707. 2006 *apud* FERNANDES, Rosângela Torquato; LAMY, Zeni Carvalho; MORSCH, Denise; LAMY FILHO, Fernando; COELHO, Laura Fernandes. Tecendo as teias do abandono: além das percepções das mães de bebês prematuros. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 10, p. 4033-4042. Outubro. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v16n10/a08v16n10.pdf>>. Acesso em: 06 de set. de 2012. p. 4039.

¹⁷ AMORIM, Patrícia Renata Melo de. Abandono afetivo na relação paterno: filial Frente à responsabilidade civil. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 2, n. 4, janeiro/dezembro. 2010. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/rev04_juri_mppb.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2012. p. 24.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15/03/2012.

da família. Cabe ressaltar que este princípio gera o cuidado, a atenção e o apoio físico e moral, sendo estes, deveres de assistência imaterial¹⁹.

Etimologicamente, o afeto deriva do latim *affectus*, e denota sentimento de ternura, de afinidade, de amor por alguém ou algo. Compreende, ainda, o sentimento ou emoção em seus diversos aspectos, como amizade, amor e raiva. Para a ciência do Direito, entende-se afeto como a liberdade de gostar, afeiçoar, dar carinho a outra pessoa, tratando-se, pois, de um direito individual, de livre exercício, uma liberdade que o Estado não pode intervir, devendo, sim, assegurar a todos, sem discriminações. Tal entendimento tende a evitar uma estatização do afeto²⁰.

Desse modo, observa-se a importância do afeto nas relações familiares. Contudo, demonstra-se, claramente, que não cabe ao Estado intervir nessas relações.

¹⁹ KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade Civil: O abandono afetivo e material dos filhos em relação aos pais idosos**. 2011. 72 f. Monografia – Especialização em Direito e Família, Registros Públicos e Sucessões – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 53.

²⁰ AMORIM, Patrícia Renata Melo de. Abandono afetivo na relação paterno: filial Frente à responsabilidade civil. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 2, n. 4, janeiro/dezembro. 2010. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/rev04_juri_mppb.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2012. p. 26.

CAPÍTULO I - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Função da Responsabilidade Civil

A ilicitude é chamada de civil ou penal, tendo vista exclusivamente a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente²¹. Dessa forma, a ofensa aos bens Jurídicos pode gerar responsabilização em dois graus: quando o ordenamento visa à prevenção/repreensão pelo direito Público (Direito Penal) ou quando busca uma reparação dos danos causados pelo autor (responsabilidade Civil)²². Em relação a este último campo de atuação jurídica, realizam-se, nesse momento, algumas considerações acerca de suas funções principais.

A função da responsabilidade civil consiste no resultado que a sociedade espera que surja em decorrência das normas por ela editadas²³. Sua classificação varia consideravelmente conforme o autor abordado, de modo que não se observa uniformidade nos critérios de classificação utilizados.

A professora Luciana Stocco Betiol²⁴ ensina que a doutrina aponta diversas funções à responsabilidade civil, tais como: vingar a vítima; punir o culpado; indenizar a vítima; restabelecer a ordem social; e prevenir comportamentos antissociais.

Para Diniz²⁵, a responsabilidade civil possui, em regra, duas funções principais: garantir o direito do lesado à segurança, além de “servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos”.

Como lembra Figueiredo, ante o processo de industrialização observado ao longo do século XIX, observou-se uma transformação do instituto da responsabilidade civil, causando fortes impactos a suas funções. “Dessa forma, as espécies de funções da responsabilidade civil

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 179.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

²³ FIGUEIREDO, Marcelo. A responsabilidade civil dos empresários por danos ambientais. EOS - **Revista Jurídica da Faculdade de Direito**/Faculdade Dom Bosco, Curitiba, v. 4, n. 8, julho/dezembro. 2010. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/8edicao/EOS8.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2012. p. 81.

²⁴ BETIOL, Luciana Stocco. Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2010 *apud* FIGUEIREDO, Marcelo. A responsabilidade civil dos empresários por danos ambientais. EOS - **Revista Jurídica da Faculdade de Direito**/Faculdade Dom Bosco, Curitiba, v. 4, n. 8, julho/dezembro. 2010. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/8edicao/EOS8.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2012. p. 81.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9.

foram restringidas e sistematizadas nas seguintes: função reparatória; função preventiva; função distributiva; e função punitiva ou pedagógica”²⁶.

Contudo, a função distributiva está relacionada com a distribuição, entre a sociedade, dos danos, através do instituto do seguro. Por isso, considera-se que as outras três funções são realmente as principais. Dentre elas, a função reparatória é chamada primária ou direta; e a preventiva e punitiva são chamadas secundárias ou indiretas²⁷.

Nessa perspectiva, a análise das funções da responsabilidade civil, conforme observa Clayton Reis²⁸, sugere, que, ao gerar dano:

o ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros o que querem que seja feito a eles próprios. Estas pessoas possuem exata noção de dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar.

Na vereda de tais ideias, percebe-se que três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano a vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva²⁹.

Logo, em face das necessidades que requerem respostas mais eficazes como a segurança das pessoas e senso de justiça, a função da responsabilidade civil, além de ressarcir a vítima, garante a punição do ofensor, e ainda, visa assegurar reeducação da atuação do ofensor, para de tal maneira prevenir a ocorrência de novas lesões³⁰.

²⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. A responsabilidade civil dos empresários por danos ambientais. EOS - **Revista Jurídica da Faculdade de Direito**/Faculdade Dom Bosco, Curitiba, v. 4, n. 8, julho/dezembro. 2010. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/8edicao/EOS8.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2012. p. 81.

²⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. A responsabilidade civil dos empresários por danos ambientais. EOS - **Revista Jurídica da Faculdade de Direito**/Faculdade Dom Bosco, Curitiba, v. 4, n. 8, julho/dezembro. 2010. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/8edicao/EOS8.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2012. p. 81.

²⁸ REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 78-79 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

³⁰ BERNARDO, Nathália Cristina Filardi. **Bullying e a responsabilidade civil dos Estabelecimentos de ensino**. 2012. 60f. Monografia – Bacharel em direito – Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Barbacena. 2012.

Na primeira função, encontra-se o objetivo básico e finalidade da reparação Civil: retornar as coisas ao *status quo ante*, por isso, alguns doutrinadores dizem que se trata de uma função terapêutica³¹.

A função reparatória visa indenizar, termo que vem do latim *in dene* e significa sem dano, ou seja, “compensar o prejuízo material sofrido, ou minorar o sofrimento ou compensar a ofensa sofrida, no caso de danos morais ou extrapatrimoniais, através da fixação de uma importância”³².

Duas são as formas de reparação: a reparação específica, *in natura*, com a restituição das partes ao estado anterior ao dano; e a reparação pecuniária, em dinheiro, apurada mediante estimativa das perdas e danos. Ambas as formas estão previstas no art. 947, do Código Civil³³. Assim, repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente³⁴.

Como uma função secundária em relação à reposição das coisas ao estado em que se encontravam, mas igualmente relevante, encontra-se a ideia de punição do ofensor. Embora esta não seja a finalidade básica³⁵, a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar.

Segundo Figueiredo³⁶, “a função punitiva ou pedagógica visa efetivamente punir o causador do dano, com alta condenação, para que ele não volte a cometer o mesmo erro e lesar outras pessoas. Nela, vemos claramente a tendência de desestimular a reiteração do ato danoso”.

E essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando por incidir numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

³² FIGUEIREDO, Marcelo. A responsabilidade civil dos empresários por danos ambientais. EOS - **Revista Jurídica da Faculdade de Direito**/Faculdade Dom Bosco, Curitiba, v. 4, n. 8, julho/dezembro. 2010. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/8edicao/EOS8.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2012. p. 82.

³³ O artigo 947 do código civil dispõe que: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente” (BRASIL, 2002).

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

³⁵ Admitindo-se, inclusive, a sua não incidência quando possível a restituição integral à situação Jurídica anterior (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2011).

³⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. A responsabilidade civil dos empresários por danos ambientais. EOS - **Revista Jurídica da Faculdade de Direito**/Faculdade Dom Bosco, Curitiba, v. 4, n. 8, julho/dezembro. 2010. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/8edicao/EOS8.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2012. p. 82-83.

serão toleradas. Assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito³⁷.

Compreende, desse modo, que a atuação do homem em sociedade pressupõe a obediência a regras jurídicas, previamente estabelecidas, pelas quais estão dispostas as consequências atinentes às condutas adotadas. Porquanto, na medida em que um dano é causado a terceiro, o ordenamento jurídico disponibiliza meios, visando o ressarcimento da vítima pela lesão sofrida.

1.2 Pressupostos Gerais da Responsabilidade Civil

Tendo em vista que o instituto da Responsabilidade civil consiste na obrigação que uma pessoa tem de indenizar a outra pessoa por danos causados, faz-se necessário estabelecer os pressupostos gerais que a caracterizam.

Conforme o Artigo 186 do Código Civil, para que haja a obrigação de indenizar, é necessário a presença de quatro elementos essenciais: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano causado; e, finalmente, o Dano. Ao longo desse tópico, será discutido, especificamente, cada pressuposto da Responsabilidade Civil.

1.2.1 Conduta: o ilícito e o abuso do direito

O direito civil consagrou um amplo dever legal de não lesar ao qual corresponde a obrigação de indenizar, aplicável sempre que, de um comportamento contrário àquele dever de indenizar, surtir algum prejuízo injusto para outrem³⁸.

Como requisito essencial da responsabilidade civil, estabeleceu o legislador que o prejuízo causado deve advir de conduta humana³⁹. Por conseguinte, refere-se à lei a qualquer

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

³⁸ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0017141-95.2010.8.26.0482**. Relator: Beretta da Silveira. Julgado em: 15/05/2012. Publicado em: 16/05/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5892576&v1Captcha=vCzZJ>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

³⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4.

pessoa que, por ação ou omissão, violadoras de direito, venha a causar dano a outrem. Os fatos são eventos que, associados às condutas humanas, geram dano⁴⁰.

Ato ilícito, conforme expressa o Artigo 186 do Código Civil brasileiro, é aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Por conseguinte, conforme observado na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ato ilícito é aquele praticado por terceiro que venha refletir danosamente sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral⁴¹.

Resumidamente, Moraes⁴² descreve as três formas de conduta que caracterizam a culpa: a imprudência, a negligência e a imperícia:

A imprudência consiste na precipitação, no agir sem cautela, no desprezo dos cuidados que devemos ter em nossos atos. (...) A negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz; é a falta de observância de deveres exigidos pelas circunstâncias. (...) É um atuar negativo, um não-fazer. A imperícia é a falta de aptidão, teórica ou técnica, no desempenho da profissão.

Contudo, faz-se ainda necessário tecer considerações acerca do abuso do direito. Este pode ser conceituado como o exercício, pelo seu titular, de um direito subjetivo fora de seus limites. O abuso do direito é expresso no Artigo 187 do Código Civil, que assim manifesta: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Dessa forma, demonstram-se as condições necessárias à prática de um ato como abuso, bem como sua relação ligada à ideia de boa-fé e de bons costumes. O início da teoria do abuso do direito, decorrente do conceito de boa-fé, abrange sua evolução, quando além de se esperar uma atitude de confiança, impede o comportamento socialmente reprovável. Assim, uma conduta fora dos padrões esperados para a noção de bons costumes, mas desde que seja algo muito repulsivo, passível de criar um dano, na combinação do artigo 187 com o artigo 186 do Código Civil, implicará obrigação de indenizar.

⁴⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral de Processo de Conhecimento (1. parte). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63-64.

⁴¹ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0017141-95.2010.8.26.0482**. Relator: Beretta da Silveira. Julgado em: 15/05/2012. Publicado em: 16/05/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5892576&v1Captcha=vCzZJ>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

⁴² MORAES, Nereu Cesar de. Erro médico: aspectos jurídicos. **Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular**, Rio Preto, v. 11, n. 2, p. 55-59. Abril/junho. 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbccv/v11n2/v11n2a02.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012.

Saliente-se que o artigo 187 menciona um comportamento que exceda manifestamente os padrões de conduta aceitáveis, demonstrando-se, assim, que não será qualquer atitude reprovável, mas uma com grau de repulsividade capaz de trazer ameaça ao equilíbrio social.

A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente e, ainda, de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam. Neste último caso, a culpa do dono é presumida⁴³. Assim, quanto ao comportamento omissivo, Sampaio ressalta:

Embora de difícil visualização, o comportamento omissivo pode gerar a obrigação de reparar o dano. Para que o comportamento omissivo ganhe essa relevância, faz-se necessário que se tenha presente o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que do descumprimento desse dever de agir advenha o dano (nexo de causalidade). Esse dever de agir pode decorrer de lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo – art. 175, XVI, do Reg. do CTB), de convenção (pessoa que assume a guarda, vigilância ou custódia de outra e omite-se no desempenho das obrigações delas decorrentes) ou da própria criação de alguma situação de perigo (criada a situação de perigo, surge a obrigação de quem a gerou de afastá-la)⁴⁴.

Ressalta-se que a atitude omissiva integra apenas um dos itens necessários para que se configure a responsabilidade civil, sendo essencial coexistir os demais elementos para que surja a obrigação de indenizar.

Ademais, para que se configure a responsabilidade por omissão, é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato e que se demonstre que, com sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de não se omitir pode ser imposto por lei ou resultar de convenção e até da criação de alguma situação especial de perigo⁴⁵.

Assim, apesar das dificuldades em se fazer a prova do uso abusivo de um direito, há de se reconhecer que a legislação brasileira começa a dar passos largos na direção daquilo que a doutrina já preconizava.

Vale ainda considerar que, segundo o sistema jurídico-processual brasileiro, aquele que faz uso do seu direito com finalidade diversa a qual este se destina, responderá pelos danos causados a outrem, pois se configura como uma importante hipótese de abuso de direito.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**, parte especial, tomo II: Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

⁴⁴ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 31.

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**, parte especial, tomo II: Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25-26.

1.2.2 Dano

O dano é um dos elementos necessários para que haja configuração da responsabilidade civil, sendo entendido, em sentido jurídico, como a violação dos direitos de um sujeito por fato ou ato alheio. Essa ofensa pode ser moral ou material e sua distinção se dá pelo efeito da lesão⁴⁶.

Segundo Alvim⁴⁷ “[...] o dano significa lesão a qualquer bem jurídico”. Nota-se, que ao utilizar a expressão “lesão a qualquer bem jurídico”, este utiliza o dano em sentido amplo, englobando aí, os danos patrimoniais e os inerentes a personalidade da pessoa, como a vida, a honra, a saúde, etc.

Assim, configurando-se como um importante pressuposto da responsabilidade civil, o dano, contratual ou extracontratual, consiste no prejuízo sofrido pelo agente, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo⁴⁸.

Por indenização, compreende-se a reparação em sua totalidade do prejuízo suportado pela vítima, restabelecendo a situação que havia antes do prejuízo causado. Entretanto, sabe-se que nem todo dano pode ser passível de indenização. Assim, é necessário que seja um dano atual (aquele que decorre imediatamente do ato ilícito) e certo (é aquele que não há dúvida)⁴⁹.

Pode-se então afirmar que, seja qual for à espécie de responsabilidade sob exame (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja, sua pedra de toque⁵⁰. Nessa mesma direção, Gonçalves manifesta:

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral), ou seja, sem repercussão na órbita financeira do lesado. O Código Civil dedica um capítulo à indenização (arts. 944 a 954), isto é, à liquidação do dano ou modo de se apurarem os prejuízos.

⁴⁶ AMORIM, Patrícia Renata Melo de. Abandono afetivo na relação paterno: filial Frente à responsabilidade civil. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 2, n. 4, janeiro/dezembro. 2010. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/rev04_juri_mppb.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2012. p. 24.

⁴⁷ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1975. p. 83 *apud* KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade Civil: O abandono afetivo e material dos PAMPLONA FILHOS em relação aos pais idosos**. 2011. 72 f. Monografia – Especialização em Direito e Família, Registros Públicos e Sucessões – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, 2011. p. 44.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61.

⁴⁹ KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade Civil: O abandono afetivo e material dos PAMPLONA FILHOS em relação aos pais idosos**. 2011. 72 f. Monografia – Especialização em Direito e Família, Registros Públicos e Sucessões – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, 2011. p. 44.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77.

Mesmo que haja violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida sem que se tenha verificado prejuízo. A inexistência de dano torna sem objetivo a pretensão a sua reparação⁵¹.

O dano moral, especificamente, refere-se à lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica, provocada pelo fato lesivo⁵².

Por vezes, a lei presume o dano, como acontece na Lei de Imprensa, que pressupõe a existência de dano moral em casos de calúnia, injúria e difamação praticadas pela imprensa⁵³.

O dano moral está relacionado à violação de uma classe especial de direitos: os direitos da personalidade ou personalíssimos. A noção de dano moral como lesão a direito da personalidade é difundida por grande parte da doutrina. Para o Professor Sergio Cavaliere Filho: “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.”⁵⁴

Diz a doutrina que a responsabilização civil exige a existência do dano. O dever de indenizar existe na medida da extensão do dano. Nessa concepção, compreende-se que:

O dano moral é aquele que afeta a personalidade e, de alguma forma, ofende a moral e a dignidade da pessoa. Doutrinadores têm defendido que o prejuízo moral que alguém diz ter sofrido é provado *in re ipsa* (pela força dos próprios fatos). Pela dimensão do fato, é impossível deixar de imaginar em determinados casos que o prejuízo aconteceu – por exemplo, quando se perde um filho⁵⁵.

Ressalta-se que, como regra geral, não há critérios legais previamente estabelecidos para a fixação de indenização por dano moral. Daí que se admite que eles sejam formulados de maneira genérica, sem a necessidade de postular-se um valor já determinado⁵⁶.

Ressalta-se que a expressão dano moral já está enraizada na tradição brasileira, sendo empregada pela Constituição da República, além de diversos diplomas legais, tais como o novo Código Civil.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**, parte especial, tomo II: Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**, parte especial, tomo II: Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 1998, p. 74. *apud* ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012.

⁵⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ define em quais situações o dano moral pode ser presumido**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

⁵⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral de Processo de Conhecimento (1. parte). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

1.2.3 Nexo causal

A relação de causalidade refere-se ao nexos causal ou etiológico entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado⁵⁷, haja vista a necessidade da existência de uma relação entre a conduta do agente e o dano suportado pela vítima.

Serpa Lopes, com a sagacidade que lhe era peculiar, já havia notado a complexidade do tema, consoante se depreende deste trecho de sua obra:

Uma das condições essenciais a responsabilidade Civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço!⁵⁸

Assim como no Direito Penal, a investigação deste nexos que liga o resultado danoso ao agente infrator é indispensável para que se possa concluir pela responsabilidade Jurídica deste último. Trata-se, pois, do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente ao dano.⁵⁹

Desta forma, só haverá a obrigação de indenizar se ficar provado que o dano causado à vítima foi gerado por conduta omissiva ou comissiva do agente ou das pessoas elencadas no art. 932⁶⁰ do Código Civil de 2002.⁶¹ Assim, 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 indenizar⁶².

A culpa da vítima, o caso fortuito e a força maior rompem o nexos de causalidade, afastando a responsabilidade do agente. Assim, por exemplo, se a vítima comete suicídio

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**, parte especial, tomo II: Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

⁵⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil** Fontes Contratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 5 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

⁶⁰ Conforme o Art. 932. Do Código Civil, são também responsáveis pela reparação civil: os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

⁶¹ BRASIL. **Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/110406.htm>. Acesso: 14/04/2012.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**, parte especial, tomo II: Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

atirando-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter o motorista causado o acidente, pois na verdade foi mero instrumento da vontade da vítima, esta sim, responsável exclusiva pelo evento ⁶³.

Fundamentalmente, são três as principais teorias que tentam explicar o nexo de causalidade: a teoria da equivalência de condições⁶⁴; a teoria da causalidade adequada⁶⁵; e a teoria da causalidade direta ou Imediata⁶⁶.

O Código Civil brasileiro adotou a do dano direto e imediato. No entanto, por vezes a jurisprudência adota a causalidade adequada, no mesmo sentido. Assim, ocorre certa imprecisão doutrinária, quando se busca estabelecer qual a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro, referente ao nexo de causalidade.

1.3 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

A responsabilidade civil, enquanto fenômeno Jurídico decorrente da convivência conflituosa do homem em sociedade pode ser considerada, na sua essência, um conceito uno, incindível ⁶⁷.

Contudo, em função de algumas peculiaridades dogmáticas, faz-se necessário estabelecer uma classificação sistemática. Por conseguinte, discute-se, nesse momento, a classificação, tomando por base justamente a questão da culpa (Responsabilidade Civil Objetiva x Responsabilidade Civil Subjetiva). Posteriormente, aborda-se a classificação com base na natureza da norma jurídica violada (Responsabilidade civil contratual x Responsabilidade civil extracontratual).

A teoria clássica, também chamada de Teoria da Culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Por conseguinte: “não havendo culpa, não há

⁶³ *idem, ibidem*. p. 26.

⁶⁴ Conforme essa teoria, não se diferencia os antecedentes do resultado danoso, de forma que tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa. Por isso se diz "equivalência de condições", pois todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

⁶⁵ Para os adeptos desta teoria, não se poderia considerar causa toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado, mas sim, segundo um Juízo de probabilidade, apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso. Assim, causa, nessa teoria, é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

⁶⁶ Esta vertente doutrinária, também denominada teoria da interrupção do nexo causal ou teoria da causalidade necessária, é menos radical do que as anteriores. Causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

responsabilidade”⁶⁸. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa, sendo que a prova da culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

Entende-se por responsabilidade civil subjetiva, o dano causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda. Trata-se, desse modo, de dano causado em função de ato doloso ou culposo⁶⁹.

A Responsabilidade Civil Subjetiva se encontra amparada no Código Civil, ao longo do Art. 186⁷⁰ e do caput do Art. 927⁷¹.

De modo geral, a responsabilidade subjetiva caracteriza-se pelo nexos causal entre o ato ilícito e o dano cometido, conforme lembra Cordeiro *et al*:

Não cabe dúvida no Direito Civil que toda vez que uma ação causar dano a outra pessoa, sendo estabelecido um nexos causal, isto é, quando o resultado observado pela prática de determinada ação estiver direta ou indiretamente relacionado, caberá àquele que praticou a ação a obrigação de ressarcir ao outro, ou seja, àquele que foi vítima do ato realizado, um valor referente ao seu dano, porém estas regras para o estabelecimento do nexos causal não ficam claramente explicitadas, independentemente de serem objetivas ou subjetivas⁷².

Entretanto, hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de "responsabilidade Civil Objetiva". Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano e irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar⁷³. Nessa direção, Gonçalves ensina que:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem 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 nexos de causalidade. Essa teoria, dita objetiva ou do risco, tem como postulado que

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 180.

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

⁷⁰ O Art. 186 preconiza 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".

⁷¹ O Art. 927 diz que "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

⁷² CORDEIRO, Fernando; MENDONÇA, Samuel; OLIVEIRA, Joanna Paes de Barros e; NOGUEIRA, Vanessa Fabiula Pancioni. Responsabilidade civil do médico e a inversão do pensamento jurídico sobre o tipo da atividade. **Revista Brasileira de Coloproctologia**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 58-63, Janeiro/março de 2011, p. 58.

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por nexo de causalidade, independentemente de culpa⁷⁴.

Assim, nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns casos, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível (responsabilidade independentemente da culpa).

As teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente^{75,76}.

Percebe-se, desse modo, que o Sistema material Civil brasileiro abraçou originalmente a teoria subjetivista, conforme se infere de uma simples leitura do referido art. 159 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 186 do Código Civil de 2002), que fixa a regra geral da responsabilidade Civil. As teorias objetivas, por sua vez, não foram de todo abandonadas, havendo diversas disposições esparsas que as contemplam⁷⁷.

Assim, a responsabilidade sempre pautou os temas da convivência do homem, bem como suas particularidades as suas articulações na sociedade. Assim sendo, a responsabilidade civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro deve estar direcionada basicamente na precisão de se demonstrar seus três requisitos básicos, a saber: o ato ilícito, o dano e o nexo causal. Tomando-se por base justamente a questão da culpa, pode-se classificar a Responsabilidade Civil em Objetiva e Subjetiva.

1.4 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual (dever contratual). O inadimplemento contratual acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389⁷⁸ do Código Civil. Quando a responsabilidade não deriva de contrato, mas de infração ao dever de conduta (dever legal) imposto genericamente no artigo 927 do mesmo diploma, diz-se que ela é extracontratual ou aquiliana⁷⁹.

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 180.

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 180.

⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

⁷⁸ Segundo o Artigo 389 do Código Civil brasileiro, Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (BRASIL, 2002).

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 178.

Por conseguinte, se o comportamento descuidado levar à inobservância de uma obrigação contratualmente prevista, tem-se a culpa contratual. Por outro lado, se esse mesmo comportamento conduzir à violação de um dever de origem legal, chega-se à culpa extracontratual ou aquiliana. Conceitualmente, tanto a culpa contratual como a extracontratual consistem na violação de um dever de cuidado, na qual se estrutura a responsabilidade civil subjetiva⁸⁰.

Nas palavras de César Fiuza⁸¹: “Responsabilidade contratual é a que decorre da celebração ou da execução de um contrato”, sendo que poderá decorrer de ato lícito ou ilícito. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, decorre de atos praticados fora da esfera contratual, além de fatos lícitos e do abuso de direito e dos atos intrinsecamente ilícitos.

Tradicionalmente, o Direito Positivo adotou essa classificação bipartida, consagrando regras específicas para as duas espécies de responsabilidade, com características próprias⁸².

Percebe-se, desse modo, conforme afirma Gonçalves, que, embora a consequência da infração ao dever legal e ao dever contratual seja a mesma, ou seja, a obrigação de ressarcir o prejuízo causado, o Código Civil brasileiro distinguiu as duas espécies de responsabilidade, acolhendo a teoria dualista e afastando a unitária, omitindo qualquer referência diferenciadora. No entanto, algumas diferenças podem ser apontadas:

a) Na responsabilidade contratual, o inadimplemento presume-se culposos. O credor lesado encontra-se em posição mais favorável, pois só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida, sendo presumida a culpa do inadimplente⁸³ (...); na extracontratual, ao lesado incumbe o ônus de provar culpa ou dolo do causador do dano⁸⁴ (...); b) a contratual tem origem na convenção, enquanto a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar a outrem (*neminem laedere*); c) a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade contratual, sendo mais ampla no campo da extracontratual⁸⁵.

Percebe-se, desse modo, que três elementos diferenciadores entre essas duas formas de responsabilização podem ser destacados, a saber: a necessária preexistência de uma relação

⁸⁰ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁸¹ FIUZA, César. **Direito Civil**. Curso Completo. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 330-331.

⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

⁸³ É caso do passageiro de um ônibus que fica ferido em colisão deste com outro veículo, por ser contratual – contrato de adesão – a responsabilidade do transportador, que assume, ao vender a passagem, a obrigação de transportar o passageiro são e salvo (cláusula de incolumidade) a seu destino.

⁸⁴ É o caso do pedestre que é atropelado pelo ônibus e tem o ônus de provar a imprudência do condutor.

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: Parte Geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 178.

Jurídica entre lesionado e lesionante; o ônus da prova quanto à culpa; e a diferença quanto à capacidade ⁸⁶.

Observa-se, pelo que foi exposto, que a própria classificação é intuitiva, haja vista a responsabilidade contratual deriva das relações contratuais pré-estabelecidas, ao passo que a responsabilidade extracontratual decorre de um ato ilícito, independentemente de qualquer vínculo anterior entre os sujeitos envolvidos. Por fim, há de se considerar que, conceitualmente, tanto a culpa contratual como a extracontratual podem ser consideradas como uma violação de um dever de cuidado, na qual se estrutura a responsabilidade civil subjetiva.

⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

CAPÍTULO II – DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

2.1 Novas configurações familiares

Desde o início de sua história, o homem procura estabelecer vínculos afetivos entre os pares, visando à perpetuação de sua espécie, além da aversão à solidão. Assim, deu-se origem à família, que mais tarde, através da intervenção do Estado, propiciou a formação da instituição do casamento⁸⁷. Nessa direção, Almeida considera que:

Desde os primórdios da civilização, os homens se reuniram em torno de algo ou de alguém constituindo uma família. Como agrupamento cultural, a família preexiste ao Estado e, até mesmo, ao próprio Direito, e, justamente por isso, merece especial atenção deste, no sentido de tutelar as relações familiares, de acordo com cada momento histórico⁸⁸.

O primeiro grupo ao qual o ser humano pertence é a família. Trata-se de um conceito muito velho e, paradoxalmente, muito novo. É considerado velho, visto que o homem, invariavelmente, em seus primeiros anos de vida, vai necessitar dos cuidados alheios⁸⁹. Também é um conceito permanentemente novo, à medida que a família vai se transformando e remodelando-se de acordo com os contornos da sociedade na qual esta inserida⁹⁰.

Observa-se, desse modo, a concepção de que a família é uma construção cultural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. Dispõe de estruturação psíquica, pela qual seus membros ocupam um lugar, possuem uma função, sem estarem necessariamente ligados por laços biológicos⁹¹.

Etimologicamente, o termo família resulta do latim *famulia*, derivado de *famulus*, que também significa escravo. Devido à complexidade e grande quantidade de entendimentos

⁸⁷ O intervencionismo estatal levou à instituição do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta (DIAS, 2011, p. 27).

⁸⁸ ALMEIDA Maria Cristina Furtado de. Paternidade socioafetiva e seus efeitos Jurídicos: uma nova visão axiológica da família Contemporânea. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 2, n. 4, janeiro/dezembro. 2010. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/rev04_juri_mppb.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2012. p. 47.

⁸⁹ Dentre os animais existentes sobre a face da Terra, o homem é o mais dependente ao nascer. Deve ser alimentado, higienizado, aquecido, dependendo de outros para alcançar as mínimas condições para manter-se vivo. Ao entrar no mundo, o homem se introduz em uma organização social nutrida pelas mais variadas necessidades e simbolismos, o que o coloca em contínua e indefinida dependência do outro (BOARINI, 2003).

⁹⁰ BOARINI, Maria Lúcia. Refletindo sobre a nova e velha família. **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 8, n.spe, p. 1-2. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v8nspe/v8nesa01.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012. p. 1.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

doutrinários a respeito da expressão *família*, a Constituição de 1988 e o Novo Código Civil se abstiveram de conceituar tal palavra⁹².

A família, presente em todas as sociedades, consiste em um dos primeiros ambientes de socialização do indivíduo, atuando como mediadora principal dos padrões, modelos e influências culturais. Ademais, pode ser considerada como a primeira instituição social, que objetiva a proteção e o bem estar dos seus membros e da coletividade:

É também considerada a primeira instituição social que, em conjunto com outras, busca assegurar a continuidade e o bem estar dos seus membros e da coletividade, incluindo a proteção e o bem estar da criança. A família é vista como um sistema social responsável pela transmissão de valores, crenças, idéias e significados que estão presentes nas sociedades. Ela tem, portanto, um impacto significativo e uma forte influência no comportamento dos indivíduos, especialmente das crianças, que aprendem as diferentes formas de existir, de ver o mundo e construir as suas relações sociais⁹³.

Considerando-se que o objetivo primordial do casal será obter satisfação e amparo recíprocos, a constituição familiar é consequência inexorável, haja filhos ou não. Por isso, Fiuza lembra que o termo família admite duas acepções: uma ampla e uma estrita. Pela acepção *Lato sensu*, a família é a reunião de pessoas descendentes de um tronco ancestral comum, incluindo-se as pessoas ligadas pelo casamento ou pela união estável, além de seus parentes sucessíveis, ainda que não descendentes. Na acepção *Stricto sensu*, considera-se família a reunião de pai, mãe e filhos, ou apenas de um dos pais com seus filhos⁹⁴.

Por sua vez, o termo casamento engloba definições diversas, configurando-se como um instituto que permite divagações históricas, políticas e sociológicas, haja vista a inexistência de uniformidade nas legislações e na doutrina⁹⁵.

Conforme Venosa, o casamento é o centro do direito de família, haja vista que dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole⁹⁶.

⁹² AMORIM, Patrícia Renata Melo de. Abandono afetivo na relação paterno: filial Frente à responsabilidade civil. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 2, n. 4, janeiro/dezembro. 2010. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/rev04_juri_mppb.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2012. p. 26.

⁹³ DESSEN, Maria Auxiliadora; POLONIA, Ana da Costa. A Família e a Escola como contextos de desenvolvimento humano. **Revista Paidéia**. Ribeirão Preto, v. 17, n. 36, p. 21-32, Jan./abril de 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a03.pdf>>. Acesso em 22 de maio de 2012. p. 22.

⁹⁴ FIUZA, César. **Direito Civil**. 15ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1031.

⁹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 24.

⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 25.

Até o advento da República, em 1889, a única forma de casamento era o religioso⁹⁷, pois o casamento civil só surgiu em 1891. Atualmente, o Estado admite a duplicidade de formas de celebração do casamento, sendo o Código Civil responsável por regular os requisitos de sua validade e seus efeitos, bem como os efeitos de sua dissolução⁹⁸.

O Código Civil brasileiro estabelece que o casamento é a união legal, estável e formal entre um homem e uma mulher⁹⁹, visando satisfazer-se e amparar-se mutuamente, além da criar e ampar da prole, constituindo, desse modo, uma família¹⁰⁰.

Contudo, as mudanças ocorridas na configuração familiar ao longo da história vêm expandindo a concepção do termo família. Tais arranjos consistem em reflexos das mudanças sofridas pela sociedade¹⁰¹.

Nessa perspectiva, cabe citar a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), através da ADPF 132/Rio de Janeiro, pelo qual os Ministros acordaram em conhecer da ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277.

A ADPF 132/RJ se configura como uma de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, pleiteando: o reconhecimento de que o regime jurídico das uniões estáveis também deve se aplicar às uniões homoafetivas; a interpretação conforme a Constituição dos Arts. 19, II e VI, e 33, ambos do Decreto-lei estadual nº 220/752, em ordem a assegurar os benefícios ali previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis e a declaração de que as decisões judiciais que se orientam em sentido contrário ao propugnado na inicial violam preceitos fundamentais¹⁰².

Assim, o objeto da ADPF 132/RJ é o art. 19 do estatuto dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro,¹⁰³ onde se defende que a compreensão do texto normativo não pode

⁹⁷ Por esta razão, os não católicos não tinham acesso ao casamento.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 151.

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 13.

¹⁰⁰ FIUZA, César. **Direito Civil**. 15ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1031.

¹⁰¹ ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de; OLIVEIRA, Josevânia da Silva Cruz de; SOUSA, Valdiléia Carvalho de; CASTANHA, Alessandra Ramos. Adoção de crianças por casais homoafetivos: um estudo comparativo entre universitários de direito e de psicologia. **Revista Psicologia & Sociedade**. Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 95-102, maio/junho de 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v1n2/a13v19n2.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2012. p. 95.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**.

Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgado em: 05/05/2011. Publicado em: 14-10-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 09 de set de 2012.

¹⁰³ O Art. 19 do Estatuto dos Servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro preconiza que: Art. 19. Conceder-se-á licença: (...) II – por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; (...) V – sem

ignorar, com base nos parâmetros constitucionais, os vínculos e as relações de afeto que mantêm os integrantes de uniões homoafetivas¹⁰⁴.

Nesse momento, cabe lembrar que, conforme dispõe o caput do art. 1º da Lei 9.882/99, a ADPF "terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público". Desse modo, o objeto da ADPF é significativamente mais amplo do que objeto da ADI, que abrange apenas lei ou ato normativo federal ou estadual, a teor do art. 102, I, a, da Constituição¹⁰⁵.

Dessa maneira, os ministros acordaram em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Segue ementa:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO (...).
6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES¹⁰⁶.

Além de a Jurisprudência supracitada reconhecer a união estável entre casais homoafetivos, ela acabou por influenciar outras decisões, conforme é demonstrado no Recurso Especial nº 1183378, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), através do qual os ministros manifestaram-se a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo, como apresenta-se à seguir:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO

vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**.

Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgado em: 05/05/2011. Publicado em: 14-10-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 09 de set de 2012.

¹⁰⁵ Não obstante de proceder ampliação do objeto do controle concentrado, a lei restringiu o campo de incidência da ADPF aos atos do Poder Público. Porquanto, os atos privados não são impugnáveis por via da arguição.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgado em: 05/05/2011. Publicado em: 14-10-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 09 de set de 2012.

EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.(...)

11. Recurso especial provido¹⁰⁷.

Assim, foi autorizado por maioria dos votos o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Estava em análise o recurso de duas mulheres que tentavam obter em cartório a habilitação para o casamento no Rio Grande do Sul. O pedido foi negado em primeira instância e também pelo Tribunal de Justiça do estado, que entendeu que o Código Civil de 2002 só libera o casamento entre homem e mulher, o que tornaria o pedido inviável. Inconformadas, as mulheres recorreram ao STJ. Na decisão, o relator do caso destacou em seu voto que o Estado deve facilitar a conversão da união estável em casamento, pois essa é a forma que, juridicamente, melhor protege a família.

Diante disso, percebe-se claramente que, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, o casamento civil tornou-se dispensável para o reconhecimento dos laços familiares¹⁰⁸. Observa-se que a união conjugal formal é cada vez mais rara, e, ademais, ocorre o crescente aumento da diversidade de modelos de família, bem como a busca de mulheres solteiras pela reprodução assistida¹⁰⁹.

Nessa perspectiva, ressalta-se o estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, que, em pesquisa anual intitulada Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD - 2000), revela a pluralidade dos arranjos familiares no Brasil. Dentre os modelos citados na pesquisa, apresentam-se:

O modelo matrimonial, com filhos biológicos, filhos adotivos, e sem filhos. A união estável heterossexual, com filhos biológicos, adotivos, e sem filhos. A família monoparental, composta com pai ou mãe e descendentes biológico, descendentes biológicos e adotivos. A união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva. Pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica. Uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual. Uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1183378**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 25/10/2011. Publicado em: 01/02/2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249>. Acesso em: 06 de set de 2012.

¹⁰⁸ TEIXEIRA, Leônia Cavalcante; PARENTE, Flávia Soares; BORIS, Georges Daniel Bloc. Novas configurações familiares e suas implicações subjetivas: reprodução assistida e família monoparental feminina. **Psico**, Porto Alegre, PUCRS, v. 40, n. 1, p. 24-31, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/2848/4138>>. Acesso em: 15 de setembro de 2012. p. 25.

¹⁰⁹ A reprodução assistida, ou fecundação assistida, compreende duas técnicas: a inseminação artificial, e a fecundação *in vitro*. Estas técnicas têm por finalidade a procriação, e também o controle ou tratamento de doenças genéticas.

conviventes, com ou sem filhos. E, por fim, comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, sem laços de filiação natural ou adotiva regular¹¹⁰.

Diante dessas considerações, evidencia-se a grande transição sócio-ideológica pela qual passa as instituições familiares, dando origem, desse modo, a novos modos de aglutinação familiar. Um de vultosa importância no cenário atual é a constitucionalização da família monoparental, que consiste na entidade formada por um dos pais e os filhos. Tal situação pode advir da vontade de assumir, individualmente, a paternidade ou a maternidade por uma eventualidade tal como a separação, a morte ou o abandono¹¹¹.

Há de se considerar que, dentre os princípios constitucionais do direito de família, ressalta-se o princípio da dignidade da pessoa humana, de onde nascem todos os outros direitos. A família deixa de ter apenas uma função produtiva e reprodutiva e passa a ser uma entidade de afeto e de solidariedade, pautada em relações pessoais, cujo principal foco é o desenvolvimento da pessoa humana¹¹². Nessa direção, Pereira e Silva afirmam que:

Por razões culturais, sociais, políticas e ideológicas, a família mudou e o ordenamento jurídico vem buscando responder a essas mudanças. Sozinho, o elo biológico ou genético não sustenta a base familiar. O afeto, o respeito, a vontade de seguir juntos e o tratamento igualitário vêm se tornando o elo entre seus componentes¹¹³.

Assim, a família sofreu profundas mudanças ao longo das últimas décadas e no mundo inteiro. Deixou de ser um núcleo econômico de reprodução para ser um espaço do amor, do companheirismo e do afeto. Nessa perspectiva, o sexo, o casamento e a reprodução deixaram de ser os sustentáculos da família. Essas novas configurações familiares não devem ser compreendidas como decorrentes de uma crise na histórica instituição familiar, mas, certamente, como um reflexo de profundas mudanças nos paradigmas da sociedade atual.

¹¹⁰ BRASIL, Instituto de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico: Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios – PNAD, 2000.** Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/default.shtm>>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

¹¹¹ AMORIM, Patrícia Renata Melo de. Abandono afetivo na relação paterno: filial Frente à responsabilidade civil. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 2, n. 4, janeiro/dezembro. 2010. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/rev04_juri_mppb.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2012. p. 26.

¹¹² KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade Civil: O abandono afetivo e material dos PAMPLONA FILHOS em relação aos pais idosos.** 2011. 72 f. Monografia – Especialização em Direito e Família, Registros Públicos e Sucessões – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, 2011. p. 13.

¹¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado.** Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680. Setembro/dezembro. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012. p. 667

2.2 Abandono afetivo: uma nova espécie de dano?

Etimologicamente, o afeto deriva do latim *affectus*, e denota sentimento de ternura, de afinidade, de amor por alguém ou algo. Compreende, ainda, o sentimento ou emoção em seus diversos aspectos, como amizade, amor e raiva. Percebe-se, desse modo, que o afeto possui uma concepção bastante ampla, envolvendo a História, a Filosofia, o Direito, a Psicanálise, e também a Literatura¹¹⁴.

Para a ciência do Direito, entende-se afeto como a liberdade de gostar, afeiçoar, dar carinho a outra pessoa, tratando-se, pois, de um direito individual, de livre exercício, uma liberdade que o Estado não pode intervir, devendo, sim, assegurar a todos, sem discriminações. Tal entendimento tende a evitar uma estatização do afeto¹¹⁵.

A afeição apresenta-se em muitas das relações da sociedade e, também, na relação familiar. Nesse último caso, o Direito de Família atual entende o afeto como de enorme importância para o estabelecimento das relações familiares. Contudo, nem sempre estas relações são estabelecidas, o que caracteriza o abandono afetivo¹¹⁶.

Para Thurler, o abandono afetivo está enraizado a questões culturais, que, historicamente, atribuíram ao pai à função de provedor, e à mãe o papel de cuidar. Contudo, essa configuração histórica passa por profundas transformações¹¹⁷.

O abandono afetivo na relação entre pais e filhos, bem como a incidência de indenização advinda de possíveis danos aos filhos, têm suscitado inúmeras discussões, tendo em vista o surgimento de casos recentes de repercussão no meio jurídico e, também, pela inexistência de legislação específica sobre o tema¹¹⁸.

Por conseguinte, tem-se observado no cenário jurídico e social a discussão acerca dos limites das obrigações e deveres dos pais com relação aos filhos, tanto no âmbito da sociedade

¹¹⁴ CORREA, Carlos Pinto. O Afeto no tempo. **Estudos de psicanálise**, Belo Horizonte, n. 28, p. 61-67. Set. 2005. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/ep/n28/n28a07.pdf>>. Acesso em: 06 de set. de 2012.

¹¹⁵ AMORIM, Patrícia Renata Melo de. Abandono afetivo na relação paterno: filial Frente à responsabilidade civil. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 2, n. 4, janeiro/dezembro. 2010. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/rev04_juri_mppb.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2012. p. 26.

¹¹⁶ As novas configurações familiares veem o afeto como elemento essencial à família. Trata-se de uma liberdade individual, e, quando o afeto não ocorre entre as pessoas, desenvolve-se o abandono afetivo (AMORIM, 2010).

¹¹⁷ THURLER, A. L. Outros horizontes para a paternidade brasileira no século XXI? **Sociedade e Estado**; v. 21, n. 3, p.681-707. 2006 *apud* FERNANDES, Rosângela Torquato; LAMY, Zeni Carvalho; MORSCH, Denise; LAMY FILHO, Fernando; COELHO, Laura Fernandes. Tecendo as teias do abandono: além das percepções das mães de bebês prematuros. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 10, p. 4033-4042. Outubro. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v16n10/a08v16n10.pdf>>. Acesso em: 06 de set. de 2012. p. 4039.

¹¹⁸ AMORIM, Patrícia Renata Melo de. Abandono afetivo na relação paterno: filial Frente à responsabilidade civil. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 2, n. 4, janeiro/dezembro. 2010. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/rev04_juri_mppb.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2012. p. 24.

conjugal quanto após seu desfazimento. Tal debate originou-se com algumas ações judiciais propostas por filhos pleiteando indenização por danos decorrentes do abandono afetivo de seus pais¹¹⁹.

O ordenamento jurídico, em nenhum momento, impõe o dever jurídico de amar, entretanto, institui como obrigação o dever de assistir, criar e educar os filhos¹²⁰. Ainda nessa direção, ressalta-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a valorização da pessoa e as relações afetivas, consagrado na Constituição Federal. Assim, apresenta-se em seu artigo 229, a seguinte redação: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”¹²¹.

Evidencia-se, desse modo, o dever recíproco existente na relação entre pais e filhos, valorizando as relações afetivas e a afirmação do princípio da solidariedade entre os membros da família. Cabe ressaltar que este princípio gera o cuidado, a atenção e o apoio físico e moral, sendo estes, deveres de assistência imaterial¹²².

Contudo, para melhor compreender o referido tema, torna-se indispensável considerar que, em sua dimensão, o dano moral não trata especificamente do desgosto, angústia, vergonha, humilhação, ferimento espiritual, pois esses sentimentos são as consequências do prejuízo, entendendo como o dano o ato de outrem que ofenda o sujeito como pessoa no seu interior moral, psíquico e intelectual. Por isso, tal ofensa é de difícil mensuração, visto que a indenização, em muitos casos, se dá por algo inefável, e, ato ou fato que ofenda profundamente a alguém, pode ser natural para outro ser¹²³.

Por fim, há de se considerar que o abandono afetivo não caracteriza lesão ao direito de personalidade, em conformidade com o exposto na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do

¹¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**. Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680. Setembro/dezembro. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012. p. 667.

¹²⁰ KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade Civil: O abandono afetivo e material dos PAMPLONA FILHOS em relação aos pais idosos**. 2011. 72 f. Monografia – Especialização em Direito e Família, Registros Públicos e Sucessões – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, 2011. p.13.

¹²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15 de outubro de 2012.

¹²² Abandono imaterial, não se confunde com abandono afetivo. Abandono imaterial consiste no descumprimento de deveres jurídicos imateriais, que estão fora do dever material de sustento. São exemplos de deveres jurídicos imateriais, convivência familiar, atenção e apoio de ordem física e moral. (KARAM, 2011, p. 13 e p.53.)

¹²³ AMORIM, Patrícia Renata Melo de. Abandono afetivo na relação paterno: filial Frente à responsabilidade civil. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 2, n. 4, janeiro/dezembro. 2010. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/rev04_juri_mppb.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2012. p. 25.

Estado do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível, através do Acórdão nº 70036286664.

Segue ementa:

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. MAIORIDADE. PRESCRIÇÃO. (...) 3. O pedido de reparação civil por dano moral, em razão do abandono afetivo, nada tem a ver com direito de personalidade, com direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter econômico, estando sujeita ao lapso prescricional. Recurso desprovido¹²⁴.

Porquanto, compreende-se que o abandono afetivo não configura dano moral e, conseqüentemente, não rende ensejo à aplicabilidade de indenizações pecuniárias. Ressalta-se, ainda, que a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito e do nexo de causalidade, bem como dos demais pressupostos da responsabilidade civil que, evidentemente, não estão configurados nos casos de abandono paterno afetivo.

¹²⁴ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70036286664**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 14/09/2011. Publicado em: 19/09/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

CAPÍTULO III - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASO DE ABANDONO AFETIVO: uma análise à luz dos pressupostos da responsabilidade civil

3.1 Duas perspectivas sobre o mesmo objeto

Uma polêmica instigante se estabeleceu a partir da eclosão de demandas judiciais em que filhos denunciam o abandono afetivo, psíquico e moral de seus pais, pedindo reparação pelos danos causados, em processos que chegaram aos tribunais.

Tal contexto possibilitou o surgimento de diversas celeumas e divergências sobre a obrigação ou não de indenizar, dando origem, desse modo, a duas correntes de pensamento com posicionamentos antagônicos¹²⁵. Trata-se, certamente, de questões polêmicas e controvertidas, razão pela qual é imprescindível cuidado e prudência na análise do caso concreto.

A primeira corrente se opõe à exigência de reparação por abandono afetivo, entendendo que não se pode obrigar um pai a amar e a conviver com seu filho. Argumenta-se que, uma vez cumprido o dever de prestar alimentos, o pai se desincumbiria de suas obrigações perante o filho. A segunda corrente, porém, defende que o abandono afetivo deve ser reparado por meio de indenização pecuniária, haja vista que, conforme Pereira e Silva, “nem só de pão vive o homem”¹²⁶.

Assim, a primeira corrente considera que não poderá haver reparação pecuniária por abandono afetivo, visto que ninguém é obrigado a amar ninguém. Esses sentimentos de afeto e carinho deverão ser conquistados diariamente, e não através de imposição legal. Nesse momento, ressalta-se o posicionamento de Paulo Lôbo¹²⁷, ao preceituar que: “o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza laica, isto é, a separação da Igreja e do Estado de Direito, é de que não se pode obrigar o amor ou afeto às pessoas”.

Segundo o artigo 186 do Código Civil, configuram-se como pressupostos, para que haja a obrigação de indenizar: a ação ou omissão voluntária; o ato ilícito / culpa; o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado; e, finalmente, o dano, de modo que a inexistência de qualquer um desses fatores inviabiliza a obrigação de indenizar.

¹²⁵ KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade Civil: O abandono afetivo e material dos filhos em relação aos pais idosos**. 2011. 72 f. Monografia – Especialização em Direito e Família, Registros Públicos e Sucessões – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 35.

¹²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**. Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680. Setembro/dezembro. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012. p. 667.

¹²⁷ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 283.

Assim, a jurisprudência fundamenta-se, ora na inexistência de ato ilícito, ora na ausência de nexo causal ou dano. Um exemplo é a recente Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que através da Apelação nº 0017141-95.2010.8.26.0482, manifesta-se contrariamente à indenização moral devido ao abandono afetivo:

Indenização Moral – Abandono afetivo – Prova pericial indeferida – Não interposição do recurso cabível - O abandono afetivo sem que indique conduta ilícita ou mesmo intenção deliberada de prejudicar, não dá ensejo a indenização por dano moral – Sentença mantida - Recurso improvido¹²⁸.

Assim, os ministros negaram provimento ao recurso, em conformidade com o voto do Relator, que assim manifestou: o “abandono afetivo sem que indique conduta ilícita ou mesmo intenção deliberada de prejudicar, não dá ensejo a indenização por dano moral”. Ademais, afirmam que o Judiciário não pode impor que alguém ame outrem ou lhe dedique amor.

Seguindo a mesma linha, os desembargadores do Superior Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negaram provimento ao recurso, a apelação civil nº 1.0024.07.790961-2/001. Segue ementa:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização¹²⁹.

Percebe-se, desse modo, que conforme o relator, não foi caracterizado o ato ilícito, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Assim, haja vista a inobservância de um pressuposto da responsabilidade civil, não ocorre a obrigação de indenizar.

Ressalta-se, ainda, a Apelação Cível nº 1.0105.05.145297-4/001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que julgou improcedente o pedido de indenização pecuniária por

¹²⁸ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0017141-95.2010.8.26.0482**. Relator: Beretta da Silveira. Julgado em: 15/05/2012. Publicado em: 16/05/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5892576&v1Captcha=vCzZJ>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

¹²⁹ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0024.07.790961-2/001**. Relator: Des.(a) Alvimar de Ávila. Julgado em: 11/02/2009. Publicado em: 16/03/2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

abandono afetivo. Segundo o relator, sabe-se que, na responsabilidade civil subjetiva, o dever de indenizar decorre da presença necessária de seus pressupostos, quais sejam: o dano, a culpa e o nexo causal entre eles, cabendo a prova àquele que pretende a reparação:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.05.145297-4/001 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - APELANTE(S): V.V.N. ASSISTIDO(A) P/ MÃE DARLI ROSA DO NASCIMENTO - APELADO(A)(S): CARLOS ANDRE MURTA BOTELHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - REQUISITOS - INEXISTÊNCIA - DANOS MATERIAIS - COBRANÇA RETROATIVA - DESCABIMENTO. - Tratando-se de responsabilidade civil, haverá dever de indenizar se comprovados o dano, a culpa e o nexo causal entre eles. - O abandono afetivo dos pais em relação ao filho, embora moralmente condenável, não caracteriza dano passível de reparação pecuniária. - É descabida a cobrança por danos materiais decorrentes de pensão alimentícia relativa a período anterior à data da fixação dos alimentos na ação própria. RECURSO NÃO PROVIDO¹³⁰.

Processo originado da comarca de Governador Valadares, os apelantes afirmaram que foram moralmente ofendidos pelo apelado, pai dele. Salientaram que passaram por muitas humilhações e dificuldades financeiras até que sáísse o resultado do exame de DNA, doze anos depois do ajuizamento da primeira ação de investigação de paternidade, em 1992.

Assim, a magistrada salientou que a pensão alimentícia é devida somente a partir da data em que foi fixada judicialmente, e que o apelante não comprovou os danos morais que alega ter sofrido. Ademais, afirma que: “O abandono afetivo dos pais em relação ao filho, embora moralmente condenável, não caracteriza dano passível de reparação pecuniária”.

Posicionando-se contrariamente a primeira corrente, muitos têm considerado cabível a indenização pecuniária decorrente de dano moral pelo abandono afetivo. Nessa perspectiva, Pereira e Silva defendem que, conforme proposto pela Constituição da República de 1988, a base da família deve centrar-se na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, sendo que a relação paterno-filial assume destaque nas disposições sobre a temática da família. A proibição da discriminação entre os filhos, a previsão da paternidade socioafetiva deixam claro a preocupação com os filhos, como verdadeiros sujeitos de direito¹³¹.

Defende-se, desse modo, que existe uma obrigação jurídica de prestar auxílio imaterial, como convivência familiar, amparo, este sim, amparado juridicamente, gerando,

¹³⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0105.05.145297-4/001. Relator (a): Des.(a) Gutemberg da Mota e Silva. Julgado em: 22/05/2012. Publicado em: 25/05/2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 10/10/2012.

¹³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**. Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680. Setembro/dezembro. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012. p. 668.

portanto indenização por danos morais no caso de abandono afetivo¹³². Por conseguinte, na assunção de seus papéis de pais, os genitores não devem limitar seus encargos ao aspecto material, ao sustento. Alimentar o corpo, sim, mas também cuidar da alma, da moral, da psique. Essas são prerrogativas do poder familiar e, principalmente, da delegação de amparo aos filhos¹³³.

Hennigen e Guareschi chamam a atenção para a questão de gênero que se estabelece entre as diferentes possibilidades colocadas para pais e mães face à negativa da outra parte: “Os pais podem entrar na justiça quando querem mais tempo ou a guarda compartilhada, mas às mães não é disponibilizado nenhum dispositivo que evite o abandono afetivo de um pai em relação ao filho(a), ou seja, não há maneira de reverter”¹³⁴. Assim, conforme os autores, parece que a participação do pai na vida dos(as) filhos(as) depende da sua vontade. Quanto à mãe, se ela busca evitar o contato, isso pode ser contornado na justiça, mas se busca estabelecer um contato que o homem não quer, não encontra formas de viabilizá-lo.

Nessa concepção, considera-se uma visão da paternidade que rompe seu papel tradicional ao incluir aspectos vinculados ao envolvimento afetivo e ao cuidado no mundo familiar. Ademais, acredita-se que viver uma relação de carinho ao mesmo tempo em que nutre, protege e educa, permite a pais e filhos experimentarem em plenitude suas relações sociais, o que constitui a mola propulsora para uma mudança efetiva nesses relacionamentos¹³⁵.

Na vereda de tais ideias, observa-se a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que através da apelação civil nº 2009.001.41668, deu provimento aos embargos de declaração, nos termos do voto do Relator. Desse modo, o apelante foi condenado ao pagamento no valor de R\$ 209.160,00 equivalentes a 504 salários mínimos, que

¹³² KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade Civil: O abandono afetivo e material dos filhos em relação aos pais idosos**. 2011. 72 f. Monografia – Especialização em Direito e Família, Registros Públicos e Sucessões – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 35.

¹³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**. Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680. Setembro/dezembro. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012. p. 668.

¹³⁴ HENNIGEN, Inês; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. Os lugares de pais e de mães na mídia contemporânea: questões de gênero. **Interamerican journal psychology**, Porto Alegre, v. 42, n. 1, p. 81-90. Abril. 2008. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rip/v42n1/v42n1a09.pdf>>. Acesso em: 10 de setembro de 2012. p. 89.

¹³⁵ FREITAS, Waglânia de Mendonça Faustino e et al. Paternidade: responsabilidade social do homem no papel de provedor. **Revista de Saúde Pública**, v. 43, n. 1, p. 85-90. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/rsp/v43n1/6868.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012. p. 89.

corresponderiam a dois salários mínimos por cada mês de vida da Apelante até completar a idade de 21 anos¹³⁶. Segue a 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. Desprovimento da apelação¹³⁷.

A Relatora conclui que foi caracterizada a conduta do agente, além do nexo causal entre o comportamento danoso e a alegada lesão: elementos esses que se assentam na teoria subjetiva da culpa. Assim, ficou configurado o dever de indenizar decorrente de ato ilícito, corretamente reconhecido na sentença ao impor ao Apelante o dever de indenizar.

Compreende-se, desse modo, que indubitavelmente, o tema acerca da indenização pecuniária por abandono afetivo é polêmico e se reveste de extrema complexidade. Ressalta-se, sobretudo, a falta de previsão legal, para regular com minúcias o tema em epígrafe.

3.2 Análise do Análise do Recurso Especial N° 1.159.242 (2009/0193701-9) do Superior Tribunal de Justiça

Ao longo desse tópico, discute-se, especificamente, o Recurso Especial N° 1.159.242 (2009/0193701-9), julgado em abril de 2012 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de uma decisão inédita do Superior Tribunal de Justiça, a qual, por maioria, manteve a condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo ao genitor para pagamento de indenização à filha afetivamente abandonada, minorando o valor para o montante de R\$ 200.000,00.

¹³⁶ KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade Civil: O abandono afetivo e material dos filhos em relação aos pais idosos**. 2011. 72 f. Monografia – Especialização em Direito e Família, Registros Públicos e Sucessões – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 61-62.

¹³⁷ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação civil n° 2009.001.41668**. Relatora: DES. ANA MARIA OLIVEIRA; Julgado em: 20/10/2009. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00037CC38887FA0AB644F62702E8D19DDCA3E7C402313A27>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

Até então, o Tribunal Superior vinha decidindo em sentido contrário, razão pela qual a referida decisão vem ocupar importante colocação no cenário jurídico. A seguir, apresenta-se a Ementa desse processo (ANEXO A):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. (...)

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. (...)

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. ¹³⁸

Cuida-se de recurso especial interposto por Antônio Carlos Jamas dos Santos contra acórdão proferido pelo TJ/SP. A ação se trata de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por Luciane Nunes de Oliveira Souza em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

A Sentença do Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, sobretudo, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

O TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

Por isso, o Recurso especial alega violação dos Arts. 186; 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial. Sustenta que não abandonou a filha e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste 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. 1638 do Código Civil de 2002.

Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do Recurso Especial n°757411/MG, que

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso Especial Nº 1.159.242 (2009/0193701-9)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 24/04/2012. Publicado em: 10/5/2012. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/Danos_morais_abandono_afetivo_dever_d_e_cuidar.pdf>. Acesso: 15/06/2012.

afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo. Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Como Contrarrazões, reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

Os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordaram, por dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Assim, manteve-se a indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo, com parcial provimento ao recurso especial, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais¹³⁹.

Após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Questiona-se a posição da Ministra Nancy Andrichi, relatora do processo, que defende que não existem restrições legais à aplicação da Responsabilidade Civil nos casos atinentes às relações familiares, mesmo que a subjetividade inerente a esses casos dificulte a comprovação dos elementos que configuram o dano moral, ou seja, o dano, a culpa do autor e nexo causal¹⁴⁰.

Ademais, a análise do Recurso Especial Nº 1.159.242 (2009/0193701-9) do Superior Tribunal de Justiça revela uma divergência da indenização por danos morais devido ao abandono afetivo *versus* os pressupostos gerais da responsabilidade civil (ato ilícito; dano ou prejuízo; e o nexo de causalidade). Assim, o recurso suscita inúmeros questionamentos, visto que, o abandono afetivo, sem que indique conduta ilícita ou mesmo intenção deliberada de prejudicar, não dá ensejo à indenização por dano moral, visto que, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, Ninguém pode ser obrigado a amar ninguém¹⁴¹.

¹³⁹ O valor inicial de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) foi reduzido para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso Especial Nº 1.159.242 (2009/0193701-9)**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Julgado em: 24/04/2012. Publicado em: 10/5/2012. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/Danos_morais_abandono_afetivo_dever_d_e_cuidar.pdf>. Acesso: 15/06/2012.

¹⁴¹ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Civil nº 0003535-74.2007.8.26.0168**. Relator: Percival Nogueira. Julgado em: 17/02/2011. Publicado em: 28/02/2011. Disponível em:

Ademais, o abandono afetivo não caracteriza todos os pressupostos necessários para que haja a obrigação de indenizar, estabelecidos no atual Código Civil brasileiro¹⁴²: o ato ilícito; o nexa causal entre a ação ou omissão e o dano causado; e, finalmente, o dano. Por conseguinte, a inexistência de qualquer um desses fatores inviabiliza a obrigação de indenizar.

Esse posicionamento pode ser evidenciado através da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Comarca de Dracena, na Apelação Civil n° 0003535-74.2007.8.26.0168¹⁴³.

Os apelantes alegam que fora afetivamente abandonados pelo pai e que tiveram tratamento diferenciado em relação aos demais filhos. Entretanto, a decisão dos magistrados julgou pela improcedência do pedido de indenização por danos morais, pois, segundo os doutores: Ninguém é obrigado a amar ninguém, nem mesmo os filhos!

(...) não há valor no mundo capaz de reparar a dor íntima do abandono, especialmente da figura do pai, que deveria ser provedor não apenas material, mas de carinho e atenção. Contudo, respeitados os sentimentos dos recorrentes, não há como imputar ao apelado a responsabilidade que lhe foi atribuída. Isso porque embora, ao contrário do afirmado pelo julgador de primeiro grau, possa haver, na espécie, dano (o sentimento de rejeição proveniente da figura paterna é muito forte e certamente produz inegável sofrimento) e nexa de causalidade entre ele e a conduta do réu (que deu mesmo odioso tratamento diferenciado aos autores em comparação com outros filhos), ainda falta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o terceiro pressuposto para seu reconhecimento, que é o ato ilícito do agente¹⁴⁴.

Demonstra-se, desse modo, que o cuidado, em sua concepção mais ampla, é um dever que não deve ser negligenciado, sendo importantíssimo à esfera familiar. Contudo, considera-se que o abandono afetivo sem que indique conduta ilícita ou mesmo intenção deliberada de prejudicar, não dá ensejo a indenização por dano moral. Por conseguinte, o abandono afetivo dos pais em relação ao filho, embora moralmente condenável, não caracteriza dano passível de reparação pecuniária tem em vista os pressupostos gerais da responsabilidade civil.

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4969370&v1Captcha=nnFDD>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

¹⁴² BRASIL. **Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/110406.htm>>. Acesso: 14/04/2012.

¹⁴³ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Civil n° 0003535-74.2007.8.26.0168**. Relator: Percival Nogueira. Julgado em: 17/02/2011. Publicado em: 28/02/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4969370&v1Captcha=nnFDD>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

¹⁴⁴ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Civil n° 0003535-74.2007.8.26.0168**. Relator: Percival Nogueira. Julgado em: 17/02/2011. Publicado em: 28/02/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4969370&v1Captcha=nnFDD>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

Por fim, há de se considerar que os laços afetivos dificilmente serão reconstruídos depois de um litígio judicial e o vazio também não será preenchido pelo dinheiro. Partindo-se dessa concepção, a indenização pecuniária em caso de abandono paterno afetivo vai contra a função primordial da responsabilidade civil, qual seja, a reparação do dano à vítima, bem como o restabelecimento do *status* anterior à lesão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo abordou a questão do abandono afetivo, sob o prisma da possibilidade de condenar os pais ao pagamento de indenizações pecuniárias por danos morais provocados pela falta de afeto aos filhos frente ao ordenamento jurídico brasileiro e aos princípios norteadores do Direito de Família, ressaltando-se, principalmente, os pressupostos gerais da responsabilidade civil e o dever ou não de indenizar.

Através da Constituição da República de 1988, o conceito de família foi alterado. Diante disso, evidencia-se a grande transição sócio-ideológica pela qual passa as instituições familiares, dando origem, desse modo, a novos modos de aglutinação familiar. Assim, os princípios ganharam espaço na interpretação e aplicação das diretrizes legais para a solução dos conflitos, especialmente no que tange ao Direito de Família, ramo extremamente peculiar.

Certamente, a indenização por dano moral devido ao abandono afetivo é uma questão que se reveste de grande complexidade, possuindo um caráter interdisciplinar. Porquanto, para dirimir as questões atinentes ao Direito de Família, torna-se necessário mesclar conhecimentos de diversas áreas do conhecimento, sobretudo no campo do Direito, dando especial atenção ao âmbito da Responsabilidade Civil.

Por isso, mesmo com essa inovação da Corte Superior, decorrente do Recurso Especial Nº 1.159.242 (2009/0193701-9), do Superior Tribunal de Justiça, não se pode dizer que a questão está pacificada.

De fato, a própria Constituição da República assegura o direito à indenização por danos morais, de modo que, mesmo nas relações familiares é possível a ocorrência de danos que afetem o patrimônio moral. Assim, a ocorrência de danos morais decorrentes de conduta ilícita entre os membros de uma relação familiar, esses deverão ser indenizados. Entre esses danos, incluem-se os decorrentes da falta de afeto.

Ora, a inobservância dos pressupostos da responsabilidade civil não inviabiliza a obrigação de indenizar? Considerando-se que, conforme o atual Ordenamento Jurídico Brasileiro, não existe uma obrigação explícita de amar, ou de oferecer afeto, a consequente inexistência do ato ilícito, ou mesmo do nexo de causalidade inviabilizam a obrigação de indenizar devido ao abandono afetivo.

Por certo o cuidado, em sua concepção mais ampla, é um dever que não deve ser negligenciado. Contudo, considera-se que o abandono afetivo sem que indique conduta ilícita ou mesmo intenção deliberada de prejudicar, não dá ensejo a indenização por dano moral. Por

consequente, conclui-se que o abandono afetivo dos pais em relação ao filho, embora moralmente condenável, não caracteriza dano passível de reparação pecuniária.

Há também de se considerar que o laço afetivo dificilmente será reconstituído após um litígio judicial e o vazio também não será preenchido pelo dinheiro.

Ressalta-se, ainda, quanto à caracterização do dano e da conduta ilícita decorrentes dessa situação, existem divergências na doutrina e na jurisprudência, estabelecendo-se concepções contrárias. De fato, os argumentos expostos no trabalho pelas duas correntes são contundentes e revestem-se de grande importância. Desse modo, chegar a uma conclusão absoluta acerca da matéria consiste em uma difícil tarefa.

Assim, enquanto não houver a definição legislativa acerca do assunto, o Poder Judiciário continuará proferindo suas decisões com base nas diferentes posições doutrinárias e nos princípios que regem a aplicação do Direito de Família, segundo a situação fática de cada processo, pautados, desse modo, apenas pela sensibilidade e bom senso do julgador.

REFERENCIAS

ALMEIDA Maria Cristina Furtado de. Paternidade socioafetiva e seus efeitos Jurídicos: uma nova visão axiológica da família Contemporânea. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 2, n. 4, janeiro/dezembro. 2010. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/rev04_juri_mppb.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

AMORIM, Patrícia Renata Melo de. Abandono afetivo na relação paterno: filial Frente à responsabilidade civil. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 2, n. 4, janeiro/dezembro. 2010. Disponível em: <http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/rev04_juri_mppb.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de; OLIVEIRA, Josevânia da Silva Cruz de; SOUSA, Valdiléia Carvalho de; CASTANHA, Alessandra Ramos. Adoção de crianças por casais homoafetivos: um estudo comparativo entre universitários de direito e de psicologia. **Revista Psicologia & Sociedade**. Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 95-102, maio/junho de 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v19n2/a13v19n2.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2012.

BARROS, Rodolfo Menezes Lopes de; BARROS, Rodrigo Medeiros de. **A responsabilidade civil das indústrias fumígenas em razão dos danos causados aos fumantes**: uma análise à Luz do código de defesa do consumidor. 2009. 84f. Monografia - Bacharel em Direito - Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC. Maceió. 2009.

BERNARDO, Nathália Cristina Filardi. **Bullying e a responsabilidade civil dos Estabelecimentos de ensino**. 2012. 60f. Monografia – Bacharel em direito – Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Barbacena. 2012.

BOARINI, Maria Lúcia. Refletindo sobre a nova e velha família. **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 8, n.spe, p. 1-2. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v8nspe/v8nesa01.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012.

BRASIL. **Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/110406.htm>. Acesso: 14/04/2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15/03/2012.

_____. Instituto de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico**: Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios – PNAD, 2000. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/default.shtm>>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso Especial Nº 1.159.242 (2009/0193701-9)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 24/04/2012. Publicado em: 10/5/2012. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/Danos_morais_abandon_o_afetivo_dever_de_cuidar.pdf>. Acesso: 15/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1183378**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 25/10/2011. Publicado em: 01/02/2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249>. Acesso em: 06 de setembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgado em: 05/05/2011. Publicado em: 14-10-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

BRESSANELLI, Camila Gil Marquez Bresolin. **Da responsabilidade civil médica na reprodução humana assistida**. 2009. 244f. Dissertação - Mestrado em Direitos Humanos e Democracia - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2009.

CORDEIRO, Fernando; MENDONÇA, Samuel; OLIVEIRA, Joanna Paes de Barros e; NOGUEIRA, Vanessa Fabiula Pancioni. Responsabilidade civil do médico e a inversão do pensamento jurídico sobre o tipo da atividade. **Revista Brasileira de Coloproctologia**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 58-63, Janeiro/março. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbc/v31n1/v31n1a08.pdf>>. Acesso em: 14 de junho de 2012.

CORREA, Carlos Pinto. O Afeto no tempo. **Estudos de psicanálise**, Belo Horizonte, n. 28, p. 61-67. Setembro. 2005. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/ep/n28/n28a07.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012.

DESSEN, Maria Auxiliadora; POLONIA, Ana da Costa. A Família e a Escola como contextos de desenvolvimento humano. **Revista Paidéia**. Ribeirão Preto, v. 17, n. 36, p. 21-32, Janeiro/abril de 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a03.pdf>>. Acesso em 22 de setembro de 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 688p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Rosângela Torquato; LAMY, Zeni Carvalho; MORSCH, Denise; LAMY FILHO, Fernando; COELHO, Laura Fernandes. Tecendo as teias do abandono: além das percepções das mães de bebês prematuros . **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 10, p. 4033-4042. Outubro. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v16n10/a08v16n10.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. A responsabilidade civil dos empresários por danos ambientais. EOS - **Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco**, Curitiba, v. 4, n. 8, julho/dezembro. 2010. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/8edicao/EOS8.pdf >. Acesso em: 08 de outubro de 2012.

FIUZA, César. **Direito Civil**. Curso Completo. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 1192p.

FREITAS, Waglânia de Mendonça Faustino e et al. Paternidade: responsabilidade social do homem no papel de provedor. **Revista de Saúde Pública**, v. 43, n. 1, p. 85-90. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/rsp/v43n1/6868.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 427p.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral de Processo de Conhecimento (1. parte). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 560p.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 220p.

_____. **Direito das obrigações**, parte especial, tomo II: Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HENNIGEN, Inês; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. Os lugares de pais e de mães na mídia contemporânea: questões de gênero. **Interamerican journal psychology**, Porto Alegre, v. 42, n. 1, p. 81-90. Abril. 2008. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rip/v42n1/v42n1a09.pdf>>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade Civil: O abandono afetivo e material dos PAMPLONA FILHOS em relação aos pais idosos**. 2011. 72 f. Monografia – Especialização em Direito e Família, Registros Públicos e Sucessões – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, 2011.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 283.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0024.07.790961-2/001**. Relator: Des.(a) Alvimar de Ávila. Julgado em: 11/02/2009. Publicado em: 16/03/2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0105.05.145297-4/001**. Relator (a): Des.(a) Gutemberg da Mota e Silva. Julgado em: 22/05/2012. Publicado em: 25/05/2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 10/10/2012.

MORAES, Nereu Cesar de. Erro médico: aspectos jurídicos. **Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular**, Rio Preto, v. 11, n. 2, p. 55-59. Abril/junho. 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbccv/v11n2/v11n2a02.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**. Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680. Setembro/dezembro. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2012.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação civil nº 2009.001.41668**. Relatora: DES. ANA MARIA OLIVEIRA; Julgado em: 20/10/2009. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00037CC38887FA0AB644F62702E8D19DDCA3E7C402313A27>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70036286664**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em

14/09/2011. Publicado em: 19/09/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 de setembro de 2012.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. v. 4.14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Responsabilidade civil. v. 4, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0017141-95.2010.8.26.0482**. Relator: Beretta da Silveira. Julgado em: 15/05/2012. Publicado em: 16/05/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5892576&v1Captcha=vCzZJ>>. Acesso em: 14 de maio de 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso Especial Nº 1.159.242**. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Julgado em: 24/04/2012. Publicado em: 10/5/2012. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/Danos_morais_abandon_o_afetivo_dever_de_cuidar.pdf>. Acesso: 15/06/2012.

SILVANO, Sibeles da Silva. **Responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas**. 2009. 72f. Monografia – Bacharel em Direito - Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ define em quais situações o dano moral pode ser presumido**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

TEIXEIRA, Leônia Cavalcante; PARENTE, Flávia Soares; BORIS, Georges Daniel Bloc. Novas configurações familiares e suas implicações subjetivas: reprodução assistida e família monoparental feminina. **Psico**, Porto Alegre, PUCRS, v. 40, n. 1, p. 24-31, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/2848/4138>>. Acesso em: 15 de setembro de 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. 520p.

ANEXO A – EMENTA RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr.

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

ANEXO B – VOTO RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
 ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
 RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
 ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

Acórdão: o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso especial: alega violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste 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. 1638 do CC-2002.

Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n.º 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Contrarrazões: reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

1. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde

Superior Tribunal de Justiça

é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, 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.

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexa causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no

Superior Tribunal de Justiça

vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil *in*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo, Atlas, pag. 75)

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

Superior Tribunal de Justiça

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

2.1. Da ilicitude e da culpa

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação

Superior Tribunal de Justiça

à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

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

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. *O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar*. (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o

Superior Tribunal de Justiça

cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo**. 6ª ed. Rio de Janeiro:LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois 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, cristalizada, na

Superior Tribunal de Justiça

parte final do dispositivo citado: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

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.

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda,

Superior Tribunal de Justiça

para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção

Superior Tribunal de Justiça

social.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

2.2 Do dano e do nexo causal

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal.

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem.

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Superior Tribunal de Justiça

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tríada que a ele conduz: negligência, dano e nexos.

3. Do valor da compensação

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados.

Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem

Superior Tribunal de Justiça

(26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valo da compensação por danos morais.

Mantidos os ônus sucumbenciais.