

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

JHENIFER BIANCA BARBOZA

**INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO
PATERNAL**

**CURITIBA
2016**

JHENIFER BIANCA BARBOZA

**INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO
PATERNAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Pós-Doutor Clayton Reis

**CURITIBA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

JHENIFER BIANCA BARBOZA

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO
PATERNAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Dr. CLAYTON REIS

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

DEDICATÓRIA

À minha mãe, quem abdicou de suas vontades para satisfazer as minhas e assim
fez possível a realização de um sonho.
Graças a você, mãe, me tornei quem sou.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador, Ilustre Prof. Pós-Doutor Clayton Reis, pela especial atenção e colaboração prestada.

Aos demais professores do Curso, pelo conhecimento compartilhado, a quem tenho eterna admiração pela profissão que escolheram. Agradeço por se dedicarem com tanto entusiasmo e verdade, fazendo seus alunos se sentirem especiais e pessoas capazes de alcançar seus sonhos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ANÁLISE JURÍDICA DA FAMÍLIA	10
2.1 ORIGEM E CONCEITO CONTEMPORÂNEO DA FAMÍLIA.....	10
2.2 A FAMÍLIA NA SOCIEDADE ROMANA.....	14
2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DA FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	17
3 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	26
3.1 BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	26
3.2 CONCEITO E ESPÉCIES.....	27
3.3 PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR.....	30
3.3.1 Conduta.....	30
3.3.2 Culpa <i>Lato Sensu</i>	32
3.3.3 Nexo Causal.....	35
3.3.4 Dano.....	36
4 DANO MORAL	38
4.1 CONCEITO.....	38
4.2 DANO MORAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	40
4.3 FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO.....	42
4.4 A PROBLEMÁTICA DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL.....	46
5 AFETO COMO VALOR JURÍDICO	52
5.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	52
5.2 PATERNIDADE RESPONSÁVEL E PODER FAMILIAR.....	55
5.3 PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	58
6 DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO PATERNAL	61
6.1 ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL.....	61
6.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	68
7 CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	87

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito abordar a celeuma do tema indenização por dano moral em razão do abandono afetivo, tema pelo qual refletem preocupações contemporâneas e utilidade social. Para compreender e atingir o objetivo do estudo necessário adentrar ao estudo acerca da família, invocando seus princípios norteadores e sua importância nas relações intrafamiliares. Da mesma forma, trazer a proteção aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes no seio familiar, sobretudo à convivência familiar e proteção integral, irradiado pelos princípios da paternidade responsável, do poder familiar e da afetividade. Nessa toada, discute-se sobre o afeto apresentar-se como elemento inerente aos deveres dos pais enquanto no poder familiar sobre os filhos. Na ausência do afeto nas relações familiares persiste a dúvida jurídica se há direito à indenização por dano moral e se os pressupostos da responsabilidade civil seriam aplicáveis ao caso concreto. A observância dos deveres paternais embora o ordenamento positivo não discorra de forma expressa acerca do afeto nas relações familiares, muito se fala nesse aspecto na doutrina e jurisprudência, característica que desencadeou em uma nova roupagem na família como instituição jurídica, desde o advento da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, diante da lacuna legal, sendo o afeto atributo dos deveres inerentes aos pais questiona-se se a violação desse dever como ato ilícito acarreta a responsabilidade civil, possibilitando ao genitor ser condenado ao pagamento de indenização ao filho pelos danos de ordem moral produzidos em razão do abandono afetivo.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana; crianças e adolescentes; poder familiar; abandono afetivo; dano moral;

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discutir a possibilidade de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo paterno em decorrência da sua relevância jurídica e social, situação na qual, infelizmente a lei não trás solução.

O dano moral é admitido atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, a questão foi bastante controversa o que acarreta ainda pelos julgadores certa resistência na aceitação de sua reparabilidade, sobretudo em razão da inexistência no ordenamento do que de fato caracteriza o dano moral e por conseguinte o dever de indenizar.

Já o desenvolvimento dos filhos, que abarca desde aspectos materiais até psicológicos, afetivos e morais são questões indissociáveis da manutenção da convivência e relação saudável com os genitores.

Ademais, a busca pela garantia de proteção a todos os direitos das crianças e adolescentes, devido à sua condição peculiar de desenvolvimento, são prioritários, fundamentais, motivo pelo qual dever imposto à família, à sociedade e ao Estado, com assento constitucional.

Significa, portanto, que no descumprimento dos direitos-deveres dos pais em relações aos filhos enquanto no poder familiar, decorrentes da paternidade responsável e do poder familiar, a lei deve (ou deveria) apresentar um solução aos casos hipotéticos. Discute-se, portanto, se o afeto é elemento integrante do dever paterno no ambiente familiar.

Assim, os referidos princípios lidos a partir da proteção da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança ensejam a discussão acerca da responsabilização ao genitor pelo abandono afetivo praticado, mediante pagamento indenizatório pelos danos morais sofridos.

O objeto, portanto, diante da lacuna da lei, é controverso, gerando divergências doutrinárias e também jurisprudenciais nos tribunais pátrios. Além da discussão acerca da possibilidade jurídica, a segunda problemática dentro do presente estudo diz respeito à tarifação do *quantum* debeat, outro problema enfrentado pelo julgador diante dos casos apreciados.

Há vertente doutrinária e jurisprudencial com vasta representatividade defendendo a possibilidade de indenização pelos danos morais sofridos decorrentes

de abandono afetivo. Amparam que a situação é apenas moralmente reprovável, não podendo dar ao ordenamento entendimento maior do que dispõe, bem como não ser possível a lei atribuir valor ao amor.

Em contrapartida, a corrente em sentido oposto defende pela possibilidade de indenização pelos danos morais pelo abandono sustentando que, dentro dos parâmetros dos deveres legais dos pais é irrefutável a inclusão do afeto. Assim, para essa teoria, por se tratar de dever, nos casos de descumprimento configurado está o ato ilícito aplicando-se as normas da responsabilidade civil e, por conseguinte, o dever de indenizar.

Dessa forma, visando alcançar o objetivo específico da presente pesquisa o presente trabalho teve em seu resultado final texto composto de cinco capítulos.

O primeiro capítulo aborda uma breve análise sobre a família, abrangendo origem, conceito e princípios norteadores, bem como as mudanças sociais que a instituição sofreu ao longo dos anos até que chegou a forma contemporânea atual.

O capítulo seguinte tem como objeto o estudo breve acerca da responsabilidade civil, abarcando o esboço histórico, conceito e pressupostos para sua caracterização.

No capítulo terceiro é abordado o tema dano moral. Embora plausível cingir ao capítulo anterior, apresenta-se como foco principal do presente estudo, motivo pelo qual foi dedicada maior explanação. Nesse momento, foi exposto conceito, a função indenizatória, sua correlação com a violação dos direitos da personalidade bem como acerca da quantificação do dano moral arbitrado.

No capítulo seguinte aborda precipuamente acerca do afeto e sua importância nas relações intrafamiliares. Dentro do contexto igualmente foi abordado acerca dos princípios da paternidade responsável, poder familiar e proteção da criança e do adolescente.

Ao fim, com base em todo o exposto anteriormente apresenta-se sobre o abandono afetivo e dano moral, desde a roupagem da família contemporânea e o valor no afeto entre seus membros e pesquisa jurisprudencial dos tribunais Brasileiros.

2 ANÁLISE JURÍDICA DA FAMÍLIA

O ponto de partida do presente estudo insurge com o estudo da entidade familiar uma vez que os casos de abono afetivo incorre nas relações intrafamiliares.

Porém, antes de adentrar em análises jurídicas e minuciosas acerca do assunto cumpre, ainda que brevemente, analisar a sua origem e evoluções sofridas, para então compreender a família na sociedade contemporânea.

2.1 ORIGEM E CONCEITO CONTEMPORÂNEO DA FAMÍLIA

A antropologia como ciência que estuda o comportamento e vida do ser humano, não aponta de forma precisa em qual momento histórico o ser humano constituiu uma família.

No entanto, sabido que o homem é um ser eminentemente social, como expõe Dallari¹, em que desde os primeiros indícios da existência do ser humano, verifica-se que os homens precipuamente viviam em sociedade. Dessa forma, insurgem os primeiros vestígios da formação da entidade familiar.

Para Coulanges² a origem da entidade familiar está estritamente ligada à religião, explica:

O arcabouço da família não era tampouco o afeto natural (...) o que unia os membros da família antiga era algo muito mais poderoso que o nascimento, o sentimento, ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados. A família antiga seria, pois, uma associação religiosa, mais que uma associação natural. (...) chamava-lhe [a família] *epístion*, o que literalmente significa: *aquilo que está junto do fogo*. A família era pois, um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar os mesmos manes e oferecer o banquete fúnebre aos mesmos antepassados. (grifos conforme original)

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Pessoa, sociedade e humanos direitos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari2.htm>>. Acesso em: 28 de maio de 2016.

² COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 45-46.

Assim, os membros da família greco-romana estavam ligados através dos ritos domésticos de adoração e veneração de seus antepassados junto ao fogo, quando surgiram os indícios pioneiros da formação da sociedade familiar³.

Nessa época, o agrupamento humano não era formado como base na afetividade, mas na instintiva luta pela sobrevivência, independentemente de gerar quaisquer relações de afeto⁴.

Portanto, constituída muito antes ao Estado e a própria religião, o meio de existência do ser humano na forma de entidade familiar ultrapassa os períodos da história da humanidade, quando então, somente no século V a.C. surge a antropologia como ciência que objetiva estudar a vida do ser humano.⁵

Ocorre que, desde a origem da família constituída pelos homens até a sociedade contemporânea a família foi se repersonalizando à medida que ocorriam as mudanças sociais, insurgindo novas necessidades dos seus integrantes e, como não poderia ser diferente, o conceito de família de igual forma foi repaginado, sofrendo intensas modificações do transpasso histórico.

Nesse sentido, vez que na presente pesquisa o foco principal consubstancia-se em analisar a família com base na sociedade brasileira à luz da Constituição Federal de 1988, não comporta divagar acerca das evoluções sociais ocorridas no âmbito familiar nos mais diversos panoramas, incumbe somente explanar brevemente que desde a origem da família muitos dos seus aspectos foram se modificando, de tal forma que o conceito e normas que regem a família brasileira atual é amplamente distinto daquele da antiguidade.

Acerca do conceito atual de família, Rizzardo⁶ ensina:

Existem vários significados de família ainda modernamente, há multiplicidade de conceitos da expressão 'família'. Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes; ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos, ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um de outra.

³ COULANGES, op. cit., p. 26-27.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49.

⁵ MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia: uma introdução**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10-11.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 11.

De outra vertente, Venosa⁷ conceitua:

(...) em *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. (...) Em *conceito restrito*, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar. (grifos conforme original)

No direito brasileiro o conceito de família é vasto, pois as mudanças sociais influenciaram na conceituação do instituto da família, de tal forma que esta não pode mais ser vista da forma como era a família tradicional, qual seja formada pelos pais e filhos, exclusivamente. É, portanto, frente as mudanças sociais que influenciam na estrutura e conceito familiar que a legislação deve-se basear e regulamentar as situações hipotéticas, não podendo a norma desconsiderar a realidade fática e valores e princípios que norteiam as relações familiares.

Karow⁸ ensina que as relações como um todo foram afetadas pelas mudanças sociais, fazendo com o direito absorve-se tais mudanças. A partir daí foram editados novos parâmetros de regulamento das relações como um todo, principalmente aquelas ocorridas no seio familiar.

Verificou-se a formalização dessa *novel* tendência através da leitura vertical, quando a Constituição de 1988 estabeleceu novos parâmetros para a sociedade e o ordenamento jurídico em geral, sobretudo quando apontou como princípio a dignidade da pessoa humana e apresentou um expressivo catálogo de direitos fundamentais e expressivos.

(...) A figura da família como instituição foi aquela que sofreu maiores alterações, através do ritmo de vida das pessoas e acontecimentos particulares na vida de cada um; a família patriarcal foi obrigada a ceder lugar a outros modelos familiares. Agregado a isto, a função familiar deslocou-se seu espaço para os membros, criando um novo cenário.⁹

De forma semelhante, Oliveira e Hironaka¹⁰ destacam:

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2.

⁸ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23.

⁹ Ibid, p. 23-24.

¹⁰ OLIVEIRA, Euclides de; et al. **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 3-4.

A principal mudança, que se pode dizer revolucionária, veio com a Constituição Federal de 1988, alargando o conceito de família e passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, sejam os partícipes dessa união como também os seus descendentes. Seus pontos essenciais constam do artigo 226 e seus incisos, assim resumidos: a) proteção à família constituída: a) pelo casamento civil, b) pelo casamento religioso como efeitos civis, c) pela união estável entre homem e mulher e d) pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) ampliação das formas de dissolução do casamento, ao estabelecer facilidades para o divórcio; c) proclamação da plena igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na vivência conjugal; d) consagração da igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. (grifos conforme o original)

Compreende-se neste contexto que a mudança social em relação ao meio familiar decorreu de um fator principal: o afeto.

Destaca Lôbo:¹¹

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

Para Pereira, citado por Gagliano e Pamplona Filho¹² “a partir do momento em que a família deixou de ser núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço de afeto e amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela”.

Dessa forma, em razão da família estar sustentada nas relações afetivas, a missão dos ordenamentos legais torna-se muito mais delicada em decorrência das implicações comportamentais as quais intervêm na estrutura familiar, bem como na própria estrutura da sociedade.¹³

Assim, o conceito de família, originariamente vinculado às relações consanguíneas e com primazia proteção patrimonial foi rompido, sendo oxigenado pelos conceitos de afetividade e dignidade da pessoa humana, os quais serão tratados na sequência.

¹¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

¹² GAGLIANO, **Direito**, op. cit., p. 39.

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 29.

2.2 A FAMÍLIA NA SOCIEDADE ROMANA

O Direito Civil Brasileiro em sua origem trouxe reflexos dos ordenamentos romanos inclusive no que diz respeito ao instituto da família.

Citado por Gagliano e Pamplona Filho¹⁴, Lôbo explica a concepção da família romana na antiguidade:

Famulus queria dizer escravo e família era o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem (...) a expressão foi inventada pelos romanos para designar um certo número de escravos, submetidos ao poder paterno romano, com direito de vida e morte sobre todos eles. Essa família seria baseada no domínio do homem, com expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, inclusive para fins de sucessão. Foi a primeira forma de família fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, resultando no triunfo da propriedade individual sobre a compropriedade espontânea primitiva.

As relações matrimoniais tinham base nitidamente consensual, em que a dissolução insurgia pela simples intenção de não continuar convivendo. A decisão da dissolução conjugal ademais, era exercida pelo marido se a culpada fosse a mulher.¹⁵

Nessa toada, em Roma, a família como núcleo era comandada pela figura do ascendente do sexo masculino, com absoluta e inquestionável autoridade sobre os demais membros, chamado de *pater familias*. Ademais, pautava-se a família em uma unidade precipuamente ligada em razão de interesses econômicos, políticos, militares e religiosos¹⁶.

Esse modelo familiar da sociedade romana foi adotado pelo Brasil, em que a figura masculina dominava os demais membros e detinha o *pater familiae* que lhe conferia poder sobre os demais, modelo esculpido no Código Civil de 2016¹⁷, que vigorou até o ano de 2002.

¹⁴ GAGLIANO, **Direito**, op. cit., p. 50.

¹⁵ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

¹⁶ GAGLIANO, **Direito**, op. cit., p. 50.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 22 out. 2016.

O vínculo que unia os membros da entidade familiar romana, determinando as relações de parentesco não insurgia da consanguinidade, mas sim da sujeição dos membros ao mesmo pater famílias, relação esta chamada de *agnatio* ou agnição.¹⁸

Todavia, a família do prelúdio romano já trazia indícios do princípio da afetividade, fato relevante para o presente estudo, vez que tal princípio atualmente reveste-se de incólume importância nas relações familiares:

Gagliano e Pamplona Filho¹⁹ destacam:

Para os Romanos, o casamento era um estado de fato, que produzia efeitos jurídicos. Paralelo a ele, existia também a figura do *concubinatus*, que consistia em toda união livre entre homem e mulher na qual não ocorresse a *affectio maritalis*, efeito subjetivo do casamento, que representada o desejo de viver com o parceiro para sempre.

O *affectio maritalis*, portanto, significava na sociedade Romana a intenção marital, como requisito subjetivo para a formação do matrimônio e na ausência deste, estaria dissolvido.²⁰

Portanto, o casamento na família romana acabava na hipótese do desarraigamento do afeto, da mesma forma como ocorre na sociedade contemporânea, em que as relações familiares dimanam em decorrência da afetividade entre seus membros.

Todavia, com o rompimento do modelo tradicional, houve relevante alteração na essência da formação da sociedade familiar, conforme ensina Lôbo:²¹

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida.

De outra vertente, o Direito Romano influenciou também nos ensinamentos acerca da responsabilidade civil, tema igualmente abarcado na presente pesquisa.

¹⁸ GAGLIANO, **Direito**, op. cit., p. 51.

¹⁹ Idem.

²⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **A natureza jurídica do casamento romano no direito**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67287/69897>> Acesso em: 16 ago. 2016.

²¹ LÔBO, op. cit., p. 27.

A primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação processual contra o mal sofrido.²²

Acerca da realidade social da época, Gonçalves²³ doutrina: “não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.

Num estágio mais avançado, o período seguinte caracterizou mudança na forma de reparação do dano sofrido, quando passou a ser aplicada a composição que, segundo Gonçalves de forma facultativa, veio para substituir a aplicação da vingança individual, ficando essa reparação a critério da vítima²⁴.

Posteriormente, com advento da soberania estatal, o Estado passou a interferir de forma mais ampla nas relações privadas, extinguindo a partir daí, a possibilidade de reparação dos danos sofridos pela retaliação.

Surgem nessa época os primeiros indícios da ação de indenização que diz respeito à responsabilidade civil, a qual passou a regulamentar as relações privadas ao lado da responsabilidade penal.²⁵

A partir daí, a aplicação da composição obrigatória determinada pelo legislador decorreu da percepção da ineficácia da forma que o autor era responsabilizado até então, pois a vítima detinha o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante o dano idêntico ao que experimentou.

Diniz²⁶ entende que o pagamento por pecúnia passou a vigorar, pois mudou-se a visão em torno da punição do autor:

(...) seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa – para que ele reparasse o dano mediante a prestação da *poena* (pagamento de certa quantia em dinheiro), a critério da autoridade pública, se o delito fosse público (perpetrado contra direito relativos à res pública), e do lesado,

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.

²⁵ Idem.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11.

se se tratasse de delito privado (efetivado contra interesse de particulares) – do que cobrar a retaliação, porque esta não reparava dano algum, ocasionando na verdade um duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido. (grifos conforme original)

Em seguida, a *Lex Aquilia*, datada entre o final do século III e início do século II a.C., veio concluir o ideal da composição, trazendo consigo importantes ensinamentos para o estudo posterior acerca da responsabilidade civil.

Gonçalves²⁷ nesse sentido explica: “é na Lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano”.

Diniz,²⁸ na mesma linha de raciocínio, preceitua:

A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse precedido sem culpa. A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento do seu valor. Esta Lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado ao bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia, mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa. (grifos conforme original)

Portanto, o Direito Romano trouxe fatores importantes que influenciaram tanto no instituto da família propriamente dito, quanto na evolução da responsabilidade civil, ambos elementos de estudo fundamentais na presente pesquisa.

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DA FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Direito de Família, após da Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 assimilou profundas modificações valorativas e culturais da sociedade, buscando adequar-se as novas necessidade e interesses sociais. Assim, o direito moderno da

²⁷ GONÇALVES, **Responsabilidade**, op. cit., p. 43.

²⁸ DINIZ, op. cit., p. 11.

família trás em seu bojo princípios gerais e específicos, os quais tem importância inquestionável no âmbito das relações familiares.

Isto porque, em decorrência do conceito de família estar em constante mudança, infelizmente nem sempre o ordenamento jurídico acompanha a realidade social.

Portanto, na lacuna da lei, haverá a primazia da aplicação dos princípios que regem as relações, pois, servindo de base para a formação das normas positivas, nos casos de inexistência de lei expressa que regule determinadas situações, valem-se os julgadores dos princípios para dirimir a questão, como é o caso do abandono afetivo.

Para Bonavides,²⁹ os princípios tem importância incólume no ordenamento brasileiro:

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque a prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

Na visão de Barroso:³⁰

Princípios têm **sentido e alcance mínimos**, um núcleo essencial, no qual **se equiparam às regras**. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete. Essa característica dos princípios, aliás, é que **permite que a norma se adapte, ao longo do tempo, a diferentes realidades**, além de permitir a realização da vontade da maioria, inerente ao regime democrático. Há, portanto, um sentido mínimo, oponível a qualquer grupo que venha a exercer o poder, e também um espaço cujo conteúdo será preenchido pela deliberação democrática. (sem grifos no original)

No âmbito das relações familiares a doutrina não se apresenta uníssona acerca de quais princípios norteiam o Direito de Família, todavia, a classificação que melhor se adequa dentro do presente estudo é a trazida por Lôbo, elencando:

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 289.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção de um novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171.

dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança.³¹

A dignidade da pessoa humana é princípio norteador no âmbito jurídico. Disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988³², irradia seus efeitos sobre todas as áreas do sistema jurídico brasileiro.

No entendimento de Santos³³ “ao inscrever a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, a Constituição de 1988 condicionou todo o ordenamento jurídico: toda lei, toda decisão judicial, todo ato ou negócio jurídico deve ser orientado para a preservação desse valor maior: a pessoa”.

Para Lôbo³⁴, o princípio da dignidade da pessoa humana configura-se como “o núcleo existencial, que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um **dever geral de respeito, proteção e intocabilidade**”. (sem grifos no original)

Dias³⁵ arremata:

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como **valor nuclear da ordem constitucional**. (...) O princípio da dignidade da pessoa humana é o **mais universal de todos** os princípios. É um **macro princípio** do qual se irradiam todos os demais. (grifos conforme original)

Portanto, com a proeminência do princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de sua fundamentalidade, o ordenamento jurídico passou a assegurar à pessoa não somente o direito a vida, mas a uma vida digna.

Nesse sentido, doutrina Lôbo:³⁶ “atualmente, a família converteu-se em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades”. (grifos conforme original)

³¹ LÔBO, op. cit., p. 60.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. *In verbis*: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 jun 2016.

³³ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011. p. 131.

³⁴ LÔBO, op. cit., p. 61.

³⁵ DIAS, op. cit., p. 65.

Assim, protegida constitucionalmente, a família da sociedade atual mostra-se como meio propício ao desenvolvimento à vida digna, a fim de assegurar o pleno desenvolvimento e formação da personalidade de todos os seus integrantes, especialmente da criança e do adolescente³⁷.

Para Lôbo³⁸ em relação à proteção da dignidade da criança e o do adolescente no âmbito familiar:

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o art. 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of rights*, ao estabelecer que seja dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (grifos conforme original)

No que tange à dignidade da pessoa humana e sua proteção em relação às crianças e adolescentes, Lôbo³⁹ arremata:

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 declara que a criança deve ser preparada para uma vida individual em sociedade, respeitada sua dignidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 tem por fim assegurar “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” dessas pessoas em desenvolvimento (art. 3º) e a absoluta prioridade dos direitos referentes às suas dignidades (arts. 4º, 15 e 18).

Desta forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, influenciado pela CRFB/88 passou a regulamentar direitos das crianças e dos adolescentes de acordo com as diretrizes promovidas pela própria Carta Magna, bem como por ordenamentos pré-existentes.

Ocorre que, apesar da proteção especial destinada às crianças e adolescentes, muitos são os casos de genitores que descuidam com a criação e desenvolvimento saudável de seus filhos.

Conforme a legislação determina, as obrigações dos pais para com os seus filhos vão além da simples obrigação de subsistência, ao passo que o descuido por

³⁶ LÔBO, op. cit., p. 62.

³⁷ DIAS, op. cit., p. 66.

³⁸ LÔBO, op. cit., p. 61.

³⁹ Ibid, p. 62.

parte dos pais pode vir a ocasionar danos à personalidade e à dignidade dos infantes, por muitas vezes irreversíveis.

Assim sendo, o desmazelo dos pais relativos à criação da prole gera pressuposto para discussão de medidas à regular e garantir esse direito-dever, sendo esse o ponto principal do presente estudo.

Diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade familiar surge com a ideia de “fraternidade e reciprocidade”⁴⁰.

Para Lôbo⁴¹ “significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade”.

Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade apresenta amplo efeito no direito que regula as relações familiares, motivo pelo qual merece destaque bem como, na visão de alguns doutrinadores mostra-se também como um macro princípio, norteador dos demais.

Para Lôbo:⁴²

No capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230). A solidariedade, no direito brasileiro, apenas após a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico; antes, era concebida como dever moral, ou expressão de piedade, ou virtude ético-teológica.

A ideia da solidariedade e cooperação recíproca entre os familiares é extraída também do artigo 229 da Constituição de 1988.⁴³

Desta forma, a família configura lugar propício também ao desenvolvimento do princípio da solidariedade, principalmente em razão de que a família atual reflete a nova principiologia trazida pela Constituição Federal, da qual merece destaque também a igualdade, liberdade, afetividade e convivência familiar.

⁴⁰ DIAS, op. cit., p. 69.

⁴¹ LÔBO, op. cit., p. 62.

⁴² Ibid, p. 64.

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. *In verbis*: “**Art. 229.** Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 jun. de 2016.

Já o princípio da igualdade veio com força cogente na consagração do texto constitucional de 1988.

Previsto no *caput* do artigo 5º⁴⁴, a igualdade correlaciona-se diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Imprescindível que com a ampla evolução da sociedade familiar, o ordenamento jurídico viesse a tratar de forma igualitária os seus membros. Prever princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana e solidariedade sem fazer menção ao reconhecimento de tratamento igualitário entre seus membros seria contradição e retrocesso no âmbito jurídico.

No âmbito do direito de família o princípio da igualdade surge com evidência, diante das grandes modificações ocorridas, a destacar: reconhecimento de igualdade entre os filhos, cônjuges e das entidades familiares. Com advento do referido princípio, rompeu-se com a ideia de família patriarcal e funcional, baseada na hegemonia do poder paterno, vigente até então. A nova roupagem trazida à tutela social, rompeu completamente com os fundamentos jurídicos aplicáveis à família tradicional patriarcal.

Por sua vez, o princípio da liberdade consagrado no texto constitucional veio com o intuito de respeitar e garantir o livre poder de escolha, de modo a dar eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana através do desenvolvimento da liberdade individual de cada indivíduo.

É como entende Dias⁴⁵: “a Constituição (...) revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família”.

Dessa forma, Lôbo⁴⁶ a respeito do tema entende que “a Constituição de 1988 retirou definitivamente das sombras da exclusão e dos impedimentos legais as entidades não matrimoniais, os filhos ilegítimos, enfim, a liberdade de escolher o

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. *In verbis*: “**Art. 5º**. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 jun. de 2016.

⁴⁵ DIAS, op. cit., p. 66.

⁴⁶ LÔBO, op. cit., p. 69-70.

projeto de vida familiar, em maior espaço para exercício das escolhas afetivas. O princípio da liberdade, portanto, está visceralmente ligado ao da igualdade”.

O princípio da afetividade merece destaque, pois é tratado como o principal dentro da presente pesquisa. No entanto, será tratado com melhor abrangência no Capítulo 4.

Este princípio não se apresenta de forma explícita no texto constitucional. Porém, o princípio foi reconhecido em decorrência das transformações familiares em relação aos seus integrantes, refletindo a realidade social.

Assim doutrina Santos:

As relações de afeto constituem um valor vigente na sociedade, sua proteção inicia-se com a proteção da dignidade da pessoa humana e se desdobra nos princípios da igualdade e da solidariedade, previstos na própria Constituição. (...) **Conquanto não se ache inscrito expressamente na Constituição, desponta como um novo valor a ser preservado pela ordem constitucional, como forma de realização do próprio Estado**”.
(sem grifos no original)⁴⁷

Lôbo⁴⁸ esclarece: “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Dentre outras, o reconhecimento das uniões estáveis, famílias socioafetivas, famílias homoafetivas, igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, despontam como realidades inseparáveis do princípio da afetividade.⁴⁹

Mais uma vez o patrimonialismo foi degradado, agora pela presença do afeto nas relações familiares, cujo princípio a ser tratado com prioridade.

É como ensina Dias⁵⁰: “a família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família”.

Por outra perspectiva, cabe mencionar que nas relações paterno-filiais a afetividade que era vista até então de forma facultativa, assume outra dimensão.

⁴⁹ SANTOS, op. cit., p. 134-135.

⁴⁸ LÔBO, op. cit., p. 70.

⁴⁹ Ibid, p. 72.

⁵⁰ DIAS, op. cit., p. 73.

Conforme entendimento de Lôbo⁵¹ “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”.

Deste modo, da afetividade que promove e sustenta relações familiares consoma em sua essência social o reconhecimento de obrigações e direitos decorrentes do afeto, temas a serem abordados nos capítulos posteriores.

Já a convivência familiar como princípio informador do direito de família está relacionada diretamente a outros dois princípios, quais sejam: afetividade e solidariedade, motivo pelo qual algumas doutrinas deixam de mencioná-lo, fazendo referência apenas à solidariedade familiar.

Erroneamente, o princípio da convivência remete ao entendimento ao espaço físico comum.

Lôbo⁵² entende ir além, acrescentando tratar-se de “relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, **mas não necessariamente** (...)”. (sem grifos no original)

Atualmente percebe-se a importância da convivência familiar principalmente no tocante às crianças e adolescentes membros da entidade familiar na qual os pais não residem juntos. A situação é reflexo da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a possibilidade da dissolução do casamento, e em contrapartida reconheceu a necessidade de convivência com os demais membros da família, não só àquele que detém a guarda dos filhos.

Portanto, a proteção da convivência familiar que incide à criança e ao adolescente encontra aplicabilidade decorrente de fundamento constitucional, bem como em leis infraconstitucionais posteriores, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente e o próprio Código Civil, responsável por regular as relações privadas.

Ao reconhecer o princípio do melhor interesse da criança, a CRFB/88 demonstrou a necessidade da especial proteção das crianças e adolescentes pelo Estado, pela sociedade e pela família, consagrando-a como sujeitos de direitos.

⁵¹ LÔBO, op. cit., p. 71.

⁵² Ibid, p. 74.

Constitucionalmente, o *caput* do artigo 227⁵³ deixa de maneira explícita a especial proteção que detém as crianças e adolescentes na sociedade contemporânea.

Para, Lôbo⁵⁴ “o princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social”.

A criança então, hoje é vista como sujeito de direitos, pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, titular de direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional, bem como por leis complementares e convenções internacionais, as quais vieram a corroborar a necessidade de proteção e melhor interesse da criança. Ao passo que a família, é ambiente primário a assegurar que tais direitos e garantias tenham efetividade. É no âmbito familiar, em primeiro plano que deve possibilitar o desenvolvimento dos filhos, seja físico, mental, social, moral com liberdade e dignidade, fundando-se no princípio do melhor interesse da criança.

⁵³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. *In verbis*: “**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 jun. de 2016.

⁵⁴ LÔBO, op. cit., p. 75.

3 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes que se fale em indenização pelo dano moral decorrente de abandono afetivo parental se faz necessária a compreensão do instituto da responsabilidade civil, ainda de maneira breve, abordando breve digressão histórica, conceitos e pressupostos do dever de indenizar.

3.1 BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O estudo da responsabilidade civil retroage à época dos primórdios da civilização, caracterizada pela aplicação da vingança como forma de responsabilizar o autor por determinada conduta que gerou dano a outrem.

As primeiras noções de reponsabilidade pelo dano e sua reparação surgiram na Mesopotâmia com advento do Código de Hamurabi, criado pelo Rei babilônico entre os anos de 1792 e 1750 a.C. em que prevalecia a vingança privada reparando o mal pelo mal, situação nas quais na eminência de um ato que gerasse lesão à outrem, a este era permitido que causasse igual dano ao ofensor⁵⁵.

Tratava-se a forma primitiva, espontânea e natural da solução dos conflitos contra o mal sofrido, em que não haviam regras nem limitações, sequer imperava o direito como norma positiva que regulamentasse as relações⁵⁶.

Posteriormente, com a intervenção do Estado a composição foi imposta como regra, mediante a prestação da *poena*⁵⁷ a critério da autoridade pública quando a lesão era suportada por esta, ou pelo lesado, quando delito privado, afastando dessa forma a retaliação⁵⁸.

Em seguida, a *Lex Aquilia*⁵⁹, conforme já mencionado, veio concluir o ideal da composição, esboçando o raciocínio da reparação do dano e impondo ao lesante

⁵⁵ REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 9.

⁵⁶ GONÇALVES, **Responsabilidade**, op. cit., p. 43.

⁵⁷ Pagamento de certa quantia em dinheiro.

⁵⁸ DINIZ, op. cit., p. 11.

⁵⁹ Lei Aquília.

suportar o ônus da reparação caso inexistisse causa que isentaria a sua responsabilidade, ou seja, se tivesse precedido sem culpa.⁶⁰

Desse instituto surgiu o elemento culpa como requisito do dever de indenizar, o qual não era considerado até então. Assim, aquele que produziu a lesão, se demonstrasse a inexistência de culpa seria exonerado do dever de indenizar. O elemento culpa, somente na Idade Média foi subdividido em *strictu sensu* e dolo, desenhando a responsabilidade civil subjetiva atual.⁶¹

Da mesma forma, da Lei Aquiliana originou-se a responsabilidade extracontratual.⁶²

Entretanto, não havia na época a noção de dano de ordem moral, mas a dimensão de influência decorrida do referido ordenamento reflete até os dias atuais.

Ocorre que, cada dia mais aumenta o campo jurisdicional que abrange a responsabilidade civil, principalmente no que diz respeito à responsabilidade civil por dano moral, sendo, portanto, de forma constante objeto de estudo na atualidade, cuja importância e desenvolvimento justificam-se pelo exorbitante número de demandas que tramitam nos Tribunais Brasileiros.

3.2 CONCEITO E ESPÉCIES

Para Stoco⁶³ “a expressão “responsabilidade” tem sentido polissêmico e leva mais de um significado. Tanto pode ser sinônima de diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico”.

Com visão mais histórica, para Gagliano e Pamplona Filho:⁶⁴

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, (...) O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, a

⁶⁰ DINIZ, op. cit., p. 11.

⁶¹ Ibid, p. 13.

⁶² Ibid, p. 12.

⁶³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 132.

⁶⁴ GAGLIANO, **Novo**, op. cit., p. 46.

ideia de que a ninguém se deve lesar - a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano -, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada. (grifos conforme original)

A partir daí, após mudanças no instituto tanto no que diz respeito aos seus pressupostos quanto a sua aplicabilidade, o entendimento de Venosa⁶⁵, em sentido mais amplo e positivista traduz o que mais se aproxima ao conceito de responsabilidade na atualidade:

Em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. (...) O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de uma ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.

Portanto, independentemente dos inúmeros conceitos de responsabilidade civil, todos insurgem no sentido de constituir um dever jurídico sucessivo em reparar um dano suportado pela vítima.⁶⁶

O dever de reparar deve portanto ter uma origem, e esta pode decorrer de uma relação jurídica obrigacional pré-existente ou por obrigação imposta pelo preceito Geral de direito ou pela própria lei.⁶⁷

Assim, quanto à origem da obrigação, a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual.

Cavaliere Filho⁶⁸ explica:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 01.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

⁶⁷ Ibid, p. 16.

⁶⁸ Idem.

Não obstante, em relação a responsabilidade civil pode ser classificada como objetiva ou subjetiva, a depender da imprescindível presença do elemento culpa, que será estudado de forma mais abrangente na sequência.

A responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco envolve situações excepcionais como acidentes de trabalho e de leis específicas, as não abrangem o tema principal da pesquisa. Portanto, será estudada forma sumária, uma vez que não é essencial para a compreensão do foco principal do tema.

Essa espécie de responsabilidade teve como marco inicial a Revolução Industrial ocorrida no Século XX, que desencadeou uma série de acidentes de trabalho e tornou doutrina da responsabilidade subjetiva insuficiente às novas situações, em que o empregado, apenas com base na teoria subjetiva até então, diante da necessidade de comprovar a existência de culpa do empregador, permaneceria desamparado.⁶⁹

Assim, o Código Civil de 2002 trouxe a inovação dos casos em que há responsabilidade civil independentemente da existência de culpa, sendo necessária tão somente a ocorrência de um dano decorrente da conduta do agente atrelada ao nexo causal.

Infere-se do ordenamento vigente que como regra, segue a aplicabilidade da responsabilidade civil subjetiva, mediante a demonstração da culpa, acoplada ao dano, conduta e nexo causal, ao passo que, somente em hipóteses excepcionais será dispensado o elemento culpa para figurar a ocorrência da responsabilidade civil, ante a disposição do artigo 927⁷⁰ do Diploma, e a exceção em seu parágrafo único.⁷¹

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 151.

⁷⁰ BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 927**. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 jul. de 2016.

⁷¹ BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 927**. (...) Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 jul. de 2016.

3.3 PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR

Como dito, para que se possa falar em dever de indenizar, a incidência da responsabilidade civil pressupõe condições cumulativas, e, partindo da condição de que a responsabilidade civil por abandono afetivo parental segue às normas do artigo 186 do Código Civil⁷² c.c. artigo 927, caput⁷³, sua espécie é subjetiva, na qual são elementos essenciais: conduta, culpa, nexo de causal (ou nexo de causalidade) e dano.

3.3.1 Conduta

A responsabilidade civil em qualquer espécie pressupõe a existência de uma conduta, seja positiva ou negativa.

Para Cavalieri Filho, entretanto, a afirmação é insuficiente, entendendo que para que se possa falar em responsabilidade civil subjetiva é imprescindível a existência no caso concreto que uma conduta culposa⁷⁴ (em sentido lato).

Explica:

A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo.

(...)

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.⁷⁵

⁷² BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 186**. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 jul. de 2016.

⁷³ BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 927**. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 jul. de 2016.

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 24.

⁷⁵ Ibid, p. 24-25.

Isto porque, o artigo 927 do Código Civil de 2002 tem no seu teor a expressão *ato ilícito* deixando, contudo, de conceituar a expressão. No entanto, a remissão ao artigo 186 do mesmo diploma complementa a norma, dando sentido ao dispositivo.

Assim sendo, o *ato ilícito* de que tratam os artigos 927 e 186 do Código Civil Brasileiro “tem por elemento nuclear uma conduta humana voluntária, contrária ao Direito”.⁷⁶

Ao exigir a voluntariedade na conduta, Gonçalves⁷⁷ explica:

A exigência de um fato “voluntário” na base do dano exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um demente. Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem. Fato voluntário equivale a fato controlável ou dominável pela vontade do homem.

Diniz⁷⁸ conceitua a conduta como:

(...) ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que causa dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Precipuamente sobre o tema principal do presente estudo, Karow⁷⁹ ensina que a conduta pode ser:

(...) omissiva de um dos genitores, a ponto de provar o filho da convivência, aleijando-se voluntariamente de forma física e emocional, ou ainda, conduta comissiva, através de reiteradas atitudes de desprezo, rejeição, indiferença e humilhação, em ambas gerando desamparo afetivo, moral e psíquico. E ainda, que (o fato) nasça da não observância dos dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro que evidenciam a existência do direito-dever paterno ou materno de cuidar e proteger o filho, não apenas em sua aspecto físico, mas também no psíquico e afetivo.

Nesta toada, a origem ao dever de reparar pode decorrer tanto de conduta comissiva quanto omissa por parte do agente. Da mesma sorte, ocorre nos casos de responsabilidade civil por abandono afetivo, pois, como se verá nos estudos

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 24.

⁷⁷ GONÇALVES, **Responsabilidade**, p. 65-66.

⁷⁸ DINIZ, op. cit., p. 38-39.

⁷⁹ KAROW, op. cit., p. 219.

jurisprudenciais, os casos de abandono afetivo e dano moral incidem desde a conduta do pai/mãe em condutas comissivas de impedir o convívio, mas em sua maioria na omissão no dever de promover a participação na vida dos filhos. Inobstante a fome da conduta, ambas violam os princípios constitucionais de convivência familiar, paternidade responsável e proteção integral.

3.3.2 Culpa *Lato Sensu*

Inexistindo previsão legal de incidência da responsabilidade objetiva, a diretriz que segue diz respeito à responsabilidade civil subjetiva.

Também chamada de teoria culpa, tem este elemento como fundamento para caracterizar responsabilidade, ao lado da conduta, dano e nexo causal, imprescindíveis a qualquer caso de responsabilidade civil.

Cavaliere Filho⁸⁰ explica: “a noção de culpa, aqui, tem sentido amplo, (*lato sensu*), abrangente de toda a espécie de comportamento contrário ao Direito, seja **intencional**, como no caso de dolo, ou **tencional**, como na culpa”. (grifos conforme original)

Esclarece:

Ação ou omissão é o aspecto físico, externo, objetivo da conduta, enquanto que a vontade constitui o seu aspecto intrínseco, psicológico ou subjetivo. (...) Na realidade, é a vontade que dá ao comportamento a natureza de conduta humana. (...) Esta, todavia, tem graus, pode atuar com maior ou menor intensidade. O ser humano pode querer mais ou menos, pode ter maior ou menor determinação no seu querer, mas sempre haverá um mínimo de vontade em sua conduta. Daí ser possível que o indivíduo, em sua conduta antissocial aja tencional ou intencionalmente.⁸¹

Nessa toada, o elemento é tratado no sentido amplo, em que “para que o agente indenize, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 31.

⁸¹ Idem.

culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia)”, segundo Tartuce.⁸²

Entende da mesma forma Gonçalves:⁸³ “Diz-se, pois, ser “subjéitiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa”.

Assim sendo, no que tange ao pressuposto da culpa em sentido amplo, como elemento essencial à caracterização da responsabilidade civil, Gagliano e Pamplona Filho⁸⁴, ao citar Stoco trazem classificação quanto a gravidade da culpa, que pode ser:

- a) **culpa grave** — embora não intencional, o comportamento do agente demonstra que o mesmo atuou “como se tivesse querido o prejuízo causado à vítima”, o que inspirou o ditado “*culpa lata dolo aequiparatur*”⁸⁵;
- b) **culpa leve** — é a falta de diligência média que um homem normal observa em sua conduta;
- c) **culpa levíssima** — trata-se da falta cometida por força de uma conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um diligentíssimo *pater familias*⁸⁶, especialmente cuidadoso e atento, guardaria. (grifos conforme original)

A referida classificação da culpa deixou de vigor no ordenamento brasileiro desde o Código Civil de 1916.

Ocorre que, para o presente estudo faz necessária a análise da classificação, pois a preocupação com as subespécies apresenta-se implícita na realidade atual, um vez que, nas situações que restar caracterizada a responsabilidade civil pelo agente, o julgador ao fixar o *quantum*⁸⁷ indenizatório, utiliza-se como base a proporção entre a gravidade da culpa e o dano⁸⁸, inclusive em concordância com o disposto do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil⁸⁹.

⁸² TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 318.

⁸³ GONÇALVES, **Responsabilidade**, op. cit., p. 53.

⁸⁴ GAGLIANO, **Novo**, op. cit., p. 202-203.

⁸⁵ Grande culpa equivale a dolo.

⁸⁶ Chefe de família.

⁸⁷ Quantidade; em pecúnia, pedido em condenação.

⁸⁸ GAGLIANO, **Novo**, op. cit., p. 204-205.

⁸⁹ BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 944**. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 jul. de 2016.

Da mesma forma, Gagliano e Pamplona Filho⁹⁰ trazem ainda a existência de outras modalidades de culpa, relacionadas ao modo pelo qual se manifesta:

a) culpa in vigilando — é a que decorre da falta de vigilância, de fiscalização, em face da conduta de terceiro por quem nos responsabilizamos. (...)

b) culpa in eligendo — é aquela decorrente da má escolha. Tradicionalmente, aponta-se como exemplo a culpa atribuída ao patrão por ato danoso do empregado ou do comitente. (...)

c) culpa in custodiendo — assemelha-se com a culpa *in vigilando*, embora a expressão seja empregada para caracterizar a culpa na guarda de coisas ou animais, sob custódia. (...)

d) culpa in comittendo ou culpa in faciendo — quando o agente realiza um ato positivo, violando um dever jurídico;

e) culpa in omittendo, culpa in negligendo ou culpa in non faciendo — quando o agente realiza uma abstenção culposa, negligenciando um dever de cuidado. (...)

Por fim, imprescindível mencionar acerca da culpa em *stictu sensu*⁹¹, a qual se apresenta de forma expressa no texto legal do já mencionado artigo 186 do Código Civil, que compreende a negligência, imprudência e imperícia.

Traz Cavalieri Filho⁹² nesse sentido, os conceitos dessas modalidades, utilizando para fins exemplificativos a mesma situação, mas que em circunstâncias diferentes se caracteriza de maneiras diversas:

Não são, como se vê, espécies de culpa, nem elementos desta, mas formas de exteriorização da conduta culposa. A **imprudência** é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal. **Negligência** é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não tiver condições de trafegar, por deficiência de freios pneus, etc. (...) A **imperícia**, por sua vez, decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que provoca acidente por falta de habilitação. O erro médico grosseiro também exemplifica a imperícia. (sem grifos no original)

Desta forma, apreende-se que a culpa mereceu estudo mais aprofundado, pois apresenta peculiaridades importantes no que tange ao encontro com responsabilidade civil.

⁹⁰ GAGLIANO, **Novo**, op. cit., p. 207-208.

⁹¹ Sentido estrito.

⁹² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 38.

Ademais, ao passo que a evolução da sociedade gera situações problemáticas muitas vezes não previstas em lei, se faz necessário o estudo a adaptação para a solução do caso concreto. Por ser elemento subjetivo, apresenta-se como pressuposto de maior complexidade, vez que para caracterizar o dever de indenizar exige-se a consciência do agente, o qual poderia agir de forma à evitar ou diminuir o resultado, qual seja, o dano.

3.3.3 Nexo Causal

Assim como os demais, o nexos causal (ou nexos de causalidade) é imprescindível para que se possa falar em responsabilidade civil pois significa a ponte de ligação entre a conduta o resultado danoso.

Para Cavalieri Filho:⁹³

Não basta que a o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma **necessária relação de causa e efeito**. (sem grifos no original)

É como diz Savatier, citado por Gonçalves⁹⁴ “um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado”.

Portanto, o conceito de nexos causal decorre da situação natural que por vezes requer tarifação pela tutela jurisdicional, quando a situação chega ao Poder Judiciário para ser dirimida, como traz Cavalieri Filho:⁹⁵

O conceito de nexos causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente.

⁹³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 49.

⁹⁴ GONÇALVES, **Responsabilidade**, op. cit., p. 462.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 49.

O conceito de nexo de causalidade, nesse sentido, não encontra óbices na conceituação. Todavia, nos casos concretos de abandono afetivo mostra-se complexa a sua comprovação, sobretudo por se falar em danos de ordem moral, o que por si só não tão simples demonstração, bem como pelo fato de diversos fatores contribuem para o desenvolvimento psíquico da criança e adolescentes.

3.3.4 Dano

Para que nasça o dever de indenizar, é imprescindível a existência do dano.

O dano, em sentido amplo, consiste em na lesão ao bem jurídico protegido, podendo ser inclusive de ordem moral.⁹⁶

Na visão de Diniz⁹⁷ “*dano* é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver dano ação de indenização de um prejuízo. (...) Isto é assim porque a responsabilidade resulta em dever de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar”.

Para Stoco⁹⁸ “o dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato lícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva”.

Dessa forma, o dano é o centro da teoria da responsabilidade civil, bem como o elemento mais problemático. Sem que tenha ocorrido um consequência concreta ao bem jurídico protegido não se há que se falar em dever de reparar, vez que pressupõe a preexistência de dano, e sem este, não se fala em indenização.⁹⁹

Assim sendo, independentemente da espécie de responsabilidade civil no caso concreto, o dano sempre estará presente ao refletir o dever de indenizar. Ademais, o dano pode atingir a esfera patrimonial da pessoa, com valor

⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33

⁹⁷ DINIZ, op. cit., p. 61.

⁹⁸ STOCO, op. cit., p. 151.

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 77.

economicamente apreciável, mas também pode ser de ordem moral, referindo-se aos bens que integram a personalidade da vítima.¹⁰⁰

O dano moral por sua vez, não possui quantificação monetária, motivo pelo qual a indenização corresponde à compensação aproximada do prejuízo no caso concreto.

A reponsabilidade decorrente dos danos morais é plausível, vez que não são apenas os atos que atentem ao patrimônio da pessoa suscetíveis de ofender a integridade dos bens, pois o homem como ser material e espiritual, podem ter bem lesionado dentro do seu patrimônio universal, qual seja, físico e espiritual, causando reflexos no psiquismo.¹⁰¹

Para Reis, ao tratar do dano moral “é necessário, portanto, afastarmos da ideia de que a reparação possui caráter meramente material, mesmo porque, se mantivermos essa postura, jamais superaremos a dificuldade existente no sentido da reparação dos danos extrapatrimoniais”.¹⁰²

Considerando que o tema do presente trabalho pauta-se essencialmente na possibilidade de indenização por dano moral sofrido pelo filho abandonado afetivamente, necessário estudo de forma mais aprofundada acerca dos danos morais.

¹⁰⁰ STOCO, op. cit., p. 153.

¹⁰¹ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 17.

¹⁰² Ibid, p. 112.

4 DANO MORAL

4.1 CONCEITO

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas ao entender que também pode a vítima sofrer prejuízos de ordem moral, além da patrimonial, os quais da mesma forma devem ser reparados. Portanto, na problemática atual não se discute acerca da possibilidade ou não de ser indenizável, mas sim do que venha a ser o dano moral, bem como a sua valoração.¹⁰³

O conceito de dano moral é trazido por Gagliano e Pamplona Filho:¹⁰⁴

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

Para Savatier, citado por Cavalieri Filho¹⁰⁵ “dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, *dano moral* é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação - enfim, dor da alma”.

No entanto, Zannoni entende de forma contrária, ao ser citado por Diniz¹⁰⁶: “O dano moral (...) não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano”.

Com entendimento semelhante, Cavalieri Filho¹⁰⁷ ensina:

O dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 88.

¹⁰⁴ GAGLIANO, **Novo**, op. cit., p. 111.

¹⁰⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 88.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria op. cit., p. 93.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 89.

sem violação da dignidade. Dor vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas.

O doutrinador traz uma importante ressalva nesse sentido:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.¹⁰⁸

Nessa toada, embora as divergências ao conceituar o dano moral, é uníssono o entendimento de que situações normais à vivência em sociedade não caracterizam o dano moral. Isto porque, muito se discute na Doutrina e Jurisprudência acerca da chamada *industrialização do dano moral*, em que as 'vítimas' acreditando no amparo legal de proteção aos seus direitos, valem-se do Poder Judiciário para pleitear indenizações milionárias e, por muitas vezes, sem fundamento hábil que caracterize a legítima existência do dano moral sofrido. Situações as quais devem ser observadas com cautela pelo julgador para que não enseje a banalização do instituto do dano moral, em razão de meros aborrecimentos.

Ensina Venosa:¹⁰⁹

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. **Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar em indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezes do destino.** (sem grifos no original)

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 93.

¹⁰⁹ VENOSA, **Responsabilidade**, op. cit., p. 41.

Portanto, inexistente expressa previsão taxativa que quais situações caracterizam dano moral. Com razão, pois o critério é essencialmente subjetivo, o que gera a primeira problemática das ações envolvendo dano moral que não se opera na forma *in re ipsa*.¹¹⁰

4.2 DANO MORAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com o advento da Constituição¹¹¹ de 1988, o Estado colocou a pessoa no centro de proteção, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, já mencionado dentro do presente estudo.

Nesse sentido, trouxe expressamente em seu artigo 5º, incisos V e X¹¹² acerca da reparação dos danos morais, protegendo a dignidade da pessoa humana, demais direitos fundamentais e da personalidade como figura do dano moral.

A partir da disposição do homem como centro do ordenamento jurídico pelo princípio da dignidade da pessoa humana, Braga¹¹³ explica o encadeamento com os direitos da personalidade:

Nesse macroprincípio da dignidade deságuam importantes afluentes principiológicos a matizarem o cenário público-privado das relações humanas, com vistas à preservação dos direitos da personalidade em suas faces física, moral e psíquica. Tais direitos, inerentes à dignidade, distribuem-se em dois grupos: o dos direitos à integridade física, que engloba o direito à vida e ao próprio corpo vivo ou não; e o grupo de direitos à integridade moral, rubrica na qual se inscrevem os direitos à honra, liberdade, vida privada, intimidade, imagem (...)

¹¹⁰ Tradução livre: presumido, não prescinde de prova.

¹¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Acesso em: 22 jun. de 2016.

¹¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. *In verbis*: “**Art. 5º**. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 jun. 2016.

¹¹³ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. **Abandono afetivo**: do direito à psicanálise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 21.

Já em sede infraconstitucional, os direitos da personalidade vieram consagrados nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002, refletindo a proteção trazida pela Constituição de 1998.

Segundo Reis:¹¹⁴

“ (...) representou para a sociedade brasileira, um dos mais avançados passos na direção da tutela da pessoa humana em face do princípio da dignidade, (...) O que se pretende através desse instituto é ampliar os direitos da proteção da pessoa humana, em seus mais diversos componentes, em especial aqueles que integram os elementos estruturais da personalidade.”

Assim, os Direitos da personalidade tutelam o indivíduo de modo a propiciar a concretização da proteção à dignidade humana.

Nesta toada, a relação da ocorrência do dano moral e os direitos da personalidade se dá vez que origina-se da lesão os direitos da personalidade do indivíduo, consistindo na ofensa ao bens intrínsecos do ser humano. Isso porque, “o dano moral abrange principalmente os direitos da personalidade em geral, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo, etc.”.¹¹⁵

Portanto, os bens que integram a vida íntima e da pessoa, tais como personalidade, privacidade, valores éticos, religião, etc, todos tutelados pelo ordenamento jurídico, são determinantes no comportamento social e na estruturação da pessoa, tanto em ambiente físico, quando psíquico.¹¹⁶

Assim sendo, “negar à criança e ao adolescente convivência familiar, a atenção, o cuidado e o amparo afetivo e moral essenciais ao seu crescimento constitui violação de direitos próprios de sua personalidade”.¹¹⁷

Nessa vertente, o ser humano e a evolução de seus direitos e garantias fundamentais são vistos sob uma perspectiva histórico-cultural, em que os direitos da personalidade decorrem de um valor fundamental advindo do processo histórico, o que faz referência ao dano moral, violando os direitos da personalidade do sujeito.

Arremata Reale:¹¹⁸

¹¹⁴ REIS, Clayton. O abandono afetivo do filho, como violação aos direitos da personalidade. In: Toledo, Lara Rodrigues. et al (Coord.). **Estudos acerca da afetividade dos direitos de personalidade no direito das famílias**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, p. 110

¹¹⁵ Responsabilidade civil, p. 41.

¹¹⁶ REIS, **Os novos**, op. cit., p.17.

¹¹⁷ COSTA, Grace. **Abandono afetivo**: indenização por dano moral. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 63.

A pessoa, como costume dizer, é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico; os direitos da personalidade correspondem às pessoas humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais.

(...)

Enquanto titular desses direitos básicos, a pessoa deles tem garantia especial, o que se dá também com o direito à vida, a liberdade, a igualdade e a segurança, e outros mais que figuram nos arts. 5º e 6º da Carta Magna, desde que constituam faculdades sem as quais a pessoa humana seria inconcebível.

As violações desses bens juridicamente protegidos repercutem de forma a causar esfacelos na personalidade do indivíduo, e, portanto, sujeita o causador à responsabilização desses fatos, quando extrapolados a classificação de mero aborrecimento, transmutam em violações que ferem profundamente a intimidade da pessoa, sobretudo o princípio da dignidade do ser humano.¹¹⁹

Portanto, o dano moral está concatenado à violação dos direitos da personalidade e, a proteção desses, por sua vez, insurgem privativamente no cenário doméstico, como *célula mater* de desenvolvimento da pessoa, na família como base da sociedade, é que se estrutura a personalidade da pessoa.¹²⁰

4.3 FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO

Presentes os elementos que integram a responsabilidade civil, aquele que causou dano a outrem, seja patrimonial ou moral, tem o dever de repará-lo.

Este dever é entendido como uma sanção a ser suportada pela prática de seus atos.¹²¹

Nesse sentido, ensina Diniz¹²² no que diz respeito ao objetivo da responsabilidade civil e a sanção como forma de reparar o dano causado:

¹¹⁸ REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em 15 jul. de 2016.

¹¹⁹ REIS, O abandono, op. cit., p. 124-127.

¹²⁰ Ibid, p. 112.

¹²¹ DINIZ, op. cit., p. 9.

¹²² Ibid, p. 8-9.

Visa (a responsabilidade civil), portanto, garantir o direito do lesado a segurança, mediante pleno ressarcimento dos danos que sofreu, reestabelecendo, na medida do possível o *status quo ante*¹²³ (...), por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento, respeitando assim, sua dignidade. Infere-se daí, que a responsabilidade aparece como uma sanção.

Para Cavalieri Filho, o dever de reparar também visa estabelecer o *status quo ante*, inspirado em um sentimento de justiça. A reparação decorre do rompimento do equilíbrio na relação antes existente entre as partes (agente e vítima) que se dá pelo dano. Há portanto, o dever de restabelecer esse equilíbrio, que se faz através de fixação da indenização proporcional ao dano sofrido.¹²⁴

Nesses termos, diante da ofensa à bem jurídico protegido, impõe a responsabilidade civil o dever de indenizar àquele que sofreu prejuízo que lhe foi causado pelo causador, seja dano de patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Assim, originalmente a função do dever de indenizar pautava-se na função punitiva.

No âmbito dos danos morais, para Reis, todavia, devem os julgadores atentar para o fato de que o objetivo da indenização é basicamente de caráter compensatório, orientando a inovação jurisprudencial sobre a compreensão do sentido da indenização decorrente de dano moral.¹²⁵ Exemplifica o doutrinador: “ a indenização por dano moral não se destina à reparar à morte, nem enriquecer as partes, mas **mera compensação pela dor da perda**”.¹²⁶ (grifos conforme original)

Isso porque, em se tratando de violação de bens juridicamente protegidos do patrimônio imaterial do indivíduo (intimidade, privacidade, imagem, honra) os danos não podem ser ressarcidos de forma a estabelecer o *status quo ante*, vez que não possuem uma valoração exata, como ocorre nos danos patrimoniais. Nesses casos, a reparação pela indenização insurge com função compensatória, caso em que se busca um valor pecuniário pretendendo que propicie o efeito de justiça pretendido.¹²⁷

Ocorre que, ainda não há entendimento uniforme na doutrina e jurisprudência acerca da função da indenização nos casos de dano moral, e, dentro da matéria

¹²³ No mesmo estado que se encontrava antes.

¹²⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 14.

¹²⁵ REIS, **Os novos**, op. cit., p. 10.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ COSTA, op. cit., p. 40.

abordada no presente estudo, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem se filiado a mais de uma teoria, atribuindo função tanto compensatória ou satisfatória, quanto punitiva.¹²⁸

Para Diniz, citada por Gonçalves:¹²⁹

a reparação pecuniária do dano moral é um **misto de pena e de satisfação compensatória**, tendo função: a) **penal ou punitiva**, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) **satisfatória ou compensatória**, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.

Daí porque conclui Reis:¹³⁰

finalmente, é inequívoco que para o lesado o **quantum indenizatório** possui uma função de compensação pela “quebra da paz”, e objetiva, na medida do possível, restabelecer o seu ânimo violado. Mas, nesse aspecto, o processo indenizatório há de consolidar a idéia definitiva de que se trata de uma restituição em nível de equivalência, sob pena de o processo indenizatório não atender aos pressupostos formais da responsabilidade civil, bem como negar aplicação ao preceito constitucional sedimentado na ideia de que a indenização seja proporcional ao agravo.

Nessa toada, para os casos de responsabilidade civil por dano moral, a função da indenização tem prevalecido com duplo caráter: compensatório (em relação à vítima) e punitivo (em relação ao defensor).¹³¹

Stoco¹³² nesse sentido explica: “tratando-se de dano moral a questão acerca da legitimidade ativa para a ação necessita de consideração específica. É que, neste

¹²⁸ KAROW, op. cit., p. 270.

¹²⁹ GONÇALVES, **Responsabilidade**, op. cit., p. 496.

¹³⁰ REIS, **Os Novos**, op. cit., p. 274.

¹³¹ GONÇALVES, **Responsabilidade**, op. cit., p. 496.

¹³² STOCO, op. cit., p. 938.

caso, a indenização não tem verdadeiro caráter ressarcitório, sendo, isto sim, compensatório”.

Contudo, Karow¹³³ entende ir além:

Em que pese a função compensatória, satisfatória da reparação civil por dano extrapatrimonial, que falamos aqui, existe uma terceira atribuição à responsabilidade civil, a função dissuasória. Esta se distingue da punitiva por não visar uma conduta anterior, senão que busca prevenir condutas futuras. O objetivo é a prevenção geral, orientando sobre condutas a não serem adotadas. O meio para alcançar este modelo é por intermédio do exemplo, ou melhor, do não exemplo, é condenar o responsável à compensação dos danos individuais, a partir de condutas que não são desejadas no seio da sociedade.

Em raciocínio semelhante, Braga¹³⁴ fundamentalmente sobre indenização nos casos de abandono afetivo e dano moral entende que a indenização imposta ao pai que abandonou o filho reveste-se também de caráter punitivo e deste, nasceria a função de cunho educativo, cujo objetivo seria o de tornar pública a reprovação da conduta, para que condutas semelhantes não sejam praticadas por outros pais.

Gagliano e Pamplona Filho defendem ainda a sua implicação em razão da função social da responsabilidade civil, devendo ser compreendida em caráter punitivo e pedagógico¹³⁵. Isto porque, conforme se verá nos estudos jurisprudenciais, em Cortes mais conservadoras, entendem não ser possível indenização por abandono afetivo como sanção aos pais, em decorrência da aplicabilidade da destituição do poder familiar, expressamente previsto em lei. Todavia, a perda do poder familiar aos pais que praticam abandono pode produzir efeito exatamente contrário ao pretendido nos casos de responsabilidade civil, repercutiria como um verdadeiro favor àquele que praticou o abandono.

¹³³ KAROW, op. cit., p. 273-274.

¹³⁴ BRAGA, op. cit., p. 31-32.

¹³⁵ GAGLIANO, **Novo**, op. cit., p. 747.

4.4 A PROBLEMÁTICA DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Um dos assuntos mais perturbadoras do direito atual, mormente sua aplicação nos tribunais pátrios, é o da justa indenização à vítima, no tocante a reparação por dano moral.

Como dito, a responsabilidade civil atribui a vítima o direito de ter reestabelecida na condição na qual se encontrava antes do dano sofrido, chamado de *status quo ante*.

Todavia, partindo da conjectura da doutrina majoritária entender que nos casos de dano moral a indenização desempenha função compensatória, o *quantum* fixado jamais corresponderá exatamente ao dano sofrido, por ser não ser possível de ser restabelecido, tampouco mensurá-lo de forma escoreita.¹³⁶

Nesse casos, sendo o dano impossível de ser reconstituído é necessário que julgador adote a ideia da indenização por equivalência, porquanto o direito prevalece a reconstituição natural como ocorre nos danos patrimoniais, todavia, ao se tratar de danos de ordem extrapatrimoniais, raramente a satisfação da vítima é completa, ante a insuficiência de parâmetros ou falhas no processo de valoração do *quantum* indenizatório, presumindo que a importância constitui uma compensação à vítima pelo dano sofrido.¹³⁷

Nesse momento os Julgadores deparam com a problemática de inexistir no ordenamento vigente critérios uniformes e definidos para arbitrar o valor indenizatório adequado, ficando muitas vezes adstrito ao poder de discricionariedade jurisdicional para atribuir o valor entende razoável.¹³⁸

Diante da supressão do ordenamento jurídico de parâmetros explícitos, Melo sugere critérios para a fixação quais sejam: o grau de culpa (ou dolo) do ofensor, capacidade econômica das partes, circunstâncias que ocorreram a lesão, se houve atitude do ofensor objetivando a diminuição dos efeitos por ele produzido, condições sociais, entre outros. Todos esses critérios, somados aos princípios da razoabilidade

¹³⁶ COSTA, op. cit., p. 42.

¹³⁷ REIS, **Os novos**, op. cit., p. 25-26.

¹³⁸ GONÇALVES, **Responsabilidade**, op. cit., p. 498-500.

e proporcionalidade, aproximam ao objetivo da indenização, em cumprir o seu papel compensatório e sancionatório, para a vítima e ofensor respectivamente.¹³⁹

Em raciocínio mais abrangente, observando a proporcionalidade e razoabilidade das decisões judiciais Diniz¹⁴⁰ trás orientações para estabelecer o *quantum* indenizatório:

a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ser ínfima, nem ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo; b) não aceitar tarificação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial; c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão; d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas; e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter antissocial da conduta lesiva; f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica; g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima (...) h) levar em conta o contexto econômico do país. (...); i) verificar não só o nível cultural e a intensidade do dolo ou grau da culpa do lesante em caso de responsabilidade civil subjetiva, e, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poder-se-á reduzir, de modo equitativo, a indenização (CC, art. 944, parágrafo único), como também as posses econômicas do ofensor para não haja descumprimento da reparação, nem se lhe imponha pena tão elevada que possa arruiná-lo; j) basear-se em prova firme e convincente do dano; k) analisar a pessoa do lesado, considerando os efeitos psicológicos causados pelo dano, a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura; l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes; m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso sub judice (LICC, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade e, ainda, procurando demonstrar à sociedade que a conduta lesiva é condenável, devendo, por isso, o lesante sofrer a pena.

Jeová Santos, em visão mais específica, sustenta que para mensuração do dano moral deve a decisão pautar-se em duas vertentes: critérios gerais e particulares que em síntese, esboça fatores a serem analisados a fim de encontrar o valor do dano moral para atingir o fim a que se destina.¹⁴¹

São trazidos como critérios gerais:

¹³⁹ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática**: do cabimento á fixação do quantum, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

¹⁴⁰ DINIZ, op. cit., p. 104-105.

¹⁴¹ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.180.

I - o dano moral é incomensurável: [...] a indenização é meramente convencional, de acordo com critérios que não são matemáticos, certos, indiscutíveis, em virtude do ser incomensurável; **II - um piso flexível:** [...] com base na falta de homogeneidade [...] princípios podem ser intentados como critérios de aproximação para ilustrar o discernimento dos juízes, na hora de estabelecer em dinheiro estas indenizações. [...] a indenização não deve ser tão baixa, tão pequena, tão insignificante que apareça como uma indenização simbólica, mas uma quantia que se aproxime da tendência de castigar. O que conta, para o cidadão comum, é uma indenização que tenha força, que tenha peso, que golpeie onde dói mais: o bolso; **III - um teto prudente:** a indenização não pode ser tão elevada que pareça extravagante e leve a um enriquecimento injusto [...] aqui o recurso à prudência a ao bem sentido ao situar-se no tema: indenização que não seja nem tão alta, nem tão baixa; **VI - dentro do contexto econômico do país:** o julgador deve estar situado e sintonizado no contexto econômico do País. Deve ter em conta os males do custo social brasileiro, [...] situação média das empresas, dos fornecedores, de bens e serviços [...] além de levar em consideração o impacto que o valor da indenização venha a ter sobre o dinamismo econômico; **V- uma prova convincente, firme e clara;** **VI - capacidade moderadora do juiz:** deve o juiz fixar indenização elevada ou baixa de acordo com as circunstâncias do caso; **VII – critério de equidade e das circunstâncias particulares:** não se pode fazer justiça que não tenha base na equidade, atendendo as circunstâncias particulares do caso. É lógico que devem ser valoradas a quantidade e qualidade dos bens que podem ser adquiridos e os serviços que podem ser obtidos com o dinheiro da reparação; **VIII – necessidade de consenso:** é necessário que os juízes cheguem a um ponto comum sobre a quantia na indenização dos danos morais [...] não está sendo apregoada a uniformidade, para não vulnerar a independência do juiz, mas critério que evite indenizações díspares em situações assemelhadas; **IX – segurança jurídica:** ressaí da possibilidade de prever o resultado da demanda, sem maiores angústias e incertezas, equivale a dizer da necessidade de conhecer a jurisprudência, de como os juízes estão decidindo na órbita da indenização do dano moral; **X – coerência nas decisões:** o juiz que não contradizer suas decisões sobre fixação do dano mora, nem quem, tampouco contradizer seus colegas, nem deixar-se levar por sua inspiração pessoal. [...] Pede-se coerência. Uma mesma indenização para casos similares. Lesões análogas têm de ser reparadas de maneira análoga.¹⁴²

Ainda, no segundo enfoque, critérios particulares, seriam: “grau de reprovabilidade da conduta; intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; capacidade econômica do causador e condições pessoais do ofendido”.¹⁴³

Ainda no debate em torno das ações envolvendo danos morais incide na vedação do enriquecimento ilícito da vítima. Para evitar o enriquecimento sem causa, que produz dessa forma um novo dano, só que agora ao ofensor, Cavalieri

¹⁴² SANTOS, **Dano**, op. cit., p. 178-185.

¹⁴³ Ibid, p. 186.

Filho¹⁴⁴ aponta o princípio da “lógica do razoável” e o “princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro”. Explica:

A indenização, não há dúvida, **deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa**, (...) Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Enfim, razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. (sem grifos no original)

Ocorre que, independentemente dos critérios traçados pela doutrina e jurisprudência, ainda assim a decisão judicial que fixa a indenização nos casos de dano moral insurgirá com caráter de discricionariedade do julgador, ficando ao seu prudente arbítrio estimar a quantia.¹⁴⁵

No que tange a jurisprudência, Melo¹⁴⁶ ao citar a doutrina de Venosa: “a jurisprudência vem criando parâmetros que tem fornecido um caminho seguro para o juiz na fixação do *quantum debeatur*, ressalvando, contudo, as situações que refogem o padrão estabelecido, quando então deve prevalecer o critério subjetivo do juiz”.

Sendo descomedido o convencimento do julgador pelo poder de fixar livremente o *quantum* indenizatório, conseqüentemente e de forma elementar insurgiram a adoção de múltiplos e, de quanto em quanto, distintos critérios para a fixação.¹⁴⁷

O ordenamento positivado, como mencionado não é didático o suficiente a proporcionar parâmetros para a fixação do valor indenizatório, tampouco para indicar teto máximo para a condenação. Tanto é que, a Lei de Imprensa e o Código Brasileiro de Telecomunicação¹⁴⁸, que determinavam o arbitramento por dano moral no limite máximo e que eram utilizados por analogia a demais casos para quantificar o dano moral foi declaradas conflitantes com a Constituição Federal de 1988, revogando suas disposições¹⁴⁹.

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 105.

¹⁴⁵ MELO, op. cit., p. 115-116.

¹⁴⁶ Ibid, p. 116.

¹⁴⁷ REIS, **Os novos**, op. cit., p. 119.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ GONÇALVES, **Responsabilidade**, op. cit., p. 499.

É crível o juízo de revogação das normas, pois com o advento da Constituição de 1988 descabido tratar de qualquer tarifação em sede infraconstitucional, uma vez que, nos termos do artigo 5º, V e X¹⁵⁰, já citados, não restou estabelecido limitação para reparação de danos de ordem moral.¹⁵¹

Assim, “enquanto estatuto maior do nosso ordenamento jurídico, não estabeleceu limites indenizatórios para o dano moral, não se podendo fixar limites através de leis ordinárias, sejam elas preexistentes ou mesmo futuras”.¹⁵²

De posicionamento contrário, Jeová Santos¹⁵³ entende que:

Regular a indenização da dano moral não é criar tetos máximos ou mínimos, como ocorre no sistema tarifado, mas deve deixar-se uma margem à valoração judicial, que permita transpor, em mais ou menos, os reguladores indicativos que a lei possa estabelecer. A diretriz não reside em assegurar uma indenização mínima, nem em coarctar a possibilidade de que se diminuam certos montantes mas, unicamente, em oferecer alguns critérios básicos.

Novidade trazida pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 que alterou o Código de Processo Civil e passou a ter vigência com novas normas em 18 de Março de 2016 diz respeito às diretrizes para o pedido de dano moral, tema que despertou interesse geral, sobretudo a especificação do *quantum* pretendido pelo autor.

Isso porque, na vigência do Código de normas processuais anterior, os petitórios de indenização por dano moral apresentavam-se genéricos quanto ao valor do dano moral, motivo pela qual, o valor da causa era considerado somente para fins fiscais, sem definição *initio litis* do valor pretendido, o que ensejou na chamada “industrialização do dano moral”, muito discutida na doutrina e jurisprudência.

¹⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. *In verbis*: “**Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 jun. de 2016.

¹⁵¹ MELO, op. cit., p. 99.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ SANTOS, **Dano**, op. cit., p. 175.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015,¹⁵⁴ trouxe previsão expressa da necessidade de especificação nas ações envolvendo pedido de danos morais, determinando o valor da causa, que deve ser o valor pretendido, de forma vinculativa o *quantum debeatur* já na petição inicial.

A interpretação decorre a teor do disposto nos artigos 322¹⁵⁵, 324¹⁵⁶, e 292, V, principalmente este último, que não possui dispositivo correspondente ao código anterior:

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:
(...)
V - na ação indenizatória, inclusive a **fundada em dano moral, o valor pretendido**; (sem grifos no original)

Dessa forma, ainda que o dispositivo não tenha solucionado a problemática da regulação do *quantum indenizatório*, a própria vítima indica o numerário que entende correspondente ao seu dano sofrido, o que, certamente não estará o julgador vinculado, todavia a sentença a ser proferida, se procedente limita-se ao que foi pedido.

Da mesma forma, a parte requerida tem a possibilidade de defesa direta sob esse aspecto, o que era possível até então.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

¹⁵⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. *In verbis*: “Art. 322. O pedido deve ser certo.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 20 set. 2009.

¹⁵⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. *In verbis*: “Art. 324. O pedido deve ser determinado..” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 20 set. 2009.

5 AFETO COMO VALOR JURÍDICO

5.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O afeto paulatinamente assumiu importância insofismável nas relações familiares, sobretudo com advento da Constituição Federal de 1988 e posteriormente com o Código Civil de 2002, os quais consagraram uma nova roupagem ao modelo de família existente até então.

As relações familiares até então calcadas em interesses patrimoniais e vínculos biológicos foi disseminada por uma nova forma de estabelecer vínculos pessoais no âmbito familiar, na qual “a afetividade assumiu relevante papel como vetor das suas relações, em substituição ao que outrora foi deixado à encargo da Igreja, do Estado, do meio social, dos interesses institucionais e patrimoniais”¹⁵⁷.

Assim sendo, para Lôbo:¹⁵⁸

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

Nessa toada, o afeto (ou afetividade) consagrou na família contemporânea elemento principal, responsável pela nova definição da sociedade familiar, atribuindo à família um caráter voltado ao reconhecimento mais de instituição social do que jurídica¹⁵⁹, ou ainda com “um olhar claramente humanizado, cujo foco antes no casamento, voltou-se para a dignidade dos seus membros”.¹⁶⁰

¹⁵⁷ CALDERÓN, Ricardo de Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 207.

¹⁵⁸ LÔBO, op. cit., p. 20.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ REIS, O abandono, op. cit., p. 122.

Para Lôbo¹⁶¹ “a afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade”. Já para Reis¹⁶² “é o ponto que convalida as relações familiares”.

No cenário jurídico, o afeto desencadeou com tamanha importância nas relações familiares que dele decorre importantes conquistas no Direito de Família¹⁶³. Erigidos pela proteção à pessoa, o avanço da legislação trouxe o reconhecimento de diversas formas de família, a igualdade entre os filhos, a adoção, o reconhecimento de união estável, união homoafetiva, entre outros, mudanças trazidas seja pela Constituição ou pelo ordenamento infraconstitucional, que representam a mais fulgente evidência da importância da afetividade nas relações familiares¹⁶⁴, de tal sorte que “o afeto se converteu em garantia fundamental em face à tutela Constitucional aos membros do núcleo familiar.”¹⁶⁵

Na evolução e compreensão do direito das Famílias, Freud, citado por Pereira, valorizou o afeto e amor e, com base nesse sentimento, atribuiu ao afeto um valor jurídico responsável por consagrar uma nova ordem jurídica para família, obrigando os sujeitos a repensar a unidade familiar dentro do ordenamento jurídico, revalorizando os princípios, que são considerados como fonte de direito agasalhados de eficácia e aplicação prática.¹⁶⁶

Inobstante o afeto não estar expressamente previsto no ordenamento positivo, o princípio adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico, e foi elevado ao patamar de princípio constitucionalmente garantido.¹⁶⁷

É o que observa Karow:¹⁶⁸

O afeto é o novel princípio da direito de família. Embora não esteja expreso no texto constitucional, decorre naturalmente da valorização constante da dignidade da pessoa através da externalização dos sentimentos em suas relações.

(...)

O afeto tem tamanha relevância na conjuntura contemporânea civil-familiar em função do poder de tecer elos de conexão entre os membros de uma mesma família. Para formá-la e até mantê-la não é mais necessária a

¹⁶¹ LÔBO, op. cit., p. 20.

¹⁶² REIS, O abandono, op. cit., p. 120.

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ DIAS, op. cit., p. 65.

¹⁶⁵ REIS, O abandono, op. cit., p. 120.

¹⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. Rio de Janeiro: 2010. p. 19.

¹⁶⁷ COSTA, op. cit., p. 64.

¹⁶⁸ KAROW, op. cit., p. 45.

existência do vínculo biológico-sanguíneo ou formal e sim a mera afetividade. (grifos conforme original)

Para Nogueira:¹⁶⁹

A família ao transformar-se, valoriza as relações de sentimentos entre seus membros, numa comunhão de afetividade recíproca no seu interior. Assim, sob uma concepção eudemonista¹⁷⁰, a família e casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando seus interesses afetivos e existências, como apoio indispensável para a sua formação e estabilidade na vida em sociedade.

Santos¹⁷¹ ainda ressalta a doutrina de Lobo:

(...) Não se trata apenas de um fato sociológico ou psicológico, mas de um princípio que encontra assento na própria Constituição, ao lado de outros princípios como o da igualdade e solidariedade. (...) No estágio atual da nossa sociedade a família superou a primitiva feição biológica, patriarcal e patrimonial que a caracterizava, para assentar-se preponderantemente sobre as relações de afeto.

Assim, na nova perspectiva da entidade familiar, as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional insurgiram em decorrência do ordenamento deixar de prever importantes situações que deveriam ser tuteladas pelo Estado, em descompasso com as mudanças sociais sofridas, principalmente no que diz respeito à proteção da dignidade da pessoa humana, que como macroprincípio, produz efeitos nas mais diversas faces da sociedade, e no âmbito familiar, redimensionou ideais intrínsecos à família brasileira, que passou a ter especial proteção do Estado além de atribuir da prioridade absoluta à criança e ao adolescente.¹⁷²

É como ocorre nos casos de abandono afetivo. Embora consagrada a importância e proteção da afetividade das relações familiares, inexistem normas positivadas suscetíveis de tutelar os casos apreciados até então acerca do tema. Dessa forma, incumbe à Doutrina e Jurisprudência como fontes indiretas instituir

¹⁶⁹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 43-44.

¹⁷⁰ Modelo familiar o qual busca a felicidade e supremacia da solidariedade entre seus membros, unidos apenas por laços de afetividade. (DIAS, op. cit., p. 58)

¹⁷¹ SANTOS, **A tutela**, op. cit., p. 134.

¹⁷² NOGUEIRA, op. cit., p. 46.

posições e parâmetros para orientar as decisões, situações em que, diante da lacuna da lei, acaba por desencadear em insegurança jurídica em situações semelhantes com decisões contrárias, frente ao critério subjetivo do julgador, sobretudo por se tratar de responsabilidade por danos de ordem moral, o que torna ainda mais problemáticos os litígios.

5.2 PATERNIDADE RESPONSÁVEL E PODER FAMILIAR

Antes que se possa falar na responsabilidade civil dos pais nos casos de abandono afetivo, é preciso discorrer acerca do fundamento legal que baliza condutas e responsabilidades dos pais em relação aos filhos, enquanto sujeitos ao poder familiar, seja pela relação de dependência ou menoridade¹⁷³.

O poder familiar encontra-se disciplinado no artigo 1.630¹⁷⁴ do Código Civil de 2002, e no artigo 1.634¹⁷⁵ do mesmo Diploma prescrevendo condutas que incumbe aos pais em relação aos filhos.

Em âmbito constitucional a paternidade responsável encontra respaldo nos artigos 226, § 7º¹⁷⁶, 227¹⁷⁷ e 229¹⁷⁸. Já em âmbito infraconstitucional a regra encontra assento no artigo 22 do Estatuto da Criança e Adolescente¹⁷⁹.

¹⁷³ REIS, O abandono, op. cit., p. 116.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 1.630**. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 jul 2016.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 1.634**. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 23 out 2016.

¹⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. *In verbis*: “**Art. 226**. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...) §7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições

A paternidade responsável vislumbra-se tanto no que diz respeito à liberdade do planejamento familiar, quanto na atribuição dos encargos que tem os pais sobre os filhos, enquanto no poder familiar.

Consiste dessa forma, no dever dos pais em assistir, educar, criar com carinho, atenção e cuidado suficientes ao desenvolvimento da sua prole, proporcionando bem-estar material e moral.¹⁸⁰

Para Reis “se tratam de obrigações decorrentes da relação paterno-filial, que impõe aos progenitores condutas que sejam aptas a contribuir para a formação da personalidade dos seus filhos, dentro de padrões éticos-morais previsto na ordem jurídica e social”¹⁸¹.

O poder familiar é assim chamado desde a vigência do Código Civil de 2002, e deve ser igualmente exercido pelo pai ou pela mãe, conforme traz o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁸²

Nesse sentido, ensina Rizzardo:¹⁸³

É o poder familiar indispensável para o próprio desempenho ou cumprimento das obrigações que têm os pais de sustento, criação e educação dos filhos. Assim, impossível admitir-se o dever de educar e cuidar do filho, ou de prepará-lo para a vida, se tolhidos o exercício de certos atos, o cerceamento de autoridade, da imposição ao estudo, do

oficiais ou privadas.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 out 2016.

¹⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. *In verbis*: “**Art. 227**. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

¹⁷⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. *In verbis*: “**Art. 229**. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

¹⁷⁹ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. *In verbis*: “**Art. 22**. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

¹⁸⁰ COSTA, op. cit., p. 62.

¹⁸¹ REIS, **O abandono**, op. cit., p. 116.

¹⁸² BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. *In verbis*: “**Art. 21**. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

¹⁸³ RIZZARDO, op. cit., p. 539.

afastamento de ambientes impróprios etc. Daí a íntima relação no desempenho das funções derivadas da paternidade e da maternidade com o exercício do poder familiar.

Na vigência do Código Civil de 1916 o instituto era denominado como pátrio poder, previsto no artigo 380,¹⁸⁴ atribuía ao *pater familias* a proeminência do marido/pai nas relações familiares.

Atualmente, todavia, em razão do princípio da igualdade, o poder familiar é exercido de forma igualitária pelos genitores, conforme dispõe o artigo 1.634 do Código Civil, cassando a prevalência da vontade do pai nas relações familiares. Inclusive no caso de dissolução conjugal, conforme prevê o Código Civil, em seu artigo 1.579.¹⁸⁵

Daí, o entendimento de Rizzardo¹⁸⁶ em que observa no poder familiar “mais que um poder, constitui-se de uma relação, ou do exercício de várias atribuições, cuja finalidade última é o bem estar do filho”.

Correlacionando a importância do afeto na relação familiar tratada no tópico anterior e as responsabilidades atribuídas aos pais, Braga¹⁸⁷ estabelece:

Em decorrência do acolhimento do afeto como princípio jurídico e bem tutelável pelo Estado, o compromisso legal dos pais em prestarem sustento alimentício ou material a seus filhos não seria mais suficiente por si só, ampliando-se o conceito de sustento por força da afetividade.

(...)

O amparo parental se consubstanciará com maior completude ao unir a satisfação das necessidades físicas às de natureza psicoemocional.

Verifica-se neste íterim que influenciado pelos ideais da proteção ao melhor interesse da criança, da paternidade responsável e da afetividade, a lei determina aos pais o dever de proporcionar assistência além da material, prestando de igual forma o amparo afetivo, indispensável à boa formação psíquica do filho enquanto em

¹⁸⁴ BRASIL. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 380**. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

¹⁸⁵ BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 1.579**. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 jul. 2016.

¹⁸⁶ RIZZARDO, op. cit., p. 536.

¹⁸⁷ BRAGA, op. cit., p. 23.

fase peculiar de desenvolvimento, inclusive nos casos de separação dos genitores, em que a guarda é atribuída a um genitor, não exime a responsabilidade e o poder familiar a ser exercido pelo outro.

5.3 PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A família por si só já detém ampla proteção Estatal, pois sendo elemento primordial ao desenvolvimento da pessoa, a dignidade da pessoa humana como princípio máster tem sua eficácia em primeiro momento manifestada na proteção da família.

Igualmente sujeitos de direito, o ordenamento brasileiro atribuiu prioridade e proteção às crianças e adolescentes, pela doutrina da proteção integral em razão da vulnerabilidade e fragilidade, como sujeitos em desenvolvimento, fazendo-os destinatários de um tratamento especial.¹⁸⁸

Pereira¹⁸⁹, nesse sentido:

Justifica-se principalmente na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é, encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar.

Dessa forma, os direitos e garantias a serem assegurados pela família, sociedade em geral e pelo Estado está disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, trazido pela Lei 8.069/1990, o qual é regido pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral.¹⁹⁰

O Estatuto da Criança e do Adolescente, como lei específica irradiada pelas disposições da Constituição Federal, assegura à criança e ao adolescente o direito, dentre outros, ao desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas

¹⁸⁸ DIAS, op. cit., p. 70.

¹⁸⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 154.

¹⁹⁰ DIAS, op. cit., p. 71.

previstos no artigo 7º¹⁹¹, respeito e proteção à dignidade humana, como sujeitos em desenvolvimento, titulares de direitos civis, humanos e sociais garantidos constitucionalmente, ex vi artigo 15¹⁹², e de serem criados e educados no seio familiar, a teor do artigo 19.¹⁹³

Significa portanto, frente ao princípio da proteção integral, que “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”¹⁹⁴.

Criança e adolescente então, sujeito de direitos, pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, titular de direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional, bem como por leis complementares e convenções internacionais, possuem proteção Estatal ainda mais respeitável, sendo que, qualquer violação à sua dignidade ou princípios afluentes, causando-lhe danos se mostra mais gravoso, sobretudo no âmbito familiar:

Sendo a família o repositório dos valores que enobrecem o ser humano nessa esfera de relações, é fácil concluir que as violações oriundas de condutas ofensivas, sejam elas em qualquer nível, repercutem de forma intensa da intimidade dessas pessoas, vinculadas pelo afeto e pelo amor.¹⁹⁵

Ocorre que, não obstante as previsões legais e dever dos pais junto aos filhos, as situações de abandono afetivo se mostram cada vez mais presentes na sociedade brasileira, refletindo uma realidade social que não encontra amparo legal para tutelar as lides.

Todavia, havendo o descumprimento dos deveres, violando a garantia dos filhos enquanto sujeitos em situação peculiar de desenvolvimento, o Estado

¹⁹¹ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. *In verbis*: “**Art. 7º** A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

¹⁹² BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. *In verbis*: “**Art. 15.** A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

¹⁹³ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. *In verbis*: “**Art. 19.** É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

¹⁹⁴ DIAS, op. cit., p. 70.

¹⁹⁵ REIS, **O abandono**, op. cit., p. 124.

certamente deveria apresentar solução cabível. Porém, ante a omissão do ordenamento, as decisões ficam calcadas na subjetividade do julgador, e sendo tema controvertido, enseja nos mais diversos posicionamentos, conforme análise dos posicionamentos dos nossos tribunais Pátrios.

6 DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO PATERNAL

6.1 ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL

A transformação no âmbito familiar com mudança de paradigmas e carga axiológica em valores considerados não tão importantes até então influenciou diretamente das decisões judiciais pautadas em uma nova realidade social.

É como ocorre nos casos de abandono afetivo, tema que quebrou a estrutura milenar do caráter patrimonial e prevalência do patriarca nas relações familiares, conforme ensina Pereira:¹⁹⁶

Uma das mais relevantes consequências da queda desse modelo patriarcal é o redimensionamento do masculino e da função paterna no contexto do pós-patriarcalismo. Em meio a esse processo histórico, o masculino parece estar sofrendo um declínio em sua vinculação com a paternidade. Assim, podemos falar em uma crise de paternidade, diante das novas representações sociais da família, frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais. Sua função básica, a estruturadora, e estruturante do filho como sujeito está passando por um momento histórico de transição de difícil compreensão onde os **varões não assumem ou reconhecem para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento dos seus filhos. (...) a ausência do pai, e dessa imago paterna, em decorrência de um abandono material e/ou psíquico, tem gerado graves consequências na estruturação psíquica dos filhos e que repercute, obviamente, nas relações sociais. (...) o mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, segurança e proteção.** (sem grifos no original)

Tem-se nessa toada, o dever dos pais em fornecer ampla assistência (material e moral) aos filhos, e em contrapeso o direito dos filhos de serem criados e amparados pelos genitores, garantindo-lhes além do desenvolvimento físico, também o desenvolvimento moral.

Assim, a situação de abandono afetivo foi ganhando dimensão na doutrina e jurisprudência, que passou a demonstrar a importância de tutelar o tema.

Braga¹⁹⁷, no que tange a caracterização do abandono afetivo ensina:

¹⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Temas atuais em direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 386-388.

¹⁹⁷ BRAGA, op. cit., p. 5.

(...) por abandono afetivo compreende-se o distanciamento ou a ausência efetiva dos pais no convívio com seus filhos. Ainda que as obrigações alimentícias sejam cumpridas, os pais dele se distanciam, por motivos tantos, conscientes ou inconscientes, privando-os da convivência e do cuidado afetivo.

Hironaka¹⁹⁸ vai além:

O abandono afetivo se configura, desta forma, pela **omissão dos pais**, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de **afeto, carinho, atenção, desvelo**. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade. (sem grifos no original)

Portanto, não basta a presença física dos pais nas relações paterno-filiais, pois, imprescindível é que a presença consolide no bom desenvolvimento das funções parentais, inclusive psicológicas.¹⁹⁹

Deste modo, passam os filhos a recorrer ao Poder Judiciário pleiteando a condenação dos pais ao pagamento pelos danos morais sofridos, em decorrência do abandono e sofrimento experimentado resultantes da inexistência ou deficiência do afeto nas relações paterno-filiais.²⁰⁰

A importância do afeto nas relações de pais e filhos ultrapassa as diretrizes da ciência jurídica, encontrando alicerce também na psicanálise, conforme estudo laboratorial realizado.²⁰¹

Na pesquisa houve experimento com filhotes chimpanzés que, em duas repartições possuíam o leite materno ou o colo, ambas as possibilidades reproduzidas pelos estudiosos através de instrumentos e em locais separados. Verificou-se na pesquisa que alguns primatas se alimentavam por pouco tempo, pois

¹⁹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**: família e sucessões. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/2012/05/pressuposto-elementos-e-limites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo>>. Acesso em 29 ago. 2016.

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ BRAGA, op. cit., p. 7.

²⁰¹ PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 164.

preferiam o colo materno a se alimentar, em que inclusive chegaram a morrer de fome em razão da troca do alimento pelo afeto da mãe.²⁰²

Ainda que a pesquisa tenha sido realizada com os animais, sem fazer qualquer juízo de valor às teorias da origem do ser humano, cientificamente é incontestável a semelhança da espécie com o ser humano, de tal forma que para Pereira e Oliveira²⁰³ “esse experimento evidencia a importância do cuidado afetivo, aconchego, colo, calor, contato corpo a corpo para a sobrevivência dos primatas, incluindo os humanos”.

Já no âmbito jurídico, para Dias:²⁰⁴

O conceito atual de família, centrada como elemento agregador exige dos pais o dever de criar e educar seus filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação.

(...)

Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visita-los, há obrigação de conviver com ele. **O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento.** O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. (sem girfos no original)

Deste modo, o abandono afetivo está relacionado com a obrigação de convivência dos genitores com os filhos, de tal sorte que o seu descumprimento pode vir a gerar danos morais, os quais devem ser reparados, na dicção dos artigos 186²⁰⁵ e 927, *caput*²⁰⁶ do CC/2002.

Todavia, as situações que envolvem responsabilização por abandono afetivo e dano moral são revestidas de peculiaridades, sendo necessária a análise minuciosa do caso concreto, inclusive quanto ao suposto dano moral sofrido pela vítima.

²⁰² PEREIRA, Tânia. Op. cit., p. 164.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ DIAS, op. cit., p. 469-470.

²⁰⁵ BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 186**. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 11 ago. 2016.

²⁰⁶ BRASIL. Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 927**. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 11 ago. 2016.

A importância do convívio da criança com ambos os genitores foi tratada no Brasil tanto pela Lei 11.698²⁰⁷ quanto pela Lei 12.318.²⁰⁸

A guarda compartilhada (que pela Lei 13.058 de 22 de novembro de 2014²⁰⁹ passou a ser regra) apresentou-se como forma de garantir a convivência a ambos os genitores.²¹⁰

De outra vertente, a lei que trata da alienação parental conceitua e exemplifica a ação, bem como dispõe acerca dos danos²¹¹ e das medidas a serem tomadas quando manifesta a conduta por quaisquer dos genitores. Visa justamente coibir a prática, estabelecendo o direito fundamental da criação e convivência familiar, sem prejuízo no relacionamento afetivo:

Dessa forma, a lei que estabeleceu como regra a aplicação da Guarda Compartilhada destina-se também a impedir a Síndrome da Alienação Parental²¹², para os casos em que um dos genitores ou ambos influenciam criança com o objetivo de romper os laços afetivos com o outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor na criança, a qual na maioria dos casos passa a oferecer resistência ao pai/mãe repudiado pelo alienante.²¹³

Deste modo, as leis que tratam da guarda compartilhada e alienação parental, estão relacionadas ao abandono afetivo, de modo que a guarda compartilhada busca a garantia do direito-dever de convivência, ao passo que a Lei que regulamenta a alienação parental objetiva coibir a sua prática, a fim de assegurar a boa convivência do filho com ambos os genitores.

No que diz respeito ao dano sofrido pelo abandonado afetivamente, este pode ser de também de ordem patrimonial, como é o caso de ressarcimento dos valores destinados à medicamentos, acompanhamentos psicológicos, etc.

²⁰⁷ A Lei 11.698 de 13 de Junho de 2008 modificou os dispositivos dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 inserindo a guarda compartilhada de forma preferencial na separação dos pais.

²⁰⁸ A Lei 12.318 de 26 de Agosto de 2010 dispõe sobre a alienação parental e altera o artigo 236 do ECA.

²⁰⁹ A Lei 13.058 de 22 de Novembro de 2014 modificou os artigos 1.583 a 1.585 e 1.634 do Código Civil estabelecendo a guarda compartilhada como regra nos casos de separação dos pais.

²¹⁰ BRAGA, op. cit., p. 6.

²¹¹ BRASIL. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. *In verbis*: “**Art. 3º.** A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

²¹² Síndrome da Alienação Parental (SAP), termo proposto pelo norteamericano Richard Gardner em 1985.

²¹³ BRAGA, op. cit., p. 6.

Porém, o objeto do presente estudo decorre da questão extrapatrimonial, a fim de se verificar a possibilidade ou não de reparação do dano moral sofrido pela criança ou adolescente abandonada efetivamente pelo seu genitor(a).

Karow²¹⁴ entende que “pode haver a condenação a custeio de medicamentos, antidepressivos, ansiolíticos, bem como de tratamento psicológico e terapêutico da criança e/ou adolescente, em razão do abandono afetivo”.

Todavia, danos de ordem material são mais fáceis de serem comprovados, bem como o entendimento é consolidado sobre o dever de reparar. A grande problemática, todavia, insurg no tocante aos danos de ordem extrapatrimonial.

No âmbito da responsabilidade civil nas ações de reparação pelo dano moral sofrido pelos filhos abandonados afetivamente, o bem jurídico primordial decorre da dignidade da pessoa humana, compreendendo desde os deveres pertinentes ao poder familiar, até a proteção integral da criança e do adolescente que trata o ECA.²¹⁵

De entendimento mais amplo, Moraes, citada por Braga²¹⁶ considera que:

o abandono afetivo do filho pelos pais afronta não apenas o princípio máster da dignidade humana, pois ao lhe ser negado o direito de convivência afetiva, restariam também violados os demais princípios da solidariedade, o da paternidade responsável o melhor interesse da criança e do adolescente.

Para Dias:²¹⁷

a lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, **viola a integridade psicofísica dos filhos**, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. **Esse tipo de violação configura o dano moral.** (grifos conforme original)

A proteção à pessoa e o princípio da dignidade da pessoa humana desencadearam no aumento das hipóteses capazes de ensejar ofensa à personalidade da pessoa, portanto, à sua dignidade, inclusive nas relações

²¹⁴ KAROW, op. cit., p. 233.

²¹⁵ Ibid, p. 239.

²¹⁶ BRAGA, op. cit., p. 24.

²¹⁷ DIAS, op. cit., p. 471.

familiares, em que o instituto da responsabilidade civil passou a recair também no âmbito familiar.²¹⁸

Nesse sentido, no que tange à afronta aos princípios constitucionais sobre o tema estudado:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão aos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.²¹⁹

Portanto, amparados pelos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, e fundado nas normas da responsabilidade civil emergem as ações pleiteando a condenação por danos morais decorrente de abandono afetivo nas relações paterno-filiais. Sobretudo porque a família é considerada como espaço por excelência propício ao desenvolvimento e eficácia da proteção à dignidade da pessoa humana, que possui a afetividade como núcleo essencial.²²⁰

Assim, Braga²²¹ cita as palavras de Andrichi em acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

o cuidado passa a ter valor jurídico apreciável e repercussão no âmbito da responsabilidade civil, constituindo-se fator notório à formação da personalidade da criança, devendo por isso mesmo ser elevado a “um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Dessa forma, a afetividade que vem modificando a estrutura familiar assume também grande importância no âmbito jurídico, em virtude da possibilidade de responsabilização por abandono nas relações paterno-filiais, conforme posicionamentos jurisprudenciais explanados na sequência desse estudo.

Para Dias:²²²

²¹⁸ DIAS, op. cit., p. 123-124.

²¹⁹ COSTA, op. cit., p. 59.

²²⁰ DIAS, op. cit., p. 66.

²²¹ BRAGA, op. cit., p. 38.

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. (...) A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia **produz danos emocionais merecedores de reparação**. Se lhe faltar essa referência o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida.

Arremata Cardin,²²³ trazendo o posicionamento de Marmitt:

No Direito de Família abundam os valores imateriais indenizáveis. É terreno fértil da violência familiar, que por sua força e insuportabilidade já não mais permanece oculta aos olhos dos outros. Com frequência exsurtem lesões graves dessa área do Direito. São os prejuízos morais resultantes de vulneração de virtudes da personalidade, dos atributos mais valiosos da pessoa, de sua riqueza interior, de sua paz jurídica pelo parente, esposo ou convivente. **O patrimônio moral e familiar é algo muito precioso e de grande estimacão, visto ser construído com carinho, afeto e sentimento em cada minuto da vida. A ofensa a esses bens superiores gera o dano moral ressarcível.** (sem grifos no original)

Assim sendo, na hipótese de rompimento da afetividade necessária na relação familiar, ocasionando danos psicológicos ao filho, plausível se torna a indenização, uma vez que afronta preceitos tanto constitucionais quanto infraconstitucionais da tutela de proteção à dignidade e proteção integral da criança e adolescente.

Porém, é imprescindível a legítima ocorrência do dano além de prescindir relevância, pois sobre esse elemento paira o fundamental pressuposto para a incidência da obrigação de indenizar.

Nesses casos, ademais, aplicam-se as regras da reponsabilidade civil na sua espécie subjetiva, em que se exige a presença de três elementos (conduta, dano e nexa causal), conforme doutrina de Cáo Mário:

(...) a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; (...) a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; (...) o estabelecimento de um nexa de causalidade entre um e outro, de

²²² DIAS, op. cit., p. 470.

²²³ CARDIN, Valéria da Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69-70.

forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico.²²⁴

Dessa forma, as regras da responsabilidade civil subjetiva são certamente aplicáveis aos casos de abandono afetivo, pois estão presentes a ação ou omissão por parte da figura paterna/materna, na forma culposa ou dolosa, manifestada pela conduta de um dos pais ou de ambos em negar o exercício da paternidade, além da ocorrência de dano moral e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.²²⁵

Assim, nos casos da responsabilidade civil por abandono afetivo verifica-se a sua aplicação nas espécies extracontratual e subjetiva, quanto ao fato gerador e ao seu fundamento, respectivamente, pois o dever dos pais decorre de força do ordenamento legal, bem como requer a comprovação da culpa (em sentido amplo) para fundamentar a responsabilidade civil na relação paterno filial.

6.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Diante da lacuna da lei, incumbe à doutrina e jurisprudência tecer posicionamentos acerca do tema. Interessa-nos nesse sentido, sobretudo os entendimentos jurisprudenciais vez que tratam de situações reais se apresentam de forma mais dinâmica dentro presente estudo, uma vez que cada caso possui suas peculiaridades analisadas pelo Julgador.

O tema, relativamente recente, prevalece controverso, conforme será verificado.

O marco inicial de Ação julgada procedente no Poder Judiciário Brasileiro sobreveio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²²⁶, em decisão proferida em 15 de setembro de 2003 na cidade de Capão da Canoa.

²²⁴ SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 661.

²²⁵ BRAGA, op. cit., p. 29-30.

²²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Capão da Canoa - nº 141/1030012032-0 - Juiz de Direito Mario Romano Maggioni. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/423/SENTENÇA>>. Acesso em: 21 set. 2016.

A decisão, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade considerou que a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno que o privou a convivência e do amparo afetivo deve ser indenizada.²²⁷

O *decisum* de Maggioni ao fundamentar a decisão:

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. **É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos.** Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal pois não está bem educando seu filho.²²⁸ (sem grifos no original)

Na situação fática, o pai (D.V.A.) que abandonou afetivamente a filha (D.J.A.) ainda criança foi condenado ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) a título de danos morais. Para tanto, a fundamentação da decisão se deu em razão dos deveres relativos à paternidade responsável, com base no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Corroborando com o posicionamento Braga:

A CF e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Na ausência desse cuidado, com prejuízos evidentes à integridade de crianças e adolescentes, pessoas a quem o legislador atribuiu prioridade absoluta, **há grave dano moral que merece, sem dúvida, ser reparado.** A importância da figura paterna na educação de um filho não precisa maiores comprovações. É notória a sua imprescindibilidade – assim como a da figura materna – para a adequada estruturação da personalidade da criança.²²⁹ (sem grifos no original)

Nessa contexto, a responsabilização por dano moral sofrido pelo filho vítima de abandono afetivo é possível, pois preenche os requisitos necessários à incidência da responsabilidade civil, quais sejam, a ação ou omissão ao denegar o exercício da paternidade, a ocorrência de dano de ordem moral, e relação da causalidade, na medida da recusa e afastamento da figura paternal, causando ao filho sofrimento refletindo no comportamento psíquico e social do infante.²³⁰

²²⁷ BRAGA, op. cit., p. 33.

²²⁸ Idem.

²²⁹ Ibid, p. 24.

²³⁰ BRAGA, op. cit., p. 29.

Em última instância, como entendimento que orienta os demais, tema já foi julgado precedente pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdão proferido pela Terceira Turma em 24 de abril de 2012, entendeu plausível o pedido de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, com a seguinte ementa:

AÇÃO 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.²³¹

A relatora, Ministra Nancy Andrighi fundamentou seu voto de maneira ampla e complexa, abrangendo desde o texto constitucional até os ensinamentos da psicanálise de Winnicott:²³²

É possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas. (...)

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. (...)

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.** (...)

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

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.159.424 – São Paulo – 3ª T. - Relatora Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 19 set. 2016.

²³² Donald Woods Winnicott: 7 de abril de 1896 - 25 de janeiro de 1971. Pediatra e psicanalista, formado pela Universidade de Cambridge, 40 anos de experiência como pediatra, psiquiatra e psicanalista infantil e autor de grandes obras nas áreas de psicologia e psicanálise infantil. Disponível em: <<http://febrapsi.org.br/biografias/donald-woods-winnicott/>>. Acesso em: 19 set. 2016.

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 tísido 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.** (grifos conforme original)²³³

O voto vencedor confirmou a complexidade e ambivalência do tema. Inclusive ensejou, em momento posterior, à oposição de embargos de divergência²³⁴, tendo em vista que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça havia decidido a questão de maneira diversa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.²³⁵

O Tribunal de Justiça do Paraná comunga entendimento ambivalente:

APELAÇÃO CIVIL. PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO CIVIL DE DAR CUIDADO CORRESPONDENTE AO DIREITO DO FILHO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR QUE NÃO SE CONFUNDE COM OBRIGAÇÃO MORAL DE DAR AMOR - SITUAÇÃO EMOCIONAL COM ALTO GRAU DE SUBJETIVIDADE QUE NÃO SE PODE EXIGIR NAS RELAÇÕES FAMILIARES. DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA DA OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE CUIDAR - DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ÀS RELAÇÕES FAMILIARES - OMISSÃO QUANTO AO DEVER DE CUIDAR QUE CARACTERIZA OBRIGAÇÃO CIVIL - PAI QUE, NO CASO, NEM MESMO PAGOU AS PENSÕES ALIMENTARES - **DANO MORAL CONFIGURADO - ABANDONO**

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.159.424 – São Paulo – 3ª T. - Relatora Min. Nancy Andriighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 21 set. 2016.

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ERESP 1.159.242 – São Paulo – 2ª S. – Relator Min. Marco Buzzi. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 19 set. 2016.

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 757.411 – Minas Gerais – 4ª T. – Relator Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 19 set. 2016.

AFETIVO RECONHECIDO. A INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO NÃO CARACTERIZA JULGAMENTO EXTRA PETITA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 8ª C. Cível - AC - 640566-7 - Campo Mourão - Rel.: Roberto Portugal Bacellar - Unânime - - J. 13.12.2012)²³⁶

No voto do relator, *decisum* unânime, pautou-se no entendimento do STJ da 4ª Turma, supramencionado, e ponderou:

Aquele que opta por ter um filho ou que tem reconhecida a paternidade tem correspondente dever de cuidar. A atuação despeitosa ao dever de cuidar, portanto, caracterizaria o ilícito civil, requisito indispensável à responsabilização dos pais.
(...) a situação experimentada, no caso, pela apelada, de não ter suas necessidades materiais e, quanto menos, extra materiais garantidas, seja suficiente para caracterizar o dano moral. Correta está, portanto, a responsabilização do apelante.²³⁷

Assim, a referida sentença que condenou o genitor a pagar Indenização título de danos morais no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) foi confirmada pelo Tribunal.

Em Ação anterior, o mesmo Colegiado (8ª Câmara Cível) do Tribunal de Justiça do Paraná reformaram sentença de primeiro grau que havia dado improcedência ao pleito indenizatório, condenou o genitor a pagar à filha quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de dano morais por abandono afetivo:

I - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. II - CERTIDÃO NO DISTRIBUIDOR ONDE CONSTA DIVERSAS AÇÕES DE ALIMENTOS AJUIZADAS PELA AUTORA. III - ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IV - DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. V - VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM R\$5.000,00. VI - RECURSO PROVIDO. (TJPR - 8ª C. Cível - AC - 768524-9 - Foz do Iguaçu - Rel.: Jorge de Oliveira Vargas - Unânime - - J. 26.01.2012)²³⁸ (sem grifos no original)

²³⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. - n. 640.566-7 – Campo Mourão. Relator Des. Roberto Portugal Bacellar. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11396195/Ac%C3%B3o-640566-7>>. Acesso em: 19 set. 2016.

²³⁷ Idem.

²³⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. - n. 768524-9 – Foz do Iguaçu. Relator Des. Jorge de Oliveira Vargas. Disponível em:

Todavia, a 10ª e 12ª Câmaras Cíveis do mesmo Tribunal já se posicionaram de forma contrária à responsabilização:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. RECUSA DO GENITOR EM ASSUMIR PATERNIDADE, RECONHECIDA SOMENTE EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO FEITA A APÓS A SUA MAIORIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO E POR CONSEQUENTE, DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO. "CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916, abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp. n. 757.411/ MG, 4ª turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves de Oliveira, unânime, DJU de 29.11.2995) Recurso especial não conhecido" (Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 28/04/2009, v.u.). (TJPR - 10ª C.Cível - AC - 576938-4 - Londrina - Rel.: Arquelau Araujo Ribas - Por maioria - - J. 17.12.2009)²³⁹

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM VIRTUDE DE ABANDONO AFETIVO.RECURSO DE APELAÇÃO: REDUÇÃO DO QUANTUM FIXADO À TÍTULO DE PENSIONAMENTO - NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATORES INDICATIVOS DA INCAPACIDADE ECONÔMICA PARA SUPORTAR O ENCARGO - VALOR RAZOÁVEL E MODERADO - INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO - IMPOSSIBILIDADE DE QUANTIFICAÇÃO PECUNIÁRIA DO AFETO - DEVER DE CUIDAR - RESPONSABILIDADE MORAL CUJO DESCUMPRIMENTO ACARRETA NA PERDA DO PODER FAMILIAR - ARTIGOS 24 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E 1628, INCISOS II E III, DO CÓDIGO CIVIL - FUNÇÃO PUNITIVA E DISSUASÓRIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO: PENSÃO ALIMENTÍCIA DEVIDA A PARTIR DA CITAÇÃO - SÚMULA 277 DO STJ - RECURSO DESPROVIDO.1. Não há nos autos elementos de convicção suficientes a referendar a redução dos alimentos, não demonstrando o apelante os fatores indicativos de sua incapacidade econômica para suportar o pagamento da pensão alimentícia tal qual fixada.2. **"Não se nega que, em função da simples 'paternité de fait', haveria deveres de criação e sustento do filho pelo genitor, mas simples dever moral, e não obrigação juridicamente exigível,** que só nasce com a 'paternité de droit', com o reconhecimento voluntário ou judicial. Afastada a configuração de 'abandono material' pelo não pagamento de alimentos pretéritos, restaria apenas uma difícil configuração de dano moral, já que o próprio 'abandono moral' não dispensaria o requisito do pátrio poder, que somente se constitui com o reconhecimento." (Yussef Said Cahali, in Dano Moral, 2ª ed., págs. 662/663).3. Súmula 277: "Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são

<<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11232788/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-768524-9>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

²³⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. - n. 576938-4 – Londrina. Relator Des. Arquelau Araujo Ribas. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1986112/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-576938-4#>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

devidos a partir da citação." (TJPR - 12ª C.Cível - AC - 986880-4 - Lapa - Rel.: Joeci Machado Camargo - Unânime - - J. 02.10.2013)²⁴⁰

Do posicionamento do último julgado supracitado, os julgadores entenderam que a conduta de abandonar a prole é somente, e nada mais do que isso “moralmente reprovável”, e ainda que “a maior punição que pode receber um pai que não deseja seu filho afetivamente e o abandona, é não ter o prazer de conviver em uma das relações mais maravilhosas que existe sobre a face da terra”.²⁴¹

Corroboraram nessa toada, com a destituição do poder familiar para os casos de abandono afetivo no lugar da responsabilidade civil. Inclusive pautando o entendimento em precedente do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. ART. 395, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ECA. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA.

Caracterizado o abandono efetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do Art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se a mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder.²⁴²

Porém, conforme explanado *supra*, a questão é controversa, ao passo que a destituição do poder familiar pode gerar o efeito contrário ao pretendido, justamente no intuito de eximir os pais de todas as suas atribuições.

Ainda em sentido contrário à possibilidade indenizatória de danos morais por abandono afetivo, a luz dos ensinamentos gerais que conduzem à responsabilidade civil, imprescindível a presença dos elementos que a caracterizam, conforme explanado no capítulo anterior.

Nesse sentido:

(...) operadores do direito que entendem pela impossibilidade da reparação civil por abandono afetivo é justamente de que não existe amparo na norma

²⁴⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. - n. 986880-4 - Lapa. Relator Des. Joeci Machado Camargo. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11557612/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-986880-4#>>. Acesso em: 20 jul 2016.

²⁴¹ Idem.

²⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 275.568 – Minas Gerais – 3ª T. – Relator Min. Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19484634/recurso-especial-resp-275568-rj-2000-0088886-9/inteiro-teor-19484635>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

civil para justificar a obrigação de prestar a afetividade à criança durante o desenvolvimento psíquico e de sua personalidade, (...) sustentando que a norma não garante tamanha proteção a ponto de exigir dos pais afeto, afago, atenção ou um acompanhamento tal que exija a presença dos mesmos no desenvolvimento da personalidade do infante, a ponto de expurgar e até punir pela omissão presencial.²⁴³

É como recentemente entendeu a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 16 de julho de 2015, que julgou improcedente o apelo em razão de entender não atingir os requisitos gerais da responsabilidade civil:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM RAZÃO DE ABANDONO AFETIVO À FILHA. DESCABIMENTO. No Direito de Família, o dano moral é, em tese, cabível. No entanto, **imprescindível que haja a configuração do ato ilícito**. O distanciamento do varão em relação à filha não constitui motivo para fundamentar a indenização por dano moral, sendo tal fato um acontecimento bastante recorrente, um fato da vida, apesar de lamentável. Embora seja plausível que a autora tenha sofrido pela ausência do pai, essa situação não pode ser atribuída ao genitor somente, a ponto de levar à obrigação de indenizar. Ademais, **em que pese reprovável, a conduta do demandado não se enquadra no conceito jurídico de ato ilícito, que gera o dever de indenizar**. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.²⁴⁴ (sem grifos no original)

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça²⁴⁵, pelo voto do Ministro Relator Fernando Gonçalves defende ao fato de não ser possível, com base na lei, atribuir ao pai a obrigação de lhe dar afeto ou amor, restando prejudicada a incidência da responsabilidade civil, por ausência de fato ilícito:

(...) Escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

²⁴³ KAROW, op. cit., p. 214-215.

²⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. - n. 70064744196 - Passo Fundo. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/211636755/apelacao-civel-ac-70064744196-rs/inteiro-teor-2116367937>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 757.411 – Minas Gerais – 4º T. – Relator Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 21 jul. 2016.

Inobstante, extraem-se considerações importantes da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à legítima ocorrência, bem como do que pode ser considerado dano moral nos casos de abandono afetivo:

Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como "fatos da vida", hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário.²⁴⁶

Neste diapasão, a jurisprudência corrobora no sentido da ocorrência legítima do dano moral sofrido pela vítima, que não é presumível, além do ônus da prova que incumbe à vítima, conforme posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. ABANDONO AFETIVO. EXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS NÃO COMPROVADA. ÔNUS QUE INCUMBE À PARTE AUTORA, CONFORME ART. 333, INC. DO CPC.

1. No direito de família, a reparação por danos extrapatrimoniais é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração de um ato ilícito praticado com culpa, a existência de um dano e a demonstração do nexo causal entre o ato ilícito e o dano experimentado. 2. Como ensina a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, **somente pode ser reputado como dano moral o vexame, sofrimento ou humilhação que, de forma extrema e fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.** 3. Não tendo o autor se desincumbido do ônus que lhe competia, conforme o art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, **ao deixar de comprovar sobejamente a existência de dano ou sofrimento que venha a autorizar a indenização pretendida, imperiosa a manutenção da sentença de improcedência.** NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (sem grifos no original)²⁴⁷

Portanto, vislumbra-se que as situações envolvendo o dano moral pelo abandono afetivo requerem atenção, pois dissabores cotidianos não podem ser utilizados como parâmetros atribuir responsabilidade civil aos genitores.

²⁴⁶ STJ. RESP 757.411 – Minas Gerais. Relator Min. Fernando Gonçalves.. Acesso em: 21 jul 2016.

²⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Ap. Civ. - n. 70064744196 - Passo Fundo. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Acesso em: 23 jul 2016.

Deste modo, o relator da decisão do Superior Tribunal de Justiça²⁴⁸, Ministro Fernando Gonçalves justificou que ao entender pela procedência dos danos morais pleiteados pelo filho abandonado, estará o Poder Judiciário contribuindo para a *patrimonialização* no âmbito familiar.

Em que pese os posicionamentos doutrinários os quais defendem a que a reparação com caráter além da compensatória, a punitiva e a dissuasória, o relator Fernando Gonçalves:

O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?²⁴⁹

A 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proferiu julgamento pela improcedência à condenação ao pai por abandono afetivo, no entanto, pôs a ressalva de que a responsabilidade por abandono afetivo é admissível, mas em situações excepcionais e com a imprescindível presença de elementos que a caracterizem:

RESPONSABILIDADE CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS ATENTATÓRIOS AO DIREITO DA PERSONALIDADE. OMISSÃO DO DEVER DE CUIDADO. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA.

1. **A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, mas em situação excepcional.** A exemplo da arquitetura jurídica construída para que o reconhecimento do dano moral não representasse a monetarização dos direitos da personalidade, igual entendimento serve à pretensão de compensação por abandono afetivo. Não se trata, de modo algum, de quantificar o amor ou o afeto dispensado pelos pais aos filhos, mas de aferir a presença ou não de violação ao dever de educar (inerente à paternidade/maternidade), reconhecido em nosso ordenamento jurídico.

2. **A configuração de conduta ilícita para fins de abandono afetivo impescinde da presença de alguns elementos no caso concreto a caracterizar sua excepcionalidade.** Assim, a conduta do genitor apta a dar azo à “reparação” de direito da personalidade deve conter negativa insistente e deliberada de aceitar o filho, além do manifesto desprezo com relação a sua pessoa.

3. Não se vislumbra a omissão do dever de cuidado do genitor para com sua filha quando ausente qualquer espécie de negação deliberada de seus deveres como pai, tanto por desconhecimento dessa condição, no período que antecedeu ao exame de DNA, quanto posteriormente, e aqui por contingências profissionais. **Ainda que reprovável o pouco contato**

²⁴⁸ STJ. RESP 757.411 – Minas Gerais. Relator Mini. Fernando Gonçalves.. Acesso em: 21 jul 2016.

²⁴⁹ STJ. ERESP 1159242. São Paulo. Relator Min. Marco Buzzi. Acesso em: 23 jul 2016.

existente entre pai e filha, resta cristalino o fato de não ter agido o mesmo com má-fé no intuito de humilhá-la ou rejeitá-la perante a sociedade.

4. Recurso do réu conhecido e provido. Prejudicado o recurso da autora.²⁵⁰
(sem grifos no original)

No caso em apreço a Turma decidiu por não responsabilizar o pai por abandono afetivo, reformando a sentença que havia fixado a indenização em R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais). Foram reconhecidos danos oriundos da dificuldade de convivência do pai com a filha havida fora do casamento, mas não no sentido de ter abandonando-a, o que restou descaracterizado o dolo ou culpa por parte do genitor.

A responsabilidade civil no âmbito familiar rege-se pela regra da responsabilidade subjetiva. Portanto, o dolo ou a culpa do agente (genitor) é imprescindível para que haja a condenação ao dever de indenizar.

É como entende Hironaka: “A responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo é calcada na ideia de culpa, razão pela qual se torna mais difícil a sua configuração”.²⁵¹

Ademais, os julgadores entenderam ainda que danos sofridos pela filha abandonada não decorreram necessariamente da ausência paterna, portanto, igualmente restou prejudicado o nexo causal como pressuposto essencial para caracterizar a responsabilidade civil.

A maior dificuldade nos casos de abandono afetivo é estabelecer o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do genitor, pois não basta a sua ocorrência, mas também a estabelecer sem qualquer indício de dúvida a sua causa.²⁵²

Nesse sentido, outra importante observação diz respeito inexistência anterior da paternidade reconhecida, fundamentada para caracterizar a ausência da culpa do genitor, quando este não sabia e não tinha reconhecida a paternidade da filha, conforme julgamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO.

²⁵⁰ DISTRITO FEDERAL. Ap. Civ. - n. 20120110447605. Relator Des. J. J. Costa Carvalho. Acesso em: 23 jul. 2016.

²⁵¹ HIRONAKA, op. cit., Acesso em 29 jul. 2016.

²⁵² Idem.

1. A responsabilidade civil extracontratual, decorrente da prática ato ilícito, depende da presença de três pressupostos elementares: conduta culposa ou dolosa, dano e nexo de causalidade. 2. Ausente o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do genitor e o abalo psíquico causado ao filho, não há que se falar em indenização por danos morais, porque não restaram violados quaisquer direitos da personalidade. 3. Ademais, **não há falar em abandono afetivo, pois que impossível se exigir indenização de quem nem sequer sabia que era pai.** 4. Recurso improvido.²⁵³ (sem grifos no original)

Assim, apresenta-se mais uma razão para cautela e análise minuciosa nos casos envolvendo abandono afetivo e dano moral, pois abrem-se pressupostos para as ações de reconhecimento de paternidade pela via judicial ensejar em ação pleiteando indenização por abandono afetivo.

Em linha similar tem-se a na jurisprudência caso que julgou improcedente pedido de indenização por abandono afetivo, pois, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁵⁴ que o fato do genitor não ter reconhecido a paternidade voluntária quando no primeiro contato com o filho não caracteriza, por si só, a possibilidade de ser indenizado.

Cumprir mencionar, como se vê nos julgados colacionados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que julgou questões semelhantes, mas de forma contrária, tamanha é a complexidade do tema.

Em seu voto, que fez o próprio acórdão, a Ministra Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro faz importante observação ao dever dos pais:

Não existe dano moral nem situação similar que permita uma penalidade indenizatória por abandono afetivo. O pai deve cumprir suas responsabilidades financeiras. O pagamento regular da pensão alimentícia supre outras lacunas, inclusive sentimentais. Para sustentar o filho, os pais têm que trabalhar, com o objetivo de manter um bom nível de vida até a maioridade ou a formatura na faculdade. Isso já é um ato de afeto/ respeito. **O laço sentimental é algo mais profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências.** O afastamento entre pai e filho é resultado de uma separação. E essa separação decorre da vontade dos genitores. **O pai que cumpre suas obrigações não deve ser penalizado por danos afetivos. De outro lado,**

²⁵³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. - n. 20090110466999 - Brasília. Relator Des. Getúlio De Moraes Oliveira. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23663893/apelacao-civel-apc-20090110466999-df-0089809-1720098070001-tjdf/inteiro-teor-111764824>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

²⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. - n. 70060154150 – Santa Maria. Relatora Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126514430/apelacao-civel-ac-70060154150-rs/inteiro-teor-126514440>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

o pai que dá amor durante toda a vida ao filho, mas não paga pensão alimentícia, vai preso.²⁵⁵ (sem grifos no original)

É também o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

O pai apelado fez tudo que por força de lei foi obrigado a fazer: reconheceu o filho e pagou a pensão alimentícia a que foi condenado. **Não estava obrigado a amá-lo e não o amou.** Se tivesse sido obrigado a custear a operação do filho em ação de obrigação de fazer baseada no dever de assistência material à saúde certamente teria custeado, como tem quitado a pensão alimentícia que se considerou adequada ao binômio necessidade-possibilidade que envolve os litigantes.²⁵⁶ (sem grifos no original)

Ademais, ainda que a jurisprudência majoritária trate de casos envolvendo situações do pai que abandona a prole, em acórdão da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, julgou improcedentes os pedidos da autora, bem como fundamentou quanto a paternidade responsável que cabe ambos os genitores:

Alega a autora que todo o suposto insucesso e infelicidade de sua vida e até mesmo de suas filhas foram causados por culpa do réu, seu pai, no entanto, ignora ela que também possui uma mãe a quem são impostos deveres e obrigações de cuidado e atenção. Se sua mãe era quem lhe criava era seu dever ter se preocupado com sua educação e demais cuidados, pois, se mulheres e homens, sendo iguais perante a lei, têm direitos iguais e haverão de ter também deveres iguais. Portanto, se a autora não teve educação, não foi matriculada em uma escola tal **omissão não pode ser imposta exclusivamente ao réu** (...) ²⁵⁷ (sem grifos no original)

Portanto, pelo princípio da igualdade de direitos e deveres aos pais, sobretudo a paternidade responsável que incumbe a ambos, tanto o pai, quanto a mãe podem ser responsabilizados civilmente por abandono afetivo.

²⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. - n. 70060154150 – Santa Maria. Relatora Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126514430/apelacao-civel-ac-70060154150-rs/inteiro-teor-126514440>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

²⁵⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. - n. 545.352.4/5 – Ituverava. Relator Des. Ênio Santarelli Zuliani. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/954/Dano_moral_por_abandono_afetivo>. Acesso em: 24 jul. 2016.

²⁵⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. – n. 1.0479.06.112320-0/001 – Passos. Relator Des. Unias Silva. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/1181/Indenizacao_danos_morais>. Acesso em: 24 jul. 2016.

Inobstante, a jurisprudência trata do tema sobre outro aspecto, que de igual forma merece atenção, qual seja, o prazo prescricional, conforme profere o Tribunal de Justiça do Maranhão:

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. PRESCRIÇÃO. MAIORIDADE.

1. Se a ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi proposta após o decurso do **prazo prescricional de três anos** previsto no art. 206, § 3º, inc. V do Código Civil de 2002, é imperioso reconhecer a prescrição da ação. 2. O prazo prescricional para ajuizar ação indenizatória por abandono afetivo começa com a maioridade, ainda que o reconhecimento da paternidade seja em data posterior. 3. Apelação conhecida e improvida. 4. Por maioria.²⁵⁸ (sem grifos no original)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul segue a mesma inteligência e arremata:

(...) O novo Código Civil estabeleceu a redução do prazo prescricional para as ações de reparação civil, tendo incidência a regra de transição posta no art. 2.028 do CCB/2002. (...) 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.**²⁵⁹ (sem grifos no original)

As questões envolvendo direito personalíssimo, na dicção do Código Civil de 1916 tinham prazo prescricional de 20 anos, ao passo que no novo Código foi reduzido à metade, 10 anos, conforme artigo 205 do Código Civil de 2002.²⁶⁰

Porém, os julgados entendem que nos casos envolvendo responsabilidade civil por abandono afetivo, a pretensão reveste-se de carácter econômico,

²⁵⁸ MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. – n. 5050-77.2013.10.0138 – Imperatriz. Relator Des. Ricardo Duailibe. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/3430/Abandono afetivo](http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/3430/Abandono%20afetivo)>. Acesso em 24 jul. 2016.

²⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. - n. 70055587992 – Farroupilha. Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113213716/apelacao-civel-ac-70055587992-rs/inteiro-teor-113213726>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

²⁶⁰ BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. *In verbis*: “**Art. 205**. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 25 ago 2016.

reparatório, portanto a prescrição ocorre em três anos, conforme artigo 206, §3º, inciso V do Código Civil de 2002.²⁶¹

Com base no exposto, percebe-se que os casos envolvendo reparação civil por abandono afetivo revestem-se de peculiaridades e análise meticulosa pelo julgador.

Neste íterim, a jurisprudência corrobora em sua maioria a não entender pela aplicabilidade da indenização civil nos casos de abandono afetivo nas relações paterno-filiais e, não havendo ordenamento específico acerca do tema, as decisões se apresentam eminentemente subjetivas, a cunho do julgador, o que reflete em insegurança jurídica quando incide ao tema, ainda mais diante de posicionamentos jurisprudenciais envolvendo diversos aspectos sobre o tema.

De igual forma, não há similaridade na atribuição do *quantum debeatur*, diante da inexistência de parâmetros objetivos para a sua fixação, levando em conta os magistrados às situações no caso em apreço e respeito à razoabilidade e proporcionalidade a seu critério, gerando uma legítima loteria jurídica, ora o Poder Judiciário atribuindo valor e enorme para a lesão, e ora importância muito menor para caso similar.

²⁶¹ BRASIL. Lei n. 10.046, “**Art. 206**. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil”.. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 25 ago 2016.

7 CONCLUSÃO

Ainda que o afeto não se encontre expressamente previsto nas disposições legais do ordenamento vigente, não há qualquer dúvida de que o Direito contemporâneo tem reconhecido no afeto o fundamento das relações familiares, sendo o pilar de sustentação da formação da entidade familiar. A importância desse elemento nas relações familiares decorre do reconhecimento histórico e cultural ao longo dos anos, valorizando o homem e suas relações mais reservadas, que foi colocado no centro de todo o ordenamento jurídico brasileiro através do princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana.

Não podia ser diferente com relação às crianças e adolescentes. O princípio da dignidade da pessoa humana, com assento constitucional, somado aos princípios do melhor interesse da criança e tratamento prioritário dão maior representatividade ao se tratar de violação dos direitos dos infantes, em razão da sua peculiar condição de desenvolvimento, impossibilitados da autodefesa. Significa que, violar o direito ferindo a dignidade da pessoa humana é fato grave, mas violar a dignidade humana e os direitos à personalidade das crianças e adolescentes configura fato ainda mais preocupante, situação na qual deve o Estado intervir, sobretudo em razão da proteção integral às crianças e adolescentes atribuída não só à família, mas também ao Estado e a sociedade em geral, conforme dispõe o artigo 227 da Constituição Federal.

Nesse aspecto entra a afetividade entre pais e filhos. É fundamental para o desenvolvimento da prole a presença afetiva de ambos os genitores. Por ser considerado como elemento estruturante da família, tamanha a sua importância, é visto com valor jurídico a ser protegido e por vezes apreciado pelo Poder Judiciário, situações nas quais discute-se se a violação desse direito-dever proveniente do poder familiar e da paternidade responsável deve ser examinado sob a ótica dos pressupostos da responsabilidade civil.

A falta de convivência ou ausência afetiva de um dos genitores, ou de ambos, pode afetar o alicerce espiritual de seus membros, principalmente com relação aos filhos enquanto incapazes, principalmente porque nessa fase é que estabelecem os vínculos mais intensos da vida, podendo acarretar em prejuízos morais por muitas vezes irreparáveis diante da conduta dos pais.

Na violação do dever dos pais em oferecer afeto aos filhos incumbe então ao Estado, representado pelo legislador apresentar uma solução e nesse ponto é que insurgiu a discussão da presente pesquisa.

Nessa toada, o Código Civil estabelece 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”. O artigo 927, por sua vez, dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Sobre esse aspecto é que surgiram as primeiras ações pleiteando indenização por dano moral sofrido pela ausência do afeto, tutelado pelo ordenamento através dos direitos à personalidade, à dignidade da pessoa humana, convivência familiar, etc.

Embora a lei crie direito e obrigações, no âmbito dos direitos da família, por vezes, apresenta-se sem eficácia, como ocorre dentro do presente tema. O direito à convivência familiar, a especial proteção das crianças e adolescentes, dignidade da pessoa humana e demais princípios trazidos no presente estudo não passam de utopia se não há uma solução prática diante da violação desses direitos. Daí, buscando aparato Estatal os “filhos abandonados afetivamente” valem-se das normas da reponsabilidade civil para pleitear a compensação pelos danos morais sofridos pela conduta do genitor.

A questão não se trata da intervenção estatal no seio familiar. Vai além, trata-se da possibilidade do reconhecimento estatal e da outorga de proteção jurídica pelo Estado de elemento que sempre esteve presente na sociedade formada por homens, ser eminentemente sentimental.

Ao se tratar do tema responsabilidade civil, em que a consequência apresenta-se com cunho indenizatório, de fato, não há como atribuir valor à omissão de um genitor, que muitas vezes praticada por anos. Todavia, nos casos de danos morais cedoço que o dinheiro não paga, nem nunca pagará diretamente pelo preço da dor, desprezo suportado, mas ao menos corrobora para sua amenização.

Além do mais, a realidade Brasileira é que a sociedade causou a industrialização do dano moral, precipuamente ao assentar o ser humano no centro do ordenamento jurídico. Isso porque, muito embora a doutrina e jurisprudência tendem à frear as possibilidade de reparação civil, inúmeros são os casos de indenizações milionárias que as vítimas sustentam ter sofrido abalo moral em decorrência da violação da sua dignidade humana, gerando pelo Poder Judiciário

uma verdadeira loteria ou fonte de renda extra, assim banalizando o dano moral, ao passo que situações que verdadeiramente carecem da tutela jurisdicional são vistas de antemão com resistência.

Ainda que tivesse superada a questão do direito material do pedido de dano moral nos casos de abandono afetivo ainda há que se falar na sua tarifação, que é problemática na legislação vigente. Igualmente à responsabilidade civil por abandono afetivo, há omissão legal no que diz respeito *quantum debeat* do dano sofrido, ficando o arbitramento a critério do julgador. Ainda mais porque, em se tratando de situações que calham no âmbito mais pessoal do ser humano (doméstico) a missão requer muito mais cautela e subjetividade do julgador. Como visto, diante da lacuna da lei, situações semelhantes acarretaram desde indenizações do montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) até 700.000,00 (setecentos mil reais), fato que é preocupante no cenário jurídico.

Ademais, dentro no estudo, verificou-se o posicionamento de que na hipótese dos pais se omitirem ao dever de criação dos filhos, em sentido amplo há violação ao direito à dignidade da pessoa humana, ferindo os direitos do filho à personalidade e desrespeito pelo genitor aos deveres oriundos do poder familiar. Restaria portanto, caracterizado o ato ilícito, possibilitando a condenação ao pagamento de indenização por dano moral pelo abandono praticado. Todavia, pelo demonstrado no presente estudo não é qualquer caso de ausência de afetividade que insurge à responsabilização pela reparação civil pelo ordenamento vigente. Somente em casos específicos e, na jurisprudência excepcional é possível haver o ressarcimento cível pela indenização em pecúnia, atento para o conceito de dano moral, trazido das normas inerentes às teorias da responsabilidade civil, bem como os pressupostos do dever de indenizar, que igualmente devem estar delineados.

A jurisprudência, dessa forma, dentro da análise dos casos apreciados manifesta-se em sua maioria se posiciona no sentido contrário à possibilidade de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, por inúmeros fundamentos, em sua maioria com base nas regras gerais da responsabilidade civil o caso de abandono afetivo não atinge os elementos essenciais, uma vez que o ordenamento positivo não obriga o genitor à dar amor/afeto ao filho, não podendo estender a norma além do que ela determina. Não restaria caracterizado dessa forma, o ato ilícito dos genitores.

Em contrapartida, vertente menos significativa sustenta a possibilidade de forma irredutível, sustentando que o dever de criação dos filhos e convivência familiar deve ser visto em sentido mais abrangente, incluindo nesse escopo o dever de afetividade. Nesse posicionamento, o cuidado com o filho é visto como dever, não se discutindo a questão do amor em si que deve ser ofertado ao filho, mas imposição legal de cuidar que é um dever jurídico paternal.

Inobstante, a jurisprudência atual analisada permanece contraposta, inclusive com atuais precedentes do Superior Tribunal de Justiça para ambos os lados, tamanha é a celeuma do tema.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **A natureza jurídica do casamento romano no direito.** Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67287/69897>> Acesso em: 16 ago. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção de um novo modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. **Abandono afetivo: do direito à psicanálise.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 jul. de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Federação Brasileira de Psicanálise. **Biografia de Donald Woods Winnicott.** Disponível em: < <http://febrapsi.org.br/biografias/donald-woods-winnicott/> >. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 23 out 2016.

_____. Lei 11.698 de 13 de Junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406 – guarda compartilhada.** Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Lei 12.318 de 26 de Agosto de 2010. **Alienação parental**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014. **Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm> Acesso em: 23 out 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.159.424** – São Paulo – 3ª T. - Relatora Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. _____. **RESP 757.411** – Minas Gerais – 4ª T. – Relator Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. _____. **ERESP 1.159.242** – São Paulo – 2ª S. – Relator Min. Marco Buzzi. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/emargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. _____. **RESP 275.568** – Minas Gerais – 3ª T. – Relator Min. Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19484634/recurso-especial-resp-275568-rj-2000-0088886-9/inteiro-teor-19484635>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 757.411** – Minas Gerais – 4º T. – Relator Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 21 jul. 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALDERÓN, Ricardo de Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARDIN, Valéria da Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Grace. **Abandono afetivo: indenização por dano moral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Pessoa, sociedade e humanos direitos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari2.htm>>. Acesso em: 28 de maio de 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Ap. Civ. - n. 20120110447605** - Brasília. Relator Des. J. J. Costa Carvalho. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/2695/Responsabilidade Civil](http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/2695/Responsabilidade%20Civil)>. Acesso em: 23 jul. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Ap. Civ. - n. 20090110466999** - Brasília. Relator Des. Getúlio De Moraes Oliveira. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23663893/apelacao-civel-apc-20090110466999-df-0089809-1720098070001-tjdf/inteiro-teor-111764824>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**: família e sucessões. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/2012/05/pressuposto-elementos-e-limites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo>>. Acesso em 29 ago. 2016.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012.

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

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Ap. Cív. – n. 5050-77.2013.10.0138** – Imperatriz. Relator Des. Ricardo Duailibe. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/3430/Abandono afetivo](http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/3430/Abandono%20afetivo)>. Acesso em 24 jul. 2016.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10-11.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática**: do cabimento à fixação do quantum, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Ap. Cív. – n. 1.0479.06.112320-0/001** – Passos. Relator Des. Unias Silva. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/1181/Indenização danos morais](http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/1181/Indenizacao%20danos%20mora)>. Acesso em: 24 jul. 2016.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, Euclides de; et al. **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Ap. Civ. n. 640.566-7** – Campo Mourão. Relator Des. Roberto Portugal Bacellar. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11396195/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-640566-7>>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. _____. **Ap. Civ. n. 768524-9** – Foz do Iguaçu. Relator Des. Jorge de Oliveira Vargas. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11232788/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-768524-9>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. _____. **Ap. Civ. n. 576938-4** – Londrina. Relator Des. Arquelaú Araujo Ribas. Disponível em:

<<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1986112/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-576938-4#>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. _____. **Ap. Civ. n. 986880-4** - Lapa. Relator Des. Joeci Machado Camargo. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11557612/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-986880-4#>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. Rio de Janeiro: 2010.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

_____. **Temas atuais em direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em 15 jul. de 2016.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. O abandono afetivo do filho, como violação aos direitos da personalidade. In: Toledo, Iara Rodrigues. et al (Coord.). **Estudos acerca da afetividade dos direitos de personalidade no direito das famílias**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Capão da Canoa - nº **141/1030012032-0** - Juiz de Direito Mario Romano Maggioni. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/423/SENTENÇA>>. Acesso em: 21 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. Civ. - n. 70064744196** - Passo Fundo. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/211636755/apelacao-civel-ac-70064744196-rs/inteiro-teor-2116367937>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. Civ. - n. 70060154150** – Santa Maria. Relatora Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126514430/apelacao-civel-ac-70060154150-rs/inteiro-teor-126514440>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. Civ. - n. 70055587992**. Farroupilha. Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113213716/apelacao-civel-ac-70055587992-rs/inteiro-teor-113213726>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 11.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. - n. 545.352.4/5 – Ituverava. Relator Des. Ênio Santarelli Zuliani. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/954/Dano_moral_por_abandono_afetivo>. Acesso em: 24 jul. 2016.

SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito civil**: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.