

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**OS IMPACTOS DA LACUNA LEGISLATIVA EM RELAÇÃO A REPARAÇÃO
CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL NAS DECISÕES
DO TJRJ**

JULIA BELLO RIBEIRO

Rio de Janeiro

2022

JULIA BELLO RIBEIRO

**OS IMPACTOS DA LACUNA LEGISLATIVA EM RELAÇÃO A REPARAÇÃO
CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL NAS DECISÕES
DO TJRJ**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos.**

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

B446i Bello Ribeiro, Julia
Os Impactos da Lacuna Legislativa em relação a
reparação civil decorrente do abandono afetivo
parental nas decisões do TJRJ / Julia Bello
Ribeiro. -- Rio de Janeiro, 2022.
57 f.

Orientadora: Daniela Silva Fontoura de Barcellos.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Abandono Afetivo Parental. 2. Possibilidade
de reparação civil. 3. Danos morais. 4. Ausência de
lei sobre abandono afetivo. 5. Decisões TJRJ sobre
abandono afetivo. I. Silva Fontoura de Barcellos,
Daniela, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a
responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

JULIA BELLO RIBEIRO

**OS IMPACTOS DA LACUNA LEGISLATIVA EM RELAÇÃO A REPARAÇÃO
CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL NAS DECISÕES
DO TJRJ**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos.**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

ATA DE APRESENTAÇÃO DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO

DATA DA APRESENTAÇÃO: / / 2022

Na data supramencionada, a **BANCA EXAMINADORA** integrada pelos (as) professores (as)

Reuniu-se para examinar a MONOGRAFIA do discente:

DRE

INTITULADA

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO (A) DISCENTE, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AS SEGUINTE NOTAS POR EXAMINADOR (A):

	Respeito à Forma (Até 2,0)	Apresentação Oral (Até 2,0)	Conteúdo (Até 5,0)	Atualidade e Relevância (Até 1,0)	TOTAL
Prof. Orientador(a)					
Prof. Membro 01					
Prof. Membro 02					
Prof. Membro 03					
MÉDIA FINAL					

PROF. ORIENTADOR (A):

NOTA:

PROF. MEMBRO 01:

PROF. MEMBRO 02:

PROF. MEMBRO 03:

Média Final*:

O trabalho recebe indicação para o PRÊMIO SAN TIAGO DANTAS? (Se a média final for 10) Sim () Não ()

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais, que me deram todo o suporte necessário durante a faculdade e sempre se preocuparam para que eu tivesse uma educação de qualidade, me apoiando em todas as minhas escolhas.

À minha irmã, que sempre acreditou no meu potencial e foi paciente comigo durante os longos dias de estudo para faculdade e para confecção deste trabalho.

À minha cunhada e grande amiga Amanda Freire, que me deu importante auxílio durante esse estudo e ao longo da faculdade, sendo essencial durante a minha graduação.

Ao meu namorado Rafael Freire, que foi fundamental durante esses anos me dando todo apoio necessário para ter chegado até aqui.

Por fim, agradeço à minha orientadora, professora Daniela Silva Fontoura de Barcellos, pelo suporte e instruções valiosas, imprescindíveis à conclusão do presente trabalho.

RESUMO

A interpretação do Direito Civil conforme a Constituição representa uma notável mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que lança sobre os institutos de direito privado uma roupagem garantidora da dignidade da pessoa. Tal interpretação, inegavelmente, recai sobre o tratamento conferido ao Direito das Famílias, especialmente no que tange às relações de parentesco. É justamente sobre esse viés que se debruça o presente estudo, uma vez que se presta a discorrer sobre a temática do abandono afetivo parental e seus desdobramentos nas hipóteses de reparação civil por danos morais. Intenta-se, nesse sentido, examinar a posição jurisprudencial no que diz respeito à valorização jurídica do afeto, em razão da existência de lacunas legislativas, a fim de que seja assegurada nas relações familiares a proteção almejada pela Carta Constitucional.

Palavras-chave: relações de parentesco; abandono afetivo; reparação civil.

ABSTRACT

The interpretation of Civil Law in conformity with the Constitution represents a notable paradigm shift in the Brazilian legal system, since it imparts to private law institutes a trait that guarantees the dignity of the human person. Such interpretation undeniably affects the treatment given to Family Law, especially with regard to kinship relations. It is precisely on this issue that the present study focus, since it lends itself to discuss the theme of parental abandonment of affection and its consequences in the cases of civil reparation for non-material damages. The intention is, in this sense, to examine the jurisprudential position in respect to the legal valorization of affection, due to the existence of legislative gaps, in order to ensure family relationships the protection desired by the Constitutional Charter.

Keywords: kinship relations; parental abandonment of affection; civil reparation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1)DIREITO DE FAMÍLIA E O ABANDONO AFETIVO PARENTAL.....	11
1.1 DIREITO DE FAMÍLIA E O PRIMADO DO AFETO.....	11
1.2 TRATAMENTO DOS MENORES PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL E A CONFIGURAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL.....	14
1.3 ENTENDIMENTO DO STJ SOBRE O TEMA.....	20
2) REPARAÇÃO CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL..	27
2.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	27
2.2 CONFIGURAÇÃO DOS DANOS MORAIS POR ABANDONO AFETIVO DOS PAIS.....	30
3) IMPACTOS DA AUSÊNCIA LEGISLATIVA QUANTO A CONFIGURAÇÃO DO DANO NESSA HIPÓTESE NAS DECISÕES DO TJRJ.....	41
3.1 ANÁLISE DE 4 DECISÕES DO TJRJ QUE REPRESENTAM OS PRINCIPAIS TÓPICOS DISCUTIDOS EM AÇÕES QUE VISAM A REPARAÇÃO CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO IMATERIAL DOS PAIS.....	41
3.2 IMPACTOS OBSERVADOS NAS DECISÕES DO TJRJ SOBRE O TEMA PELA AUSÊNCIA DE LEI.....	49
4)CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

INTRODUÇÃO

O presente estudo desenvolve a temática da omissão legislativa no que se refere ao termo “abandono afetivo” parental e a possibilidade de responsabilização civil daqueles pais que abandonam afetivamente seus filhos. Mais especificamente, a pesquisa em tela abordará o reflexo dessa omissão legislativa nas decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sobre o tema.

De um modo geral, o tema levantado trata da indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo pelos detentores do poder familiar. Não obstante não haver previsão expressa do termo “abandono afetivo” no ordenamento jurídico brasileiro, este dever de cuidado parental é previsto pelo art. 229 da CRFB/88 bem como pelos artigos 1.632 e 1.634, I, do Código Civil de 2002. Ademais, embora o ordenamento não verse sobre a penalidade resultante do descumprimento do dever de cuidado pelos pais, a possibilidade de indenizar aquele que sofreu um dano decorrente do abandono afetivo parental já é um entendimento bem consolidado na jurisprudência, inclusive reconhecido em decisões do STJ.

Trata-se de um tema relevante, tendo em vista que nos dias atuais cada vez mais é normalizada a postura dos pais que se omitem do dever de assistir e cuidar dos seus filhos, sendo desconsiderado os danos emocionais e psicológicos gerados naquele menor que são fruto desta sensação de abandono. Nesse viés, em que pese o avanço jurisprudencial no sentido de reconhecer a possibilidade de reparação civil nesses casos, esta pesquisa visa delimitar as principais implicações da ausência de lei nas decisões sobre a matéria, de modo que para que o poder legislativo supra efetivamente essa lacuna com a criação de uma lei, deve observar as questões que serão evidenciadas.

No primeiro capítulo, procede-se uma análise do conceito de família e sua evolução ao decorrer do tempo. Também observa-se os avanços no Direito de Família até a contemporaneidade, em que há a valorização jurídica do afeto. Outrossim, evidencia-se o tratamento que é dado aos menores pelo ordenamento jurídico e a configuração do abandono imaterial parental segundo a doutrina e o Superior Tribunal de Justiça.

Em continuidade, o segundo capítulo, por sua vez, se presta ao estudo dos principais elementos da responsabilidade civil, com vistas a identificar nas hipóteses do abandono afetivo pelos genitores a presença destes elementos que ensejam o dever de indenizar.

No terceiro capítulo, com base no conteúdo explorado sobre os pontos essenciais referentes ao tema, busca-se examinar decisões do TJRJ que evidenciem as principais controvérsias jurisprudenciais sobre a matéria e de que forma a inexistência de legislação específica sobre o abandono afetivo influencia nessas decisões.

Por fim, no quarto capítulo são realizadas as considerações finais do presente trabalho, em que modestamente se pretende estabelecer quais os principais conteúdos que devem ser trazidos para propositura de uma lei eficiente.

CAPÍTULO 1 - DIREITO DE FAMÍLIA E O ABANDONO AFETIVO PARENTAL

1.1. Direito de Família e o primado do afeto

Os seres vivos, de forma geral, por diversos instintos possuem antipatia com a solidão. Assim como algumas espécies animais, os seres humanos também tendem a relacionar-se entre si, por decorrência da sua própria natureza¹. Desse modo, ainda que no início da raça humana as relações entre as pessoas pudessem ser regidas principalmente pelo próprio instinto natural de procriação, em dado momento do tempo, os seres humanos passaram a enxergar vantagens na formação de um grupo, um núcleo de convivência.

No período anterior à Revolução Industrial, em que a vida dos homens e mulheres era predominantemente no campo, esse núcleo de convivência justificava-se na necessidade de produção para sobrevivência, de maneira que a união era necessária não apenas para produzir, mas também para procriação e aumento de mão de obra, sendo preservada a unidade familiar por este motivo². Já no momento pós Revolução, a ideia desta forma familiar começou a ser modificada, pois com o êxodo rural, os espaços de moradia nas cidades eram menores e não havia mais essa necessidade de um conjunto para mão de obra e subsistência daquele grupo. Mesmo com tais mudanças, os indivíduos permaneceram estimando a vida uns com os outros, isto é, a vida em família, e a configuração desta forma do convívio familiar proporcionou uma aproximação entre as partes³.

Assim, no Brasil, durante a vigência do Código Civil de 1.916, a família era formada somente pelo matrimônio, que foi instituído para reger a vida conjugal e garantir a permanência do vínculo entre essas pessoas, de modo que a continuação das relações familiares se dava em razão da consanguinidade, isto é, da linhagem reprodutiva do casal. Nesse período, as regras que regiam as relações familiares possuíam um forte conservadorismo com um caráter moral e

¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 29.

² NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, vol.5: direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 48-49.

³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 30.

ético, em razão da aproximação entre o Estado e a Igreja⁴. Esta visão conservadora da vida familiar daquela época também verificava-se na constituição de famílias patriarcais, em que concentrava-se o poder exclusivamente na figura do marido, havendo uma hierarquia⁵, de maneira que isto também se refletia nas normas de direito. Portanto, a instituição do casamento passou a ser não só um regulador moral da vida conjunta naquela época, mas também foi valorizado de tal forma que se tornou um critério para avaliação do status pessoal, principalmente no que diz respeito às mulheres, em razão da evidente desigualdade de gênero presente.

Considerando que o Direito visa regular as relações juridicamente relevantes, para garantir o convívio social da forma mais harmônica possível, não poderia abster-se de regulamentar as relações familiares. Certamente, há que se ponderar que o Direito de Família, conforme enuncia Gustavo Tepedino, possui natureza de direito privado e que por tratar de questões íntimas da convivência familiar não permite um grande intervencionismo estatal nessa esfera. Assim, o fato de os princípios de ordem pública permearem as relações familiares não significa a migração do direito de família para o direito público⁶. O que se busca com o Direito de Família é justamente a proteção de cada um dos integrantes da comunidade familiar, mas não a interferência nestas relações interpessoais, sendo este o entendimento de Maria Berenice Dias⁷:

“ Imperioso reconhecer que o direito das famílias, ainda que tenha características peculiares e alguma proximidade com o direito público, tal não lhe retira o caráter privado. A tendência é reduzir o intervencionismo do Estado nas relações interpessoais. A esfera privada das relações conjugais se inclina cada vez mais a repudiar a interferência do público.”

⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 56.

⁵ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, vol.5: direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 46.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008. p. 21.

⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 35.

Na verdade, este Direito tem evoluído justamente no sentido da liberdade individual para compor as famílias da forma que desejarem. Em decorrência dessa evolução social que a Jurista Maria Berenice Dias defende o termo de “Direito das Famílias”.

Assim, é possível notar esse progresso da sociedade também no âmbito jurídico, uma vez que a Constituição de 1.988 deixou para trás a definição da família matrimonializada como a única forma de constituição familiar e em seu art. 226 reconheceu que a família é decorrente não apenas do instituto do Casamento Civil, como também da União estável entre homem e mulher, que é caracterizada pela convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com objetivo de formar uma família pelos companheiros, consoante o artigo 1º da Lei 9.278/1996 e a família monoparental, isto é, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, conforme enuncia o artigo 226, parágrafo 4º da Constituição. Outrossim, cabe ainda destacar que a interpretação do referido dispositivo constitucional pela doutrina e jurisprudência é no sentido de que tal rol é exemplificativo e não taxativo, admitindo-se o reconhecimento de outras formas de família no ordenamento, para que efetivamente a proteção estatal progrida em consonância com a sociedade.

Com efeito, a concepção de família no presente é deveras diversa daquela de algumas décadas atrás. Isso porque, cada vez mais, concebe-se que as relações familiares são constituídas muito mais por um vínculo de afeto do que o próprio vínculo biológico⁸. Assim, mesmo que realizada uma análise da evolução das famílias no tempo a partir de algumas perspectivas, como a da força de trabalho, na prática o objeto primordial para formação de um lar e a caracterização de uma família é o afeto.

Desse modo, o Direito de Família instaurou uma nova ordem jurídica, na qual atribuiu valor jurídico ao afeto. Nesse sentido, surge o Princípio da Afetividade, que está implícito na Constituição de 1.988 como fundamento do Direito de Família contemporâneo, buscando a promoção do direito à felicidade⁹. Logo, é com base nesta valorização jurídica do afeto que justifica-se a legitimação de várias configurações familiares contemporâneas, como a

⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, Volume Único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, METODO; 2021, p. 2.028.

⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 52.

parentalidade socioafetiva, reconhecida amplamente na jurisprudência. A jurista Maria Berenice Dias esclarece que “*Mesmo que a palavra afeto não esteja no texto constitucional, a Constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção.*”. Assim, a autora cita Paulo Lobo¹⁰:

“que identifica na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6.º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5.0 e 6.0); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4.º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).”

Portanto, considerando as relações familiares atuais e tais artigos da Constituição Federal trazidos à baila por Paulo Lobo, se verifica exatamente em qual parte do ordenamento jurídico está implícito o Princípio da Afetividade.

1.2. Tratamento dos menores pelo ordenamento jurídico brasileiro atual e a configuração do abandono afetivo parental

Vistas as alterações do ordenamento e jurisprudência que reconheceram novas configurações de famílias, formadas não só pelo matrimônio, é possível dizer que um elemento muitas vezes comum nestes diferentes ambientes familiares são os filhos. Com vistas a proteger esses menores, que são normalmente os mais vulneráveis nessa relação, um dos princípios norteadores do Direito de Família é o Princípio do Maior Interesse da Criança e do Adolescente.

O princípio supramencionado está disposto no artigo 227, da Constituição Federal de 1988 e é reconhecido internacionalmente através da Convenção Internacional de Haia como *The best interest of the child*¹¹, surgindo como um meio de salvaguardar essas pessoas que

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 52-53.

¹¹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil , Volume Único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, METODO; 2021, p. 2.025.

estão em processo de desenvolvimento e formação pessoal, de modo que em decorrência da fragilidade deste momento crucial da vida, se concede um tratamento especial aos menores de 18 anos.¹²

Assim, a proteção concedida é no sentido de garantir à criança, o adolescente e ao jovem “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.”¹³.

Neste cenário, o Brasil em 1990 ratificou a “Convenção sobre os Direitos da Criança”¹⁴, Convenção internacional adotada pela Assembleia da ONU em 1989, de forma que o jurista Caio Mário teceu comentários sobre a referida Convenção:

“Recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando de consideração especial, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os direitos fundamentais. Reafirma, também, conforme o princípio do melhor interesse da criança, que é dever dos pais e responsáveis garantir às crianças proteção e cuidados especiais e na falta destes é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam. Reconhece a família como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito de receber a proteção e a assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente as responsabilidades dentro da comunidade.”¹⁵

Desta feita, ainda como uma forma de reafirmar o princípio supracitado, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente em 13 de julho de 1990, que em seus artigos 3º e 4º incorporou o conteúdo do Princípio da proteção integral do menor, conforme se vê a seguir:

¹² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 50.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁴ BRASIL. Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.

¹⁵ Pereira, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 68.

“ Art. 3º A **criança e o adolescente** gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da **proteção integral** de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º **É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar**, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária.”¹⁶

Vale ressaltar que, a partir do aludido Estatuto definiu-se que a criança seria a pessoa que possui entre 0 e 12 anos incompletos, enquanto o adolescente seria aquele que possui entre 12 e 18 anos de idade ¹⁷, visando assim proteger todos aqueles que ainda não atingiram a maioridade.

Nesse ínterim, Maria Berenice Dias faz menção a exposição de Paulo Lôbo, que traz uma elucidação sobre o tema, afirmando 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.*”¹⁸ Logo, é imposto aos genitores esse dever legal de cuidado, proteção e auxílio durante o crescimento de seus filhos, não sendo uma mera orientação ou aconselhamento.

E em conformidade com tal previsão legal e constitucional, observa-se que dentre as diversas obrigações atribuídas à família está a de convivência familiar. Assim, os pais devem

¹⁶ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil , Volume Único.11. ed. Rio de Janeiro: Forense, METODO; 2021, p. 2.023.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família.10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 50.

conviver, isto é, criar e educar sua filiação, de modo que seja garantido o desenvolvimento integral destes últimos, conforme prevê o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁹

Segundo o autor Paulo Lôbo, essa convivência no seio familiar seria a relação de afeto que se protela no tempo formada pelas pessoas que constituem o grupo familiar que coabitam no mesmo ambiente, podendo ser em razão de laços de parentesco ou não.²⁰

Em que pese a disposição Constitucional desse dever ser atribuída a ambos os pais, aquilo que se espera socialmente de uma mãe e um pai com relação ao filho menor ainda perpetua certa desigualdade. Principalmente, quando a sociedade já banalizou a figura do pai ausente na vida do menor, como se este possuísse uma escolha entre cuidar do filho ou não, de maneira que a todo momento são vistos pais que não possuem vínculo algum com a prole e que frequentemente ao mudar de casamento, por exemplo, não os procura, não os protege, nem cuida ou educa essas crianças. Assim, afirma Maria Berenice Dias:

“A obrigação parental não é somente o pagamento de alimentos. Há um leque de encargos que não se mensuram monetariamente. Mas nenhuma consequência é imposta a quem descumpra os deveres inerentes ao poder familiar. Separado o casal, o pai, na maioria dos casos, nem ao menos divide os deveres de criação e educação do filho, pois raramente reconhece sua responsabilidade de acompanhar o seu desenvolvimento. De forma frequente, não exerce sequer a obrigação de visitas. Os danos afetivos que decorrem dessa omissão não estão previstos como indenizáveis, mas a justiça vem, ainda que timidamente, impondo o pagamento.”²¹

Por outro lado, quando observa-se a figura da mãe esperada pelo corpo social, a esta sempre será atribuída a função de cuidar e proteger daquele menor sendo que caso se esquive do seu dever provavelmente será muito julgada por todos, mesmo quando decida fazer isso pelos meios legalmente adequados, como através da entrega do menor para adoção. Ademais, quando essa mulher não se sente preparada para gerar uma vida, esta não tem direito sobre o

¹⁹ 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. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016.

²⁰ LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.74.

²¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 106.

seu próprio corpo para decidir por não gerá-lo, recaindo sobre ela a imputação de uma infração penal em razão disso. É neste mesmo sentido a visão da socióloga Saffioti:

“Não é difícil observar que homens e mulheres não ocupam posições iguais na sociedade brasileira. (...) A identidade social da mulher, assim como a do homem, é construída através da atribuição de distintos papéis, que a sociedade espera ver cumpridos pelas diferentes categorias de sexo. A sociedade delimita, com bastante precisão, os campos em que pode operar a mulher, da mesma forma como escolhe os terrenos em que pode atuar o homem. **A socialização dos filhos, por exemplo, constitui tarefa tradicionalmente atribuída às mulheres. Mesmo quando a mulher desempenha uma função remunerada fora do lar, continua a ser responsabilizada pela tarefa de preparar as gerações mais jovens para a vida adulta.**”²²

Nesta toada, verifica-se como ainda há um desequilíbrio na postura social quanto ao enfrentamento dessa situação, que aparenta consentir quando o pai não cumpre a aludida obrigação de cuidado para com os filhos, entretanto quando a mãe está nessa posição, é muito criticada, mesmo quando recorre aos meios legalmente disponíveis.

De todo modo, o que se defende é que ambos os pais têm o dever de conviver com os seus filhos. Portanto, o Direito não pode seguir o mesmo caminho, uma vez que não pode ser banalizada a dor e o sofrimento, que claramente ultrapassa os limites da normalidade, daquele menor vulnerável que teve o seu desenvolvimento como ser humano afetado por não ter um componente crucial na sua formação.

Assim, após esta breve análise social, torna-se necessário definir o que seria o abandono afetivo parental, cabendo adentrar na concepção de alguns doutrinadores de Direito Civil sobre o tema. Dessarte, de acordo com o autor Sílvio Venosa, este poderia ser retratado da seguinte forma:

“Cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, **o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e**

²² SAFFIOTI, Heleieth I.B. O poder do macho. São Paulo: Moderna. (Coleção polemica) p. 08. 1987.

criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal). Entre as responsabilidades de criação, temos que lembrar que cumpre também aos pais fornecer meios para tratamentos médicos que se fizerem necessários. **Sob certas condições o abandono afetivo e intelectual pode acarretar responsabilidade civil que deságua numa indenização.**²³

Nesse mesmo sentido, o professor Rolf Madaleno versa sobre esta questão em seu livro “Direito de Família”:

“Também têm sido fonte de demandas judiciais casos de **abandono afetivo dos pais em relação a seus filhos. Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pai e filho,** principalmente quando os pais são separados, ou nas hipóteses de famílias monoparentais, em que um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o dever de cuidado que tem em relação à sua prole, cuja expressão, no dizer de Leonardo Boff, 124 “representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro”; diante do descuido em situações de dependência e carência, 125 **o abandono certamente afeta a higidez psíquica do descendente rejeitado.**”²⁴

Cabe ainda ressaltar a abordagem da autora Maria Berenice Dias sobre o cabimento da compensação por danos morais trazida em seu “Manual de direito das famílias”:

“Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-lo, **há obrigação de conviver com ele.** O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. **O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. Por certo, a decisão elo STJ reconheceu o cuidado como valor jurídico, identificando o abandono afetivo como ilícito civil, a ensejar o dever de indenizar.**²⁵

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 321 e 322

²⁴ MADALENO, Rolf. Direito de Família. 8a . ed. Rio de Janeiro : Forense, 2018. p. 489.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família.10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 97.

A partir das diferentes concepções sobre o tema supramencionadas, concebe-se que o abandono afetivo é caracterizado, em suma, pela omissão parental no cumprimento do dever legal de cuidar do filho, dar assistência moral, psíquica, acompanhar o seu desenvolvimento e conviver com ele, se distinguindo do dever legal dos pais de prover o sustento de sua prole. Logo, não há que se falar que nesses casos é imposto aos pais o dever de amar seus filhos, ou ter qualquer sentimento de afeto para com eles, mas de obrigação Constitucional de criá-los, conforme art. 229 da CRFB “*Art. 229, CF . 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.*”.

Assim, em que pese o sistema normativo brasileiro não disponha sobre o termo específico do “abandono afetivo”, a Constituição e o Código Civil de 2002 trazem a essência do que constitui esse dever legal dos pais, que como dito anteriormente, é o dever de convivência e cuidado com os filhos.

1.3. Entendimento do STJ sobre o tema

Nesse contexto, apontado esse encargo que os ascendentes devem ter com seus filhos, o que muito se debateu foi a possibilidade de penalizar aquele que descumprir o seu dever parental. Isso porque, apesar desta obrigação dos pais estar expressamente prevista em lei, surgiram dúvidas quanto à sanção que deveria ser aplicada nessas hipóteses.

Sob tal ótica, as vítimas de abandono afetivo parental começaram a demandar a responsabilização civil por danos morais em face daqueles genitores que foram completamente ausentes em suas vidas. A primeira demanda desse tipo julgada pelo Superior Tribunal de Justiça foi o Recurso Especial Nº 757.411 - MG²⁶, em 2005, no qual foi dado provimento ao recurso interposto pelo pai, Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, para afastar a indenização pelo abandono afetivo concedida ao filho, Alexandre Batista Fortes em segunda instância.

No referido julgamento, os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator Fernando Gonçalves e de forma oposta foi o voto

²⁶ STJ, REsp 757.411/MG, Quarta Turma, Rel. Fernando Gonçalves, j. 29/11/2005, DJe 27/03/2006.

vencido do Ministro Barros Monteiro que compreendeu ser devida a indenização por danos morais na conjectura.

É válido analisar os principais pontos sustentados nas diferentes teses utilizadas nos votos do Recurso. Assim, a principal proposição defendida pela maioria dos Ministros foi de que o ordenamento jurídico já prevê uma punição nesses casos, que é a perda do poder familiar, prevista no art. 1.638, II do CC/2002²⁷, bem como no art. 24 do ECA²⁸. De acordo com esse entendimento esta seria a pena civil mais grave a ser imputada a um pai, de modo que isso seria suficiente para demonstrar que o Direito não se compadece com a conduta do abandono imaterial²⁹.

Outrossim, os julgadores ainda argumentaram que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada, pois além de já haver uma punição prevista legalmente, caso fosse deferida a indenização possivelmente seria criada mais uma barreira que impossibilitaria definitivamente a reconstrução do relacionamento afetivo entre o pai e o filho, ainda que tardiamente³⁰.

Em contraste a essa argumentação o Ministro Barros Monteiro defendeu resumidamente o cabimento da indenização por danos morais, pois reconheceu que a conduta ilícita do genitor, que não cumpriu com o dever de dar assistência moral ao filho, estaria enquadrada no que prevê o art. 186 do CC³¹. Além disso, constatou também a presença do dano e do nexo de causalidade, decorrente do sofrimento e abalo psíquico sofrido pelo autor durante esse tempo. Logo, concebe que a destituição do poder familiar não interferiria na indenização por dano moral³².

²⁷ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II - deixar o filho em abandono;

²⁸ Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

²⁹ STJ, REsp 757.411/MG, Quarta Turma, Rel. Fernando Gonçalves, j. 29/11/2005, DJe 27/03/2006.

³⁰ STJ, REsp 757.411/MG, Quarta Turma, Rel. Fernando Gonçalves, j. 29/11/2005, DJe 27/03/2006.

³¹ 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.

³² STJ, REsp 757.411/MG, Quarta Turma, Rel. Fernando Gonçalves, j. 29/11/2005, DJe 27/03/2006.

Portanto, inicialmente o STJ adotou um posicionamento contrário ao reconhecimento do abandono afetivo parental como dano passível de indenização, entendendo que a perda do poder familiar seria a sanção cabível nessa circunstância. Entretanto, o aludido Tribunal Superior assumiu posição diferente da anterior quando enfrentou a mesma temática em 2012, no julgamento do Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP³³.

Dessa forma, o acórdão proferido pelos Ministros da Terceira Turma do STJ, que teve como relatora a Ministra Nancy Andrichi e os Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva, constatou a configuração de dano moral em razão do abandono afetivo parental, apenas com um voto vencido do Ministro Massami Uyeda.

Trata-se de caso em que Luciane Nunes de Oliveira Souza ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em face de seu pai Antônio Carlos Jamas. Segundo relatório do acórdão da Apelação deste processo, a mãe da autora foi abandonada pelo pai desta após a descoberta da gravidez, de modo que a autora só obteve o reconhecimento da paternidade anos depois, após longa batalha judicial.

Nesse sentido, a filha nunca usufruiu do carinho e do amparo do pai, que o desprezava moral e materialmente, sendo que este era oriundo de família abastada e tinha ainda outros três filhos nascidos de outro casamento, a quem o pai sempre amparou de todas as formas, tendo inclusive transferido parte considerável de seu patrimônio aos três, por via oblíqua, em prejuízo de Luciane.

Assim, na sentença o magistrado julgou improcedente o pedido da autora, sob fundamento de que o pai era distante da filha em razão do comportamento agressivo da mãe com este, quando ele tinha contato com a filha.

De forma oposta, o TJSP deu provimento ao recurso de apelação de Luciane, por meio de acórdão que reconheceu o abandono afetivo por parte de seu pai, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). Dessa forma, Antônio recorreu da referida decisão, através de Recurso Especial, no qual sustentou, em síntese, que

³³ STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

não teria abandonado a filha e que ainda que tivesse esta não seria uma conduta ilícita, sendo que a única punição legal relativa ao abandono seria a perda do pátrio poder.

Nesse contexto, a Ministra Nancy Andrichi iniciou seu voto asseverando a existência do dano moral nas relações familiares, com base no art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002, que tratam do tema de forma ampla e irrestrita. Ademais, constatou também que a perda do poder familiar não afasta a possibilidade de indenizações, pois objetiva-se a resguardar a integridade do menor, mas nunca compensar os prejuízos provenientes do mal cuidado recebido pelos filhos.

Nessa perspectiva, o voto da ilustre julgadora adentra na questão da viabilidade de responsabilização civil daqueles pais que descumprem o dever de assistência psicológica em relação a prole. Para isso, pressupõe-se que os indivíduos possuem não só necessidades básicas para sua manutenção, como alimento e moradia, mas também devem estar presentes outros elementos imateriais no seu desenvolvimento, como educação, regras de conduta, lazer, entre outros. Isso porque, se espera que as pessoas adultas tenham integridade física e psicológica para que sejam capazes de conviver em sociedade.

Logo, o ponto central trazido pelo referido acórdão foi o reconhecimento do cuidado como valor jurídico. Nas próprias palavras da relatora:

“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.

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

O cuidado, distintamente, é tizado 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”³⁴

Após a exposição desse dever jurídico parental de cuidar de seus filhos, que descumprido caracteriza o abandono afetivo dos pais, verifica-se que foi comprovada durante o processo a negligência paterna na criação da filha, tornando evidente a existência de sofrimento e tristeza por parte da filha em decorrência dessa atitude. Em razão disso, restou caracterizado o dano moral *in re ipsa*, sendo cabível e necessária a compensação.

Por fim, a única modificação no acórdão da apelação realizada pelos Ministros foi no tocante ao quantum indenizatório, visto que a quantia de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) fixada anteriormente mostrou-se exacerbada, de modo que entenderam por dosar o valor dos danos morais proporcionalmente à responsabilidade do pai, que para os nobres julgadores seria equivalente a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Cabe ressaltar no tocante ao referido caso paradigma as palavras de José Fernando Simão, abordadas por Tartuce em seu Manual de Direito Civil:

“a indenização muito representa para Luciane e para muitas outras pessoas abandonadas afetivamente. Para Luciane, compensa-se um vazio, já que os danos que sofreu são irreparáveis. O dinheiro não preenche o vazio, mas dá uma sensação de que a conduta lesiva não ficou impune. Para outros filhos abandonados, nasce a esperança de que poderão receber do Poder Judiciário uma decisão que puna os maus pais, já que o afeto não receberam e nunca receberão”.³⁵

Outro ponto que extrai-se desta mudança de perspectiva pelo Superior Tribunal de Justiça é o de que a destituição do poder familiar não é medida suficiente a ensejar a adequada punição ao genitor negligente.

Como se sabe, o poder familiar é o poder exercido pelos pais em relação aos filhos menores, sendo a autoridade parental exercida dentro do regime de colaboração familiar e das

³⁴ STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

³⁵ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, Volume Único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, METODO; 2021, p. 2.025.

relações afetivas entre estes³⁶. Conforme previsão Constitucional, do artigo 226, § 5.º, cabe tanto ao pai quanto à mãe o exercício deste poder, em igualdade de condições, de forma que restou ultrapassada a expressão “pátrio poder” utilizada anteriormente, não sendo uma prerrogativa apenas da figura paterna nas famílias.

De todo modo, a suspensão do poder familiar, prevista no art. 1637 do CC ou a destituição deste, disposta nos incisos I, II, III e IV do art. 1.638 do CC, segundo parte da doutrina seria mais um “prêmio” do que efetivamente uma sanção a desídia praticada pelo pai, uma vez que ele seria desincumbido legalmente do dever de convivência com sua filiação. Tanto é assim que, a jurista Maria Berenice Dias afirma:

“A negligência justifica, inclusive, a perda do poder familiar, por configurar abandono (CC 1 .638 II). Porém, esta penalização não basta. **A decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono.**⁶⁰ A relação paterno-filial vem assumindo destaque nas disposições sobre a temática da família, deixando clara a preocupação com os filhos como sujeitos, e não como assujeitados ao poder paterno ou, mais especificamente, ao poder do pai.⁶¹”³⁷

Ponto de vista semelhante é o trazido por Justiny Rodrigues Carvalho e Vinicius Pinheiro Marques no artigo “Responsabilidade Civil decorrente do abandono afetivo dos pais perante seus filhos”, no qual identificam essa incoerência na alegação de que a destituição do poder familiar é suficiente para punir os pais que abandonaram imaterialmente sua prole. Isso porque, a decretação da perda do poder familiar nos casos em que o pai ou a mãe deliberadamente se afastou dos filhos, descumprindo com sua obrigação legal, soaria como uma verdadeira “carta de alforria”, considerando que com a perda do poder familiar este ou esta poderá se omitir do dever de cuidado com sua filiação sem que infrinja uma norma legal.³⁸

³⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil , Volume Único.11. ed. Rio de Janeiro: Forense, METODO; 2021, p. 2.016.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família.10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 539.

³⁸ MARQUES, V. P.; CARVALHO, J. R. A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DOS PAIS PERANTE SEUS FILHOS. Revista Vertentes do Direito, v. 2, n. 1, p. 30-62, 1 jul. 2015.

Assim, a indenização por danos morais na hipótese do julgado, além da função punitiva possuiria também uma função pedagógica, tendo em vista que os pais passarão a considerar a possibilidade de prejuízo financeiro caso não cumpram com o dever de convivência familiar e cuidado para com os menores.³⁹

Diante do exposto, o julgamento do REsp Nº 1.159.242 - SP trouxe um arcabouço jurisprudencial forte para novas demandas judiciais de vítimas de abandono afetivo parental, de maneira que pedidos de reparação civil nesses casos têm crescido desde então. Entretanto, observa-se que a falta de consenso entre os julgadores acerca da configuração do abandono afetivo e do dano moral implica grande arbitrariedade nos julgamentos.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 543.

CAPÍTULO 2 - REPARAÇÃO CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL

2.1. Elementos da Responsabilidade Civil

Realizado um panorama inicial sobre o abandono afetivo parental e sua caracterização no Direito brasileiro, torna-se necessário, por conseguinte, explorar brevemente o tema da Responsabilidade Civil, para que sejam compreendidas tecnicamente as justificativas do surgimento do dever de indenizar quando descumprido o dever dos pais nesta hipótese.

Sendo assim, Sérgio Cavalieri Filho diz que a responsabilização civil é uma obrigação jurídica derivada ou sucessiva que nasce do descumprimento de uma obrigação jurídica principal. Segundo o autor, essa responsabilidade surge em razão da violação de um dever jurídico por alguém, sendo este o dever jurídico originário, de modo que tal violação configura o ilícito e muitas vezes gera um dano para outra pessoa. Nessa toada, com a violação do referido dever jurídico primário desponta um dever jurídico sucessivo que será o de reparar o dano causado.⁴⁰

Assim, a responsabilidade civil, de uma forma geral, tem como objetivo garantir ao ofendido, vítima do dano, que se chegue ao *status quo ante*, isto é, ao estado anterior como se aquele dano nunca tivesse ocorrido, a fim de restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico anterior.⁴¹ Nesse viés, no âmbito desta matéria prestigia-se o Princípio da *restitutio in integrum*, que é a garantia de reposição à vítima à situação anterior à lesão sofrida.⁴² Entretanto, em muitas situações não é possível alcançar aquela exata circunstância anterior, de maneira que é fixada uma indenização ou compensação em proporção ao dano suportado.

De todo modo, um exame que deve ser realizado pelo magistrado anteriormente ao da proporcionalidade da compensação com o dano sofrido é quanto à própria configuração da responsabilidade civil, que depende de alguns elementos essenciais. No entanto, antes de

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.2

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.14 e 15.

⁴² *Ibidem*.

adentrar cada um desses elementos há que se proceder uma distinção entre duas espécies de responsabilidade, tendo em vista que a depender do tipo de responsabilidade haverá ou não a presença de um destes requisitos.

Dessa forma, concebe-se como responsabilidade civil subjetiva aquela que tem como fundamento a culpa do agente, isto é, o causador do dano só será responsabilizado se agiu com culpa ou dolo, devendo ser provado tal pressuposto para ensejar o dever de indenizar.⁴³ Em contrapartida, a responsabilidade civil objetiva não exige a prova de culpa do agente, pois se funda na teoria do risco que considera que toda pessoa que realiza uma atividade cria um risco de dano para alguém e caso este dano realmente ocorra ela deverá ser obrigada a repará-lo. Logo, essa teoria pressupõe que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem o causou, independentemente de culpa.⁴⁴ Vale ressaltar ainda que o Código Civil de 2002 adotou como regra geral a responsabilidade civil subjetiva, admitindo a responsabilidade civil objetiva naquelas hipóteses previstas expressamente em lei.

Feitas tais considerações, o primeiro elemento da responsabilidade civil subjetiva é a conduta culposa. Assim, Cavalieri conceitua separadamente a conduta e a culpa, compreendendo como 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

(…) Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida.

(…) Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4. p. 64.

⁴⁴ *Ibidem*

uma conduta anterior ao próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.”⁴⁵

Além dessas formas de conduta própria do agente, é ainda trazida por lei a possibilidade de responsabilização pelo fato de outrem e fato da coisa, quando certo indivíduo tem um dever de guarda ou cuidado em relação a determinadas pessoas, animais ou coisas e se omite de cumprir tal dever.⁴⁶ Para melhor exemplificar uma hipótese de fato de outrem e fato da coisa, merece ser evidenciado os arts. 932, I e art. 937 do Código Civil:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

(...) Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.”⁴⁷

Nesta perspectiva, a responsabilidade civil subjetiva pressupõe que essa conduta seja culpável também, ou seja, reprovável. Dessarte, para que seja possível imputar esta reprovabilidade da conduta a alguém, este deve possuir capacidade psíquica para entender o caráter reprovável de sua conduta. Sendo assim, segundo Cavalieri:

““Imputar” é atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa. Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo.”⁴⁸

Portanto, realizada a análise deste primeiro elemento da conduta, o segundo elemento da responsabilidade civil é o nexo causal, compreendido como a relação de causa e efeito entre o ato ilícito e o dano⁴⁹. Para que o dano possa ser imputável ao agente, a conduta ilícita praticada por ele deve causar o prejuízo à vítima, de modo que sem o ato ilícito praticado não seria produzido o dano. É no mesmo sentido a definição de Carlos Roberto Gonçalves:

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.25

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.26

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.26 e 27

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.49

“É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.”⁵⁰

Por fim, o terceiro elemento da responsabilidade civil é o dano, sem o qual não haveria a responsabilização civil. O dano é uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral da vítima⁵¹, decorrente da ação ou omissão ilícita do agente. Segundo Cavalieri o dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil, pois sem dano não haverá o que reparar, ainda que presente a culpa do agente. Assim, diz o autor:

“Mesmo na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento - risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Em suma, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar.”⁵²

2.2. Configuração dos danos morais por abandono afetivo dos pais

A necessidade de reparação civil pelos genitores em razão do abandono imaterial de seus filhos surge devido à omissão do dever parental de gerir a educação daquele menor, previsto nos artigos 229 da CF e 1.634 do CC.⁵³ Assim, resta ultrapassada a visão da judicialização dessa questão como uma imposição do dever de alguém a amar outrem, pois o

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4. p. 72.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.77

⁵² *Ibidem*.

⁵³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil, Volume Único*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, METODO; 2021, p. 2.014.

relacionamento dos pais para com os seus filhos está para além do sentimento, exigindo responsabilidade de assistência no desenvolvimento desses menores⁵⁴.

Deste dever não cumprido surge a configuração do ato ilícito capaz de causar dano a alguém, por meio dessa omissão voluntária parental, conforme o art. 186 do CC. E tendo causado dano, o responsável pela prática do ilícito fica obrigado a repará-lo, assim como dispõe o artigo 927 do CC. É nessa esteira que o escritor e advogado Rodrigo da Cunha Pereira afirma que “Tal assistência para com o outro é uma imposição jurídica e o seu descumprimento caracteriza um ato ilícito, podendo ser fato gerador de reparação civil.”⁵⁵

Cabe ainda mencionar que, na esfera do Direito de família, no que diz respeito a eventuais atos lesivos praticados entre membros de uma família, trata-se de responsabilidade subjetiva, sendo essencial que se proceda uma análise para averiguar se o familiar que praticou a conduta lesiva agiu ou se omitiu com culpa, consoante o artigo 186 do CC/02, sob pena da inexistência do dever de indenizar.⁵⁶

Assim, no caso concreto caberá ao julgador proceder a análise quanto a culpa dos genitores pelo ato ilícito, pois há situações que podem excluir a responsabilidade pela abstenção desse dever de assistência imaterial. Como exemplo de situações de escusabilidade, poderiam ocorrer em caso de prisão do pai ou mãe ou de desconhecimento da existência do filho pelo pai, o que inviabilizaria o exercício do dever de amparo e cuidado dos filhos, não sendo passível de indenização.⁵⁷

Assim é que no julgamento pelo acórdão paradigma do REsp 1.159.242/SP no STJ, a Ministra Nancy Andrichi elucida que não obstante as diversas situações capazes de justificar a ausência de pleno cuidado de um dos pais com a sua prole, é preciso observar um núcleo mínimo de cuidados parentais que sejam capazes de garantir aos filhos condições para um adequado

⁵⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 654

⁵⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 652.

⁵⁶ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 215.

⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P.179.

desenvolvimento psicológico e inserção social. Logo, para a aferição da culpabilidade é preciso levar em consideração o binômio necessidade e possibilidade.⁵⁸

Nesse sentido, descumprido o dever de convivência e assistência imaterial pela própria vontade do genitor, sem a presença de nenhuma causa de escusabilidade, deverá ser estabelecido um julgamento criterioso, com zelo e atenção quanto a pretensão da parte autora e a comprovação do nexo de causalidade, que é de difícil comprovação.⁵⁹

Como visto, o nexo de causalidade deve ser examinado mediante a análise do fato ilícito e do prejuízo, sendo necessário questionar se a existência do fato ilícito influencia na existência do dano.⁶⁰ Em diversas circunstâncias e na situação do abandono afetivo, grande parte da dificuldade para aferir o nexo de causalidade é o surgimento de concausas, uma vez que o dano pode ocorrer em virtude de mais de uma causa, mais de uma pessoa, ou ainda a partir da existência de uma cadeia de causas e efeitos.⁶¹ Portanto, observa-se que esse é um dos pontos de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

À vista disso, o dano causado pelo abandono parental é uma lesão a um interesse jurídico extrapatrimonial, pela abstenção de um dos pais ou ambos no cumprimento das funções parentais⁶². Logo, a responsabilização civil nesses casos se dá por meio da indenização por danos morais, como ensina a professora Maria Celina Bodin de Moraes “ A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Em ausência deste cuidado, com prejuízos necessários à integridade das pessoas a que o legislador atribui prioridade absoluta, pode haver dano moral a ser reparado”⁶³. Nesse ponto de vista também leciona Maria Berenice Dias:

⁵⁸ STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

⁵⁹ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 228.

⁶⁰ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 328.

⁶¹ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 328.

⁶² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 654

⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 196.

“A lei responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, violam a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. **Esse tipo de violação configura dano moral.**⁶² E quem causa dano é obrigado a indenizar.”⁶⁴

Segue-se portanto, a uma análise do próprio conceito de danos morais, a fim de verificar de fato o cabimento nesta hipótese. Em vista disso, segundo Cavalieri os danos morais seriam a agressão aos bens que integram a personalidade do indivíduo, de modo que este não se confunde com o dano material, possuindo existência própria e autônoma⁶⁵. Na visão do autor, “É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral.”⁶⁶

O autor Flávio Tartuce também se filia a corrente que conceitua danos morais como lesão a direitos da personalidade, fazendo ainda uma classificação quanto ao sentido dessa espécie de dano. Assim, diferencia o dano moral em sentido próprio como aquilo que a pessoa sente, causando na pessoa dor, tristeza, vexame e sofrimento, do dano moral em sentido impróprio, que seria a lesão aos direitos da personalidade⁶⁷.

Por fim, para melhor ilustrar tal conceito, veja o que se definiu no informativo 559 do STJ, quando o Ministro Luis Felipe Salomão analisava a possibilidade de indenizar por danos morais o absolutamente incapaz:

“ O dano moral caracteriza-se por uma ofensa, e não por uma dor ou um padecimento. Eventuais mudanças no estado de alma do lesado decorrentes do dano moral, portanto, não constituem o próprio dano, mas eventuais efeitos ou resultados do dano. Já os bens jurídicos cuja afronta caracteriza o dano moral são os denominados pela doutrina

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 542.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.89

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil , Volume Único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, METODO; 2021, p. 850.

como direitos da personalidade, que são aqueles reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade. A CF deu ao homem lugar de destaque, realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo - essência de todos os direitos personalíssimos -, e é o ataque a esse direito o que se convencionou chamar dano moral.⁶⁸

Dessarte, na mesma linha de pensamento do Ministro Luis Felipe Salomão, que considera o dano moral como sendo uma lesão ao direito constitucional subjetivo da dignidade humana, o autor Rodrigo da Cunha ainda explicita que a dignidade humana seria um macroprincípio, que seria subdividido em outros quatro princípios, quais sejam, a liberdade, solidariedade, integridade psicofísica e igualdade. Assim, caso haja ofensa a qualquer um destes está configurado o dano moral.⁶⁹

Nesse contexto, o princípio ou direito subjetivo à dignidade humana também se daria por meio do princípio da solidariedade familiar, que possui como característica essencial a assistência moral dos pais em relação aos filhos menores, de jeito que a ausência deste cuidado que cause prejuízos à integridade do menor incapaz pode gerar dano moral a ser reparado.⁷⁰

Apesar da resistência a aplicação dos princípios da responsabilidade civil às relações familiares enfrentada com o passar dos anos, atualmente já é amplamente reconhecida a possibilidade de reparação civil por danos morais no contexto das famílias:

“Mesmo nas relações familiares podem ocorrer situações que ensejam indenização por dano moral. Pais e filhos, marido e mulher na constância do casamento, não perdem o direito à intimidade, à privacidade, à autoestima e outros valores que integram a dignidade. Pelo contrário, a vida em comum, reforçada por relações íntimas, cria o que tem sido chamado de moral conjugal ou honra familiar, que se materializa nos deveres de sinceridade, de tolerância, de velar pela própria honra do outro cônjuge e da família”⁷¹

⁶⁸ STJ, REsp 1.245.550/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.03.2015, DJe 16.04.2015

⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 657 e 658.

⁷⁰ Ibidem. p. 657.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.90

Nos casos de abandono afetivo, para que seja constituído o dever de indenizar, diversos autores sustentam que é essencial que o dano exista no caso concreto. O referido dano moral é classificado por parte da doutrina como sendo um dano psicológico, emocional, à integridade psíquica daquele indivíduo que está em desenvolvimento. Logo, o descendente direto que é abandonado pelo progenitor pode ser prejudicado de forma permanente por esse sentimento de dor e abandono para o resto de sua vida. Esta ausência da figura paterna é capaz de desestruturar os filhos, tirando o rumo de suas vidas e dificultando a vontade destes de assumirem um projeto de vida.⁷²

O STJ também possui entendimento nesse sentido, de que deve haver dano, prejuízo imaterial que ultrapasse o mero aborrecimento para que surja a necessidade de reparação civil, conforme dispõe a afirmação n. 7, da edição 125 da Jurisprudência em Teses deste tribunal “O abandono afetivo de filho, em regra, não gera dano moral indenizável, podendo, em hipóteses excepcionais, se comprovada a ocorrência de ilícito civil que ultrapasse o mero dissabor, ser reconhecida a existência do dever de indenizar.”⁷³

Portanto, essa parcela da doutrina sustenta que os casos indenizáveis seriam decorrentes do dano psicológico causado, que não é apenas um mero dissabor. Do ponto de vista jurídico, a integridade psíquica é um conjunto de direitos da personalidade que visam tutelar o estado de saúde físico ou mental e o equilíbrio psicológico dos indivíduos, sendo a pessoa considerada como um ser psíquico com interações sociais.⁷⁴

Assim, aqueles que defendem a necessidade da existência de algum trauma psicológico para caracterização do dano em razão do abandono imaterial compreendem que a perícia é de suma importância para verificar a existência do dano e definir sua causa, bem como quando

⁷² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 98.

⁷³ Responsabilidade Civil: danos morais . STJ, Jurisprudência em Teses, 2019. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/JuriTeses/article/view/11383/11512>>. Acesso em: 31 de outubro de 2022.

⁷⁴ RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes. ARAÚJO, Anne de Fátima Pedrosa. Direitos da personalidade. JUS, 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade> >. Acesso em: 01 de novembro de 2022.

surgiram os sintomas do dano sofrido pela criança, tendo em vista que ao pai não deve ser atribuído um dano que tenha se manifestado antes mesmo do abandono.⁷⁵

Esta também é a perspectiva adotada pela autora Aline Karow, que compreende que os autores desses processos devem comprovar o dano na ação judicial, não podendo ser considerado como dano moral *in re ipsa*.

Nesse sentido, admitem-se todos os meios de provas lícitos para o convencimento do juízo quanto ao sofrimento e danos à personalidade do filho, se destacando a prova pericial em que é apresentado um laudo psicológico emitido por um profissional habilitado e apto a atender o menor para realizar essa avaliação da existência de danos emocionais, psicológicos e na personalidade do filho, observando também se tais danos relacionam-se com a ausência afetiva paterna ou materna, para fins de aferição do nexo de causalidade.⁷⁶

Entretanto, tal entendimento não é unanimidade doutrinária e jurisprudencial. É possível verificar essa divergência no julgamento da apelação cível de nº 20160610153899, julgada pela oitava turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que pela maioria de votos decidiram pela configuração de dano moral *in re ipsa* na hipótese de abandono afetivo apresentada pela autora.⁷⁷

Trata-se de circunstância em que a autora, Jessica Carlany, nascida em 1998 fruto da união estável entre a sua mãe e seu pai, Jean, foi deixada pelo genitor meses após o nascimento, tendo este se mudado para São Paulo. Desde então, não recebeu nenhuma atenção de seu pai, que passou a contribuir financeiramente apenas após ser acionado em ação de alimentos. E ainda assim, em 2015 o genitor ajuizou uma ação negatória de paternidade em face da filha, que foi julgada improcedente com a realização do exame de DNA.⁷⁸

⁷⁵ MARQUES, V. P.; CARVALHO, J. R. A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DOS PAIS PERANTE SEUS FILHOS. Revista Vertentes do Direito, v. 2, n. 1, p. 51, 1 jul. 2015.

⁷⁶ KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 225-226.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20160610153899, oitava Turma Cível. Relatores: Nídia Corrêa Lima e Diaulas Costa Ribeiro. Julgado em: 28/03/2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> > Acesso em 13 de novembro de 2022.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20160610153899, oitava Turma Cível. Relatores: Nídia Corrêa Lima e Diaulas Costa Ribeiro. Julgado em: 28/03/2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> > Acesso em 13 de novembro de 2022.

Além disso, a autora afirmou que o seu pai negou a incluí-la no seu plano de saúde e cortou contato, trocando seu número de telefone e a excluindo da rede social, enquanto possuía outra filha na sua nova família, a quem dedica zelo e cuidado especial. Por outro lado, Jean sustentou em sua apelação que o distanciamento afetivo se deu em razão de sua tenra idade quando do nascimento da filha, bem como da distância geográfica e dificuldades financeiras, tendo a mãe da autora afastado o contato paterno.⁷⁹

No referido caso, em que pese a Desembargadora Nídia Corrêa Lima tenha votado no sentido de dar provimento ao recurso do pai da autora para afastar a indenização por danos morais de R\$ 50.000,00 concedida na sentença, por conceber que não houve comprovação do trauma psicológico sofrido em decorrência do abandono afetivo do genitor e que a autora foi bem criada por sua mãe,⁸⁰ este não foi o entendimento majoritário no julgamento.

No acórdão exposto o primeiro voto divergente foi apresentado pelo Desembargador Diaulas Costa Ribeiro, que decidiu por adotar a mesma lógica jurídica adotada nos casos em que os filhos têm direito a indenização quando seus pais morrem vítimas de crime praticado por terceiro. Nessas situações, o dano moral é *in re ipsa* por conta do sofrimento e angústia causados pela ausência. Considerando tal premissa, ele aplica o mesmo entendimento ao que denomina de órfãos de pais vivos, que foram abandonados voluntariamente pelos genitores.⁸¹ Assim, o desembargador cita parte da sentença prolatada pelo juiz de primeira instância para complementar o seu voto:

“E, tendo nos colocado no lugar de Jéssika e Jean, podemos chegar a uma conclusão: de fato, Jéssika não teve e não tem pai. Pergunto: cabe indenização? Começo a responder. O Colendo Superior Tribunal de Justiça ensina: se o motorista de ônibus tira a vida do ciclista, pai de família, cabe indenização por danos morais. Se o médico causa o homicídio do paciente por imperícia, devida a compensação. Se o Estado permite a morte de um preso, que também é pai, dentro do presídio, o filho merece ser

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20160610153899, oitava Turma Cível. Relatores: Nídia Corrêa Lima e Diaulas Costa Ribeiro. Julgado em: 28/03/2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> > Acesso em 13 de novembro de 2022.

indenizado. Mas o que o motorista, o médico e o Estado têm em comum? Todos não quiseram matar o pai. Não quiseram, mas mataram. E o que diz a jurisprudência? Eles devem responder. O que fez Jean? Jean matou o pai de Jéssika na vida de Jéssika. Jean cometeu um "suicídio" paternal. Ele quis morrer na vida da filha. Ou, pior, ele quis nunca nascer como figura de pai para a autora. Ora, se responsabilizamos quem culposamente subtrai o pai do filho, por qual razão não responsabilizaremos quem dolosamente subtraiu-se do próprio descendente? Quem "matou-se" como figura paterna tem maior reprovabilidade em sua conduta. Dizer que não houve ofensa à integridade psíquica da autora é ignorar a empatia. O dano moral é dano in re ipsa. Comprovado o ato danoso, dispensada está a comprovação do dano, este é presumido. Conclusão: presente está o dever de indenizar (artigo 5º, X, CF).”⁸²

Portanto, no voto proferido se conclui que o dano moral advindo do abandono afetivo é in re ipsa, tendo a maioria dos desembargadores deliberado nesse sentido no acórdão, de modo que não depende de perícia nem de comprovação de um suposto trauma pelo filho, pois o pai ausente se suicidou moralmente com intenção de sepultar as obrigações paternas, ferindo o filho e a obrigação constitucional da paternidade responsável, que no simbolismo psicanalítico é chamado de ambicídio.

Além desse julgamento, há que se observar que no julgamento do Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP, no qual o STJ pela primeira vez reconheceu a necessidade de reparação civil em caso de abandono imaterial da filha pelo genitor, a Ministra Nancy Andrichi afirmou que tratava-se de dano moral in re ipsa na hipótese.

O dano moral in re ipsa, segundo Sérgio Cavalieri, seria aquele inato da própria ofensa, isto é, que deriva do próprio fato ofensivo, de modo que provada a ofensa já estaria demonstrado o dano moral em razão de uma presunção natural das regras de experiência comum, sendo decorrente da gravidade do ilícito em si.⁸³ Como exemplo de situações passíveis desse tipo de indenização, o autor cita:

“Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu

⁸² Ibidem.

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.97

nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está in re ipsa; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral.”⁸⁴

Dessa forma, é possível esclarecer essa posição adotada nos casos de abandono imaterial pelos pais, com base no que afirma Paulo Lôbo, com relação aos danos morais na hipótese de lesão a um direito da personalidade, que pode ser associada ao abandono afetivo pelos responsáveis:

“De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade.”⁸⁵

Sendo assim, não obstante as considerações feitas pela ministra Nancy Andrighi sobre possíveis danos psíquicos que poderiam ser comprovados por um laudo psicológico, o posicionamento adotado foi o do dano in re ipsa nessas circunstâncias. Nesse viés, ao considerar desnecessária a prova dos danos pleiteados por serem presumíveis, está se considerando também que o nexo causal é presumível nesses casos, tendo em vista a afirmação de que “esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício do seu dever de cuidado em relação à recorrida”.⁸⁶

Todavia, os críticos a essa posição suscitam a necessidade da existência de um vínculo dos danos com a conduta imputada como omissiva, visto que não seria razoável permitir que o

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁸⁶ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Artigo originalmente publicado em: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org). Direito Civil Constitucional a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. 1ª ed. Florianópolis: Conceito, 2014, v.1, p.527-546. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/08/10/abandono-afetivo-reflexoes-partir-do-entendimento-do-superior-tribunal-de-justica/> > Acesso em 13 de novembro de 2022.

pai que não cumpriu seu dever de cuidado responda por todo e qualquer dano existente na vida do filho que foi abandonado afetivamente.⁸⁷

Ademais, afirmam que haveria um erro em considerar o dano presumível nessas circunstâncias, posto que estaria sendo confundida a lesão extrapatrimonial com a dor ou sofrimento decorrente dela. Nessa esteira, Anderson Schreiber assevera que diversas vezes o caráter *in re ipsa* é associado a uma visão consequencialista do dano moral, na qual a prova do dano seria dispensada em razão da dor ou sofrimento inequívoco de determinado evento suportado pela vítima. Contudo, o autor entende que a dor não deve definir ontologicamente o dano moral, sendo apenas uma consequência que seria irrelevante à sua configuração.⁸⁸

Ante o exposto, fica evidente que apesar da doutrina majoritária do Direito de Família reconhecer a possibilidade de indenização por danos extrapatrimoniais em casos de abandono afetivo da prole, ainda há muitas controvérsias na aplicação da reparação civil nos casos concretos.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Artigo originalmente publicado em: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org). Direito Civil Constitucional a resignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. 1ª ed. Florianópolis: Conceito, 2014, v.1, p.527-546. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/08/10/abandono-afetivo-reflexoes-partir-do-entendimento-do-superior-tribunal-de-justica/> > Acesso em 13 de novembro de 2022.

CAPÍTULO 3 - IMPACTOS DA AUSÊNCIA LEGISLATIVA QUANTO A CONFIGURAÇÃO DO DANO NESSA HIPÓTESE NAS DECISÕES DO TJRJ

3.1. Análise de 4 decisões do TJRJ que representam os principais tópicos discutidos em ações que visam a reparação civil decorrente do abandono imaterial dos pais

Com base na elucidação sobre todos os conceitos envolvidos na presente temática, que foi realizada nos capítulos antecedentes, bem como considerando que o presente trabalho pretende realizar uma análise qualitativa das ações que discutem a indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo paterno ou materno, serão examinadas 04 (quatro) decisões do TJRJ que representam as principais matérias ponderadas nos julgamentos sobre o tema.

Inaugura-se tal análise por meio do acórdão de apelação do processo N° 0007552-11.2017.8.19.0068, julgado pela Vigésima Primeira Câmara Cível do TJRJ, com relatoria da desembargadora Denise Levy Tredler.

No voto, a relatora descreve que a autora ajuizou a ação em decorrência dos constrangimentos e abalos psicológicos sofridos em razão do abandono paterno, tendo em vista que esta empenhou-se para ter contato com seu genitor, porém não obteve êxito.⁸⁹ A sentença julgou improcedente o pedido, sob fundamento de que mesmo com a revelia do réu, pai da requerente, esta não teria comprovado o abalo psicológico sofrido.⁹⁰

Ao iniciar seu voto, a relatora reconhece a possibilidade de reparação civil em virtude do abandono imaterial dos pais quando deixam de cumprir o dever jurídico da parentalidade responsável, o que não se confundiria com o dever de amar o filho, mas sim de cuidar, que descumprido caracterizaria um ilícito civil. Nesse viés, a desembargadora afirma que para embasar o pedido indenizatório o autor da ação deve demonstrar cabalmente o abandono afetivo, não sendo suficientes apenas relatos da ausência dos pais para tanto.⁹¹

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0007552-11.2017.8.19.0068, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relatora: Denise Levy Tredler, Julgado em 07/07/2022. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044CE9897D47A985824A2533CA5526B75BC512205D3E50&USER=> > Acesso em: 19 de novembro de 2022.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0007552-11.2017.8.19.0068, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relatora: Denise Levy Tredler, Julgado em 07/07/2022. Disponível em: <

Assim, a relatora compreende que nesses casos é necessária a comprovação da conduta omissiva ou comissiva paterna ou materna referente ao dever de cuidado com o filho, que configura o ato ilícito. Além disso, o autor ainda deve demonstrar o trauma psicológico sofrido, para caracterizar o dano à personalidade experimentado, bem como o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.⁹²

À vista disso, a desembargadora constatou que no processo examinado não restou comprovada a existência de sofrimento pelo eventual abandono afetivo alegado, conforme fundamentação a seguir:

“Compulsando os autos, observa-se que foi decretada a revelia do réu, o qual embora tenha sido regularmente citado, quedou-se inerte, deixando de oferecer contestação no prazo legal.

Todavia, a presunção de veracidade dos fatos decorrentes da revelia é relativa, devendo o juízo atentar-se para os elementos de prova constantes nos autos, formando livremente o seu convencimento.

Assim, há que existir um mínimo de verossimilhança na postulação do autor, o qual não estará, mesmo na hipótese de revelia, dispensado de produzir prova de sua alegação. Vale dizer, a caracterização da revelia não obsta o juiz de analisar as alegações autorais em confronto com as provas constantes dos autos, a fim de formar o seu convencimento.

No caso sob exame, a autora não produziu qualquer prova de modo a demonstrar a ocorrência do dano moral alegado.

Releva notar que mesmo que tenha sido decretada a revelia do réu, a autora deveria ter trazido aos autos provas que demonstrassem seu abalo psíquico, moral e afetivo gerado pela eventual falta de companhia do pai em sua vida como, por exemplo, a prova da necessidade e até mesmo da realização de algum tratamento de ordem psicológica ou quaisquer outros dissabores que tenha experimentado em sua vida por essa razão.⁹³

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044CE9897D47A985824A2533CA5526B75BC512205D3E50&USER=> > Acesso em: 19 de novembro de 2022.

⁹² Ibidem.

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0007552-11.2017.8.19.0068, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relatora: Denise Levy Tredler, Julgado em 07/07/2022. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044CE9897D47A985824A2533CA5526B75BC512205D3E50&USER=> > Acesso em: 19 de novembro de 2022.

Por essa razão, a relatora negou seguimento ao recurso, sendo unânime o acórdão pelos votos dos demais desembargadores.⁹⁴

Portanto, percebe-se que a referida decisão se filiou à corrente da jurisprudência que considera que o dano moral nessas hipóteses deve ser comprovado para o cabimento da indenização pelo abandono afetivo do genitor, sendo inclusive a posição adotada majoritariamente pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conforme foi possível depreender da pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal.

Além deste fundamento utilizado, que representa boa parte das decisões do Tribunal que não concedem a reparação civil nos casos do descumprimento do dever de cuidado pelos pais, o segundo acórdão examinado diz respeito a uma matéria também aplicada em diversas decisões que julgam improcedentes tais pedidos.

Trata-se do acórdão da apelação nº 0002928-14.2020.8.19.0067, julgado pela Décima Quarta Câmara Cível do TJRJ, com relatoria do desembargador Francisco de Assis Pessanha Filho. O autor, nascido em 1998, arguiu em sua petição inicial que após o rompimento do relacionamento dos seus genitores, em 2005, o pai só o procurou duas vezes e apesar de prestar a obrigação de alimentos, não se fez mais presente na vida do filho. Na Contestação, o réu sustentou, em suma, que teria se afastado do filho devido às ações violentas da mãe do autor.⁹⁵

Contudo, o desembargador relator não abordou tais alegações, por conceber que a pretensão de reparação civil do autor estava prescrita, sendo considerado o art. 206, § 3º do Código Civil, concluindo que a indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo prescreve em 3 anos após atingida a maioridade e o autor teria atingido esta em 2016, ingressando com a ação apenas em 2020, de modo que ocorreu o decurso do prazo prescricional.⁹⁶

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0002928-14.2020.8.19.0067, Décima Quarta Câmara Cível, Relatora: Francisco de Assis Pessanha Filho, Julgado em 10/02/2022. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004295641670EB8F3E21A157FA32C6E962FC51064365746&USER=> > Acesso em: 22 de novembro de 2022.

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0002928-14.2020.8.19.0067, Décima Quarta Câmara Cível, Relatora: Francisco de Assis Pessanha Filho, Julgado em 10/02/2022. Disponível em: <

Esse filtro do prazo prescricional tem sido aplicado também no Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica da jurisprudência colacionada no acórdão analisado:

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

1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial.

2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, §3o, V).

2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito.

3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4a Turma.

4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação.

4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.”

(REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017)”⁹⁷

Todavia, há que se mencionar que também são realizadas críticas a esse entendimento, sendo o autor Flávio Tartuce contrário a essa forma de julgar, uma vez que afirma que os danos em decorrência do abandono afetivo são continuados, não sendo o caso de prescrição já que não haveria um termo inicial para contagem do prazo.⁹⁸

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004295641670EB8F3E21A157FA32C6E962FC51064365746&USER=> > Acesso em: 22 de novembro de 2022.

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0002928-14.2020.8.19.0067, Décima Quarta Câmara Cível, Relator: Francisco de Assis Pessanha Filho, Julgado em 10/02/2022. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004295641670EB8F3E21A157FA32C6E962FC51064365746&USER=> > Acesso em: 22 de novembro de 2022.

⁹⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, Volume Único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, METODO; 2021, p. 2.017.

Evidenciadas essas questões que integram boa parte das decisões de improcedência do pedido da indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo, proceder-se-á o exame de duas decisões de segundo grau do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que julgaram procedentes a referida reparação civil.

O acórdão da apelação analisado é referente ao processo n.º 0022913-72.2018.8.19.0023, julgado pela Segunda Câmara Cível do TJRJ, que teve como relatora a desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves. Conforme enunciado no relatório, a filha, que também recorreu da decisão da primeira instância, alega que foi abandonada pelo pai com poucos meses de vida e que na adolescência buscou aproximação com o genitor, porém foi rejeitada.⁹⁹

Em seu recurso, a autora menciona ainda que sua mãe possui problemas mentais, tendo sido diagnosticada com depressão, esquizofrenia e bipolaridade, de modo que quando menor esta teve que ser responsável pelos cuidados com a mãe, auxiliando também nos cuidados com os irmãos maternos. Assim, informa que passou sozinha por todas as dificuldades indicadas, sem nenhum suporte paterno, requerendo a majoração do quantum indenizatório fixado na sentença.¹⁰⁰

Por outro lado, o pai também interpôs apelação, salientando que não haveria previsão legal expressa quanto à obrigação do afeto nas relações familiares, sendo tais sentimentos imensuráveis materialmente, não cabendo deliberação pelo poder judiciário. Além disso, sustentou que, ainda que seja reconhecido o abandono, a autora não foi capaz de comprovar o dano efetivamente sofrido.¹⁰¹

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0022913-72.2018.8.19.0023, Segunda Câmara Cível, Relatora: Maria Isabel Paes Gonçalves, Julgado em 14/06/2021. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F2B7CD5701FD08F722F6809021480CF6C50F0C262664&USER=> > Acesso em: 23 de novembro de 2022.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0022913-72.2018.8.19.0023, Segunda Câmara Cível, Relatora: Maria Isabel Paes Gonçalves, Julgado em 14/06/2021. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F2B7CD5701FD08F722F6809021480CF6C50F0C262664&USER=> > Acesso em: 23 de novembro de 2022.

¹⁰¹ Ibidem.

Não obstante o alegado pelo réu, em seu recurso, a desembargadora iniciou seu voto rechaçando a argumentação utilizada por este, explicitando que a ação reparatória por danos morais em razão do abandono afetivo não se trata de impor aos pais que amem os filhos, mas sim a imposição do cuidado como valor jurídico objetivo, que descumprido caracteriza um ilícito civil.¹⁰²

Nesse sentido, confirma o ensinamento de que a demonstração do abandono afetivo deve ser inequívoca para a concessão do pleito indenizatório, o que ocorreu nos autos do processo, uma vez que o genitor reconheceu o abandono, questionando apenas a comprovação do dano resultante deste. Além disso, a demonstração da omissão deste dever parental também se deu pelo estudo psicológico que foi elaborado no processo, uma vez que foi constatado que a filha empenhou esforços para ter algum contato com o genitor e a família deste, sendo sempre negado.¹⁰³

Sendo assim, comprovado o abandono, no que diz respeito ao dano a relatora aborda que apesar de ser uma questão controvertida, o caso analisado enquadra-se na hipótese de dano moral *in re ipsa*, isto é, presumido em razão das circunstâncias vivenciadas pela autora, que ultrapassaram um mero aborrecimento cotidiano.¹⁰⁴

Por fim, a desembargadora Maria Isabel acolheu parcialmente o pedido da autora e considerando a reprovabilidade do ato ilícito praticado, a intensidade e duração do sofrimento experienciado pela apelante e a capacidade econômica do seu genitor, decidiu majorar a quantia indenizatória para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).¹⁰⁵

Desta feita, nota-se que a posição adotada no acórdão é favorável à aplicação do dano moral *in re ipsa* nos casos de abandono imaterial dos filhos, quando comprovado efetivamente o abandono e da conjuntura vivenciada pelo menor se revelar um sofrimento intrínseco.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0022913-72.2018.8.19.0023, Segunda Câmara Cível, Relatora: Maria Isabel Paes Gonçalves, Julgado em 14/06/2021. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F2B7CD5701FD08F722F6809021480CF6C50F0C262664&USER=> > Acesso em: 23 de novembro de 2022.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Ibidem.

Contudo, é possível perceber como tal matéria é controvertida, pois no primeiro acórdão analisado foi negado provimento ao recurso justamente pela ausência de comprovação do dano, isto é, do trauma psicológico sofrido, diferentemente deste último analisado que não exigiu a presença de um transtorno psíquico para configurar a lesão extrapatrimonial.

Por derradeiro, a última decisão colegiada examinada é referente a apelação de n.º 0003481-72.2016.8.19.0044, julgada pela Vigésima Quarta Câmara Cível do TJRJ, com relatoria da desembargadora Cintia Cardinali. Cuida-se de ação que foi proposta pela autora sob fundamento de que após a separação de seus genitores, quando esta possuía 12 anos de idade, seu pai nunca mais buscou manter contato.

No entanto, a filha afirma que se esforçava para ter a atenção deste, tendo inclusive ajuizado uma ação de regulamentação de visitas em face do genitor para que pudesse vê-lo.¹⁰⁶

Como descrito no relatório, em que pese o empenho da autora arguido, seu pai sempre se utilizou de pretextos para não estar com ela, alegando que precisava se organizar melhor para recebê-la, mencionando ainda o novo relacionamento após ter constituído nova família. O réu, no recurso de apelação sustentou que não teria abandonado a filha e que a continuidade da relação parental foi obstruída pelo relacionamento ruim que a menor possuía com a sua nova família.¹⁰⁷

Assim, no início do seu voto a relatora conceitua o abandono afetivo da seguinte forma:

“O tema abandono afetivo é relativamente novo no Direito pátrio, estando ligado de forma intrínseca ao dever dos pais de criar os filhos, providenciando o sustento e educação dos mesmos. (...)

Outrossim, não restam dúvidas de que enquanto perdurar o poder familiar cabem aos pais, **de forma compartilhada**, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. (...)

Destaca-se, ainda, que o simples divórcio dos pais não altera em nada o exercício do poder familiar, conforme expõe expressamente o art. 1632 do CC/02, que somente se

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0003481-72.2016.8.19.0044, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relatora: Cintia Santarem Cardinali, Julgado em 21/08/2019. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040455FC128F43D1E7C643A6FD2E678082C50A642B242E&USER=>> Acesso em: 25 de novembro de 2022.

¹⁰⁷ Ibidem.

extingue por decisão judicial devidamente fundamentada, persistindo até mesmo quando a guarda não é exercida de forma direta por um ou ambos os genitores.”¹⁰⁸

Mais adiante, passa a observar o caso concreto, de modo que a fundamentação utiliza como base as provas trazidas ao processo pela demandante, constatando que o pai nunca buscou guarda compartilhada ou uma regulamentação de visitas, ao contrário da filha que propôs esta última ação, desistindo pela resistência injustificada de seu genitor.¹⁰⁹

Além disso, a omissão do réu ainda foi comprovada pela oitiva da testemunha, vizinha da autora que cuidava desta quando sua genitora viajava a trabalho, não sendo contraditado tal depoimento. Por fim, foi juntado aos autos o relatório de atendimento do Conselho Tutelar, no qual o réu confirma que ainda não estava pronto para receber a filha quando necessário.¹¹⁰

Considerando as provas aduzidas, que corroboram a tese de que não houve tentativas do demandado de aproximação com a filha, a desembargadora entendeu estar configurado o abandono afetivo pelo pai, uma vez que foram descumpridos por este os deveres inerentes ao poder familiar.¹¹¹

No que diz respeito ao dano moral, o acórdão concluiu que pelos próprios fatos e provas mencionadas, observa-se o comprometimento da formação psíquica da menor em razão do ato ilícito praticado pelo pai. Ademais, considerou também o laudo do conselho tutelar e o atestado da autora com quadro de ansiedade e cefaléia apresentado, que comprovam o abalo à sua saúde. Assim, a relatora negou provimento ao recurso do réu, mantendo a indenização por danos

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0003481-72.2016.8.19.0044, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relatora: Cintia Santarem Cardinali, Julgado em 21/08/2019. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040455FC128F43D1E7C643A6FD2E678082C50A642B242E&USER=> > Acesso em: 25 de novembro de 2022.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0003481-72.2016.8.19.0044, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relatora: Cintia Santarem Cardinali, Julgado em 21/08/2019. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040455FC128F43D1E7C643A6FD2E678082C50A642B242E&USER=> > Acesso em: 25 de novembro de 2022.

¹¹¹ Ibidem.

morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) fixado pela sentença, sendo unânime o acórdão.¹¹²

Desta feita, verifica-se que a decisão colegiada analisada constatou a configuração do abandono afetivo e do respectivo dano por meio das provas apresentadas, de jeito que não se pronuncia quanto à possibilidade de dano moral *in re ipsa* na hipótese. Portanto, verifica-se que o critério utilizado para manter a indenização fixada na sentença foi diverso daquele adotado pela outra decisão de procedência examinada.

3.2. Impactos observados nas decisões do TJRJ sobre o tema pela ausência de lei

Concluída a análise dos acórdãos expostos, segue-se o presente estudo à constatação dos efeitos que puderam ser observados nas decisões do TJRJ decorrentes da falta de lei sobre o abandono imaterial dos filhos.

Como é sabido, o Poder Legislativo do Estado possui o dever de criar normas que se destinam à proteção e efetivação dos direitos constitucionais dos indivíduos. Diante disso, tendo em vista a especial proteção concedida pela Constituição ao menor incapaz e a relevância do dever de cuidado dos responsáveis para com os menores, que é imposto pelo artigo 227 da CRFB/88, verifica-se que a ausência de legislação sobre a aplicação de sanção nestes casos tem diferentes repercussões no judiciário.

Com base na pesquisa jurisprudencial procedida e nas quatro decisões aqui evidenciadas foi possível dimensionar como um primeiro impacto o fato de haver uma enorme dissensão na verificação da ocorrência do abandono afetivo nos casos concretos.

Conforme foi possível explorar na elucidação do primeiro acórdão, sendo uma questão expressiva nos julgamentos de inúmeros outros, a reparação civil não é concedida diversas vezes pela ausência de provas. No acórdão de apelação analisado, um dos motivos da negativa da decisão foi pela não comprovação do trauma psicológico sofrido pela autora. Contudo,

¹¹² Ibidem.

observa-se que naquele processo não foi realizada perícia ou estudo psicológico desta que pudesse comprovar seu real estado psíquico.

Sendo assim, percebe-se que existe uma certa dificuldade para produção de provas nos processos em que se requer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo do filho menor. Tal embaraço pode originar-se da própria dificuldade de conseguir a prova da omissão do dever parental ou até mesmo da falta de conhecimento dos demandantes quanto à possibilidade de requerer a realização de uma perícia psíquica nestes casos.

Posto isso, verifica-se que uma lei bem elaborada sobre o assunto pode definir essas questões e facilitar o conhecimento dos elementos necessários para os que pretendem ajuizar uma ação com fundamento no abandono afetivo, para que não ingressem com o processo sem as provas fundamentais.

A este tópico também se acresce a indispensabilidade de uma lei que estabeleça a interpretação adequada com relação ao dano sofrido em razão da omissão desse dever parental. Assim se diz, pois caso seja interpretado como um dano moral *in re ipsa*, não haveria necessidade de produção da perícia psicossocial para comprovar a existência de algum trauma psicológico, influenciando de forma sobremaneira na produção das provas nessas demandas.

Na eventualidade de ser considerado o dano presumido nessas circunstâncias, haveria que se demonstrar através do conjunto probatório apenas o abandono afetivo suportado pelo menor, sendo pressuposto o sofrimento fruto da desídia deste genitor. Dessarte, a falta de uma legislação específica para disciplinar o tema possui como um dos efeitos uma maior instabilidade com relação às provas a serem juntadas. Todavia, por óbvio que durante esse período de incerteza quanto ao posicionamento do julgador do processo na configuração do dano, o mais adequado é anexar provas que possam comprovar o abalo psicológico e requerer a realização da perícia psíquica.

No mais, caso seja reconhecida por uma lei futura a possibilidade de dano moral *in re ipsa* na hipótese, isso daria ensejo a um âmbito muito maior de responsabilização pelo abandono afetivo, possibilitando que todos aqueles que sofreram pela ausência do pai tenham seu direito reconhecido e não apenas os que apresentam um quadro de transtorno psicológico.

Outro ponto relevante diz respeito ao prazo prescricional, que conforme a posição majoritária da doutrina e jurisprudência é de três anos a partir da maioridade do filho que sofreu o abandono. Isso porque, a prescrição não poderia correr entre ascendentes e descendentes sem que tenha cessado o poder familiar, o que só ocorre após completados 18 anos pelo filho, conforme prevê o art. 197, II, do Código Civil de 2002.

Contudo, como reportado anteriormente, esta não é a única compreensão adotada com relação ao assunto. De acordo com o que defende o autor Flávio Tartuce esta seria uma ação imprescritível, em virtude de relacionar-se com Direito de Família e estado de pessoas, que nesta demanda é a condição de filho. Outrossim, a ausência de prazo prescricional se justificaria também por possuir como conteúdo um direito da personalidade e por se tratarem de danos contínuos causados pelo abandono afetivo.¹¹³ Nesse viés, o autor ainda relaciona tais cenários com a responsabilidade civil por tortura:

“Em verdade, penso que os casos de abandono afetivo são similares aos casos de responsabilidade civil por tortura, reconhecendo o Superior Tribunal de Justiça, em vários arestos, a imprescritibilidade da pretensão em tais situações. Assim, por exemplo, entre os mais recentes, com citação de outros acórdãos: "as ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.339.344/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 28.02.2012; AgRg no REsp 1.251.529/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe 01.07.2011" (STJ, AgRg no REsp 1.4981.67/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 25/08/2015).

(...)Em reforço, parece-nos equivocado afirmar que o prazo prescricional, pela feição subjetiva da actio nata, terá início a partir da maioridade do filho postulante. Pela citada teoria, desenvolvida entre nós por Câmara Leal e José Fernando Simão, **o prazo prescricional tem início não da lesão ao direito subjetivo, mas do conhecimento da lesão. Diante dessa feição subjetiva da actio nata que não se pode dizer qual o termo a quo para o início do prazo. Os danos são continuados, não cessam, não saem da memória do ofendido, mesmo em se tratando de pessoa com idade avançada. Em outras palavras, o prejuízo é de trato sucessivo, atinge a honra do**

¹¹³ TARTUCE, Flávio. Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo. Migalhas, Colunas, Família e Sucessões, agosto, 2017. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/264531/do-prazo-de-prescricao-aplicavel-aos-casos-de-abandono-afetivo> >

filho a cada dia, a cada hora, a cada minuto e a cada segundo. Ninguém esquece o desprezo de um pai. Entre os colegas consultados, essa é a opinião de Pablo Malheiros da Cunha Frota, Marcos Jorge Catalan e Cesar Calo Peghini.”¹¹⁴

Assim, como dito pelo autor, o tema do abandono afetivo possui muitas peculiaridades técnicas e apresenta impasses jurídicos no seu conteúdo e na existência ou não da suposta pretensão. Logo, as limitações pertinentes à prova do dano e o prazo prescricional tem feito com que boa parte desses pedidos de reparação imaterial sejam afastados quando levados ao poder judiciário.¹¹⁵

Desse modo, infere-se que a falta de lei que regule o prazo prescricional nestas demandas pode estar fazendo com que se restrinja demasiadamente a viabilidade desses processos, que pelas diversas razões demonstradas são julgados improcedentes em sua maioria.

Nesse sentido, torna-se claro por conseguinte que a partir do que foi observado nas decisões examinadas do TJRJ e considerando a ausência de lei sobre a temática, nota-se a atribuição de uma maior discricionariedade aos operadores do direito quando do julgamento dessas ações. No entanto, tal poder discricionário não é enxergado de forma positiva por diversos doutrinadores.

Assim como afirma Lênio Streck, a discricionariedade deve ser compreendida como um poder arbitrário delegado em favor do juiz para preencher as zonas de penumbra do ordenamento jurídico. Contudo, de acordo com o autor tal arbitrariedade enseja a ausência de controle do conteúdo e a ausência de previsibilidade de segurança jurídica, afirmando que “o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incompatível com quaisquer posturas discricionário-decisionistas, porque estas estão assentadas em subjetividades assujeitadoras (...)”.¹¹⁶

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio. Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo. Migalhas, Colunas, Família e Sucessões, agosto, 2017. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/264531/do-prazo-de-prescricao-aplicavel-aos-casos-de-abandono-afetivo> >

¹¹⁵ Ibidem

¹¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso , 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 228.

Dessa maneira, a ausência normativa tem como efeito uma forte insegurança jurídica para aqueles que pretendem ingressar com ação de reparação civil pelo abandono afetivo sofrido. Isso porque, como foi possível depreender através das decisões analisadas, os julgadores irão decidir de acordo com o seu entendimento específico sobre a matéria, impactando negativamente a vida daqueles que já suportam demasiado sofrimento pela omissão do dever parental e ainda tem um judiciário arbitrário à enfrentar pela frente.

CAPÍTULO 4 - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, fica claro por conseguinte que a omissão do legislador, que não prevê normas sancionadoras em caso de descumprimento do dever de cuidado, convivência e assistência aos filhos menores, previsto pelos artigos 227 e 229 da Carta Magna de 1988, gera significativa imprecisão dos critérios utilizados nas decisões judiciais. Essa imprecisão é sinônimo de uma forte discricionariedade pelos magistrados e evidentemente cria um cenário de insegurança jurídica aos que submetem tais questões ao judiciário.

Como dito anteriormente, a despeito da existência de uma jurisprudência sólida firmada em relação a possibilidade de reparação civil decorrente do abandono imaterial pelos pais, foi possível perceber que a ausência de lei que regulamenta os termos para verificação do dano moral nessas circunstâncias causa um certo ceticismo no judiciário, com numerosos julgados que afastam a indenização.

Tais adversidades só poderiam ser combatidas com a aprovação de um projeto de lei que intente suprir todas as lacunas existentes na jurisprudência, ou ao menos aquelas que aparecem frequentemente nos julgados sobre o tema. Com isto, se quer dizer que para criação de uma legislação eficaz, esta deve disciplinar expressamente a possibilidade de reparação civil decorrente do abandono afetivo do genitor, a necessidade de comprovação do dano ou a presunção deste pela demonstração do abandono afetivo, o prazo estipulado para prescrição do direito à interposição destes processos pelos filhos e as provas admitidas para instrução desses processos.

Portanto, considerando que o Direito sempre está em evolução para regimentar as demandas surgidas na sociedade, o tema da reparação civil resultante do abandono afetivo torna-se um tópico importante do Direito de Família que precisa ser instruído por uma legislação específica. Isso porque, sem a adequada normatização tem se consentido com a inefetividade da parentalidade responsável prevista nos arts. 227 e 229 da CRFB/88, de modo que estes pais não cumprem com suas funções, causando diversas vezes intenso sofrimento àquela criança e não são devidamente responsabilizados pela lesão a personalidade de seus próprios filhos.

Posto isto, a criança e o adolescente devem estar a salvo de toda e qualquer forma de negligência e merecem total amparo, em consonância com o princípio da proteção integral. Contudo, como demonstrado, a falta de lei sobre o abandono imaterial dos pais impacta prejudicialmente nestes processos e na vida desses filhos rejeitados. Sendo assim, a possível solução identificada neste estudo é a criação de uma lei que em seu conteúdo solucione as controvérsias abordadas no presente trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20160610153899, oitava Turma Cível. Relatores: Nídia Corrêa Lima e Diaulas Costa Ribeiro. Julgado em: 28/03/2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> > Acesso em 13 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0007552-11.2017.8.19.0068, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relatora: Denise Levy Tredler, Julgado em 07/07/2022. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044CE9897D47A985824A2533CA5526B75BC512205D3E50&USER=> > Acesso em: 19 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0002928-14.2020.8.19.0067, Décima Quarta Câmara Cível, Relatora: Francisco de Assis Pessanha Filho, Julgado em 10/02/2022. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004295641670EB8F3E21A157FA32C6E962FC51064365746&USER=> > Acesso em: 22 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0022913-72.2018.8.19.0023, Segunda Câmara Cível, Relatora: Maria Isabel Paes Gonçalves, Julgado em 14/06/2021. Disponível em: <
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F2B7CD5701FDO8F722F6809021480CF6C50F0C262664&USER=> > Acesso em: 23 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível No 0003481-72.2016.8.19.0044, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relatora: Cintia Santarem Cardinali, Julgado em 21/08/2019. Disponível em: <
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040455FC128F43D1E7C643A6FD2E678082C50A642B242E&USER=> > Acesso em: 25 de novembro de 2022.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Artigo originalmente publicado em: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org). Direito Civil Constitucional a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. 1ª ed. Florianópolis: Conceito, 2014, v.1, p.527-546. Disponível em: <
<http://genjuridico.com.br/2017/08/10/abandono-afetivo-reflexoes-partir-do-entendimento-do-superior-tribunal-de-justica/> > Acesso em 13 de novembro de 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil.10a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família.10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. P. 215.

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

MARQUES, V. P.; CARVALHO, J. R. A Responsabilidade Civil Decorrente Do Abandono Afetivo Dos Pais Perante Seus Filhos. Revista Vertentes do Direito, v. 2, n. 1, p. 30-62, 1 jul. 2015.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 8a . ed. Rio de Janeiro : Forense, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, vol.5: direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes. ARAÚJO, Anne de Fátima Pedrosa. Direitos da personalidade. JUS, 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade> >. Acesso em: 01 de novembro de 2022.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. O poder do macho. São Paulo: Moderna. 1987.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso , 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, Volume Único.11. ed. Rio de Janeiro: Forense. METODO; 2021.

TARTUCE, Flávio. Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo. Migalhas, Colunas, Família e Sucessões, agosto, 2017. Disponível em <
<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/264531/do-prazo-de-prescricao-aplicavel-aos-casos-de-abandono-afetivo> >

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil.4. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.