

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

RENATA FERREIRA MACEDO

**A FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO CASO DE ABANDONO AFETIVO**

Recife  
2014

RENATA FERREIRA MACEDO

**A FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO CASO DE ABANDONO AFETIVO**

Recife  
2014

**Macedo, R. F.**

**A função da indenização no caso de abandono afetivo. Renata Ferreira Macedo. Recife: o Autor, 2014.**

**64 folhas.**

**Orientador (a): Profª Renata Cristina Othon Lacerda Andrade**

**Monografia (graduação) – *Bacharel em Direito* - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2014.**

**Inclui bibliografia.**

**1. Direito 2. Função Indenizatória 3. Compensatória 4. Punitiva 5. Pedagógica 6. Abandono Afetivo.**

**340 CDU (2ªed.)  
340 CDD (22ª ed.)**

**Faculdade Damas  
TCC 2014 – 275**

**Renata Ferreira Macedo**  
**A FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO CASO DE ABANDONO AFETIVO**

**DEFESA PÚBLICA** em Recife, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014

**BANCA EXAMINADORA:**

**Presidente:** Orientador Prof<sup>a</sup>. MSc. Renata Cristina Othon Lacerda Andrade

\_\_\_\_\_

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Dedico este trabalho a Deus por estar sempre ao meu lado em todos os instantes, para me dar forças, para enfrentar os obstáculos da vida; aos meus pais, a minha irmã, aos meus amigos, a minha orientadora e aos demais professores, que fizeram parte desse momento da minha vida, por acreditarem no meu potencial.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por estar sempre ao meu lado, guiando os meus pensamentos; alimentando a minha vida de amor, luz, paz, fé, coragem, perseverança, alegrias, saúde, esperança, carinho, felicidades, família, amigos maravilhosos; iluminando minhas ideias; protegendo o meu ser de quaisquer situações que possam me prejudicar. É o Senhor quem me faz sorrir nos momentos de angústia e de aflição, pois Ele demonstra, para mim, de alguma forma, ao longo da minha trajetória de vida, como devo agir. Assim, sempre percebo que o melhor a fazer é entregar ao Pai minhas dúvidas e sofrimentos. Ele é a minha razão maior do prazer de viver sempre feliz e amar as pessoas que passam por mim nessa vida.

Também agradeço a minha família, meus pais, muito queridos e amados, que fazem tudo por mim, a cada instante, trabalham por mim, respiram por mim, vivem por mim. Só tenho que ser grata a tudo que fizeram e continuam fazendo para o meu desenvolvimento pessoal e profissional. Pois, desde pequena, sempre se sacrificaram para me dar o melhor, sem medir esforços. À Lígia, minha querida mãe, que sempre deu o exemplo de mulher guerreira, justa e honesta; agradeço por batalhar para me educar e cuidar de mim. Renato, meu querido pai, que sempre fez tudo por mim, trabalhou para me educar, para que eu fosse alguém na vida, só tenho que agradecer por tudo que fez e faz por mim. Carlos Alberto, meu pai genérico (padrasto), que, apesar dos aperreios, dá-me forças para crescer. A minha querida irmã gêmea, Thaísa, eu agradeço imensamente por todo carinho desde a barriga, desde quando fomos criadas, sinto o seu amor, o seu afeto, a sua dedicação e cuidado; é muito bom ter essa irmã linda, caridosa, que me ensina todos os dias o que é ser família. Minhas queridas avós (Vovó Lígia e Vovó Margarida), obrigada por rezarem sempre para o meu sucesso, para que eu seja uma grande mulher em todos os sentidos, mãe, esposa, amiga, filha, estudante, mulher do Direito. Meus queridos vovôs (Vovô Luíz e Vovô Sady), já falecidos, obrigada por terem feito parte da minha vida, por me mostrarem que o amor pode ser demonstrado de várias formas, que cada um tem uma forma peculiar de amar.

Quero, ainda, agradecer a uma pessoa que foi muito especial na minha vida, que esteve comigo por mais de dez anos de dedicação, de paciência, de carinho, de afeto, de amor, de esperança e de cumplicidade; ao meu querido Rafael. Ele foi maravilhoso desde o início da nossa amizade, um grande amigo. Ele era a pessoa que me dava os melhores conselhos para a minha

vida. Rafael acompanhou toda a minha trajetória desde a fase escolar, meus anos de sofrimento tentando vestibular para outro curso, medicina, até o início desse período da faculdade (no curso de Direito) e, espero que acompanhe minha carreira profissional de sucesso, pois, mesmo de longe, desejo que ele saiba de todas as minhas conquistas e vitórias no mundo do Direito, que tanto amo e que tanto me dá prazer em vivenciá-lo. Só tenho que agradecer a ele por tudo que ele fez e continua fazendo por mim, para a minha felicidade.

Posso considerar, sem pestanejar, uma pessoa de sorte por ter amigos maravilhosos. Por isso, agradeço a eles por fazerem parte da minha vida, por me ajudarem sempre a crescer, a ter pensamentos bons, a viver de forma mais leve e tranquila, por saber que sempre serei amada por eles. Esses queridos estão sempre no meu coração! Tenho que agradecer à Adnéa Siqueira, minha querida amiga, que sempre esteve ao meu lado desde 2006, que me ajudou tanto no momento em que estive doente; à Ana Cláudia, minha amiga querida, que graças a ela consegui ajuda, para me equilibrar emocionalmente; também me deixava sã e salva todos os dias em casa; ao Ailson, grande amigo, que me ensinou que o belo da vida está nas pequenas coisas, porque o que faz um ser humano ser grandioso, não é o que ele possui, mas o que ele faz pelos outros; ao Augusto Pessoa, um amigo, que surgiu na minha vida para me mostrar que o bom da vida é fazer o que se gosta, viver com liberdade; à Andreza Vilela, uma querida, que me dá conselhos sempre que preciso, pois reza por mim e, lembra-me de que Deus está sempre do meu lado; à Bruna Veiga, uma grande amiga-irmã, que, desde o dia do vestibular de Direito, já sabia que seria minha amiga (meu Deus, como foi bom ter conhecido esse ser tão novo, mas tão maduro - Bruninha me ajuda muito em tudo, sempre), ao Bruno Lyra, grande amigo (anjo da guarda), que liga quase todos os dias para mim para saber de mim, ao Bruno Costa, um querido, que apareceu na minha vida para me ajudar a crescer profissionalmente; à Clarissa Valença (Cacazinha), minha querida amiga, que mesmo distante, sem poder me ver, por causa do trabalho, está de longe, rezando para o meu sucesso; ao Diógenes, meu amigo-padrinho, que sempre me mostra a melhor forma de ver o Direito; à Edda (amiga-mãe) e às meninas (Laís e Liana), amigas de sempre, essas são amigas para a vida toda; ao casal, Girlyne e Paulo Márcio, queridos amigos-pais, que sempre fizeram por mim e pela minha irmã, sempre agindo com muita consideração e carinho; à Evelyn Rocha, uma querida amiga-irmã, que surgiu na minha vida para me mostrar o quanto é bom amar, ser livre, ser feliz e, principalmente, ter Deus na vida; à Johany, amiga que, mesmo à distância, sempre se preocupou comigo; ao José Carlos (Zeca), amigo lindo, que tanto me quer bem; ao

João Victor, um querido que apareceu na minha vida e, contribuiu bastante para o meu equilíbrio emocional e, para a realização desta monografia, com livros, palavras, carinho; à Mariana Figueirôa, uma grande amiga, que me ajudou nos momentos mais difíceis quando estive doente; aos meus queridos padrinhos, tia Sylvinha e tio Pedro, que sempre estão presentes na minha vida para me ajudar a crescer; à Maria José, pessoa de um coração imenso, que acompanhou toda a minha trajetória da faculdade e me ajudou a perceber o quanto é importante a valorizar as peculiaridades de um amigo; à Mônica Duarte, grande amiga, que sempre esteve ao meu lado, para me aconselhar e me ajudar a enxergar o ser humano que existe dentro de mim; ao Paulo Leão, grande amigo-pai, um ser humano simplesmente brilhante, de um coração imenso, que sempre acompanhou meus passos desde o início da faculdade; ao Roberto Kramer, eterno professor de química e da vida, um grande amigo, este não posso esquecer nunca, uma pessoa muito especial, graças a ele, decidi fazer Direito, e foi com ele que aprendi a ser um ser humano melhor, principalmente, porque ele me ensinou que devemos ajudar independente de quem seja - não devo ver rosto, mas o que está dentro de cada um; à Suely, querida amiga, que sempre colocou, ainda mais, Deus na minha vida, através de belas mensagens; à Valcineide Moraes, grande amiga-irmã, que sempre me aconselhou para ser um ser humano melhor; e, claro, não poderia deixar de falar, dos amigos que construí no Grupo Cornélio Brennand, esses abriram as portas para o meu futuro profissional, foram essenciais para que eu percebesse o meu potencial, a minha capacidade de resolver os problemas.

Agradeço a minha querida turma da faculdade, esta que ao longo do curso de Direito, sempre me ajudou a representar essa turma, de forma tranquila e gostosa, pois todos se ajudavam, cada um ajudava da sua maneira, com suas habilidades e disponibilidades. Um grupo bastante comprometido com os estudos, com a Justiça, com a vontade de ser grande dentro do Direito – esta turma estará sempre em minhas orações pelo carinho que tenho por todos. Até agradeço aos que pagaram apenas algumas cadeiras comigo, pois aprendi com eles que tenho que ajudá-los, mesmo sem conhecê-los, porque esse era o meu papel.

Agradeço aos professores, queridos mestres, que me ensinaram as cadeiras do Direito, deste curso no qual sou apaixonada. Graças a eles, aprendi a amar o curso, a gostar das matérias jurídicas; eles me instigaram a estudar ainda mais sobre a área, a verdadeira Justiça brasileira. Essas pessoas foram primordiais para o meu crescimento intelectual como aluna e, futura jurista.

“O afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela.”

Maria Berenice Dias.

## RESUMO

O objetivo geral do trabalho em comento é discutir a respeito da função da indenização por dano moral no caso de abandono afetivo. Procura-se, a partir desta monografia, rever sobre a Responsabilidade Civil, seus pressupostos, elementos e espécies; analisar os papéis da indenização, punitivo, compensatório e pedagógico; mostrar breves apontamentos sobre o abandono afetivo; e, analisar as consequências do abandono afetivo no indivíduo. Com esse estudo, é possível fazer uma análise da real função da reparação civil devido ao abandono afetivo provocado por um ente familiar. A razão pela qual esta monografia está sendo elaborada é a necessidade de discutir o tema da função da indenização em casos de abandono afetivo. Assim, ficará constatado que as pessoas que sofreram, ou sofrem, essa espécie de dano poderão exigir uma reparação civil, por meio de uma indenização com seu determinado papel compensatório, punitivo ou pedagógico. Em relação à metodologia de pesquisa, segundo os objetivos, o presente trabalho é da espécie bibliográfica, posto que a análise do problema é feita por artigos científicos e livros especializados. Conforme os procedimentos de coleta, há duas metodologias: a documental e a bibliográfica. E, quanto à natureza dos dados, a metodologia usada foi a do tipo qualitativa, porquanto parte da análise específica do tema em toda a sua extensão, através da coleta de informações em livros e artigos científicos. O trabalho, portanto, faz uma análise do papel indenizatório no caso de abandono afetivo.

**Palavras-chave:** Função indenizatória. Compensatória. Punitiva. Pedagógica. Abandono Afetivo.

## ABSTRACT

The overall objective of this work is to discuss about the function of indemnity due to moral damage provoked by affective abandonment. This study reviews elements, species and assumptions concerning Civil Responsibility. It also analyzes the three roles indemnity performs: the punitive, the compensatory and the pedagogical functions. This work still examines brief notes about the emotional abandon, and analyzes the impact it causes on its victims. With this research, it is possible to analyze whether indemnity repairs the damages caused to someone when this person is abandoned by its provider. Thus, the purpose of this monograph relies on the need to discuss the effectiveness of monetary repair in cases of affective abandonment. This way, it will be detected that people who have suffered, or are suffering, this kind of damage might demand in court the right to impose a debt for the ones who committed this kind of abandon, taking into account the compensatory, punitive and pedagogical roles. The methodology adopted was based on specialized scientific articles and books. Regarding the collection procedures, there are two methodologies: a bibliographical and documentary. According the data nature, the methodology employed was the qualitative type, once it consists in the specific analysis of the subject in all its extension, being guided by an information collection extracted from books and scientific articles. The work, therefore, analyzes the role of indemnity in the case affective abandon.

**Keywords:** Compensatory function. Compensatory. Punitive. Pedagogic. Affective abandonment.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1 – UM PANORAMA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	13
1.1 Breve histórico da Responsabilidade Civil.....	13
1.2 Conceito de Responsabilidade Civil.....	15
1.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil .....	17
1.3.1 A Conduta Humana .....	17
1.3.2 O Dano.....	19
1.3.3 O Nexo de Causalidade .....	20
1.3.3.1 Teorias explicativas do nexo de causalidade.....	21
1.4 Classificação da Responsabilidade Civil.....	24
1.5 Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil .....	28
<b>CAPÍTULO 2 – FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO</b> .....	30
2.1 Função Compensatória .....	31
2.1.1 Dano material e dano moral indenizáveis.....	35
2.2 Função Punitiva .....	37
2.3 Função Pedagógica.....	41
<b>CAPÍTULO 3 – ABANDONO AFETIVO E A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL</b> ....	44
3.1 Breves apontamentos sobre Abandono Afetivo .....	44
3.2 Consequências do Abandono Afetivo .....	49
3.3 Indenização por dano moral no Abandono Afetivo: valor punitivo, pedagógico ou compensatório? .....	50
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	59
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	61

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem a finalidade de investigar a função da indenização por dano moral provocado pelo abandono afetivo, quando um membro da família é rejeitado do convívio familiar, não obtendo o devido dever de cuidado que cada ente familiar tem direito. Ao analisar o papel dessa reparação civil, é analisado o caráter indenizatório para o caso específico do abandono afetivo, a partir do estudo da Responsabilidade Civil e das funções da indenização compensatória, punitiva e pedagógica.

Assim sendo, a partir da análise do problema, constata-se que o abandono afetivo provoca um dano ao indivíduo que deverá ser reparado, por meio de indenização. E, para saber o caráter dessa reparação, é necessário estudar os pressupostos, elementos e espécies referentes à Responsabilidade Civil, esta conceituada por Stoco (2004) como a manifestação do sistema jurídico do dever moral de não lesar outrem.

Percebe-se, assim, a relevância deste trabalho a partir do momento em que há a necessidade de se discutir o tema da responsabilidade civil nas relações de família e, em especial, nos casos de abandono afetivo. E, com isso, o dano causado por este deve ser reparado através de uma indenização.

Demonstra-se aqui, a partir do estudo da Responsabilidade Civil e das funções da indenização, destarte, o caráter da reparação civil causado pelo abandono afetivo. Este ocorre por contrariar o exposto no *caput* do artigo 227, da Constituição Federal brasileira, em que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, prioritariamente, à criança, ao adolescente e ao jovem o direito de conviver com seus familiares. Ou seja, é um dever familiar o direito ao convívio entre os entes da família.

Ainda, o presente trabalho tem o intuito de saber se o formato da responsabilidade civil estudado no Direito Civil é suficiente para ser aplicado aos casos de Direito de Família; demonstrar o caráter da indenização, se punitiva, compensatória ou pedagógica, relatar breves apontamentos sobre abandono afetivo, mostrar as consequências geradas pelo abandono afetivo no indivíduo que o sofreu e verificar a função da indenização por dano moral no abandono afetivo.

Portanto, o primeiro capítulo do presente trabalho trata de forma detalhada a respeito da Responsabilidade Civil, seu histórico, seu conceito, seus pressupostos, elementos necessários para a sua formação (dano, nexos de causalidade e conduta humana), com o intuito de analisar inicialmente o termo, para que, posteriormente, a partir desse embasamento teórico, seja fundamentado nos capítulos seguintes o papel da reparação civil em caso de abandono afetivo no núcleo familiar.

Já o segundo capítulo trata especificamente da função da reparação civil, ou seja, quando um bem jurídico é ofendido, na esfera do Direito Privado, é gerada a responsabilização civil para reparar os danos provocados pelo autor. Assim, é visto nos próximos tópicos o caráter da indenização, que surge devido ao dano ocorrido.

E, o terceiro capítulo, este trata do conceito de abandono afetivo, por meio da análise de vários conceitos de autores diversos; das consequências provocadas por esse dano e; por fim, da indenização por dano moral no caso de abandono afetivo, se tem caráter punitivo, compensatório ou pedagógico.

Em relação à metodologia de pesquisa, segundo os objetivos, este trabalho utiliza a espécie bibliográfica, visto que a análise do problema é feita a partir de artigos científicos e livros especializados no tema em comento. De acordo com os procedimentos de coleta, são utilizadas duas metodologias: a documental, porque utiliza arquivos coletados em revistas relacionadas ao tema; e bibliográfica, visto que é respaldada na legislação pátria e em doutrina específica sobre o tema. E, quanto à natureza dos dados, a metodologia usada é a do tipo qualitativa, porquanto parte da análise individualizada da presente pesquisa em toda a sua extensão.

## **CAPÍTULO 1 – UM PANORAMA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL**

O tema abordado neste capítulo é o da Responsabilidade Civil – seu histórico, sua definição, seus pressupostos (elementos) e espécies (classificação) - a fim de que possa ser feita uma análise inicial do termo e, posteriormente, a partir dessa base teórica da matéria, seja fundamentado nos próximos capítulos o caráter da reparação civil em caso de abandono afetivo no núcleo familiar.

### **1.1 Breve histórico da Responsabilidade Civil**

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2010), no início das sociedades organizadas, bem como nas civilizações pré-romanas, o instituto da responsabilidade civil se originou a partir do conceito de vingança privada, forma arcaica, porém compreensível na visão humana como reação ocorrida devido a um mal sofrido.

A partir dessa visão do delito, ainda conforme Gagliano e Pamplona Filho (*idem*), que o Direito Romano surge, tomando essa demonstração instintiva e voluntária como axioma essencial para, regulamentando-a, controlar a sociedade, a fim de permiti-la ou excluí-la quando não tiver motivo. Esta é a chamada Pena de Talião, a famosa “olho por olho, dente por dente”, em que são encontrados resquícios da Lei das XII Tábuas.

Entretanto, pode-se ressaltar que o Direito Romano não demonstrava, para Gagliano e Pamplona Filho (*idem*), uma preocupação teórica em compilar seus institutos, visto que foi elaborada na Lei das XII Tábuas essa dogmática a partir de discussões dos jurisconsultos e constituições imperiais.

Existem, contudo, nessa lei já mencionada, possibilidades de desenvolvimento do instituto, por permitir a conciliação entre a vítima e quem a ofende, evitando que a pena de Talião seja aplicada. Dessa forma, não sendo imposto ao autor de um dano provocado no braço de um indivíduo, por exemplo, que sofra o mesmo, devido a uma solução transigente; a vítima receberia, conforme seu critério e como pena, um valor em dinheiro ou outros bens.

Observa Alvino Lima, ainda com a mesma fundamentação em relação à norma:

[...] este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares.

A Lei das XII Tábuas, que determinou o *quantum* para a composição obrigatória, regulava casos concretos, sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil. A *actio de reputis sarcienti*, que alguns afirmam que consagrava um princípio de generalização da responsabilidade civil, é considerada, hoje, como não contendo tal preceito (Lei das XII Tábuas – Tábua VIII, Lei 5.<sup>a</sup>) (LIMA, Alvino *apud idem, ibidem*, p. 54-55).

No entanto, conforme Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*), foi a partir da edição da *Lex Aquilia* que ocorreu o marco no desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, em que sua importância foi tão relevante que foi dado um novo nome da responsabilidade civil delitual ou extracontratual.

Composta por três partes, seu grande predicado é defender a transferência das multas definidas por uma pena na mesma proporção do dano causado. Sua primeira parte falava a respeito da morte dos escravos e dos animais que pastavam em rebanho, enquanto que a segunda regulava sobre o dano provocado por um credor acessório em relação ao principal. Já a terceira parte é a considerada a mais importante para compreender o desenvolvimento da responsabilidade civil.

Assim, regulava ela, para Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*), o *damnum injuria datum*, ou seja, destruir ou deteriorar coisa de outrem por ação que atinja coisa corpórea ou incorpórea, não tendo justificativa na legislação. Apesar de seu objetivo inicial fosse limitado ao dono da coisa lesada, o poder da jurisprudência e as dimensões concedidas pelo pretor fizeram com que fosse constituída de forma efetiva a doutrina romana da responsabilidade extracontratual.

Para sintetizar essa perspectiva da Responsabilidade Civil no Direito da Antiguidade, Alvino Lima ensina o seguinte:

Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se

confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo de culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da ideia da pena, ao fixar a responsabilidade aquilina, a verdade é que a ideia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória. A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva da vingança; o caráter penal da ação da lei Aquilia, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência (LIMA, Alvino *apud idem, ibidem*, p. 55-56).

Ao dar um passo histórico, pode-se observar que a culpa foi inserida como elemento crucial da responsabilidade civil aquiliana (contrária ao objetivismo exagerado do direito antigo, alterando, aos poucos, a compreensão da pena para a ideia de reparar o dano causado) no grande instrumento normativo da idade moderna (o Código Civil de Napoleão), que influenciou muitas legislações do mundo, como o Código Civil brasileiro de 1916.

Contudo, essa teoria originária da culpa, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2010), não atendia as necessidades da vida, na grande quantidade de situações concretas em que os danos permaneciam não sendo reparados pela falta de comprovação do pressuposto psíquico.

Assim, pela análise dos autores citados anteriormente (*idem, ibidem*), no mesmo sistema começou a ser visto em jurisprudência novas resoluções, com o aumento da definição de culpa e a aceitação extraordinária de novas teorias dogmáticas, que tinham o intuito de reparar o dano proveniente, de forma exclusiva, do fato ou a partir do risco criado.

Essas teorias começaram a ser mencionadas nas legislações contemporâneas, não desprezando totalmente à teoria da culpa, conforme foi adotado no novo Código Civil brasileiro.

## **1.2 Conceito de Responsabilidade Civil**

Primeiramente, pode-se afirmar que a palavra responsabilidade, segundo Fiuza (2011), tem vários sentidos, ou seja, possui muitos significados. Vulgarmente, tem como sinônimo o termo diligência, assim, um indivíduo bastante responsável é cuidadoso. Porém, para o Direito, a expressão responsabilidade geralmente está relacionada a um dever, uma obrigação,

uma punição, algo imposto devido a algum fato ou ato. Nesse ínterim, De Plácido e Silva define responsabilidade da seguinte maneira:

[...] dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas.

Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção (DE PLÁCIDO E SILVA *apud idem, ibidem*, p. 329).

Assim, em relação a estar sujeito a sanções, para Fiuza (*ibidem*), a responsabilidade pode exprimir o sentido de relação obrigacional de caráter secundário, isto é, quando não há o adimplemento da obrigação. Visto que, o vínculo obrigacional é desdobrado em duas relações, uma de dívida e a outra de responsabilidade. Portanto, quando a primeira não é adimplida, a segunda surge.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2010), o termo responsabilidade vem do latim *respondere*, tendo como conceito a obrigação de que um indivíduo tem que assumir com os efeitos jurídicos de suas ações, abrangendo, ainda a raiz do latim de *spondeo*, regra através da qual, no Direito Romano, é vinculado o devedor nos contratos orais. Assim, a compreensão feita do termo responsabilidade, está relacionada ao aparecimento de uma obrigação derivada, isto é, um dever jurídico posterior, devido a um fato jurídico *lato sensu*.

O amparo dessa obrigação, conforme Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*), no âmbito jurídico, é baseado no princípio fundamental da “proibição de ofender”, isto é, na ideia de que não se pode lesar ninguém, um limite objetivo da liberdade individual numa civilização. Assim sendo, pode-se afirmar que o Direito Positivo une regras essenciais para o convívio em sociedade, sendo punido quem infringi-las, provocando lesão aos interesses jurídicos tutelados.

Responsabilidade, para o Direito, segundo esses autores - Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*) - é, em consequência, um dever jurídico derivado, isto é, assumir os resultados jurídicos causados por um fato, podendo variar essas consequências (reparar danos ou punir a pessoa que provocou o dano), conforme os interesses lesados. Logo, para o Direito Privado, a responsabilidade civil é derivada da agressão a um interesse propriamente particular, fazendo com que o infrator pague uma compensação pecuniária à vítima se não puder repor o estado antecedente das coisas.

### 1.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

A partir da análise do art. 186 do Código Civil, o que fundamenta a responsabilidade civil, tem-se o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002, p. 161). Assim, podem ser extraídos os pressupostos gerais da responsabilidade civil, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2010), quais sejam: conduta (positiva ou negativa), dano e nexo de causalidade.

#### 1.3.1 A Conduta Humana

A conduta humana é o primeiro pressuposto da responsabilidade civil, por isso merece ser esmiuçado, com o intuito de ser entendido de forma clara. É analisado neste tópico o conceito e a classificação da conduta humana, e, ainda, a relação entre esta e a ilicitude.

Para Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*), a ação ou a omissão humana voluntária é essencial para configurar a responsabilidade civil, ou seja, a partir da conduta positiva ou negativa do homem, guiada pela vontade, surge o dano ou prejuízo. Assim este é o primeiro elemento da responsabilidade civil analisado.

Dessa forma, o núcleo que fundamenta a definição de conduta humana é a voluntariedade, que provém da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento suficiente para se conscientizar em relação as suas atitudes.

Devido a isso, o elemento conduta humana não pode ser reconhecido pela falta do elemento vontade. No mesmo teor, Luiz Roldão de Freitas Gomes (2000) cita Antunes Varela na obra de Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 74), que lembra:

[...] que ação voluntária não há, por faltar domínio da vontade humana, quando o indivíduo age impelido por forças naturais invencíveis (pessoa ou veículo irresistivelmente projetados por força do vento, da vaga marítima, de uma explosão ou descarga elétrica, do deslocamento do ar que o arranque do avião provoca, na exemplificação do mestre luso).

Pode-se dizer, portanto, que não havendo voluntariedade, não se pode falar em ação do homem e, tampouco, em responsabilidade civil.

Assim, para Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*), é possível afirmar que o termo voluntariedade não quer dizer precisamente o desejo de provocar um dano, mas apenas a consciência de suas atitudes. E, isso ocorre não somente quando há um caso de responsabilidade subjetiva (fundada na concepção de culpa), mas também em situação de responsabilidade objetiva (amparada na ideia de risco), porque nas duas situações o agente que provoca o dano deve atuar conforme a sua vontade, isto é, segundo a sua liberdade em fazer algo ou não, não sendo exigida, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

Conforme a manifestação da ação humana voluntária, para Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*), esta pode ser classificada em positiva ou negativa. A primeira classificação, a positiva, é traduzida pelo comportamento ativo do agente. Enquanto que a segunda classificação, a negativa, é a atuação omissiva do agente, ou seja, o indivíduo deixa de praticar algo que deveria ter realizado, gerando, assim, um dano a outrem.

Porém, é importante salientar que, apesar de ser uma conduta omissiva, em que a pessoa deixa de realizar algo, o elemento volitivo continua presente nessa situação. É possível afirmar isso, porque, não havendo esse requisito, não existirá conduta na omissão, não podendo, em consequência, haver o reconhecimento da responsabilidade civil.

Sobre a conduta humana e a ilicitude, Silvio de Salvo Venosa expõe o seguinte:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever (VENOSA, Silvio de Salvo *apud idem, ibidem*, p. 77).

Assim, para que a conduta humana seja considerada um dos elementos da responsabilidade civil, é necessário que a ilicitude esteja atrelada à ação ou à omissão humana. Dessa forma, a ilicitude normalmente relaciona-se a um conjunto de atos ilícitos e, de maneira esporádica, a um ato singular. O ato ilícito é traduzido como uma conduta baseada na vontade em desrespeitar um dever.

Ainda com o mesmo raciocínio de Venosa, Caio Mário afirma o que segue:

Do conceito de ato ilícito, fundamento da reparação do dano, tal como enunciado no art. 159 do Código Civil, e como vem reproduzido no art. 186 do Projeto n.º 634-B de 1975, pode-se enunciar a noção fundamental da responsabilidade civil, em termos consagrados, *mutatis mutandis*, na generalidade dos civilistas: Obrigação de reparar o dano, imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem (PEREIRA, Caio Mário *apud idem, ibidem*, p. 77).

Realmente, como a responsabilidade civil está relacionada à atribuição das consequências danosas da conduta ao indivíduo infrator, pode-se afirmar que para que este seja configurado, isto é, para que seja imposto o dever de indenização, o ato lesivo deve ser contrário ao direito, ilícito e antijurídico.

### 1.3.2 O Dano

O dano é um dos pressupostos mais importantes para o estudo da responsabilidade civil, por isso deve ser analisado de forma detalhada, a fim de que seja compreendido com facilidade. Portanto, é visto neste item o conceito, requisitos e espécies do dano.

Sérgio Cavalieri Filho ressalta sobre a inafastabilidade do dano da seguinte maneira:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. 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. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa (CAVALIERI FILHO, Sérgio *apud idem, ibidem*, p. 82).

Assim, pode-se conceituar o dano ou prejuízo como sendo “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (*idem, ibidem*, p. 82). Para estes, para que seja configurado o prejuízo, este poderá vir da agressão a direitos ou a interesses personalíssimos (não patrimoniais), como os representados pelos direitos da personalidade, em especial o dano moral.

Como a reparação do dano provém da teoria da responsabilidade civil, uma sanção imposta ao responsável pelo dano em favor do lesado, tem-se que, regra geral, todos os prejuízos

devem ser ressarcíveis, mesmo não podendo voltar ao estado anterior, sempre poderá ser fixado um valor em dinheiro, como forma de compensar o dano.

Entretanto para que o dano realmente seja reparado, são necessários os seguintes requisitos: a) a violação do interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; b) certeza do dano; e c) subsistência do dano. Assim, esses são os três requisitos essenciais para que o dano possa ser reparável.

É tradição na doutrina classificar o dano em patrimonial e moral. E, a partir da distinção dessas espécies, tem-se o objetivo de analisar posteriormente os detalhes de cada dano.

Com isso, pode-se afirmar que a primeira espécie de dano significa lesionar bens e direitos economicamente relevantes para o seu titular. Assim, o dano material pode ser analisado de duas formas: a) o dano emergente (prejuízo efetivo experimentado pela vítima); e b) os lucros cessantes (aquilo que a vítima deixou de lucrar devido ao dano).

Já em relação ao segundo, Carlos Alberto Bittar afirma que são qualificados:

Como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social) (BITTAR, Carlos Alberto *apud idem*, *ibidem*, p. 90).

Ou seja, por fazer parte do plano subjetivo ou valorativo do ser humano relacionado à sociedade, em que reflete a violação, o dano moral afronta direitos da personalidade (integridade física e psíquica) do homem, ou dos próprios valores do indivíduo onde vive e exerce suas atividades.

Pode-se afirmar, portanto, que a indenização por ato ilícito é devida, mesmo o dano sendo exclusivamente moral.

### **1.3.3 O Nexo de Causalidade**

Após a análise dos dois elementos da responsabilidade civil - a conduta humana e o dano - é necessário comentar a respeito do terceiro elemento (o nexo de causalidade), a fim de que a responsabilidade civil seja entendida em sua completude.

Assim, sobre a complexa matéria, Serpa Lopes, comenta o seguinte:

Um das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço (LOPES, Serpa *apud* Gagliano e Pamplona Filho, 2010, p. 127).

Ou seja, a análise de Serpa Lopes a respeito do nexo de causalidade é bastante relevante para o trabalho em comento, porquanto demonstra o quanto é importante a presença do nexo causal para compor a tríade da responsabilidade civil – conduta humana, dano e nexo causal.

O nexo de causalidade é tratado para Gagliano e Pamplona Filho (*idem, ibidem*) como “elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano”. Assim, é possível dizer que o nexo causal é o elo que une a conduta do agente ao dano produzido por este.

Portanto, para que a matéria seja compreendida de forma mais abrangente é necessário analisar as teorias que comentam a respeito do nexo causal. Assim, ao final da análise das teorias, será vista a teoria adotada pelo Direito Brasileiro.

### **1.3.3.1 Teorias explicativas do nexo de causalidade**

As principais teorias que tentam explicar o nexo de causalidade são as seguintes: a) teoria da equivalência das condições; b) a teoria da causalidade adequada; e c) a teoria da causalidade direta ou imediata (interrupção do nexo causal). Assim, essas teorias serão analisadas de forma separada, a fim de que a matéria seja entendida corretamente.

Em relação à teoria da equivalência das condições, Caio Mário ao citar De Page na obra de Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*, p. 134), afirma que essa teoria:

[...] em sua essência, sustenta que, em havendo culpa, todas as ‘condições’ de um dano são ‘equivalentes’, isto é, todos os elementos que, ‘de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como ‘causas’, sem a necessidade de determinar, no

encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo.

Com isso, pode-se afirmar que a teoria da equivalência das condições tem um amplo alcance, visto que considera como elemento causal todos os antecedentes que fizeram parte de todos os fatos que desaguaram no dano.

Entretanto, essa teoria apresenta um grande inconveniente, qual seja: por acreditar que sejam causa todos os antecedentes que façam com que haja um fim danoso a cadeia causal. Assim, sua investigação poderia nunca ter um desfecho.

Com outras palavras, Gustavo Tepedino afirma o seguinte a respeito do inconveniente dessa teoria:

[...] a inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade (TEPEDINO, Gustavo *apud idem, ibidem*, p. 135).

A partir da análise do trecho acima, é possível perceber que a grande inconveniência da teoria da equivalência das condições está no crescente dever de reparar de vários agentes, devido a um conjunto de fatores supervenientes aptos a alterarem o curso normal de um resultado. Por isso, devido a esses inconvenientes, que os doutrinadores não adotaram a teoria da equivalência das condições para conceituar o nexo de causalidade.

Quanto à teoria da causalidade adequada, pode-se dizer que essa teoria apresenta menos inconvenientes que a anteriormente analisada. Visto que, para Cavalieri, “causa [...] é o antecedente, não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for apropriada para produzir o evento” (CAVALIERI *apud idem, ibidem*, p. 136).

Pode-se notar, com isso, que, para ser considerada uma causa adequada, esta deverá, de maneira abstrata, e a partir de uma probabilidade, ter aptidão para produzir realmente um resultado.

Referente à teoria da causalidade direta ou imediata, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal ou teoria da causalidade necessária, pode-se dizer que causa para essa teoria, segundo Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*), seria somente o fato anterior que,

relacionado a uma conexão de necessariedade ao resultado danoso, definiu este último como produto seu, direto e imediato.

Assim, conclui Gustavo Tepedino sobre essa teoria o seguinte:

[...] a causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexo de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessariedade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexo de causalidade (TEPEDINO, Gustavo *apud idem, ibidem*, p. 139).

Em outras palavras, a causa moderadamente autônoma é o que faz com que permaneça distante o nexo causal antecedente, sendo levada em consideração a nova relação entre a causa originária e o resultado. Ou seja, deve ser dado um destaque na vinculação de necessariedade entre a causa incidente e o dano posterior, visto que a causa anterior não é mais considerada, para que outra, mais recente, seja o motivo da produção do resultado. Com isso, é estabelecido um novo nexo causal.

Portanto, além de a teoria da causalidade direta ou imediata ser a mais simples, pode ser considerada a mais adequada, já que não apresenta grande insegurança jurídica e subjetividade, como são apresentadas nas outras teorias mencionadas.

Grande parcela dos doutrinadores tende a acolher a teoria da causalidade adequada como sendo a que mais satisfaz para dar a noção de nexo causal, um dos elementos da responsabilidade civil.

Para demonstrar isso, Gustavo Tepedino, após analisar jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirma o seguinte:

[...] de acordo com a teoria da causa adequada adotada em sede de responsabilidade civil, também chamada de causa direta ou imediata (Ac. 1995.001.271), conclui, acertadamente: Por todas essas circunstâncias, pode-se considerar como prevalentes, no direito brasileiro, as posições doutrinárias que, com base no art. 1060, do Código Civil Brasileiro, autodenominando-se ora de teoria da interrupção do nexo causal (Supremo Tribunal Federal), ora de teoria da causalidade adequada (STJ e TJRJ), exigem a *causalidade necessária* entre a causa e o efeito danoso para o estabelecimento da responsabilidade civil (TEPEDINO, Gustavo *apud idem, ibidem*, p. 142).

Assim, pode-se dizer que a teoria utilizada no Código Civil brasileiro (a teoria da causalidade adequada) é a mais acertada, visto que exige uma causalidade necessária entre a causa e o resultado danoso para estabelecer a responsabilidade civil.

#### **1.4 Classificação da Responsabilidade Civil**

A classificação da responsabilidade civil, para Fiuza (2011), poderá ser dividida em muitas espécies de categorias diferenciadas, quais sejam: responsabilidade por atos ou fatos lícitos; responsabilidade por atos ilícitos; responsabilidade contratual; responsabilidade extracontratual; responsabilidade com dano e sem dano, com culpa e sem culpa; responsabilidade por fato próprio e por fato de outrem; e, responsabilidade por fato de coisa.

Ocorrerá, para Fiuza (*ibidem*), a responsabilidade por atos ou fatos lícitos nos contratos ou em outras situações. Assim, caso dois indivíduos fizerem um contrato, eles serão responsáveis por cumprir o convencionado. Além do contrato, existem outros atos lícitos, como a gestão de negócios e a promessa de recompensa, por exemplo. Também, existem outros fatos lícitos, como a paternidade, por exemplo, todos estabelecendo responsabilidade de forma positiva, isto é, com o fim de cumprir as obrigações produzidas por esses atos ou fatos.

Para Fiuza (*ibidem*), existirá ato ilícito quando uma pessoa agir de maneira contrária ao Direito, através de uma ação ou omissão, como ocorrem nos seguintes casos: no inadimplemento contratual, na quebra de uma promessa. Logo, todos são considerados ilícitos para o Direito Civil, gerando, em consequência, responsabilidade. Realizado o ato ilícito, surgirá para a figura que provocou a responsabilidade de estar sujeito às punições impostas por lei.

Em relação à responsabilidade contratual, Fiuza (*ibidem*) afirma que esta surge a partir da celebração ou da execução de um contrato, podendo ser por ato lícito ou ilícito. Também, relacionadas à responsabilidade contratual estão as responsabilidades pré-contratual (antes de celebrado o contrato) e pós-contratual (depois de executado o contrato, permanecendo os deveres entre as partes), ou seja, nas duas situações não há contrato, mas existe grande relação com o contrato. Por isso, sua natureza é considerada mista.

Quanto à responsabilidade extracontratual, para Fiuza (*ibidem*), esta é decorrente de atos realizados além da relação contratual, como, por exemplo, um acidente de trânsito. Procede

também de fatos lícitos, como a paternidade e, enfim, resulta do abuso de direitos e dos atos propriamente ilícitos. Assim, a responsabilidade extracontratual poderá ser por atos ou fatos lícitos ou ilícitos.

É importante destacar, de acordo com Fiuza (*ibidem*), que há grande discussão se existe necessidade em diferenciar a responsabilidade por ilícito contratual da responsabilidade por ilícito extracontratual, especialmente da responsabilidade por atos propriamente ilícitos, denominada também de responsabilidade delitual ou aquiliana.

Esta denominação tem raízes históricas de milênios. Com isso, Fiuza (*ibidem*, p. 331) comenta sobre a origem histórica do termo em comento:

Por volta do final do século III a.C., um Tribuno da Plebe de nome Aquilius, dirigiu uma proposta de lei aos Conselhos da Plebe, com vistas a regulamentar a responsabilidade por atos intrinsecamente ilícitos. Foi votada a proposta e aprovada, tornando-se conhecida pelo nome de *Lex Aquilia*. A *Lex Aquilia* era na verdade plebiscito, por terem nos Conselhos da Plebe. É lei de circunstância, provocada pelos plebeus que, desse modo, se protegiam contra os prejuízos que lhes causavam os patrícios, nos limites de suas terras. Antes da Lei Aquília imperava o regime da Lei das XII Tábuas (450 a.C.), que continha regras isoladas.

Dessa maneira, pode-se afirmar, conforme Fiuza (*ibidem*), que a responsabilidade por ilícito contratual é distinta da aquiliana, ao menos em relação à natureza da situação ou da relação jurídica que lhes origina. Nessa esteira, alguns autores, como GILMORE, Grant *apud idem*, *ibidem*, por exemplo, defendem que a solução é a mesma e, devido a isso que a responsabilidade contratual teria sido assimilada pela delitual.

Algumas comparações relevantes sobre essas espécies de responsabilidades devem ser consideradas, de acordo com Fiuza (*ibidem*). A contratual pressupõe um ilícito contratual (um ato antijurídico relativo à celebração ou à execução de um contrato); recebe tratamento generalizado, mas também específico, em cada contrato e em cada espécie de obrigação; é importante diferenciar dolo e culpa, se o contrato for gratuito ou oneroso; os seus efeitos podem ir além da indenização; o abuso de direito é mais frequente; pode ser diminuída a responsabilidade por meio de situações posteriores ou não previstas; é baseada em princípios comuns e peculiares (o da obrigatoriedade contratual e o da boa-fé objetiva), além de outros comuns; o mero inadimplemento da obrigação geralmente presume-se a culpa, fazendo com que o inadimplente prove o contrário.

Quanto à responsabilidade delitual ou aquiliana, Fiuza (*ibidem*) afirma o seguinte: que esta responsabilidade implica um ato propriamente ilícito (sem qualquer vínculo ao contrato ou ato unilateral ilícito, ou exercício de direito); tem um tratamento mais generalizado, esporadicamente específico, dentro do Direito Civil; não é relevante, em regra, a distinção entre dolo e culpa; os seus efeitos são a indenização, geralmente; a obrigação pode ser de meio ou de resultado; é baseada em princípios comuns (como no princípio que proíbe a prática da antijuridicidade, por atentar contra as maiores finalidades do Direito – a paz, a tranquilidade, a harmonia, a ordem no convívio social); e, a prova da culpa geralmente é incumbida à vítima.

A partir dessas comparações e dos estudos dessas modalidades de responsabilidade, pode-se perceber que a análise das características da responsabilidade aquiliana contribuiu para a aplicação da responsabilidade contratual. Entretanto, observam-se diferenças nos fenômenos.

Ao se referir a classificação da responsabilidade com dano e sem dano, com culpa e sem culpa, Fiuza (*ibidem*) afirma que nesta classe somente é relevante a responsabilidade por atos ilícitos, contratual ou extracontratual.

Preliminarmente, pode-se observar que, para Fiuza (*ibidem*), os atos ilícitos são atos antijurídicos, porém para ocorrer responsabilidade, é preciso que estejam presentes outros requisitos, quais sejam a culpabilidade e o dano, conforme o exposto no art. 186, do Código Civil. Logo, referente a esses elementos que podem ou não ocorrer, embora geralmente existam, a responsabilidade será com culpa ou sem culpa, com dano ou sem dano.

De acordo com o previsto no art. 186, do Código Civil (BRASIL, 2002), apenas atos ilícitos culpáveis e lesivos provocam responsabilidade. Entretanto, de acordo com Fiuza (2011), raramente, existem situações em que a responsabilidade é decorrente de ato ilícito não culpável. Esse autor dá o seguinte exemplo: o caso de pais que tratam os filhos de maneira rigorosa. Para o caso em análise, os pais acham que estão fazendo o melhor para os filhos, porém, a conduta pode ser considerada ilícita.

Em casos excepcionais, para Fiuza (*ibidem*), também poderá perdurar responsabilidade por ato ilícito, mesmo não ocorrendo dano. Assim, no Direito Civil, pode-se falar em mora, um ilícito contratual. Caso haja cláusula no contrato que comine multa devido à mora, esta ocorrendo, a multa incidirá, mesmo que nenhum dano tenha acontecido.

Em relação à responsabilidade que é baseada na culpa do autor do ilícito, de acordo com Fiuza (*ibidem*), é também chamada de subjetiva, por ter como fundamento o elemento

subjetivo da culpabilidade. Já a responsabilidade sem culpa também é denominada de responsabilidade objetiva, por estar fundamentada somente na circunstância do dano. Mas, também existem casos em que há responsabilidade objetiva em que não há ilícito, por exemplo, um avião que cai devido a um raio, um caso fortuito, a companhia aérea responderá pelos danos causados – neste caso não se pode falar em ato ilícito, visto que a ilicitude foi afastada pelo fortuito.

Entretanto, segundo Fiuza (*ibidem*), a regra para os ilícitos contratuais e extracontratuais é ainda a da responsabilidade subjetiva, como está previsto no art. 186 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002, p. 161).

Independentemente, portanto, do ilícito ser produzido por meio de um contrato ou por um fato externo ao contrato, pode-se dizer que a responsabilidade é subjetiva, ou seja, está baseada na culpabilidade, na culpa do autor do ilícito.

Referente à responsabilidade por fato próprio e por fato de outrem, de acordo com Fiuza (2011), pode-se afirmar que tanto uma quanto a outra podem ser geradas por atos ou fatos legais ou por atos não legais; provindas de um contrato ou externamente a este.

Pode-se falar a respeito da responsabilidade por fato de coisa, conforme Fiuza (*ibidem*), quando um indivíduo responde por um dano provocado por uma coisa que está sob a sua responsabilidade, sua guarda, por exemplo, a responsabilidade pelos danos causados por um animal de estimação.

Como Fiuza (*ibidem*) diz, é importante salientar sobre o destino da responsabilidade por atos ilícitos. Conforme já foi comentado, atualmente, há uma tendência em não vincular a ideia de responsabilidade à ideia de culpa. O cerne da responsabilidade passa do autor do dano (culpa) para quem sofre o dano. O que embasa essa alteração é o exposto no artigo 1º, da Constituição da República (BRASIL, 1988), que fala a respeito da dignidade da pessoa humana, posto que, teoricamente, ninguém poderia sofrer danos de forma injusta e não poder ser reparado, salvo se o dano não possa ser imputável à conduta de um indivíduo.

Além disso, baseado na dignidade da pessoa humana, ainda segundo Fiuza (2011), para que seja promovida e protegida, é dada maior importância em prevenir o ilícito a repará-lo. A prevenção está muito mais relacionada à dignidade humana do que a reparação, mais relativa à

questão material, de ressarcimento patrimonial. Assim, a prevenção ao ilícito pode acontecer de variadas formas, por exemplo, ao serem fixadas altas indenizações, com o objetivo de não estimular a prática do ilícito, seja por meio do contrato ou além dele; a criminalização de determinadas condutas, com o fim de não estimulá-las, como é visto na Lei do Inquilinato e no Código de Defesa do Consumidor.

Para Venosa (2012), a responsabilidade civil apresenta várias modalidades: responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade pelo fato das coisas e pela guarda ou fato de animais, responsabilidade profissional (médica e odontológica), responsabilidade civil nos transportes, responsabilidade por dano ambiental, responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, entre outras espécies. Estas, como não têm pertinência ao trabalho em comento, não serão analisadas detalhadamente.

Gagliano e Pamplona Filho (2010) também apresentam um rol de tipos de responsabilidade civil, quais sejam: responsabilidade civil por ato de terceiro, responsabilidade civil pelo fato da coisa e do animal, responsabilidade civil do Estado, responsabilidade civil profissional, responsabilidade civil nas relações de trabalho, responsabilidade civil nas relações de consumo, responsabilidade civil do transportador, responsabilidade civil do empreiteiro, construtor e incorporador, responsabilidade civil das instituições financeiras e responsabilidade civil decorrente de crime. Modalidades essas não estudadas minuciosamente na presente pesquisa, visto que não são relevantes para o tema estudado.

### **1.5 Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil**

Pode-se afirmar que, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2010), as responsabilidades - civil e penal - são provenientes da execução de um ato ilícito, isto é, violar o ordenamento jurídico, provocando desordem na sociedade. Mas, é possível falar, como exceção, que a responsabilidade civil origina-se também de uma imposição legal, em atividades lícitas e devido ao risco que a atividade oferece. Assim, o resultado lógico-normativo de quaisquer atos ilícitos será uma sanção.

Essa consequência lógico-jurídica é a sanção (gênero), que decorre do exercício de um ato ilícito, conforme Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*), por ser a natureza jurídica da

responsabilidade, independentemente da espécie – civil ou penal -, apenas pode ser configurada como sancionadora.

Especificamente na responsabilidade civil derivada de uma imposição legal, as indenizações correspondentes continuam sendo sanções a partir do reconhecimento do que está expresso na legislação, de que os danos provocados já eram esperados devido aos riscos profissionais da atividade praticada, por causa de interesses de terceiros estarem envolvidos.

É possível dizer, portanto, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*), que a natureza jurídica da responsabilidade civil pode ser considerada como sancionadora, independentemente de ser pena, indenização ou compensação pecuniária. Visto que, sanção é considerada gênero em que tem como espécies a pena, a indenização ou a compensação em pecúnia.

## CAPÍTULO 2 – FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO

O presente capítulo trata da função da reparação civil, ou seja, quando um bem jurídico é ofendido, na esfera do Direito Privado, é gerada a responsabilização civil para reparar os danos provocados pelo autor. Assim, será visto nos próximos tópicos o caráter da indenização, que surge devido ao dano ocorrido.

De acordo com Clayton Reis (2002) na obra de Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 63), ao ser produzido um dano,

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

Portanto, pode-se dizer que são facilmente perceptíveis três funções no instituto da reparação civil: compensatória do dano causado à vítima; punitiva do ofensor; e a pedagógica, em que ocorre a desmotivação social da conduta da vítima. Essas funções serão analisadas nos itens a seguir.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2010), como a reparação do dano é fruto da teoria da responsabilidade civil, uma sanção determinada ao responsável pelo prejuízo sofrido, a fim de beneficiar o lesado, tem-se que, como regra, todos os danos devem ser ressarcidos, mesmo não sendo possível ao retorno do *status quo ante*, sempre será possível fixar um valor pecuniário, como compensação.

Contudo, para que o dano realmente seja reparável (indenizável ou compensável), é preciso unir três requisitos essenciais: violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; certeza do dano; e subsistência do dano.

Assim, o primeiro requisito necessário, para que o dano seja indenizável, é o seguinte: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica. Esse quesito corresponde à ofensa a um bem jurídico tutelado, podendo ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, que pertença a um sujeito de direito.

O segundo requisito importante para configurar a reparabilidade do dano é a certeza do dano. Visto que apenas o dano efetivo é compensável. Ninguém terá a obrigação de reparar um dano à vítima devido a um dano intangível ou hipotético. Mesmo quando se fala em direitos da personalidade, por não haver um critério preciso para que sejam mensurados economicamente, não quer dizer que o dano não seja certo.

Dessa forma, a reparabilidade do dano não pode ser excluída, independentemente da natureza do dano, mas devem ser investigados o nexo causal e a comprovação do dano efetivo, a fim de que haja a real necessidade de restituir ao estado anterior através da obrigação de indenizar.

E, em relação ao terceiro requisito, o da subsistência do dano, este significa dizer que, caso o dano já tenha sido devidamente reparado, não tem mais importância a responsabilidade civil. O dano deve permanecer durante a sua exigibilidade em juízo, ou seja, não se pode mencionar sobre reparação do dano, visto que este já foi reparado de forma espontânea por quem provocou a lesão. Porém, caso a reparação tenha sido realizada às custas da vítima do dano, a exigibilidade permanece.

Esses três requisitos são, portanto, essenciais para que seja conferido o qualificativo reparável ao dano.

## **2.1 Função Compensatória**

Conforme o comentário dos autores Gagliano e Pamplona Filho (2010), o intuito essencial e final da reparação civil é o de voltar as coisas ao seu estado anterior, ao *status quo ante*. O bem perdido é restituído, ou quando não há possibilidade de ser devolvido o bem ao estado anterior, é imposto o pagamento de um valor indenizatório, referente ao valor do bem material ou compensatório do direito não reduzido em pecúnia.

Maria Helena Diniz trata a respeito da matéria da seguinte maneira:

Indenização. 1. Ato ou efeito de indenizar. 2. Reembolso de despesa feita. 3. Recompensa por serviço prestado. 4. Reparação pecuniária de danos morais ou patrimoniais causados ao lesado; equivalente pecuniário do dever de ressarcir o prejuízo. 5. Vantagem pecuniária que se dá a servidor público sob a forma de ajuda de custo, diária ou transporte (Othon Sidou). 6. Ressarcimento de dano oriundo de acidente de trabalho ou de rescisão unilateral do contrato trabalhista sem justa causa (DINIZ, Maria Helena *apud idem, ibidem*, p. 390).

Ou seja, a indenização exerce várias funções a depender do caso concreto analisado. Para o trabalho em comento, a indenização será analisada sob três aspectos: compensatório, punitivo e pedagógico. Para o presente tópico, a indenização estudada é a de caráter compensatório.

Em sentido amplo, para Gagliano e Pamplona (2010, p. 390) a indenização é:

[...] toda reparação ou contribuição pecuniária que se efetiva para satisfazer um pagamento a que se está obrigado ou que se apresenta como dever jurídico.

Traz a finalidade de integrar o patrimônio da pessoa daquilo de que se desfalcou pelos desembolsos, de recompô-lo pelas perdas ou prejuízos sofridos (danos), ou ainda de acrescê-lo dos proventos, a que faz jus a pessoa, pelo seu trabalho. [...]

A concepção que se deve ter, portanto, em relação à indenização, é que ela tem por finalidade integrar – ou, mais precisamente, recompor – o patrimônio daquele que se viu lesionado.

Diante do acima exposto, é possível afirmar que a indenização com função compensatória tem o caráter de reparar o dano sofrido pelo indivíduo, por meio de uma contribuição em pecúnia, que tem como obrigação ou como dever jurídico. Assim, tem o objetivo de reconstituir o patrimônio da pessoa que sofreu a lesão.

Delgado (2011, p. 485-488) faz os seguintes comentários a respeito da indenização:

Dada a circunstância de ser, praticamente impossível o restabelecimento do “status quo ante” (no estado em que se encontrava anteriormente), bem como a impossibilidade da reparação *in natura* (natural), tão-somente (sendo possível esta forma, apenas cumulada com a reparação pecuniária [...]), em se tratando de danos morais, outros instrumentais deveriam ser utilizados para que houvesse uma satisfação (reparação) dos mesmos. Afinal, quem causa o dano, deve ser obrigado a repará-lo. Diante disso, e dada a circunstância de se viver em um sistema eminentemente capitalista, o dinheiro se mostrou um bom recurso, como instrumento viabilizador, de proporcionar alguma satisfação (reparação) ao lesionado. Um recurso que, disponibilizado ao mesmo (a

vítima), pode fazer com que o lesado se lance em busca de outros meios, que venham amenizar o sofrimento que o tenha assolado.

[...]

Não se pode perder de vista, ainda, o fato de que a reparação pecuniária é um excelente instrumento amenizador do sentimento de vingança, que é inerente ao homem. Quando uma pessoa é afrontada, desrespeitada, vilipendiada ou tem um de seus direitos fundamentais violado, nasce imediatamente, em seu íntimo, um sentimento de vingança, de revide. Um desejo de que o ofensor seja submetido à mesma situação a que se foi, injustamente, submetido, ou que seja submetido à situação muito mais injusta, mais humilhante e violenta.

[...]

E se [...] causa repulsa a “*pretium doloris*”, o que, diga de passagem, tal pretensão (dar um preço à dor), jamais se pretendeu em sede de indenização por danos morais, um fenômeno sociológico da mais alta relevância não lhe pode ser negado, que é o de neutralizar o sentimento de raiva, ódio e violência que se instala na alma do ofendido. E buscar a ordem e a paz sociais, bem como o equilíbrio das relações intra e interpessoais, é o grande objetivo do Direito. Isso porque [...] a própria sociedade aceitou este meio de reparação de forma unânime e pacífica. A sociedade é quem constrói o conceito de moral e, se aceitou a forma de reparação pecuniária como algo que não mais afronta a moral, logo, a reparação pecuniária não é imoral. [...]

O que é sustentado por Delgado tem grande importância para o entendimento do caráter indenizatório nas situações em que um indivíduo sofre um dano. Entende-se, diante disso, que, como não é possível, em caso de dano moral, a reparação ao estado anterior e também ser impossível a reparação natural, o instrumento que se mostrou apto a proporcionar uma satisfação ao lesionado foi o dinheiro. Este se tornou um meio de amenizar a dor sofrida pelo lesado, buscando a ordem e a paz na sociedade, objetivo primordial do Direito. Assim, foi bem aceita pela sociedade a indenização pecuniária, pois tem caráter compensatório, ou seja, de recompor, de satisfazer o indivíduo.

A reparação do dano moral, através de pecúnia, tem o condão de sancionar violações originadas no âmbito privado de interesses. Assim, para Gagliano e Pamplona Filho (*ibidem*), o termo indenização está relacionado à expressão ressarcimento de prejuízos provocados a um indivíduo por outro, por meio do descumprimento de uma obrigação contratual ou pela prática de um ato ilícito, ou seja, elimina-se o prejuízo e seus efeitos, não sendo possível quando relativo a dano moral.

Nessas situações, para os autores mencionados, a reparação consiste no pagamento de um valor em pecúnia, determinado judicialmente, com o fim de permitir ao lesado uma satisfação compensatória pelo dano ocorrido, amenizando, uma fração dos efeitos da lesão sofrida.

Especificamente, na reparação do dano moral, o dinheiro não tem a função de igualdade, como no dano patrimonial, mas, exerce função satisfatória. Em vista disso, a vítima

que pede reparação em pecúnia devido ao dano moral, está pedindo definitivamente somente que seja propiciada uma forma de amenizar, de forma razoável, as consequências do prejuízo sofrido, da mesma maneira em que tem a pretensão de punir quem o lesionou.

Assim, resta claro, para Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 119), que

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

Portanto, a reparação dos danos morais tem somente uma expectativa de um valor razoável, como maneira de compensar a lesão extrapatrimonial recebida, ou seja, tem natureza jurídica sancionadora.

Ainda, para Venosa (2012, p. 316), em relação à indenização por algum dano, ele afirma o seguinte:

[...] não se dá um preço exclusivamente à dor, pois o dano patrimonial se materializa de várias formas de insatisfação, não chegando sempre ao valor extremo da dor da alma. De qualquer modo, deve ser levada em conta a essência da questão: dano, ainda que moral, implica alguma parcela de perda e, por isso, deve ser indenizado.

Isso quer dizer que não é dado um valor específico propriamente à dor, visto que o dano material é concretizado de variadas maneiras de dissabores, não alcançando sempre a mesma dimensão da dor da alma. Assim, de qualquer forma, o que deve ser levado em consideração é o dano, que, independentemente da modalidade, seja ele moral ou patrimonial, há perda de algo, devendo, portanto, ser indenizado o indivíduo que sofreu a lesão.

Comenta o mesmo autor a respeito da indenização por dano moral o seguinte:

[...] a indenização por dano moral representa um estudo particular de cada vítima e de cada ofensor envolvidos, estados sociais, emocionais, culturais, psicológicos, comportamentais, traduzidos por vivências as mais diversas. Os valores arbitrados deverão ser então individuais, não podendo ser admitidos padrões de comportamento em pessoas diferentes, pois cada ser humano é um universo único (VENOSA, Silvio de Salvo, 2012, p. 323).

Ou seja, a indenização por dano moral deve levar em consideração o caso concreto, a situação da vítima e a de quem provocou o dano. Por isso, os valores atribuídos à indenização

deverão ser particulares, isto é, próprios a cada indivíduo, não podendo ser adotados modelos de comportamento em indivíduos distintos, visto que cada pessoa é única.

### **2.1.1 Dano material e dano moral indenizáveis**

Em relação ao dano patrimonial, este, para Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 82), “traduz a lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim, ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo”. Esses doutrinadores tratam do direito material de forma bastante simplória, visto que reduz uma gama imensa de bens que podem ser lesados para apenas dois bens, de forma a deixar a desejar esse entendimento.

Para Tartuce (2014, p. 486-487),

Os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém. Pelo que consta dos arts. 186 e 403 do Código Civil não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, necessitando tais danos de prova efetiva, em regra. Nos termos do art. 402 do CC, os danos materiais podem ser assim subclassificados:

- Danos emergentes ou danos positivos – o que efetivamente se perdeu. Como exemplo típico, pode ser citado o estrago do automóvel, no caso de um acidente de trânsito. Como outro exemplo, a regra do art. 948, I, do CC, para os casos de homicídio, devendo os familiares da vítima ser reembolsados pelo pagamento das despesas com o tratamento do morto, seu funeral e o luto da família.

- Lucros cessantes ou danos negativos – o que razoavelmente se deixou de lucrar. No caso de acidente de trânsito, poderá pleitear lucros cessantes o taxista, que deixou de receber valores com tal evento, fazendo-se o cálculo dos lucros cessantes de acordo com a tabela fornecida pelo sindicato de classe e o tempo de impossibilidade de trabalho (TJSP, Apelação Cível 1.001.485-0/2, São Paulo, 35.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Rel. Artur Marques, 28.08.2006, v.u., Voto 11.954). Como outro exemplo de lucros cessantes, cite-se, no caso do homicídio, a prestação dos alimentos indenizatórios, ressarcitórios ou indenitários, devidos à família do falecido, mencionada no art. 948, II, do CC.

Isto é, o dano material é considerado aquele que prejudica os bens de um indivíduo ou provoca a perda desses bens, sendo necessária a comprovação que o dano efetivamente ocorreu. E, o dano patrimonial é gênero do qual há duas espécies, quais sejam os danos emergentes ou positivos e os lucros cessantes ou danos negativos. A primeira espécie é o que realmente foi perdido e, a segunda é o que, de forma razoável, a pessoa deixou de ganhar.

Para Venosa (2012, p. 315), em relação ao dano patrimonial, este “é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”. Portanto, o dano patrimonial é o que pode ser avaliado em pecúnia, isto é, pode ser ressarcido por meio de dinheiro, fator comum da indenização.

Para Venosa (*idem, ididem*),

[...] danos não patrimoniais, [...], são aqueles cuja valoração não tem base de equivalência que caracteriza os danos patrimoniais. Por isso mesmo são danos de difícil avaliação pecuniária. Por sua própria natureza, os danos psíquicos, da alma, de afeição, da personalidade são heterogêneos e não podem ser generalizados. Em princípio, o dano moral só atinge direitos da personalidade. Trata-se do que foi convencionalmente denominado de *pretium doloris*.

Dessa forma, como o dano moral não tem o mesmo valor do dano material, é complicado ser avaliado em pecúnia. Assim, o dano moral pode ser entendido como o dano que atinge a alma, a personalidade, a honra do indivíduo, considerado heterogêneo, não pode ser generalizado.

Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 86) entendem o dano moral da seguinte forma:

[...] prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade), [...].

Para esses autores já mencionados, o dano moral é caracterizado como algo que prejudica ou lesiona direitos, cuja matéria não é de natureza pecuniária, nem de forma comercial reduzida a dinheiro, como se verifica nos direitos da personalidade.

Para Savatier, o conceito de dano moral é o seguinte:

[...] é qualquer sofrimento humano que não é causado por perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc (SAVATIER *apud* CORREIA, Jonas Ricardo, 2013, p. 26).

Assim, para esse doutrinador, o dano moral é qualquer padecimento de alguém que não é provocado por privação de ordem financeira, visto que abarca questões subjetivas do homem - sua reputação, sua autoridade, seu pudor, sua segurança e tranquilidade, seu esteriótipo,

sua integridade, suas admirações. Ou seja, o dano imaterial é aquele relacionado aos recônditos mais íntimos do ser humano.

Para Yussef Said Cahali, o significado de dano moral é o que segue:

[...] é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.) (CAHALI, Yussef Said *apud* CORREIA, Jonas Ricardo, 2013, p. 26).

Pode-se afirmar que o dano moral, segundo Cahali, é aquele que o homem é privado ou diminuído dos bens que fazem parte da sua intimidade - sentimentos, emoções, reputação. É classificado, dessa forma, em quatro subespécies: dano que afeta a parte social do patrimônio moral, dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral, dano que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial e dano moral propriamente, puro.

A partir da análise dos variados conceitos de renomados doutrinadores, pode-se dizer que a noção de dano moral é bastante peculiar para cada autor mencionado, porém, é de fácil percepção, que há uma mesma essência conceitual. Assim, abarcando todos os significados, é possível concluir que o dano moral é prejuízo ou lesão a direitos relativos à intimidade humana, danos que atingem os sentimentos mais profundos do homem.

Já o dano material ou patrimonial, depois de analisados alguns conceitos de autores desta seara jurídica, pode ser conceituado da seguinte maneira: é o que lesiona os bens materiais de valor pecuniário de um indivíduo, provocando a sua perda ou seu prejuízo, devendo ser comprovado a fim de que possa ser reparado pecuniariamente, por meio da indenização.

## 2.2 Função Punitiva

Essa é uma função secundária à primeira, já devidamente analisada, tendo a mesma relevância da função compensatória. Assim, a presente função, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2010), tem o caráter de punir o ofensor, apesar de esta não ser a finalidade primordial,

sendo admitida, inclusive, a sua não incidência quando consegue ser restituída integralmente à situação jurídica anterior, a obrigação determinada ao ofensor também produz um efeito punitivo pela falta de cautela no exercício de seus atos, convencendo-o a não lesionar mais.

Com isso, pretende-se demonstrar, por um lado, neste subtópico, a aplicabilidade da indenização punitiva no Direito brasileiro, e, de outro lado, a sua utilidade e, ainda, enfatizar a importância de estabelecer os fundamentos teóricos da indenização punitiva, a fim de evitar problemas quanto ao conceito e à aplicação dessa espécie de indenização.

A respeito do presente tema, Andrade (2006, p. 241) apresenta o seguinte entendimento:

A consolidação da idéia de que a responsabilidade civil desempenha um papel profilático, de prevenção ou evitação do dano, tem aberto espaço, principalmente no campo da proteção dos direitos da personalidade, para o estabelecimento de sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, com a finalidade de prevenir a prática de novos comportamentos ilícitos, violadores daqueles direitos especialmente caros ao homem.

A pena, no plano teórico, exerce sempre uma função preventiva. Quando se impõe uma sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, está sendo assinalado para o ofensor em particular e para a sociedade em geral que aquela conduta é inaceitável, reprovável, intolerável e não vai se repetir. Toda pena, incluída a de multa, tem uma finalidade de prevenção: especial, quando visa a dissuadir o ofensor de persistir ou reincidir na prática de condutas ilícitas; geral, porque adverte toda a comunidade e os potenciais causadores de condutas dessa natureza.

Se, concretamente, uma pena não se mostra eficaz como fator de prevenção, isso é uma questão que diz com a eficácia do instrumento, não com a sua natureza ou essência. O que aqui se deseja assinalar é que toda pena, incluída a de multa, é concebida para prevenir a prática de uma conduta indesejável.

A análise feita por Andrade quer dizer que o entendimento de que a responsabilidade civil tem o intuito de prevenir um dano permite que a sanção pecuniária, não relacionada à extensão do dano, tenha o objetivo de evitar a prática de outros comportamentos ilegais. Com isso, é demonstrado para o ofensor, particularmente, e para a sociedade, de forma genérica, que determinada ação não é aceitável, não se pode tolerar e não pode ser repetida. Toda pena, portanto, incluindo a de multa, é criada para obstar o exercício de condutas reprováveis pela sociedade.

Ainda, esse mesmo autor afirma o seguinte:

A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como relação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais

alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade senão através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com as penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. [...] Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos. [...]

A indenização punitiva atende a dois propósitos bem definidos que a apartam da indenização de natureza compensatória: a punição (no sentido de retribuição) e a prevenção (por meio de dissuasão). Essas duas finalidades estão intensamente interligadas e constituem como que as duas faces de uma mesma moeda: a punição tende a prevenir; a prevenção se dá por meio de uma punição. (ANDRADE, 2006, p. 253)

Isso demonstra que a indenização punitiva aparece no sistema jurídico atual com o objetivo de proteger princípios constitucionais. Nem sempre é possível proteger efetivamente esses princípios, o da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, assim é necessária a sanção a fim de desestimular condutas indesejáveis do ofensor. Mostra-se, com isso, o caráter indispensável da indenização punitiva para prevenir danos aos direitos da personalidade.

A partir desse entendimento, pode-se falar na qualidade de reparação da indenização punitiva da seguinte maneira:

O que distingue a indenização punitiva da indenização compensatória é justamente a circunstância de que, na primeira, a fixação do montante leva em consideração a gravidade do comportamento do ofensor, enquanto, na segunda, o *quantum* é estabelecido com base na gravidade do dano sofrido pelo lesado.

Ao mudar o foco da vítima para o do agressor, a indenização punitiva atende a um *imperativo ético*, porque possibilita a realização de um juízo valorativo diferenciado para comportamentos merecedores de diferente censura. Atribuindo importância à conduta do ofensor, e não apenas à consequência sofrida pela vítima, distingue um comportamento mais reprovável de um menos reprovável. Introduce, desse modo, um *critério de justiça* no âmbito da responsabilidade civil (ANDRADE, 2006, p. 253-254).

Isso quer dizer que a indenização punitiva de caráter reparatório está relacionada ao *quantum* baseado na gravidade do dano que o lesado sofreu. Assim, quando o foco está no ofensor, a indenização punitiva tem um cunho ético, visto que é feito um juízo de valor distinto para condutas reprováveis, introduzindo, com isso, o *critério de justiça* relativo à responsabilidade civil.

Quanto à qualidade preventiva (de dissuasão) da indenização punitiva, pode-se afirmar o seguinte:

A função preventiva (ou dissuasória) constitui, talvez, a principal e mais importante das finalidades da indenização punitiva. Essa modalidade de indenização desempenha importante papel em situações de natureza excepcional, nas quais a indenização compensatória não constituiria resposta jurídica socialmente eficaz. [...]

A indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória. Objetiva, desse modo, restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, cujas regras devem ser obedecidas, se não pela consciência moral da importância do cumprimento do dever, ao menos pelo temor da imposição de sanções efetivamente desconfortáveis em caso de descumprimento. Impede, assim, que a reparação se torne um *preço*, conhecido previamente, que o agente esteja disposto a pagar para poder violar o direito alheio (ANDRADE, 2006, p. 258-259).

O caráter preventivo da indenização punitiva tem grande relevância nos casos de natureza atípica, visto que a forma de punir tem o intuito, a partir da sanção em pecúnia, de eliminar comportamentos fora do ordenamento jurídico. Dessa forma, é reestabelecida a ordem jurídica, devido ao respeito às regras, pelo temor da exigência de sanções realmente desagradáveis, não sendo cumprido o ordenamento. Isso faz com que a reparação não seja entendida como um preço.

Após analisar as principais funções da indenização punitiva, é necessário observar seus pressupostos, a fim de que essa sanção seja aplicada. E, segundo Andrade (2006), os pressupostos são os seguintes: a conduta (comissiva ou omissiva), o dano e o nexo causal, considerados elementos gerais, que sempre devem estar configurados. Além destes, a fim de que seja aplicada a indenização punitiva, outros elementos devem estar presentes, quais sejam a ocorrência de dano moral e a culpa grave do ofensor.

Sobre a ocorrência do dano moral e da culpa grave para que a indenização punitiva seja aplicada, pode-se falar o que segue:

Exigível a ocorrência de dano moral, entendido este como a ofensa a algum dos direitos da personalidade. A aplicação da indenização punitiva, independentemente de previsão legal, deve ser reconhecida quando configurada a lesão a algum dos atributos inerentes à pessoa humana ou a ofensa a algum dos direitos correlatos da pessoa jurídica. A sanção, como se viu, extrai seu fundamento diretamente dos princípios constitucionais da dignidade humana e da proteção dos direitos ou atributos da personalidade.

[...]

Para a aplicação da indenização, [...], é fundamental estabelecer o grau de culpa (*lato sensu*) da conduta do agente. Essa espécie de sanção deve, em linha de princípio, ser reservada apenas aos casos de dano moral decorrentes de *dolo* ou *culpa grave*, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura. Com efeito, a indenização com caráter de pena deve ser aplicada quando

patenteado que o ilícito foi praticado com *intenção lesiva* ou, ao menos, com *desprezo ou indiferença pelo direito alheio*. É nessas situações que a indenização punitiva encontra campo fértil para exercer a sua função dissuasória, que objetiva prevenir a prática de outros ilícitos contra direitos da personalidade (ANDRADE, 2006, p. 278-282).

A partir do trecho mencionado, é possível afirmar que, para que seja aplicada a indenização punitiva, é necessário haver a lesão aos atributos do ser humano ou de algum direito relativo à pessoa jurídica. Visto que, esse fundamento é extraído dos princípios constitucionais da dignidade humana e da personalidade. E, em relação à culpa grave, pode-se dizer que esta ocorre quando o indivíduo age de forma reprovável pela sociedade, com isso, a indenização punitiva deve ser aplicada quando o ilícito for exercido com intenção de lesionar ou tratar de forma desprezível direito alheio.

### **2.3 Função Pedagógica**

A função pedagógica, também denominada de função de cunho socioeducativo, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2010), tem o condão de tornar público, que semelhantes condutas não serão admitidas. Atinge-se, portanto, de maneira indireta, a sociedade, sendo reconstituídos o equilíbrio e a segurança almejados pelo Direito.

Sobre essa função Venosa (2012) comenta que grande parte da doutrina não a aceita ainda, por se tratar de mais uma mudança de significado que a responsabilidade civil aquiliana sofre ao longo do tempo. O direito da responsabilidade civil é na sua essência mutável. Para esse autor, portanto, não pode ser afastada a ideia de que a condenação por dano moral tem relevante função educativa, dissuasória ou pedagógica em relação ao princípio geral do *neminem laedere*, de não ofender ninguém.

Com entendimento semelhante, Vivian Pedroso Cereja da Silva (2013, p. 3-4), no seu artigo científico intitulado de “O Caráter Didático-Pedagógico do Dano Moral nas Relações de Consumo e sua Função Social”, comenta o seguinte a respeito da função pedagógica da indenização por danos morais:

[...] o caráter pedagógico está inserto no próprio fato de a indenização por danos morais estar prevista em uma norma jurídica, a qual possui inexoravelmente o objetivo primeiro de prevenção e, por isso, educa.

[...] porquanto servirá como exemplo para as demais pessoas não cometerem o mesmo ilícito.

[...] a indenização pedagógica atua, ainda, como forma de coibição ao enriquecimento ilícito obtido pelo causador do dano com a não modernização de seus métodos e sistemas de produção de produtos e serviços.

[...]

A verba pedagógica denota o caráter, portanto, dúplice da indenização por dano moral, devendo-se levar em conta não somente a compensação, mas a pedagogia, sob pena de se frustrarem os auspícios da Lei 8.078/90 e se negar função social ao instituto, arbitrando-se *quantum* indenizatórios em desalinho com a legalidade constitucional.

A partir do trecho do artigo acima citado, é possível identificar o caráter educativo da indenização pedagógica por dano moral, por estar previsto na norma jurídica, que, em sua essência, possui como função primeira a de prevenir. É considerada a indenização com esse intuito, um exemplo, a fim de que outras pessoas não venham a praticar a mesma conduta ilícita. Ainda, tem o objetivo de coibir o enriquecimento ilícito de quem provocou o dano. Portanto, a indenização de papel pedagógico tem duplo caráter, o de compensar e o de educar.

Sobre a presente matéria, Charlotte Nagel De Marco e Cristhian Magnus De Marco (2012, p. 37), no artigo “O dano moral por abandono afetivo do idoso: proteção a direitos fundamentais civis”, comentam o seguinte:

Pertinente é a colocação de Branco (2006, p. 48), a respeito do caráter dúplice do dano moral, mencionando que ao disponibilizar à vítima do dano moral uma forma de tutelar seu interesse violado, o direito está exercendo uma dupla função de sentido pedagógico, pois na relação jurídico-obrigacional, constituída entre ofendido e ofensor, surge uma resposta do Estado, o qual, mesmo não reparando o dano causado, procura compensar o mal sofrido, dentro do que lhe compete fazê-lo, haja vista o dinheiro poder oferecer conforto e alento à vítima. A forma preventiva da sanção não se limita aos indivíduos diretamente ligados à obrigação de reparação, fazendo-se refletir: “[...] por todo o tecido social, pois, a exemplo do que ocorre com as normas penais, atua na consciência coletiva, fazendo com que os indivíduos naturalmente possam se abster de comportamentos que porventura lhes imponham responsabilização.”

A partir da análise do trecho citado, é possível deduzir que o caráter pedagógico da indenização por dano moral tem o objetivo de atuar na consciência da coletividade, a fim de que as pessoas, de forma natural, deixem de ter comportamentos que possam eventualmente lhes impor responsabilidade.

Para ratificar o mesmo sentido sobre conteúdo apresentado, no artigo “Indenização decorrente do abandono afetivo: uma negociação do amor?”, da autoria de Carla Santos (2013), esta trata o assunto de forma bastante esclarecedora, conforme pode-se perceber no seu comentário a seguir transcrito:

Válido lembrar que modernamente, têm se atribuído à reparação civil “função pedagógica, educativa”, em que além de propiciar compensação à vítima do dano sofrido ou punição ao possível ofensor, a reparação civil tem também a função de alertar à sociedade que condutas iguais àquela do ofensor não serão permitidas pelo ordenamento jurídico, objetivando desestimular condutas semelhantes.

Ou seja, atualmente, a função pedagógica da indenização além de ter um papel compensatório em relação à vítima do dano sofrido e punitivo em relação ao ofensor, tem também o caráter de educar a coletividade, alertar a sociedade para que os indivíduos não atuem de maneira igual.

Cícero Favaretto, em seu trabalho de conclusão de curso cujo tema é “A tríplice função do dano moral”, trata a respeito da matéria o seguinte:

Esta função tem duplo objetivo: dissuadir o responsável pelo dano a cometer novamente a mesma modalidade de violação e prevenir que outra pessoa pratique ilícito semelhante. O primeiro afeta o agente lesante, ao passo que o outro reflete na sociedade em geral, que é advertida por meio da reação da justiça frente à agressão dos direitos da personalidade. Em virtude desses efeitos é também chamada de função pedagógica ou educativa, e por diversas vezes tem sido mencionada na jurisprudência.

Corroborando o entendimento dos demais autores, para Cícero Favaretto, a função pedagógica da indenização por dano moral tem o objetivo de fazer com que o responsável pelo dano não cometa outros danos e, além disso, tem um caráter preventivo, isto é, dá o exemplo para que outro indivíduo não atue da mesma forma ilícita. Assim, o primeiro papel dessa espécie de indenização é atingir o ofensor, já o outro serve para demonstrar à sociedade, através da ação da justiça, que não se deve agir contra os direitos da personalidade de alguém.

A partir da análise da matéria por vários doutrinadores, pode-se concluir que a função pedagógica da indenização por dano moral, por violar direitos da personalidade, não tem apenas o caráter educativo em relação à sociedade. Tem um papel também de compensar a vítima que teve seus direitos violados e punir quem provocou o dano.

## CAPÍTULO 3 – ABANDONO AFETIVO E A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

O presente capítulo trata do conceito de abandono afetivo, a partir da análise de várias definições de autores diversos; as consequências provocadas por esse dano e; finalmente, a indenização por dano moral no abandono afetivo, se tem caráter punitivo, compensatório ou pedagógico.

### 3.1 Breves apontamentos sobre Abandono Afetivo

Para Neves (2012), pode-se falar em abandono afetivo quando o genitor não tem a guarda da criança, distanciando-se desta e não lhe proporcionando um amparo moral. Esse autor discute sobre o abandono afetivo referente aos casos de separação dos pais, visto que ele expõe o tema, comentando sobre guarda de menor.

Já o autor do artigo “O Princípio da Afetividade e Reparação Civil por Abandono Paterno-Filial”, Alcionir Urcino Aires Ferreira (2008), afirma que é afetivo o abandono provocado pelo indivíduo que tem a obrigação de dar proteção. Nesse mesmo sentido, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *apud* FERREIRA, Alcionir Urcino Aires (2008, p. 60) diz o seguinte:

O abandono afetivo configura-se pela omissão dos pais ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua concepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo. É, inquestionavelmente, um direito personalíssimo. [...] os pais devem, assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana.

Ou seja, Hironaka comenta que o abandono afetivo ocorre quando os pais deixam de educar seus filhos, com afeto, carinho, de maneira atenciosa, com zelo. Esse tratamento cuidadoso com a prole é, de forma inquestionável, um direito da personalidade. Destarte, os pais têm o papel de educadores e de autoridades no seio familiar, a fim de que a criança tenha sua formação enquanto ser humano.

Nesse diapasão, NALINI, José Renato *apud* FERREIRA, Alcionir Urcino Aires (2008, p. 60) ensina o seguinte: “[...] a criança é o objeto elementar de responsabilidade e o encargo parental não permite tirar férias: o recém-nascido e a criança exigem, em todos os momentos, uma responsabilidade total”. A partir disso, pode-se afirmar que é obrigação dos pais cuidar, em todos os instantes, das crianças que estão sob a sua responsabilidade.

Também, trata do presente tema de forma brilhante o advogado MADALENO, Rolf *apud* GOULART, Evelin Matos (2010, p. 32), que discorre o seguinte sobre a matéria:

[...] justamente por conta das separações e dos ressentimentos que remanescem na ruptura da sociedade conjugal, não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como moeda de troca, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências, suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres. Terminam os filhos, experimentando vivências de abandono, mutilações psíquicas e emocionais, causadas pela rejeição de um dos pais e que só servem para magoar o genitor guardião. Como bombástico e suplementar efeito, baixa a níveis irrecuperáveis a auto-estima e o amor próprio do filho enfeitado pela incompreensão dos pais.

A partir disso, pode-se dizer que o abandono afetivo pode surgir a partir da separação dos pais, visto que surgem as ausências, as omissões, características do abandono. Isso pode acarretar consequências psíquicas e emocionais catastróficas para a criança, provocadas pela rejeição de um dos pais.

Assim, de acordo com Neves (2012), como a criança e o adolescente são indivíduos que ainda estão em processo de formação da personalidade, é um direito fundamental delas à convivência familiar. Afirma, ainda, que este direito deve ser posto em prática, com o fim de possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade da criança, em sua formação como ser humano.

Na obra de Silvio Neves Baptista, “Eça de Queiroz: um caso de abandono materno e de filiação socioafetiva. As consequências do desamparo dos filhos no Direito atual”, o autor destaca o comentário de Beltrão, que afirma o seguinte:

O abandono afetivo consiste no descumprimento dos deveres básicos inerentes ao poder parental, tais como criar, educar, assistir ao filho. É negar-lhe, sobretudo, assistência afetiva. Esses deveres dos pais representam, em contrapartida, direitos da personalidade do filho em relação a eles e a terceiros (BELTRÃO, Silvio Romero *apud* BAPTISTA, Silvio Neves, 2012, p.93).

Corroborando com o entendimento dos demais autores da mesma seara jurídica, Beltrão afirma que o conceito de abandono afetivo é a falta de cumprimento dos deveres inerentes aos pais, quais sejam criar, educar e cuidar. É negar, principalmente, o afeto. A responsabilidade dos pais corresponde um direito personalíssimo do filho em relação aos genitores e aos outros indivíduos da sociedade.

Sobre o abandono afetivo, Carlos Alberto Bittar afirma o seguinte: “É a violação dos direitos personalíssimos do filho e a deficiente realização da afetividade em decorrência do mau exercício do poder familiar por parte dos pais” (BITTAR, Carlos Alberto *apud* BAPTISTA, Silvio Neves, 2012, p.93). Ou seja, abandono afetivo é violar direitos da personalidade do filho somada a falta de afeto, resultante do mau desempenho dos pais.

Com essa explanação, é possível consolidar o entendimento de que o abandono afetivo é uma omissão dos pais, ou de um deles, em relação ao filho menor, a ausência de convivência entre esses entes, a falta do dever de cuidado perante a criança ou o adolescente. Isso pode gerar nestes, que sofrem essa situação, problemas psicológicos, emocionais, afetivos, desvios de personalidade, entre outros.

Em relação à produção de um ilícito que o abandono afetivo provoca, Evelin Matos Goulart comenta o seguinte:

A ausência injustificada do pai, [...], origina evidente dor psíquica e conseqüente [sic] prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção – função psicopedagógica – que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. Além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar. (2010, p. 32).

A partir disso, percebe-se que o abandono afetivo gera um ilícito civil. E, no mesmo diapasão, o jurista Alcionir Urcino Aires Ferreira afirma o seguinte: “Nada justifica o abandono do filho pelo pai. Recusando-se o genitor a amparar o filho incorrerá em ilicitude, tonando-se responsável por eventuais danos originados de sua omissão.” (2008, p. 60). Diz-se, assim, que corresponde a um ilícito o abandono do filho pelo pai, este tendo a responsabilidade de reparar os danos provocados devido a sua ausência, sua falta de dever de cuidado.

Para Alcionir Ferreira, “o abandono do filho pela mãe, embora menos comum, gera conseqüências [sic] mais desastrosas do que aquelas que advêm do afastamento do pai, impondo-se, na maioria das vezes, a interferência do Poder Público em favor do menor”. (2008, p. 61).

Pode-se dizer, então, que tanto o abandono causado pelo pai, quanto o produzido pela mãe provocam danos à criança ou ao adolescente, um ilícito civil. Este está previsto no artigo 186, do Código Civil brasileiro, que afirma o seguinte: “pratica ato ilícito quem, por ação ou omissão da própria vontade, negligência ou imprudência, infringir direito e provocar dano a outra pessoa, ainda que somente moral” (BRASIL, 2002).

Assim, pode-se dizer, ainda, que pratica ato ilícito quem viola o que está exposto no *caput* do artigo 227, da Constituição Federal Brasileira, “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito [...] à convivência familiar [...]” (BRASIL, 1988, p. 72). Pode-se afirmar, portanto, que é um dever familiar o direito à convivência entre os entes de uma família.

Também pode ser considerado ato ilícito atuar contrariamente ao previsto no artigo 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz que tem direito toda criança ou adolescente a ser educado e criado no seio da sua família. (BRASIL, 1990). Percebe-se, assim, que é direito inerente à criança e ao adolescente estar inserido no grupo familiar, a fim de conviver com os integrantes da família, para serem educados e criados.

Num sentido diferenciado dos já mencionados, DIAS, Maria Berenice *apud* VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo

[...] considera que o princípio da paternidade responsável gera em relação aos pais um dever de convivência com os filhos. [...], a falta de convívio entre pais e filhos gera o rompimento do elo de afetividade o que pode comprometer seriamente o desenvolvimento do menor. Este pode se tornar uma pessoa insegura, infeliz e com conseqüências de sequelas psicológicas que merecem reparação (2013, p. 668).

Nesse viés, observa-se que o dever de convivência dos pais em relação aos filhos surge com o princípio da paternidade responsável. Assim, não ocorrendo o convívio entre pais e filhos, corrompendo o vínculo afetivo, poderá ser comprometido o desenvolvimento da criança, provocando conseqüências psicológicas bastante desastrosas ao longo da vida, tornando um adulto problemático.

No mesmo diapasão, os doutrinadores Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Leonardo Macedo Poli afirmam o que segue:

O abandono afetivo configuraria ato ilícito por ser o afeto um princípio, portanto, um dever jurídico imposto ao pai frente os filhos menores. Aquele que deixa de cumprir tal imposição está descumprindo um preceito legal. E tal violação, aliada aos demais pressupostos, possibilitaria a condenação do infrator à indenização por dano moral (2013, p. 668).

Para este posicionamento, como o afeto é considerado um princípio, o abandono afetivo pode ser configurado como um ilícito civil, visto que ocorre a violação a um princípio, um dever jurídico do pai perante os filhos menores. Portanto, contrariar um princípio, um dever jurídico, corresponde a um ilícito civil, que para o caso em tela, é o abandono afetivo.

Já que foi mencionado sobre o afeto, é importante conceituá-lo. Assim, o afeto, para Neves (2012), é considerado um direito fundamental, já que é um direito que decorre do direito fundamental ao convívio familiar. Para esse autor, não é possível pensar em convívio familiar sem ter afeto, sem o companheirismo. Assim, a negativa desse direito poderá considerar uma violação ao direito fundamental ao convívio familiar e um dano à sua personalidade.

E, para TARTUCE, Flávio *apud* GOULART, Evelin Matos (2010, p. 34), “o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. [...] o afeto decorre da valorização constante da dignidade da humana.” Para Tartuce (2010, p. 34), ainda, “o direito fundamental à convivência familiar garantido constitucionalmente a crianças e adolescentes só poderá se efetivar a partir de uma relação familiar baseada no afeto entre seus membros”. Assim, o afeto numa relação familiar é essencial para efetivar a convivência familiar.

Pode-se dizer, portanto, que o abandono afetivo é um ilícito civil, visto que provoca um dano à criança e ao adolescente de difícil reparação. Ou seja, viola um direito fundamental à criança e ao adolescente de convivência familiar, de afeto na relação entre familiares, podendo surgir, assim, um adulto com problemas psíquicos e emocionais graves.

Após a análise do significado de abandono afetivo, seu caráter de ilícito civil e a questão do afeto, necessária à convivência familiar, parte-se para o estudo das consequências do abandono afetivo.

### 3.2 Consequências do Abandono Afetivo

Baptista (2012, p. 93) apresenta os seguintes comentários a respeito das consequências provocadas pelo abandono afetivo:

O abandono afetivo da parte do pai ou da mãe desestrutura emocionalmente os filhos, e faz com que eles manifestem, ao longo da vida e através de diferentes modalidades comportamentais, tudo aquilo que eles sofreram na infância e adolescência. Não raro são os filhos vítimas do fracasso escolar ou do uso imoderado do álcool ou de drogas, além de nutrirem sentimentos de ódio, angústia e mágoa.

O abalo causado pelo abandono afetivo a crianças e adolescentes é demonstrado a partir das variadas formas de comportamento, que se apresentam no decorrer da vida. Tudo o que sofreram durante a infância e a adolescência reflete na vida desses jovens, tornando-se indivíduos problemáticos nos estudos ou dependentes químicos, além de desenvolverem sentimentos ruins.

Ionete Magalhães Souza trata a matéria da seguinte maneira:

A dor psicológica de não ser querido “é capaz de desmoronar o ser em formação” [...], acrescentando adiante “É o querer saber por que ‘todos’ têm pai presente, e somente ele não; é generalizar que seus amigos são amados por seus pais e que estes os têm com as melhores expectativas para o futuro. Mas que o seu caso é ‘abandono premeditado’, por não ser digno, por exemplo, de não ser amado. As consequências são distúrbios de comportamento, com baixa autoestima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação de perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo, de ser feliz” (SOUZA, Ionete Magalhães *apud* BAPTISTA, Silvio Neves, 2012, p.94-95).

Os argumentos de Ionete Magalhães ratificam o que expõe Silvio Baptista, ou seja, esses dois doutrinadores comungam da mesma ideia de que as consequências do abandono afetivo são distúrbios comportamentais, variados problemas na fase escolar, questões subjetivas que afetam a auto-estima do indivíduo.

Giselda Hironaka trata sobre as consequências do abandono afetivo nos filhos, sustentando que “eles se sentem inseguros e incapazes de definir seus projetos de vida, apresentando grande dificuldade de aceitar o princípio da autoridade e a existência de limites” (HIRONAKA, Giselda *apud* BAPTISTA, Silvio Neves, 2012, p. 94). Isto é, o abandono afetivo faz com que a criança ou o jovem se torne um adulto problemático, inseguro, incapaz de planejar seu futuro, sem limites.

Baptista (2012, p. 95), ainda, acrescenta o seguinte comentário sobre o assunto em comento:

[...] o abandono pela mãe pode gerar seqüelas bem mais graves do que a ausência afetiva do pai, em virtude da relação simbiótica mãe-filho iniciada com a concepção. E quando o abandono é de ambos os pais, as conseqüências podem ser desastrosas do ponto de vista psicológico, desde que as funções parentais não sejam supridas por outras pessoas que possam exercê-las.

Apesar de até o presente momento ter praticamente comentado do abandono afetivo provocado pelos pais, mãe e pai, aqui surge, no entendimento de Silvio Neves Baptista, o abandono causado especificamente pela mãe, que pode acarretar problemas mais gravosos do que a falta afetiva apenas do pai, devido à intensa relação mãe-filho que se origina desde a concepção.

Depois da análise das conseqüências provocadas pelo abandono afetivo ao longo da vida do indivíduo que sofreu esse dano durante a infância ou a adolescência, é importante destacar o caráter indenizatório para os casos de abandono afetivo, visto no próximo tópico do presente trabalho. Essa função é apresentada em relação ao ofensor, à vítima e à sociedade.

### **3.3 Indenização por dano moral no Abandono Afetivo: valor punitivo, pedagógico ou compensatório?**

O presente tópico é o mais importante deste trabalho. Visto que trata a respeito do papel da indenização pelo dano moral no caso de abandono afetivo, após ter sido abordado o conceito deste instituto, analisado suas conseqüências e apresentado as peculiaridades da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, para tratar dessa matéria, é necessário tecer, ainda, alguns comentários sobre a reparabilidade do dano moral. Para isso, é trazido à baila o entendimento de Flávio Tartuce, que afirma o seguinte: “A reparabilidade dos danos imateriais é relativamente *nova* em nosso País, tendo sido tornada pacífica com a Constituição Federal de 1988, pela previsão expressa no seu art. 5.º, V e X” (TARTUCE, Flávio, 2014, p. 489).

A partir da Constituição Federal, nos incisos V e X, do artigo 5º, fica assegurado ao indivíduo o direito de indenização por dano moral e, são invioláveis os direitos da personalidade (BRASIL, 2002). Logo, sendo violado algum direito personalíssimo, fica assegurado à pessoa que sofreu o dano o direito à indenização, por meio do amparo constitucional.

No artigo denominado de “Indenização decorrente do abandono afetivo: uma negociação do amor?”, da autoria de Carla Santos (2013), esta trata da matéria da seguinte maneira:

Para que haja a cobrança de indenização por danos morais, é imprescindível que se preze pela dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos personalíssimos consistentes na existência da solidariedade familiar, respeito, afeto e amor.

No princípio da solidariedade familiar existe a prevalência de um compromisso mútuo entre os entes familiares em detrimento do individualismo e abre-se espaço para o afeto como elo principal nessas relações. Como já exposto, traduz-se na solidariedade entre os cônjuges, assistência aos menores e amparo aos idosos, atentando para a vulnerabilidade do menor, objeto principal desse estudo e alvo de preocupação de todo ordenamento jurídico.

Apenas por meio da afetividade é que a família proporcionará ao menor aparato consistente para um amadurecimento saudável.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a cobrança da indenização por danos morais é essencial levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como os direitos da personalidade, presentes na solidariedade, respeito, afeto e amor entre os familiares. E, o afeto é o mais importante nessas relações. Visto que, somente através da afetividade é que a família pode fazer com que o menor tenha um bom desenvolvimento.

Em relação à indenização referente ao abandono afetivo, Carla Santos (2013) faz as seguintes alusões:

Existem muitos argumentos para afastar o pagamento da indenização decorrente do abandono afetivo, uma das principais justificativas é de que não se pode monetizar os sentimentos, não se pode impor a alguém o encargo do afeto, em vista do caráter subjetivo da questão aqui estudada. Além disso, é de difícil constatação comprovar o dano causado e a efetiva ligação com a conduta do genitor.

De toda forma, mesmo que seja comprovada a existência do dano e a prática da conduta ilícita, ainda é difícil quantificar o valor da indenização pecuniária para compensar a dor causada pela falta de afeto, pois o dinheiro não seria capaz de mensurar a extensão do dano, em vista que o centro do problema versa sobre sentimentos e momentos que não serão compensados.

A partir desse comentário, sabe-se que há muitos entendimentos que afastam a ideia de pagamento de indenização por abandono afetivo. E, os principais motivos são os seguintes: não é possível mensurar sentimentos de forma monetária; não se pode impor afeto a uma pessoa; e, o dano causado ao filho e a ligação com a conduta do pai não podem ser comprovados. Logo, mesmo sendo comprovados o dano e a ilicitude da conduta, ainda há dificuldade em valorar a indenização pecuniária para compensar o sofrimento da ausência do afeto, visto que o dinheiro não seria capaz de dimensionar a extensão do dano.

Diante da problemática em determinar o limite do dano sofrido pelo lesado do abandono afetivo, Carla Santos cita Fernanda Passos:

Quanto à característica de ‘certo’ necessária para um dano indenizável, é preciso enxergar que, se o dano realmente foi desencadeado pela falta de amor esperado, ele não terá um ponto final. O dano não terá cessado no momento da propositura da ação e, provavelmente, poderá até aumentar com o decorrer do tempo. Para um dano desse tipo seria necessário inventar uma indenização ad aeternum, quase uma prisão perpétua aplicada ao Direito Civil. No momento da propositura da ação não é possível mensurar o dano pois ele não tem começo, nem fim. (PASSOS, Fernanda dos. Falta de amor: um ato ilícito? Disponível em Acesso em: 17/03/2013.)

Nesse diapasão, entende-se que o dano provocado pela falta de amor e de afeto não findará. E, não cessará se proposta a demanda na justiça. Logo, para essa espécie de dano seria preciso uma indenização que não tivesse fim. No início da demanda não tem como dimensionar o dano, visto que não há começo nem fim.

Fernanda Santos, citada por Carla Santos, salienta ainda o seguinte:

Portanto, perquirir culpa de um pai por não amar o filho, ou o filho por não amar o pai, é inócuo; é querer que o Direito determine o amor, o que é, no mínimo, um contra-senso. O amor esperado pelo senso-comum é apenas uma expectativa, não uma realidade. [...] Tal dano não foi provocado por conduta ilícita do pai, pois afeto, carinho são dados e conseguidos de maneira espontânea. Nenhum sentimento pode ser imposto, assim, não há como falar em uma conduta ilícita ensejadora de dano injusto. A simples presença paterna não garante boa formação psicológica de um filho; pode, até mesmo, ser fator de deteriorização da formação filial, dependendo das características do pai. (PASSOS, Fernanda dos. Falta de amor: um ato ilícito?)

Diante da citação exposta, pode-se extrair que, para essa autora, não é possível culpar um pai por não conseguir amar um filho, porque isso é fazer com que o Direito imponha amor e,

nenhum sentimento pode ser imposto. Não havendo, portanto, ilicitude na conduta, a simples presença do genitor não assegura um desenvolvimento psicológico saudável do filho.

Logo, pode-se dizer que a corrente contrária ao pagamento da indenização diz que não têm validade os fins da indenização (punitivo, compensatório e pedagógico), já que são de âmbitos distintos afeto e dinheiro (Carla Santos, 2013).

Ampliando a matéria a respeito dos danos morais, Rubens Limongi França apresenta o seguinte conteúdo: “A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa visão que prevalece a doutrina brasileira” (FRANÇA, Rubens Limongi *apud* TARTUCE, Flávio, 2014, p. 489). O entendimento majoritário no Brasil sobre o significado de dano moral é que este corresponde à própria lesão aos direitos da personalidade.

Após entender que o abandono afetivo é dano moral que atinge direito da personalidade de um indivíduo, mesmo havendo entendimento contrário, é possível, nesse momento oportuno do presente trabalho, tecer sobre a indenização. Assim sendo, Tartuce (2014, p. 489) versa o seguinte a respeito da matéria:

Alerte-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um *preço* para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, [...].

Cumprе esclarecer que não há, no dano moral, uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados. Tal dedução justifica a não incidência de imposto de renda sobre o valor recebido a título de indenização por dano moral, o que foi consolidado pela Súmula 498 do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2012.

Esse doutrinador comenta que a reparação de um dano moral é uma forma de amenizar os prejuízos sofridos pela vítima, não tem o objetivo de angariar dinheiro devido a uma dor ou a um sofrimento. Na verdade, é um meio de compensar os males pelos quais passou. Isso é ratificado por não incidir imposto de renda sobre a indenização por dano imaterial.

Caroline Cavalcanti Padilha, psicóloga e mestre em Psicologia Social pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, em seu artigo “Quando o pai vira réu por alegação de abandono afetivo” reunido no livro “Família e Separações: perspectivas da psicologia jurídica”, referente ao conteúdo apresentado, fez o seguinte comentário:

[...] foram proferidas pela Justiça brasileira sentenças determinando que pais pagassem indenizações por danos morais aos seus filhos, caracterizando um novo posicionamento do direito de família pátrio na contemporaneidade. Tais julgados têm por base o entendimento de que houve um abandono afetivo dos filhos por parte do pai (ou abandono moral, como também é chamado) após a separação do casal parental.

Até meados de maio de 2007, quatro casos já julgados pelo Tribunal de Justiça de alguns estados foram apresentados e debatidos pela mídia. Nessas ocorrências, [...] nota-se que a argumentação que sustenta a solicitação feita pelos filhos é de natureza afetiva, e não material, uma vez que regularmente, todos receberam ou continuavam recebendo pensão alimentícia do pai. Os filhos alegavam que a carência afetiva acarretara-lhes danos psicológicos, com prejuízo de seu desenvolvimento, indicando a necessidade de uma reparação pelos danos sofridos. Nessa demanda judicial, a prole reclama a falta de amor e afeto, e os pais são condenados a pagar pela negligência [...] (PADILHA, Caroline Cavalcanti *apud* BRITO, Leila Maria Torraca, 2008, p. 187).

A autora do artigo quis enfatizar os casos de abandono afetivo dos filhos provocados pelo pai, quando há separação judicial, em que nessas situações os filhos pedem a indenização pelo dano moral sofrido, mas querem, na verdade, o afeto. Pois, esses filhos reclamam da falta de amor e de afeto. Porém, os pais são condenados a pagarem a indenização pela negligência, pela falta do dever de cuidado.

No artigo de Caroline Cavalcanti Padilha, esta faz comentários sobre os resultados de uma pesquisa de mestrado que tem como título: “Aí o pai que vira réu...: um estudo sobre o exercício da paternidade e as indenizações por abandono afetivo”. Assim, ela explana o seguinte:

[...] foram entrevistados homens, pais separados, que não permaneceram com a guarda das crianças. No trabalho, teve-se por objetivo compreender como os participantes percebiam a possibilidade de pais indenizarem os filhos por danos morais decorrentes de um alegado abandono afetivo, além de se tentar entender como vivenciavam o exercício da paternidade com o fim do casamento, colhendo-se informações acerca das atribuições e atividades parentais nessa conjuntura.

A abordagem de tal temática pela psicologia mostra-se relevante, na medida em que é justamente o afeto, ou melhor, a ausência dele, que se torna objeto de indenização (PADILHA, Caroline Cavalcanti *apud* BRITO, Leila Maria Torraca, 2008, p. 188).

A partir da análise dos resultados desse trabalho, tentou-se compreender como os participantes tinham a percepção de quando os pais poderiam ser indenizados pelos filhos devido a danos morais produzidos pelo abandono afetivo. E, a conclusão foi a de que a falta de afeto é o motivo da indenização.

Sobre a discussão do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos no direito de família, Baptista (2012, p. 95-97) tece os seguintes comentários sobre o dano moral indenizável:

[...] há pelo menos duas correntes doutrinárias que debatem o assunto. A primeira entende que é uma imoralidade conceber indenização por falta de amor.

[...]

De acordo com essa teoria, o simples pagamento de pensão por si só traduziria “afeto”! Quando muito poder-se-iam aplicar as regras de destituição do poder familiar, contidas no Código Civil brasileiro, art. 1.638, inciso II, solução semelhante a que é preconizada pelo atual Código Civil português ao cuidar da hipótese de *inibição do exercício das responsabilidades parentais*.

No seu art. 1915 determina a lei portuguesa que “a requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, pode o tribunal decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando quaisquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, se não mostre em condições de cumprir aqueles deveres”.

Outra corrente sustenta a tese de que as normas e princípios da responsabilidade civil se aplicam igualmente ao direito de família, de modo a admitir sua incidência nas hipóteses de danos materiais ou morais produzidos entre membros de uma mesma família. É inadmissível o desprezo de um filho, como se ele fosse “indigno de atenção moral”.

Entende-se que há no mínimo duas correntes doutrinárias que discutem sobre o abandono afetivo dos pais em relação aos filhos. A primeira delas afirma que apenas o pagamento da pensão alimentícia já é o suficiente para ser considerado afeto. Todavia, a outra corrente afirma que as normas e os princípios da responsabilidade civil devem ser aplicados ao direito de família, permitindo incidir esses regulamentos nos casos de danos materiais ou morais provocados por entes de um mesmo grupo familiar. Assim, para essa última doutrina, não se admite que um filho seja desprezado.

Ana Carolina Teixeira, falando a respeito dos danos morais praticados por um dos integrantes de uma mesma família contra outro, comenta o seguinte:

[...] se ocorrer uma lesão a um direito da personalidade ou qualquer ofensa à dignidade humana, não se pode permitir que o lesado não obtenha reparação ou compensação, sob pena de ocorrer um desequilíbrio na ordem jurídica. O escopo a ser perseguido - neste caso e em todas as outras espécies de relações interprivadas - é o alcance da dignidade da pessoa humana, norma-fim de toda ordem jurídica (TEIXEIRA, Ana Carolina *apud* BAPTISTA, Silvio Neves, 2012, p. 97).

Para ratificar o entendimento dos demais doutrinadores, Ana Carolina Teixeira afirma que ocorrendo lesão a direito da personalidade ou sendo ofendida a dignidade humana, não é possível deixar que o lesado não seja reparado ou compensado, porque, não acontecendo isso, corre-se o risco de desequilibrar o ordenamento jurídico. A finalidade da reparação, portanto, é justamente nas relações privadas alcançar a dignidade humana.

Com o mesmo teor, Gonçalves (2014, p. 429) diz o que segue:

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

É possível entender que somente a pensão alimentícia e o fornecimento de recursos para a sobrevivência não são suficientes para os filhos. Estes, por isso, reclamam da falta do dever de cuidado dos pais e, alguns filhos conseguem reconhecer o abandono na justiça, obtendo a indenização para compensar os danos morais sofridos. Visto que educação é muito além de escolaridade, é o convívio familiar, o afeto, o amor, o carinho.

Em jurisprudência a matéria apresenta o seguinte teor:

O acórdão tem a seguinte ementa: “A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do artigo 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária”.

[...]

Posteriormente a Terceira Turma da aludida Corte manteve decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reconheceu o abandono afetivo da autora, apenas reduzindo a compensação por danos morais [...]. Salientou a relatora, Min. Nancy Andriighi, todavia, que não estava em discussão “a mensuração do inatingível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar”. Aqui, aduziu, “não se fala ou se discute o amor e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos (...). Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal” (STJ, REsp 1.159.242-SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andriighi, j. 24-4-2012, DJE, 10-5-2012).

A partir da análise da jurisprudência, pode-se afirmar que a indenização do dano moral decorre de um ato ilícito. Apesar de no caso concreto a autora da ação ter recebido a indenização pelo abandono afetivo que sofreu, a Ministra Nancy Andriighi afirmou que o que se discutia não era o amor, mas, sim, a obrigação legal de cuidar. Para ela, ainda que exista subjetividade nas relações, não é possível restringir a aplicação das normas da Responsabilidade Civil.

Para HIRONAKA, Giselda *apud* DINIZ, Vanessa do Carmo (2010), a indenização por abandono afetivo dos pais perante os filhos tem relevância pedagógica, visto que os pedidos dessa espécie de indenização não devem ter abuso de direito e falta de bom senso. Ainda, para a mesma autora:

[...], a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configurada com parcimônia e bom senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou da busca do lucro fácil, poderá se converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar inclusive um importante papel pedagógico no seio das relações familiares. (2010, p. 35).

Ou seja, caso seja utilizada com moderação e de forma cautelosa, a indenização por abandono afetivo poderá se transformar num meio bastante importante para configurar um direito de família mais coerente com a realidade atual, sendo possível desempenhar um relevante papel pedagógico no centro das famílias.

Assim, para Diniz (2010), o objetivo da indenização no caso de abandono afetivo não é identificar quanto custa o afeto. Todavia, é fazer com que a sociedade possa compreender o quanto a falta de afeto é prejudicial ao desenvolvimento sadio da criança e do adolescente.

Por isso, para Diniz (2010), não se pode mencionar sobre dignidade humana quando o indivíduo, em seu desenvolvimento, é privado dos sentimentos de amor, carinho, proteção e respeito. Visto que, o reconhecimento do afeto é fundamental para a formação de pessoas comprometidas com os valores de uma sociedade mais fraterna.

Ainda, para finalizar os comentários a respeito da matéria, no artigo científico intitulado de “O preço do abandono afetivo”, da autoria de Leonardo Castro (2009), este afirma o seguinte:

[...] aqui discuto a indenização pelo abandono unicamente afetivo. O pai, cumpridor dos deveres materiais, acintosamente desobriga-se da criação do filho. Todavia, o menosprezo vindo daquele que jamais deveria eximir-se do afeto causa angústia à criança. Se há dano e culpa, há o dever de reparar. [...]

Compete ao Judiciário equilibrar através da quantificação pecuniária a relação entre pais e filhos e, concomitantemente, punir os faltosos aos deveres afetivos presumivelmente inerentes à paternidade?

Da compressão jurisprudencial e doutrinária extraímos duas respostas antagônicas. Temos o dever de afeto como suposta parcela da educação prevista em Lei, em oposição

à chamada "monetização do amor", fundamentada na cautela. O temor surge a partir do prelúdio de uma enxurrada de ações indenizatórias munidas de interesses mercenários, não havendo como exigir do julgador a faculdade sobrenatural do discernimento entre a real angústia do abandono e a ganância inescrupulosa.

A discussão nesse texto é a respeito da indenização pelo abandono afetivo, quando há a falta de afeto por parte do genitor em relação ao filho, causa angústia a este. Logo, se há dano e culpa, deve-se reparar esse dano. E, para isso, o Judiciário deve trazer equilíbrio para a relação entre pais e filhos, por meio da quantificação da indenização, punindo os ofensores do abandono afetivo.

Pode-se aduzir, portanto, quanto à corrente doutrinária contrária à indenização por dano moral no caso de abandono afetivo, que essa apenas analisa o caráter indenizatório como forma de compensar o dano, o que, efetivamente, não é possível ser compensado monetariamente. Assim, para essa doutrina, não há função compensatória, mas há o papel punitivo e o pedagógico. Já a corrente a favor da indenização, para o caso em comento, observa a função compensatória da indenização, com o intuito de amenizar o dano sofrido pelo indivíduo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico analisou inicialmente o instituto da Responsabilidade Civil, com suas peculiaridades, a fim de que fosse constatado que o dano moral causado pelo abandono afetivo realmente existe e é um ilícito. E, a partir dessa constatação fosse abordado o tema do Abandono Afetivo, seu conceito e suas consequências, para, ao final, ser discutida a função da indenização frente aos casos de abandono afetivo, devido à falta de cuidado dos pais em relação aos filhos.

A Constituição Federal de 1988 juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente reconheceram que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos fundamentais, que carecem de prioridades, devendo ser protegidos pela família, pela sociedade e pelo Estado com o objetivo de suprir todas as suas necessidades básicas - alimentar e de afeto (carinho, um bom convívio familiar) - a fim de que esses indivíduos possam crescer de forma saudável.

É possível perceber que as obrigações dos pais não é apenas de sustentar materialmente os filhos, mas, além disso, devem suprir as necessidades imateriais. Devido a isso, a Constituição Federal assegurou aos jovens e às crianças o direito de serem indenizados caso sofram algum dano de natureza moral, norteados a responsabilidade dos pais perante os filhos. Assim, se os pais não dão afeto, nem carinho a sua prole, fica caracterizada a ilicitude da conduta, sendo esta passível de cobrança de indenização.

O termo “cuidado” exposto no ordenamento jurídico pátrio deve ser estudado de maneira ampla, visto que representa um dever dos pais em relação aos filhos que não deve, de forma alguma, ser negligenciado.

A paternidade deve ser um ato consciente e responsável que tenha o intuito de assegurar às crianças e aos adolescentes os direitos constitucionais. Portanto, qualquer dano provocado aos filhos devido à falta de cuidado dos genitores deve ser sancionado, já que estes não podem ficar impunes perante um ato que ofenda a Constituição Federal e a regras morais mais básicas, no sentido de atender às necessidades das crianças e dos adolescentes de maneira integral.

Ao discorrer sobre a indenização relativa ao abandono afetivo, percebe-se que não se trata, de forma alguma, de quantificação do amor, trata-se, pois, de reparação de um dano moral

provocado pela não observância dos seguintes deveres: de guarda, de educação, de criação e de convivência familiar, que competem aos genitores. O dinheiro, valor da indenização, não tem o condão de fazer com que desapareça a dor, o trauma ou as mágoas sofridas, mas tem o objetivo de fazer justiça, ou seja, não deixar impune um ato danoso.

Pode-se afirmar, logo, que a corrente a favor da indenização, para o caso em comento, observa a função compensatória da indenização, com o intuito de amenizar o dano sofrido pelo indivíduo. Já a contrária à indenização por dano moral no caso de abandono afetivo apenas observa que não há como compensar o dano, o que, efetivamente, não é possível ser compensado monetariamente. Assim, para essa última doutrina, não há função compensatória, mas há o papel punitivo e o pedagógico.

Sendo possível, após o estudo minucioso das funções da indenização, afirmar que o caráter da indenização no caso de abandono afetivo é composto pelos três papéis, o punitivo em relação ao ofensor, o compensatório referente à vítima e o pedagógico, por repercutir na sociedade quando demonstra aos cidadãos o quanto o abandono afetivo é prejudicial às crianças e aos adolescentes e que quem viola direito destes será punido.

Assim, exercer o Direito e promover a justiça nos casos de abandono afetivo não é somente interpretar leis, é importante que cada situação seja analisada de maneira singular. Não amparar os indivíduos que foram abandonados afetivamente é desrespeitar o título de Estado Democrático de Direito, não há democracia quando algumas crianças são tratadas com todo carinho, cuidado e amor, e outras sobrevivem sem nada disso. Também, é possível afirmar que não há Estado de Direito quando as decisões sobre o tema em comento não estão relacionadas à preservação dos direitos fundamentais.

Por fim, pode-se concluir que apesar de o tema não ser pacífico na doutrina, não se pode deixar que jovens e crianças tenham seus direitos violados com a prática do abandono, isso repercute de forma negativa não apenas no seio familiar, mas afeta principalmente o desenvolvimento saudável de cidadãos passíveis de direitos e deveres, e, conseqüentemente, atinge a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro**. 1. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Eça de Queiroz: um caso de abandono materno e de filiação socioafetiva. As conseqüências do desamparo dos filhos no Direito atual**. 1. ed. Recife: Bagaço, 2012.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988. 13. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. Legislação Federal. 13. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 16 de jul. 1990. Brasília-DF: Senado Federal, Senador Jarbas Vasconcelos, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Danos Morais. Abandono Afetivo. Dever de Cuidado**. Recurso Especial n. 1.159.242-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/04/2012, Diário de Justiça Estadual, 10/05/2012.

CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo**. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/artigo/20090428154157163\\_direito-civil-\\_o-preo-do-abandono-afetivo-leonardo-castro.html](http://ww3.lfg.com.br/artigo/20090428154157163_direito-civil-_o-preo-do-abandono-afetivo-leonardo-castro.html)>. Acesso em: 1 de nov. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. **Revista e Ampliada**. 8. ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

CORREIA, Jonas Ricardo. **Dano Moral Indenizável**. 2. ed., Campo Grande: Contemplar, 2013.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: como chegar até ele**. 3. ed., São Paulo: JH Mizuno, 2011.

DE MARCO, Charlotte Nagel; DE MARCO, Cristhian Magnus. **O dano moral por abandono afetivo do idoso: proteção a direitos fundamentais civis**. Disponível em: <[http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/07/16/13\\_38\\_17\\_720\\_Abandono\\_afetivo\\_idoso.pdf](http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/07/16/13_38_17_720_Abandono_afetivo_idoso.pdf)>. Acesso em 4 de nov. 2014.

DINIZ, Vanessa do Carmo. O princípio da afetividade nas relações familiares. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **Revista MPMG Jurídico**. Belo Horizonte, n. 20, p. 33-35, abr./jun. 2010.

FAVARETTO, Cícero. A tríplice função do dano moral. Disponível em: <<http://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-moral>>. Acesso em: 2 de nov. 2014.

FERREIRA, Alcionir Urcino Aires. O princípio da afetividade e a reparação civil por abandono afetivo paterno-filial. In: **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 272, p. 59-63, maio/2008.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 15. ed. Revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed., v. 3, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

GOULART, Evelin Matos. A questão do dano moral por abandono afetivo dos pais perante os filhos. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **Revista MPMG Jurídico**. Belo Horizonte, n. 20, p. 33-35, abr./jun. 2010.

NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, n. 73, p. 96-108, ago./set. 2012.

PADILHA, Caroline Cavalcanti. Quando o pai vira réu por alegação de abandono afetivo. In: BRITO, Leila Maria Torraca de. **Famílias e Separações: perspectivas da psicologia jurídica**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2008.

SANTOS, Carla. **Indenização decorrente do abandono afetivo: uma negociação do amor?** Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=11734](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11734)>. Acesso em: 3 de nov. 2014.

SILVA, Vivian Pedroso Cereja da. **O Caráter Didático-Pedagógico Do Dano Moral Nas Relações De Consumo E Sua Função Social**. Disponível em <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2013/trabalhos\\_12013/VivianPedrosoCerejaSilva.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/VivianPedrosoCerejaSilva.pdf)>. Acesso em: 5 de nov. 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4. ed., rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2012. – (Coleção direito civil; v. 4)

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. Os Efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais. In: **REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA IOB: Civil, Processual, Penal e Comercial**. Porto Alegre, v. 3, n. 18, p. 673-661, set. 2013.