

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM
ADVOCACIA EMPRESARIAL, CONTRATOS, RESPONSABILIDADE CIVIL E
FAMÍLIA**

JULIANA GONÇALVES DE SOUZA GUIMARÃES

**O PROBLEMA DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM VIRTUDE DE
ABANDONO AFETIVO**

**BRASÍLIA – DF
FEVEREIRO, 2015**

JULIANA GONÇALVES DE SOUZA GUIMARÃES

**O PROBLEMA DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM VIRTUDE DE
ABANDONO AFETIVO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

**BRASÍLIA – DF
FEVEREIRO 2015**

JULIANA GONÇALVES DE SOUZA GUIMARÃES

**O PROBLEMA DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM VIRTUDE DE
ABANDONO AFETIVO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em 26/03/2015, com menção
APROVADO.

Banca Examinadora:

Janete Ricken Lopes de Barros

Lara Morais

RESUMO

O problema da indenização por dano moral em razão de abandono afetivo. O ponto inicial da investigação no presente trabalho surge com a tendência no Direito Brasileiro, na área de responsabilidade civil, de buscar equacionar questões ordinárias da vida humana determinando quais danos extrapatrimoniais são passíveis de reparação. As chamadas novas espécies de danos morais abarcam polêmicas das mais diversas, como dificuldade para reparar veículo acidentado, erro em diagnóstico médico, disparo de alarme antifurto em loja e, até mesmo, rompimento de noivado. Mas uma questão que vem sendo enfrentada pelos tribunais brasileiros e merece estudo acurado refere-se à indenização por danos morais em virtude de abandono afetivo. O *leading case* do tema, o Resp 757.411, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2006, analisou a questão de maneira detalhada, enfrentando aspectos surgidos com adoção de tal corrente de responsabilização, provocando reflexão profunda. Existe padrão mínimo de conduta a ser adotado pelos pais? Cabe ao Poder Judiciário ditar regras de conduta familiar? Como será feita a análise dos efeitos do abandono? O pagamento de indenização busca comprar o afeto ou tão somente punir o pai faltoso? Tal medida pode inviabilizar o reestabelecimento de relação pai-filho? A ação pode ser utilizada como vingança? Vê-se que esses são apenas alguns aspectos a serem enfrentados na análise da questão.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Danos extrapatrimoniais. Direito de Família. Indenização.

ABSTRACT

Paying indemnity due to affective abandonment of one's child by his/her father is the proposed initial question to be investigated in this paper. There is a new tendency in Brazilian Law, more specifically in the area of civil liability, that is to search for answers to ordinary questions of human life, defining which extra pecuniary damages can be compensated. The so called new types of non pecuniary damages generate the most diverse discussions such as the difficulty to repair a damaged car; wrong medical diagnosis; the ringing of the burglar alarm of a shop and even the breaking off of an engagement. One more question that Brazilian courts are facing refers to the indemnity to be paid by fathers due to moral damages caused by their abandonment of their children (abandonment affective Paterno-Branch). The leading case (Resp.757.411) judged by the Brazilian High Court (STJ) in 2006 examined this question in detail, facing aspects that emerged from the decision of holding someone responsible for it and therefore giving rise to deep reflection. Is there a minimum standard of family conduct to parents? Is it responsibility of the Judiciary Power to set these rules of family conduct? How can the effects of abandonment be measured? Can affection be bought by the payment of indemnity or is it only to punish the guilty father? Can such measure turn it impossible to re-establish a father-child relationship? Can this lawsuit be used for revenge? These are only some of the many questions to be considered when analysing this issue.

KEY-WORDS: affective abandonment. Extra pecuniary damages. Family Law. Indemnity.

SUMÁRIO

<u>Introdução.....</u>	<u>6</u>
<u>1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NA ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL ..</u>	<u>13</u>
1.1 A constitucionalização do direito civil	13
1.2 A responsabilidade civil diante desse novo contexto	16
1.3 Conceito de dano moral	18
<u>2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO ÂMBITO FAMILIAR</u>	<u>23</u>
2.1 Apontamentos gerais acerca das relações familiares e o instituto da responsabilidade civil	23
2.2 Responsabilidade civil em razão de divórcio/separação	27
2.3. Responsabilidade civil em razão de rompimento de noivado.....	30
<u>3. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DO ABANDONO AFETIVO</u>	<u>34</u>
3.1 Considerações gerais acerca da responsabilidade civil entre pais e filhos.....	34
3.2 Dos princípios da afetividade, da solidariedade familiar e da autonomia privada	37
3.3 Do conceito de abandono afetivo.....	40
3.4 Do preenchimento dos requisitos do dever de indenizar nos casos de pleitos de indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.....	41
3.4.1 <i>Dano</i>	41
3.4.2 <i>Do nexo de causalidade</i>	43
3.4.3 <i>O ato ilícito e a culpa</i>	45
<u>Conclusão</u>	<u>50</u>
<u>Referências bibliográficas.....</u>	<u>53</u>

INTRODUÇÃO

O ponto inicial da investigação proposta no presente trabalho surge com a nova tendência no Direito Brasileiro, na área de responsabilidade civil, de buscar equacionar questões ordinárias da vida humana determinando quais danos extrapatrimoniais são passíveis de reparação. O presente trabalho pretende tratar, especialmente, acerca da questão de ser ou não possível indenização por dano moral em razão de abandono afetivo.

Vivenciamos significativo alargamento do rol dos danos passíveis de indenização pela jurisprudência exatamente em razão do desenvolvimento dos direitos da personalidade. Não obstante tal movimento, os julgados buscam frear novas e infinitas possibilidades de espécies de danos morais, exatamente com escopo de não ocorrer a banalização de tal tais lesões¹.

As chamadas novas espécies de danos morais abarcam polêmicas das mais diversas, como dificuldade para reparar veículo acidentado, erro em diagnóstico médico, disparo de alarme antifurto em loja e, até mesmo, rompimento de noivado.

Mas uma questão que vem sendo enfrentada pelos tribunais brasileiros e merece estudo acurado refere-se à indenização por danos morais em virtude de abandono afetivo. Ou seja, filhos os quais se sentiram negligenciados, abandonados por seus pais propõe ação indenizatória buscando reparação pelos supostos danos psicológicos sofridos pelo crescimento sem o devido apoio paterno.

A escolha do tema surgiu durante aula com o Professor Danilo Porfírio, oportunidade em que este se revelou radicalmente contrário ao deferimento do pedido de indenização e da solução de todos os problemas envolvendo Direito de Família com aplicação do princípio do afeto.

¹ MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 165-170.

Somado a isso, o *leading case* do tema, o Resp 757.411, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2006, analisou a questão de maneira detalhada, enfrentando aspectos surgidos com adoção de tal corrente de responsabilização, provocando profunda reflexão.

De tal sorte, o interesse surge para investigar tal fenômeno que, em primeiro momento revela-se justo e adequado, contudo, ultrapassada certa indignação natural provocada pela situação do abandono, a racionalidade pulsa e exige estudo amplo.

Existe padrão mínimo de conduta que deve ser adotado pelos pais? Cabe ao Poder Judiciário ditar tais regras de conduta familiar? Como poderá ser feita a análise dos efeitos do abandono? O pagamento de indenização serve para comprar o afeto ou tão somente para punir o pai faltoso? Tal medida não pode inviabilizar o reestabelecimento de relação pai-filho? A ação pode ser utilizada como forma de vingança? Vê-se que esses são apenas alguns aspectos a serem enfrentados na análise da questão.

A complexidade do tema e das consequências sociais dele advindas vai muito além da mera resposta se: sim, é cabível indenização por danos morais em razão do abandono afetivo; ou não, não é cabível indenização por danos morais em razão do abandono afetivo.

O tema possui ampla relevância social, porquanto o reconhecimento de danos extrapatrimoniais nas relações familiares é campo bastante perigoso e que pode até mesmo alterar a dinâmica entre pais e filhos, impondo padrões mínimos a serem seguidos sob pena de pagamento de indenização. Ou seja, a espontaneidade e a intimidade, características supremas da convivência em família, cederão pelo receio de responsabilização.

De igual sorte, flagrante a importância acadêmica do trabalho, conquanto, como já afirmado, a resposta para a questão não é simples e não cabe a defesa incondicional do princípio do afeto e da paternidade responsável, ignorando os demais prismas do problema.

A pesquisa aqui proposta possui ampla viabilidade, pois existe vasta produção

doutrinária sobre o tema e demais aspectos relacionados, tanto na área de Direito como na área da Psicologia. Não suficiente, como já registrado, existem diversos julgados enfrentando a questão, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Como dito, o escopo principal do trabalho é analisar a questão da indenização por danos morais em razão do abandono afetivo. Será que podemos solucionar a questão tão somente pela aplicação do princípio da afetividade e da paternidade responsável?

Não, deve-se enfrentar tão intrincada e delicada matéria considerando os diversos aspectos, como os problemas gerados quando do deferimento da indenização e, ainda, quando do indeferimento, fato apto a dar ensejo a sentimento de impunidade ao filho negligenciado.

Nessa ordem de ideias, releva-se imprescindível sopesar todos os pontos para chegar-se à conclusão acerca da viabilidade ou não do pedido de indenização por danos morais. Merece análise o conceito de danos morais no novo aspecto civil-constitucional, sua aplicabilidade no âmbito do direito de família, o abandono afetivo e suas possíveis consequências, julgados sobre o tema, especialmente os do Superior Tribunal de Justiça.

Como já asseverado, o ponto inicial da investigação proposta no presente trabalho surge com a nova tendência no Direito Brasileiro, na área de responsabilidade civil, de buscar equacionar questões ordinárias da vida humana determinando quais danos extrapatrimoniais são passíveis de reparação.

Prefacialmente, cumpre destacar o conceito de dano moral no novo aspecto civil-constitucional. Ensina Maria Celina Bodin de Moraes²:

Qual seria, então, objeto do dano moral? Como reconduzir-se aqui a um conceito jurídico, sem cair na armadilha que o tema enseja? Como já ressaltado, afirmar que o dano moral é “dor, vexame, humilhação, ou constrangimento” é semelhante a dar-lhe o epíteto de “mal evidente”. Através desses vocábulos, não se conceitua juridicamente, apenas se descrevem sensações e emoções desagradáveis, que

² MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 130-131.

podem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis, moralmente legítimas até, nas que não são decorrentes de “danos injustos”, ou melhor, danos a situações merecedoras da tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis. Além disso, ao definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos “dor”, “espanto”, “emoção”, “vergonha”, “aflição” espiritual, “desgosto”, “injúria física ou moral”, em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confunde-se o dano com a sua (eventual) consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicológica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas.

Nesse contexto, o dano moral decorrerá da indevida violação a determinada situação jurídica extrapatrimonial, devidamente tutelada pelo ordenamento jurídico por meio de cláusula geral da proteção à personalidade, mais concretamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana³. De tal forma, não será qualquer situação passível de indenização, somente aquelas mais graves e profundas.

Como asseverado, vivenciamos significativo alargamento do rol dos danos passíveis de indenização pela jurisprudência exatamente em razão do desenvolvimento desses direitos da personalidade. Não obstante tal movimento, os julgados buscam frear novas e infinitas possibilidades de espécies de danos morais, exatamente com escopo de não ocorrer a banalização de tais lesões⁴.

As chamadas novas espécies de danos morais abarcam polêmicas das mais variadas, como até mesmo, rompimento de noivado.

No ponto, observa-se a aplicação das teorias de responsabilidade extrapatrimonial no campo do Direito de Família. De fato, não reside qualquer empecilho à sua aplicação, sendo prescindível norma regulamentadora.

Isso porque, ao editar a regra geral da responsabilidade civil o legislador não previu qualquer exclusão ou condicionamento de regulamentação. Cabe lembrar a

³ MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132-133.

⁴ *Ibid*, p. 165-170.

redação do artigo 927⁵ do Código Civil Brasileiro: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Não obstante, a responsabilização dentro do âmbito familiar deve ser admitida de modo bastante criterioso, *cum grano salis*. As relações de parentesco são permeadas por reações inflamadas, condutas passionais freadas e perdoadas exatamente pela relação íntima e de afinidade, características precípuas do convívio familiar, essenciais ao ser humano⁶.

Logo, exatamente para preservar tal essência, somente as situações mais graves, com manifesta afronta à dignidade da pessoa humana, podem ser taxadas como ilícitas e causadoras de danos extrapatrimoniais. Nessa esteira, algumas situações podem ser incluídas em tal rol, como o abandono afetivo.

O abandono afetivo caracteriza-se pela conduta omissiva do pai em relação ao filho, deixando de dar assistência afetiva no período de desenvolvimento físico, psicológico e social do filho. Indiferença em relação a membro de sua prole ou diferenciação entre os demais.

Tal figura surgiu após o reconhecimento da paternidade responsável, a qual determina não ser direito do pai a convivência com seus filhos, mas verdadeiro dever, eis que o distanciamento pode gerar efeitos psicológicos de rejeição e angústia perenes à vida do filho⁷.

De forma inegável o afeto ganhou relevância na ciência jurídica, pois o simples suprimento dos meios materiais aos filhos já não se revela suficiente para a exaurimento da solidariedade que permeia a relação familiar. A exigência vai além, rompendo-se os paradigmas existentes, ultrapassando-se os valores patrimoniais-

⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 28 fev. 2014.

⁶ RODRIGUES, João Gaspar. **A impossibilidade de reconhecer abandono afetivo parental como dano passível de indenização**. Revista jurídica de jure, n. 20, v. 12, p. 174, jan./jun. 2013.

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 415.

individualistas, como forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana⁸.

Os defensores de tal tese invocam descumprimento aos ditames dos artigos 226⁹, 227¹⁰ e 229¹¹ da Constituição da República como fundamento legal a justificar a quebra do dever de afeto, dando ensejo ao pedido indenizatório.

A questão logo foi judicializada, sendo que os primeiros casos reconheceram a existência de danos extrapatrimoniais, arbitrando indenização como forma de punição ao pai omissor. O *leading case* do tema, o Resp n. 757.411/MG, foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2006, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, sendo ementado da seguinte maneira:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido¹².

O voto prevalente do relator considerou que a legislação civil prevê como pena ao abandono afetivo a perda do poder familiar, nos termos dos artigos 1.632, inciso II, do Código Civil, e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, o afastamento entre pais e filhos pode decorrer de divórcio de casal e ensejo de vingança por parte de um dos ex-cônjuges. Por fim, a imposição ao

⁸ ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana**. Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários, Brasília, ano 10, v. 33, p. 48, abr./jun 2006.

⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹¹ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

¹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200500854643&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 28 fev. 2014.

pagamento de indenização pode inviabilizar qualquer tentativa de aproximação entre pais e filhos.

Em manifestação mais recente, no julgamento do Resp n. 1.159.242/SP¹³, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça expressou nova posição, considerando possível a compensação por dano moral em virtude de abandono afetivo.

No entender da ministra relatora Nancy Andrighi, existe núcleo mínimo de conduta a ser cumprido pelos pais, inserido no dever de cuidado. Outrossim, a perícia técnica seria meio de prova apto a comprovar os supostos danos sofridos pelos filhos, podendo ser aliada a outros elementos de convicção.

Resta cristalina a complexidade da questão, exigindo profundo cuidado em sua análise, pois atinge a família, núcleo central da sociedade.

A técnica que será utilizada no estudo será a pesquisa bibliográfica e documental. O tipo de pesquisa da futura monografia é a dogmática, analisando o tripé básico doutrina-legislação-jurisprudência.

O presente trabalho será dividido da seguinte maneira, para melhor exploração do tema. No primeiro capítulo será analisada a questão dos danos morais na ótica civil-constitucional, como mudança significativa e alargamento do rol de situações passíveis de indenização. No segundo capítulo iremos estudar a responsabilidade extrapatrimonial nas relações de família e toda a sua problemática, sob pena de interferir na própria dinâmica das relações familiares. Por fim, no terceiro capítulo chegaremos ao cerne da discussão, destrinchando a hipótese de indenização por danos morais em razão do abandono afetivo.

¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901937019&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 28 fev. 2014.

1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DA ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

1.1 A constitucionalização do direito civil

Após a promulgação da Constituição da República de 1988, com o estabelecimento do Estado Social, relevou-se necessária a adequação do direito civil a essa nova realidade, sendo inconcebível a manutenção dos mesmos paradigmas jurídicos adotados desde os modelos liberais do século XIX.

Em verdade, a Carta de 1988 provocou profunda reforma da dogmática jurídica, especialmente no Direito Civil, o qual enfrentava o declínio do Código Civil, cada mais distante dos dramas da vida e das relações entre particulares.¹⁴

Inegavelmente, a Carta Magna trouxe diversos princípios, regras e políticas intimamente relacionadas com o direito privado, superando a clássica divisão entre direito público e direito privado.¹⁵ De tal maneira, se não ocorresse a interpretação da lei civil de acordo com os princípios e normas da Constituição, haveria nítido desvirtuamento do seu real significado.

E não há como negar que o direito civil e o direito constitucional interferem diretamente no cotidiano da sociedade, incidindo diariamente e permanentemente na vida dos cidadãos. Logo, não releva-se adequado não existir interlocução entre os ramos.

Ensina o ilustre doutrinador Paulo Lobo¹⁶:

¹⁴ CHAVES DE FARIAS, Cristiano.; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.24.

¹⁵ BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? *In*: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v.2,. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 476.

¹⁶ LOBO, Paulo. **Direito Civil Constitucional**. Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez 2011. Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/Revista_11/Artigos/DireitoCivilConstitucional.pdf. Acesso em 17.02.2015.

A constitucionalização do direito civil é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional. É certo que os valores fundamentais do ordenamento jurídico civil foram absorvidos pela Constituição, na medida em que diferentes conceitos do direito constitucional como propriedade, família e contrato só são explicáveis se considerarmos a prévia definição jusprivativista de seu conteúdo. Mas, por outro lado, essa “inelutabilidade hermenêutica não pode conduzir a uma constatação da autonomia da Constituição ou da relatividade dos conceitos jurídico”, inclusive porque a visão orientadora da constituinte brasileiro, como os de outros países após a Segunda Guerra Mundial, não foi apenas do direito civil tradicional, mas também das declarações e tratados internacionais de direitos humanos individuais e sociais.

Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, ou do direito constitucional, concernem: a) à natureza normativa da Constituição e de suas normas, libertando-se do preconceito de seus fins meramente programáticos; b) à complexidade e unitariedade do ordenamento jurídico, ante a pluralidade das fontes do direito, segundo os princípios constitucionais e os valores fundamentais; c) uma renovada teoria da interpretação jurídica não formalista, tendo em vista valores e fins a serem aplicados. A norma, clara ou não, deve ser interpretada em conformidade com os princípios e valores do ordenamento, resultando de um procedimento argumentativo não apenas lógico, mas axiológico inspirado no princípio da dignidade da pessoa humana como prioritário no confronto com os interesses superiores do Estado e do mercado.

Nesse cenário, os civilistas perceberam a migração da disciplina para a Constituição e, até mesmo os constitucionalistas mostraram-se abertos ao fenômeno, sendo que até mesmo José Gomes Canotilho questionou se, em verdade, estaria ocorrendo a civilização do direito constitucional.¹⁷

Mas por óbvio que tal processo não foi bem aceito por toda a comunidade acadêmica, encontrando resistências. Os civilistas temiam a banalização do direito civil, com a elevação de todas as questões para o prisma constitucional, passando a matéria a figurar como apêndice da Constituição. Não obstante, em que pese a respeitável opinião, mostra-se inegável a impossibilidade de separar de maneira

¹⁷ LOBO, Paulo. Direito Civil Constitucional. **Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez 2011. Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/Revista_11/Artigos/DireitoCivilConstitucional.pdf. Acesso em 17.02.2015.

definitiva dois ramos que estão intimamente interligados.¹⁸

Importa destacar que a aplicação da perspectiva constitucional não exige, tão somente, a interpretação conforme a Constituição, mas compreender a norma civil a partir dos ditames constitucionais, modificando os contornos e consequências para adequarem-se a supremacia dos direitos fundamentais.¹⁹

E como consequência lógica da constitucionalização de direito civil, o aspecto patrimonialista tradicional e regente das relações civis, tido como valor necessário para a realização da pessoa, revelou-se incompatível com o valor máximo da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III da Carta Magna. Assim, a pessoa humana, não a propriedade, assumiu o ponto central no direito civil. Tal adequação é condição essencial para obediência aos ditames constitucionais.²⁰ O Código Civil, em verdade, passa a ser reconhecido como uma Constituição Civil.

Outro aspecto também deve ser observado, no que pertine eventual solução de conflitos de normas. O modelo clássico adotado, de “norma posterior revoga a anterior” e “norma especial revoga a geral”, e outros, não são suficientes. A ponderação de interesses começa a ser aplicada no Direito Civil, sempre voltada para o valor máximo da Carta Republicana, a dignidade da pessoa humana, o fiel da balança, responsável por indicar, em concreto, qual deve preponderar.²¹

Uma vez mais, cabe recorrer aos ensinamentos do jurista Paulo Lobo²²:

¹⁸ LOBO, Paulo. Direito Civil Constitucional. **Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez 2011. Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/Revista_11/Artigos/DireitoCivilConstitucional.pdf. Acesso em 17.02.2015.

¹⁹ CHAVES DE FARIAS, Cristiano.; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.25

²⁰ LOBO, Paulo. Direito Civil Constitucional. **Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez 2011. Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/Revista_11/Artigos/DireitoCivilConstitucional.pdf. Acesso em 17.02.2015.

²¹ CHAVES DE FARIAS, Cristiano.; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 33/34

²² LOBO, Paulo. Direito Civil Constitucional. **Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez 2011. Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/Revista_11/Artigos/DireitoCivilConstitucional.pdf. Acesso em 17.02.2015.

No rumo da repersonalização das relações civis, podem ser destacadas as seguintes tendências: a) a aplicação crescente pela jurisprudência dos tribunais do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento para solução dos conflitos; b) o condicionamento do exercício da propriedade e de outros direitos reais à sua função social e a garantia do direito de acesso à propriedade mínima existencial, mediante a qualificação da moradia como direito social (art. 6º da Constituição); c) os direitos da personalidade, entendidos como inatos ao conceito de pessoa; d) a relativização do conceito de pessoa jurídica, de modo a alcançar quem efetivamente a controle, além da admissão das entidades não personificadas; e) a ampla utilização de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, a permitir a humanização efetiva das soluções jurídicas, a partir de situações concretas; f) a compreensão de que o contrato não é intocável, quando resulta em afronta ao equilíbrio material, com onerosidade excessiva para uma das partes; g) a proteção da vítima dos danos com a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva; h) respeito às diferenças; i) a concepção da família como espaço de convivência socioafetiva e de realização das dignidades de seus membros; j) revisão dos conceitos e categorias do direito sucessório, no sentido de sua função social e de realização do princípio da solidariedade.

A ascensão do princípio da dignidade da pessoa humana e a maior proteção da vítima dos danos, afetou de modo direto a responsabilidade civil, como se passa a demonstrar.

1.2 A responsabilidade civil diante desse novo contexto

Tendo em vista o cenário constitucionalizado das relações civis, podemos verificar algumas novas tendências para o âmbito da responsabilidade civil. Os elementos tradicionais que normalmente baseavam a obrigação de indenizar, como a tutela do direito de propriedade e demais direitos subjetivos patrimoniais, cederam lugar à dignidade da pessoa humana, à solidariedade social e à justiça social, princípios agora norteadores do regime da reparação civil.²³

²³ MORAIS, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC RJ, v. 9; n. 29, jul/dez 2006, p. 245.

Com isso, a pessoa do causador do dano deixou de ser o foco principal, sendo que a punição do agente, pertinente ao direito penal, não interferisse na reparação no âmbito cível. A reparação do dano, tutela à vítima do injusto, passou a ser o cerne da questão. Por consequência, houve crescimento enorme do número de hipóteses de danos ressarcíveis e, ainda, certa perda da função moralizadora da responsabilidade civil.²⁴

Ademais, a facilidade de acesso à justiça garantida pela Constituição de 1988 levou à multiplicação sem fim de demandas judiciais com escopo reparatório, gerando até mesmo criação da expressão: “indústria do dano moral”. Infelizmente, a via reversa de tal fenômeno é a banalização do dano moral e a redução dos valores pagos.²⁵

Diante do grande universo de ações, existe tendência de agrupar situações diversas e atribuir-se solução idêntica a estas, causando enorme injustiça, eis que situações realmente graves e violadoras da dignidade da pessoa humana são equiparadas às situações corriqueiras do dia-a-dia, capazes de gerar meros aborrecimentos. Se tudo é dano moral, nada será dano moral.²⁶

Maria Celina Bodin de Moraes sabiamente leciona²⁷:

O alargamento da noção de dano ressarcível, todavia, veio ocorrendo de maneira avassaladora. Com efeito, fala-se hoje em dano ao projeto de vida, danos por nascimento indesejado, dano hedonístico, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de férias arruinadas, dano de morte em agonia, dano de brincadeiras cruéis, dano de descumprimento dos deveres conjugais, dano por abandono afetivo e assim por diante. O aumento desordenado de novas espécies de dano fez surgir o temor, antecipado por Rodotà, de que a “multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência”.

²⁴ MORAIS, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC RJ, v. 9; n. 29, jul/dez 2006, p. 234-237.

²⁵BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? .In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v.2,. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 478/479.

²⁶ Ibid., p.478/479

²⁷ MORAIS, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC RJ, v. 9; n. 29, jul/dez 2006, p. 241.

Mas tal fato não pode impedir que situações realmente merecedoras de reparação passem sem reparação do dano, pois o aumento das demandas representa reforço da cidadania, incremento da defesa de seus direitos e amadurecimento da sociedade.²⁸

Por fim, a mudança de perspectiva do cenário reparatório tem provocado questionamentos acerca do conceito de dano moral.

1.3 Conceito de dano moral

Não resta qualquer dúvida em relação à reparação do dano moral, conforme expressamente disposto no artigo 5º, V e X²⁹ da Constituição da República. O verdadeiro problema não reside em reconhecer o direito à indenização, mas em definir em que consistiria o dano moral. Muitas são as classificações, sendo muito comum a descrição deste como dor, vexame, angústia ou desconforto. Não nos parece a melhor conceituação pois, em verdade, confunde a consequência do dano com o próprio dano.³⁰

O dano moral não está essencialmente atrelado à uma reação psíquica da vítima, sendo plenamente possível a violação à dignidade da pessoa humana sem reação emocional exacerbada. Devemos pensar como a febre em relação à uma agressão orgânica. Havendo agressão, pode aparecer febre ou não. Mas a ausência de febre não significa afirmar a inexistência de qualquer problema.³¹

Exigir detrimento anímico da vítima para reconhecer o direito de indenização é criar requisitos para a sua configuração não essenciais e, mais grave, excluir do rol

²⁸ MORAIS, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC RJ, v. 9; n. 29, jul/dez 2006, p. 242.

²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³⁰ BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? .In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v.2,. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 482.

³¹ CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 83.

de possíveis vítimas diversas pessoas, as quais foi reconhecida a mesma garantia de tutela. São eles os doentes mentais, as pessoas em estados vegetativos ou em estado de coma profundo sem estado de consciência, as crianças, entre outros. Inexiste alguma possibilidade delas serem vítimas? Não acreditamos.³²

Todas as pessoas possuem o direito de ter reconhecida a violação moral, sendo irrelevante a condição de saúde, o estado psiquiátrico, as formações social, cultural ou condição econômica. Ricos ou pobres, todos, possuem a tutela do estado, não existindo diferença quanto ao reconhecimento.³³

Nessa esteira de ideias, em recente julgamento da 3ª Turma, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade de criança recém nascida para pleitear indenização por danos morais:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.

1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

2. Legitimidade do recém-nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.

5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.

6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada.

7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

³² CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 83.

³³ *Ibid.*, p. 83.

8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.³⁴

Em verdade, a exigência de reação da vítima já foi abandonada quando reconhecido o dano moral sem a necessidade de prova, o chamado dano *in re ipsa*³⁵. Logo, se o dano não precisa ser provado, com mais razão ainda deve ser dispensada a comprovação de efeitos negativos psíquicos da vítima.

De acordo com o texto constitucional, insculpido no artigo 1º, III, podemos considerar o dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana. Sérgio Cavalieri Filho entende pelo reconhecimento de direito subjetivo constitucional à dignidade.³⁶ Já Maria Celina Bodin de Moraes nega a condição de direito subjetivo, eis que haveria vinculação à antijuridicidade e restrição aos modelos típicos de direitos subjetivos.³⁷

Nos parece mais adequada a posição de Maria Celina Bodin de Moraes³⁸, considerando o reconhecimento de dano como violação a interesse juridicamente protegido. Explica a autora:

Sob essa perspectiva constitucionalizada, conceitua-se o dano moral como a lesão à dignidade da pessoa humana. Em consequência, “toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente ente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral”. Socorre-se, assim, da opção fundamental do constituinte para destacar que a ofensa a qualquer aspecto extrapatrimonial da personalidade, mesmo que não se subsuma a um direito subjetivo específico, pode produzir dano moral, contanto que grave o suficiente para ser considerada lesiva à dignidade humana. Para essa fundamentação é possível encontrar base na premissa kantiana de que a humanidade das pessoas reside no fato de elas serem racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir – sujeitos, portanto, do discurso e da ação – e, desse modo

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1291247/RJ, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 19.08.2014. Disponível em www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=dano+e+moral+e+recem+e+nascido&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC3, acesso em 19.02.2015.

³⁵ BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? *In*: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v.2,. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 482.

³⁶ CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p 82.

³⁷ MORAIS, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC RJ, v. 9; n. 29, jul/dez 2006, p. 245.

³⁸ *Ibid.*, p. 246/247

será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder servir para reduzir a pessoa (o chamado sujeito de direitos) à condição de objeto. Essa perspectiva desdobra-se nos seguintes postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

De tal sorte, temos como dano moral toda e qualquer lesão à cláusula geral de tutela da pessoa humana, sendo prescindível a tipificação da conduta. Havendo dano, nasce o direito de compensação.³⁹

Ponto relevante e que merece estudo diz respeito à lesão de aspecto da dignidade pela prática de outro aspecto da dignidade, como exemplo, a liberdade de expressão e o direito à vida privada. Diante desse cenário, estaremos enfrentando a colisão de direitos, sendo caso de exercício da ponderação na tentativa de identificar, no caso concreto, qual interesse deve prevalecer.⁴⁰

A finalidade do dano moral também deve ser analisada, buscando qual seria seu caráter, se duplo, compensatório/punitivo ou buscando tão somente a reparação do dano sofrido. A nosso ver, conforme já dito, a Constituição da República de 1988 alterou o sistema de compensação, alterando o objetivo de punição do ofensor para a reparação do dano da vítima.

Com isso, a despeito de inúmeras decisões judiciais citando o duplo caráter da indenização por danos morais, acreditamos ser a vontade do constituinte apenas a reparação do dano, compensando a vítima do injusto, restituindo ela, na medida do possível, ao *status quo ante*.⁴¹

Estamos vivenciando verdadeira distorção do sentido da indenização, fazendo ela cumprir papéis não atribuídos pela Carta Magna, quais sejam: função punitiva,

³⁹ BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? .In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v.2,. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 481.

³⁹ Ibid., p. 481.

⁴⁰ Ibid., p. 481.

⁴¹ Ibid., p. 482.

figura muito aproximada do *punitive damages* do sistema da *common law*, exemplar, se desestimula, instrumento de justiça social, distribuição de renda, entre outros.⁴²

A punição não deve ser a regra. Nada obstante, o aspecto punitivo pode ser admitido em algumas situações, como o dano coletivo e com vítimas incapazes. Efetivamente, a punição do agressor em tais casos irá pesar mais que a restituição da vítima. Como exemplo, podemos pensar em casos de pessoas famosas ajuízam demanda indenizatória e desde já declaram que o destino de eventual condenação será alguma instituição de caridade.⁴³

A condenação *per se* irá ajudar a reparar o dano, passando a ideia de justiça, mas a indenização, o valor pecuniário atribuído, terá outra destinação.

⁴² MORAIS, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC RJ, v. 9; n. 29, jul/dez 2006, p. 255.

⁴³ CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p 99.

2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO ÂMBITO FAMILAR

2.1 Apontamentos gerais acerca das relações familiares e o instituto da responsabilidade civil

Sempre na história da humanidade a família foi considerada a base da sociedade, exatamente por ser julgada como núcleo de poderes religiosos, políticos e econômicos.⁴⁴

Em verdade, a expressão família possui diversas acepções, sendo conceito subjetivo e fluido e, com isso, em modificação constante a depender do contexto social e político e familiar no qual está presente. Não precisamos ir tão além na história para recordar que a família era vista intimamente relacionada com a vida econômica e à procriação. Esses eram os objetivos precípuos da instituição.⁴⁵

Nada obstante, com seu conceito fluido e diante de alterações substanciais verificadas na história da civilização humana ocidental, como o enfraquecimento do poder patriarcal, evolução dos costumes, avanços científicos e a revolução feminista, que permitiu a igualdade entre os sexos, a instituição familiar deixou seu posto de núcleo de poder econômico, social e para procriação.⁴⁶

A sociedade ocidental pós-moderna implica que a família seja local de formação e desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros, com escopo de realização de interesses afetivos e existenciais de seus participantes, não existindo sobreposição dos interesses familiares em detrimento dos interesses individuais. Com isso, a sociedade e o Poder Público necessitam revisitar conceitos antes existentes.⁴⁷

⁴⁴ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

⁴⁵ CASABONA, Marcial Barreto. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: DONNINI, Rogério (COORD.). *Responsabilidade civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 351

⁴⁶ *Ibid.*, p. 351/352.

⁴⁷ *Ibid.*, p.352.

No Brasil, conforme já explanado no capítulo anterior, após a promulgação da Constituição de 1988, o direito civil sofreu profundas alterações em razão da necessidade de adequar-se aos ditames constitucionais e, mais relevante, em privilegiar o valor supremo, a pedra de toque dos direitos fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

E como não poderia deixar de ser, o conceito de “família” também sofreu impacto, alargando-se sensivelmente seu conceito, abarcando situações não previstas em tempos mais longínquos. Não só a dignidade da pessoa humana passou a determinar a relação familiar, por influência direta de tal valorização humana, outros princípios constitucionais passaram a ser aplicados diretamente no âmbito familiar, como da cidadania, ética, solidariedade familiar, igualdade entre homens e mulheres e entre todos os filhos e, de extrema relevância, o reconhecimento e tutela da pluralidade de formas de família.⁴⁸

Em obediência à hierarquia das normas, sendo a Constituição o parâmetro de validade das normas infraconstitucionais, o Código Civil alterou sua concepção da instituição família, não só na sua posição, mas de relevância ímpar, na atividade hermenêutica.

E não poderia ser diferente, vez que princípios uma vez positivados, quer na Carta Magna, quer na legislação infraconstitucional, relevam-se como cláusulas gerais, normas orientadoras, diretrizes genéricas e abstratas, impondo ao Juiz seu preenchimento e aplicação aos casos concretos.⁴⁹

Como resultado de tal evolução e da alteração da mentalidade social, privilegiando a dignidade da pessoa humana, o vínculo da afetividade e a solidariedade entre os membros do grupo familiar, seja entre cônjuges ou conviventes, pais e filhos, passou-se ao reconhecimento de responsabilidade entre esses sujeitos

⁴⁸ CASABONA, Marcial Barreto. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: DONNINI, Rogério (COORD.). Responsabilidade civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 353.

⁴⁹ Ibid., p. 354.

pelos atos cometidos em detrimento de outros, com maior destaque para o dano moral.⁵⁰

E nos parece que não poderia ser diversa tal conclusão, pois os danos provocados dentro das relações familiares tendem a ser mais graves que os praticados por terceiros alheios àquela relação, considerando o grau de intimidade, conhecimento dos aspectos mais íntimos de cada um, dos medos, fraquezas, pontos de vulnerabilidade. Os pontos fracos e o “calcanhar de Aquiles” já são previamente conhecidos pelo agressor, colocando a vítima em situação de maior sofrimento.

E muito se discutiu sobre a aplicação das regras de responsabilidade civil no âmbito familiar, mas não existe qualquer respaldo jurídico ou social para excluir tal possibilidade. Ora, a família não é instituto alheio ao direito, com supressão *interna corporis* das garantias individuais.⁵¹

Como bem ensina a renomada Regina Beatriz Tavares da Silva⁵²:

O Direito de Família, que regula as relações dos cônjuges, dos companheiros e dos pais e filhos, não está num pedestal inalcçável pelos princípios da responsabilidade civil.

Pensamento diverso, ao imaginar que coloca a família num plano superior, na verdade, deixa de oferecer proteção aos membros de uma família, impedindo-lhes a utilização do mais relevante instrumento jurídico, que assegura condições existenciais da vida em sociedade: a reparação civil de danos. Além, os deveres de família seriam transformados em meras recomendações, sem as devidas consequências por sua infração, a favorecer o seu inadimplemento.

Recorde-se, por fim, que os princípios da responsabilidade civil estão dispostos na Parte Geral do Código Civil de 2002, especialmente no art. 186, aplicando-se a todas as partes Especiais deste diploma legal, dentre os quais está o Livro do Direito de Família.

Não suficiente, ao negar-se a possibilidade de responsabilização no âmbito do direito de família poderia provocar-se efeito nefasto, o da reiteração do dano, fato que

⁵⁰ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

⁵¹ *Ibid.*, p. 50.

⁵² TAVARAES DA SILVA, Regina Beatriz. **Responsabilidade civil nas relações de família**. Disponível em: <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=118>. Acesso em 17.02.2015.

de maneira inquestionável irá acelerar o processo de desintegração e falência do ambiente familiar.⁵³

Inclusive, no intuito de estancar qualquer dúvida no tocante à plena aplicação da responsabilidade civil no âmbito do direito de família, o Deputado federal Ricardo Fiuza apresentou o Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, com intuito de modificar a redação do artigo 927 do Código Civil para acrescentar um segundo parágrafo, com a seguinte redação: § 2º. Os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família”.⁵⁴

Na justificativa apresentada pelo projeto, seguindo sugestão da professora Regina Beatriz Tavares da Civil, havia nítida demonstração de preocupação da possível exclusão do âmbito familiar do âmbito da responsabilidade civil. Vale transcrever trecho⁵⁵:

Já que a responsabilidade avança conforme progride a civilização, há necessidade de constante adaptação desse instituto às novas necessidades sócias. Bem por isso, as leis sobre essa matéria devem ter caráter genérico, como a regra a seguir sugerida, e aos tribunais cabe delas extrair os preceitos para aplica-los ao caso concreto. Em suma, não se pode negar a importância da responsabilidade civil, que invade todos os domínios da ciência jurídica, sendo o centro do Direito Civil e de todos os ramos do Direito, tanto de natureza pública quanto privada, por constituir-se em proteção à pessoa em suas mais variadas relações. Dentre as relações de caráter privado destacam-se as familiares em que também devem ser aplicados os princípios da responsabilidade civil, como já reconhecem a doutrina brasileira (...). Embora as relações familiares sejam repletas de aspectos, especialmente pessoais, afetivos, sentimentais e religiosos, envolvendo as pessoas num projeto grandioso, preordenado a durar para sempre, por vezes o sonho acaba, o amor termina, o rompimento é inevitável. Nestas rupturas, são inúmeras as situações em que os deveres de família são violados, com desrespeito especialmente aos direitos da personalidade dos envolvidos nessas relações, a acarretar graves danos aos membros de uma família.

Tão importante quanto à proposição de alteração do Código Civil, foram as

⁵³ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

⁵⁴ MADALENO, Rolf. **O dano moral no direito de família**. In: DELGADO, Mário Luiz. **Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil - volume 5**. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 535.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 535/536.

razões apresentadas para a rejeição da medida, assim explicadas⁵⁶:

O parecer do deputado Vicente Arruda, no substituto já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, rejeitou a inserção, sob o argumento de que: “visa explicitar o óbvio, ou seja, que nas relações de família são aplicados os princípios da responsabilidade civil. Tal regara já nos parece vigente, especialmente em se tratando da interpretação da norma geral do art. 186 do Novo CC.”

Em que pese restar claro a aplicação da regra de responsabilização do âmbito do direito de família, existe divergência na doutrina quanto ao seu cabimento, se somente nos casos em que configurado o ato ilícito, nos artigos 186 e 927 do Código Civil, ou se seria plenamente aplicável nos casos gerais e também nos específicos relacionados às hipóteses de violação aos deveres conjugais previstos no *codex civil*.⁵⁷

Em nosso entender, parecemos mais correta a posição de que somente as hipóteses gerais da responsabilização podem ser fundamento ao pedido de indenização, como se passará a demonstrar em linhas gerais de duas hipóteses bastante comuns de responsabilidade civil no âmbito familiar, quais sejam, indenização por danos morais em razão de divórcio/separação e por rompimento de noivado.

2.2 Responsabilidade civil em razão de divórcio/separação

A possibilidade de responsabilidade civil em razão de divórcio/separação talvez seja a hipótese mais discutida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, até mesmo pela utilização do conceito de culpa em tais situações. A lógica seria até mesmo mais simples: o cônjuge considerado culpado pela separação teria que arcar com indenização por danos morais. Seria assim o aspecto mais correto e justo?

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Marica Celina Bondin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República** – v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 816.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 816.

Em outros países existe legislação específica tratando do assunto, como França, Portugal e o Peru. Já nossa legislação é omissa no tópico, o que geram tamanha discussão.⁵⁸

Devemos ponderar que o conceito de culpa no fim de um relacionamento não se revela adequado pois, em verdade, ambos serão responsáveis pelo sucesso e pelo fracasso do relacionamento. Nesse contexto, a simples ruptura não teria o condão de gerar dever de indenizar.

Aliás, a busca pela culpa no fim de término de um relacionamento pelo Poder Judiciário representa, em verdade, retrocesso nos avanços sofridos no âmbito do direito de família e, também, afronta violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da invasão de privacidade e da intimidade do ex casal.⁵⁹

Fato notório, qualquer relacionamento amoroso pode acabar, assim como o amor. Decepções podem ser sofridas por ambas as partes do final de um relacionamento, mas esse é o risco de amar. A simples frustração das expectativas não pode ser elemento suficiente para gerar o direito à indenização.⁶⁰

Até mesmo porque o medo do pagamento de indenização por fazer perpetuar relações infelizes, e esse não é o intuito do permissivo Constitucional. Como bem elucida Caetano Lagrasta⁶¹:

A perspectiva de ser condenado a pagar uma indenização implica, por parte do algoz, na manutenção do relacionamento falido ou para a vítima, em ver-se constrangida a iniciar mais uma batalha judicial para a fixação e o pagamento de indenização, fator que irá agravar e impossibilitar em retorno à situação anterior, à reconciliação, ou que, a se estabelecer de forma civilizada de separação e de responsabilidade conjunta pelo futuro da prole, vejam-se profundamente prejudicadas.

⁵⁸ CASABONA, Marcial Barreto. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: DONNINI, Rogério (COORD.). Responsabilidade civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 360.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 363.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 362.

⁶¹ LAGRASTA, Caetano. **Dano moral no direito de família**. Revista do Advogado, São Paulo, ano 27, n.91, p.27, maio/2007.

O doutrinador Sílvio de Sálvio Venosa⁶² também elucida bem as complicações que podem ser geradas com a ampliação excessiva do dever de indenizar:

No entanto, a nosso ver, um alargamento em excesso desse conceito pode trazer mais um elemento a dificultar o casamento, essa instituição por si só problemática e cada vez menos emblemática na sociedade. A sentença de uma separação ou divórcio litigioso por si só já é uma tragédia. Como se nota, resta dificultoso nessa matéria identificar quais os danos que devem efetivamente ser indenizados, os quais, somente no caso concreto, os princípios gerais da responsabilidade civil e principalmente o bom senso do magistrado poderão definir, tanto no casamento na união estável.

Mas isso não implica negar o direito de indenização em qualquer situação de rompimento de casamento/união estável. Julgamos que somente às situações que extrapolam os limites normais de uma separação poderão ser reparadas a título de danos morais. Sílvio Venosa⁶³ explica: *“Deve ficar claro que o direito à indenização surge em situações patológicas”*.

Imprescindível o preenchimento de todas os requisitos ensejadores da responsabilidade civil para o deferimento de pedido indenizatório. De tal sorte, nos casos de agressões físicas, atentado à vida do cônjuge, transmissão dolosa de moléstia grave, filhos havidos fora do casamento, entre outros, podem dar ensejo ao dever de indenizar.⁶⁴

Nesse sentido, cabe verificar interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios⁶⁵:

⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil** – Coleção Direito Civil – v. 4. 13. ed. São Paulo: Atlas: 2013. P. 299/300.

⁶³ Ibid., p. 300.

⁶⁴ CASABONA, Marcial Barreto. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: DONNINI, Rogério (COORD.). Responsabilidade civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 364.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação cível nº 0065952-39.2009.8.07.0001, da 5ª Turma Cível, Brasília, DF, em 06.07.2011. Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>, acesso em 21.02.2015.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL E FILHO FORA DO CASAMENTO. PERDÃO DA ESPOSA. TÉRMINO DO CASAMENTO DECORRENTE DO DESGASTE E DA FALTA DE AMOR. DESCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO NO CASO CONCRETO.

1. O mero descumprimento dos deveres conjugais não garante, por si só, a reparação por dano moral.

2. No caso dos autos, a relação conjugal não se desfez em virtude do descobrimento da infidelidade do marido e da existência de um filho da relação extraconjugal, tanto é que a apelante tentou de todas as formas, mesmo ciente dos fatos, a manutenção do casamento. Assim, se a infidelidade não foi o motivo gerador do término do casamento, mas, sim, o fim do amor, do carinho e do interesse do marido em se manter casado, possível de acontecer, aliás, em qualquer relação afetiva, não existiu, portanto, fatos vexatórios ou que exorbitam a normalidade da dor da separação, de modo a ensejar violação aos direitos da personalidade da apelante. Dessa forma, afigura-se inviável o pagamento de indenização por dano moral.

3. Precedente desta Corte. 3.1 "(...) 3. A jurisprudência mais responsável com a natureza jurídica do dano moral caminha no sentido de que a imposição do dever de reparar tem espaço apenas em casos particulares, quando do rompimento da relação há mais que abalo sentimental, sendo necessária a repercussão grave nos atributos da personalidade. Ou seja, a infidelidade, por si só, não gera, via de regra, causa de indenizar, apenas configurando dano moral a situação adúltera que ocasiona grave humilhação e exposição do outro cônjuge. Interpretação de julgados do e. STJ e deste TJDF. (...) 5. Apelação, na parte conhecida, a que se dá provimento" (in (20050111181703APC, Relator J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, DJ 06/05/2009 p. 147).

4. Recurso conhecido e desprovido.

Acertada a decisão do Tribunal, considerando o estudo profundo dos requisitos da responsabilidade civil e, mesmo tendo ocorrido fato grave na constância do casamento, a separação ocorreu pelo fim do amor. Nesse raciocínio, ensina Regina Beatriz Tavares da Silva⁶⁶: *“Note-se que o desamor, por si só, não gera o direito à indenização, já que amar não é dever jurídico, inexistindo ato ilícito na falta de amor”*.

2.3 Responsabilidade civil em razão de rompimento de noivado

Outra questão que ganha grande discussão no âmbito da responsabilidade do

⁶⁶ TAVARAES DA SILVA, Regina Beatriz. **Responsabilidade civil nas relações de família**. Disponível em: <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=118>. Acesso em 17.02.2015.

direito civil é a indenização por danos morais em virtude de rompimento de noivado. Sabido, o noivado constitui a fase preliminar ao matrimônio, período no qual os sujeitos podem aprofundar o conhecimento sobre o outro e estabelecer planos para a futura vida a dois.

De se ver a queda da importância de tal período na sociedade moderna, especialmente quando os noivos pensam em termos práticos e decidem a coabitação provisória antes do casamento para testar a convivência. A aliança na mão direita vem ficando rara, mas a nosso ver, quer com aliança, quer com coabitação, não há como questionar os efeitos civis decorrentes de tal compromisso, exatamente pela tutela da confiança.⁶⁷ Mas tal fato seria suficiente para ensejar o pagamento de indenização?

Antigamente o noivado era chamado de sponsais, constituindo-se em contrato escrito pelo qual os noivos se comprometiam a contrair matrimônio, inclusive fixando prazos e condições, verdadeira promessa de contratar. Por óbvio, quando a existência de tal instituto o rompimento do contrato de noivado geraria pleno direito ao ressarcimento⁶⁸. No ponto, cabe destacar recente julgamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁶⁹ em posição contrária, com a qual discordamos:

EMENTA: INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. ROMPIMENTO NOIVADO. PRÉ-CONTRATO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DESPESAS DECORRENTES DO CANCELAMENTO DO CASAMENTO. RESPONSABILIDADE DOS NUBENTES. VALORES REFERENTES AO IMÓVEL ADQUIRIDO. RECURSOS EXCLUSIVOS DO RÉU. RESSARCIMENTO À AUTORA. IMPOSSIBILIDADE.

Conforme dispõe o art. 422 do Código Civil: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

Considerando que a boa-fé orienta os contratos, ela também deverá ser observada no pré-contrato, que na hipótese em exame é o noivado. Assim, não restam dúvidas de que as expectativas geradas em torno do referido noivado também geram efeitos jurídicos, dentre

⁶⁷ ZULIANI, Ênio Santarelli. **Direito de família e responsabilidade civil**. Revista do Advogado, São Paulo, ano 31, n.112, p.32, julho/2011.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 120.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 1135711-65.2011.8.13.0024, da 16ª Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, em 27.11.2014. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=17&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=dano%20e%20moral%20e%20rompimento%20e%20noivado&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 21.02.2015.

eles, danos morais e materiais, em virtude do seu rompimento. Segundo dispõe o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do direito pleiteado.

No caso em apreço, competia à autora demonstrar que contribuiu financeiramente para a aquisição do imóvel, nos termos alegados na inicial, o que não ocorreu. Logo, resta claro que a recorrida não se desincumbiu do seu ônus processual, razão pela qual a reforma da sentença é medida que se impõe.

Urge destacar que, a despeito da posição exarada no precedente jurisprudencial acima citado, nosso direito moderno não mais abarca a figura dos esponsais, sendo que o noivado significa tão somente intensão em casar, não em obrigação, podendo ser desfeito a qualquer momento. Devemos adotar a mesma regra para os casamentos. A ruptura pode gerar sofrimento profundo, mas tal fato é inerente à condição humana, ao risco de relacionar-se. Nesse mesmo sentido, outro julgado do mesmo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁷⁰

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CASAMENTO MARCADO. ROMPIMENTO DE NOIVADO. PRAZO RAZOÁVEL PARA DESFAZIMENTO DOS COMPROMISSOS. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO VEXATÓRIA. ENLACE MATRIMONIAL. IMPRESCINDÍVEL MANIFESTAÇÃO DA LIVRE VONTADE. DANOS MORAIS NÃO INDENIZÁVEIS. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS. CABIMENTO. QUIESCÊNCIA E CONCORDÂNCIA TÁCITA DO REQUERIDO COM OS CONTRATOS FIRMADOS PELA REQUERENTE. APURAÇÃO DE VALORES. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

O noivado, embora simbolicamente implique um compromisso assumido pelos noivos de futuro enlace matrimonial, não pode significar a impossibilidade de rompimento desse compromisso por uma das partes, passível de ser considerado ato ilícito passível de indenização por danos morais, eis que nem mesmo o matrimônio, consagrado no civil e no religioso, onde as partes assumem, literalmente, obrigações uma com a outra, quando simplesmente desfeito gera tais danos

Todo compromisso amoroso, seja em que circunstância for, tem riscos de desfazimento, e as partes, ao assumirem tal compromisso também assumem os riscos, de modo que o fim do romance, do namoro, do

⁷⁰ : BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 0268548-92.2012.8.13.0145, da 17ª Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, em 21.02.2013. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=17&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=dano%20e%20moral%20e%20rompimento%20e%20noivado&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 21.02.2015

noivado ou do casamento não pode ser imputado como ato ilícito da parte, a menos que o caso concreto demonstre situações singulares onde o causador do fim do relacionamento tenha, efetivamente, impingido à outra uma situação vexatória, humilhante e desabonadora de sua honra, o que, aqui, não ocorreu.

Assim, em princípio, o só rompimento da relação não gera obrigação de indenizar por danos morais, de balde os danos materiais, obviamente, sejam devidos, mormente quando houve concordância do requerido em relação aos compromissos financeiros assumidos pela requerida para a realização do matrimônio

Com isso, a sentença deve ser parcialmente mantida em seu mérito, com a ressalva de que os valores devidos devam ser apurados em liquidação de sentença.

Somente nos casos em que houver exacerbação dos efeitos da ruptura, com a direta afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, poderá ser deferida indenização por danos morais. E de maneira evidente que todas as condições específicas do caso deverão ser pesadas pelo Juiz quando do julgamento da demanda.

Por fim, mesmo não sendo o escopo do presente estudo a observância do pagamento de indenização por danos materiais, em situações como tais, caso haja prova efetiva de compromissos financeiros para a futura boda e vida a dois, poderá haver condenação ao pagamento de danos materiais.

3. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DO ABANDONO AFETIVO

3.1 Considerações gerais acerca da responsabilidade civil entre pais e filhos

Conforme já exposto, após a Constituição da República de 1988 os conceitos civis tiveram que ser revisitados, em decorrência da elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor de orientação e determinação de todo o ordenamento jurídico. Nessa esteira, a responsabilidade civil por danos morais teve seu campo de incidência bastante ampliado, passando a analisar casos sequer imaginados em tempos passados.

E dentre essa nova categoria de danos morais encontram-se os danos morais devidos aos filhos pelos pais, hipóteses que devem ser avaliadas com bastante cautela, porquanto, diversamente do que ocorre em casos de indenização por divórcio/separação ou rompimento de noivado, a responsabilização por danos morais entre pais e filhos envolve, em geral, incapazes, mais suscetíveis aos abalos psicológicos e em fase de desenvolvimento físico e moral.

Ao tempo da edição do antigo Código Civil, o esposo e pai era o verdadeiro e inquestionável chefe da família, cabendo à esposa e aos filhos obedecer o poder paterno e não questioná-lo, mantendo a paz, a harmonia e a felicidade familiar.⁷¹

Nesse contexto, de pai patrão dos filhos, era inimaginável a tentativa de impor o dever de ressarcimento por danos morais intrafamiliar, eis que a hierarquia e a necessária subordinação ao provedor da família eram reconhecidas pela lei e, ainda, pela realidade social da época.⁷²

Com a remodelação da família e dos direitos individuais, considerando a dignidade da pessoa humana como cerne central de qualquer discussão, não existe

⁷¹ MADALENO, Rolf. **O custo do abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>. Acesso em 22.02.2015.

⁷² Idib., p.3.

mais espaço para esse papel de pai ditador inquestionável e imune à responsabilidade de seus atos. Isso porque, a relação paterno-filial nasce de uma escolha, de ato de vontade dos pais, tanto no caso de fecundação natural ou artificial, quanto na adoção e, dessa maneira, nascem deveres e obrigações para os genitores, respondendo pelas suas ações e omissão no que tange sua prole.⁷³ Esses deveres estão insculpidos no artigo 1.634, I e II do Código Civil⁷⁴, entre eles encontra-se o dever de criar, educar e conviver.

Não se discute a obrigação legal de manutenção das necessidades materiais dos filhos, até que atinjam a capacidade civil e tenham condições próprias de se manterem, sendo o caso do devedor de alimentos inclusive a única razão para a prisão civil.⁷⁵

No mais, o estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º, 4º e 5º⁷⁶, garante à criança à proteção de seus direitos fundamentais, impondo à família o dever de assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do menor.⁷⁷

⁷³ MOYSÉS, Helena Carvalho. **O abandono afetivo dos filhos e a possibilidade de compensação por danos morais.** Revista Jurídica De Jure, v.11, n. 19, jul./dez. 2012, p. 268.

⁷⁴ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos;

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584

⁷⁵ MOYSÉS, Helena Carvalho. **O abandono afetivo dos filhos e a possibilidade de compensação por danos morais.** Revista Jurídica De Jure, v.11, n. 19, jul./dez. 2012, p. 268.

⁷⁶ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
 b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
 c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
 d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

⁷⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos.** In: DELGADO, Mário Luiz. Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil - volume 5. São Paulo/SP/Brasil: Editora Método, 2006. p.467.

Também a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 7^o⁷⁸, reconhece de maneira explícita o que já foi abordado em momento anterior, no que tange ser o núcleo familiar o ambiente para a tutela da dignidade da pessoa humana de cada um dos seus membros. Os artigos 227⁷⁹ e 229⁸⁰ de maneira igual preveem o dever de proteção da criança, especialmente pela família.

Logo, não se questiona o dever dos pais, mas tão somente as consequências de seus atos, se já existem sanções civis já legalmente previstas no ordenamento jurídico ou se o instituto da indenização por danos morais poderia ser a melhor solução para o problema.

Em se tratando de responsabilidade civil, por óbvio, todos os requisitos essenciais devem restar preenchidos, quais sejam dano, nexos causal e a culpa. Julgamos que a culpa desse, sim, estar presente, pois admitir a responsabilidade objetiva nas relações entre pais e filhos seria interpretação ao artigo 933 do Código Civil reconhecendo o fato de gerar filhos como atividade de risco a direitos alheios.⁸¹ O ato ilícito deve restar presente.

Releva consignar que nas relações familiares, permeadas de altíssimo grau de subjetividade, a identificação da presença de tais elementos é bastante difícil, pois necessita-se do olhar do julgador voltado à compreensão dos sentimentos.⁸²

⁷⁸Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

⁷⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

⁸⁰ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁸¹ BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? .In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v.2., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 487.

⁸² MOYSÉS, Helena Carvalho. **O abandono afetivo dos filhos e a possibilidade de compensação por danos morais**. Revista Jurídica De Jure, v.11, n. 19, jul./dez. 2012, p. 269.

E a questão da indenização por danos morais em razão de abandono afetivo é ainda mais complexa e delicada, merecendo ser analisada com cautela e sem defesas apaixonadas e sem análise concreta das consequências.

3.2 Dos princípios da afetividade, da solidariedade familiar e da autonomia privada

Antes de adentrarmos especificamente no conceito de abandono afetivo, devemos enfrentar conceitos e questões intrinsicamente relacionadas ao tema, quais sejam, os princípios da afetividade, da solidariedade familiar e da autonomia privada.

O afeto talvez seja uma das questões mais discutidas no âmbito do direito de família. De fato, hoje permanece praticamente unânime na doutrina ser o afeto o principal fundamento das relações familiares, bastando lembrar que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo parentalidade socioafetiva mesmo sendo em detrimento do vínculo biológico⁸³, como podemos verificar por esse julgado do Superior Tribunal de Justiça⁸⁴:

REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro", a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança.

⁸³ CASABONA, Marcial Barreto. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: DONNINI, Rogério (COORD.). Responsabilidade civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 357.

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 709608; da Quarta Turma, em 05.11.2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=200401746167&dt_publicacao=23/11/2009. Acesso em 22.02.2015.

2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza.

3. "O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil" (REsp n. 878.941-DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.9.2007).

4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil.

5. Recurso especial provido.

A defesa do afeto nas relações familiares revela-se muito importante no meio social, a demonstrar a superação de ponto de vista exclusivo patrimonial, mas cumpre registrar que na Carta Magna, repetidas pelas normas infraconstitucionais, não há previsão da afetividade como direito fundamental e, dessa forma, não nos parece um direito a ser tutelado juridicamente.

Mas tal posição não implica em negar a relevância do amor nas relações entre as famílias. Os pais teriam a obrigação natural de amar seus filhos e, tratando-se de obrigação natural, eventual inadimplemento não pode exigir seu cumprimento⁸⁵. Nessa esteira de ideais, podemos considerar o afeto como uma verdadeira obrigação? Obrigação de amar e ser correspondido? Acreditamos que não.

Já em relação à solidariedade familiar, impõe-se anotar ser decorrente do princípio da solidariedade social, insculpida no artigo 3º, I, da Constituição da

⁸⁵ RODRIGUES, João Gaspar. **A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização**. Revista Jurídica de Jure, v. 12, n. 20, jan./jun. 2013 p. 174

República⁸⁶ Juntamente com a dignidade da pessoa humana, tais princípios constituem-se núcleo principal da organização política, cultural e jurídica no Brasil.⁸⁷

Aplicando ao âmbito da família, o referido conceito jurídico implica em cooperação e respeito entre seus entes, sendo os deveres de cada um com ou outros membros. No plano dos fatos, podemos considerar a solidariedade como compartilhamento de afeto.⁸⁸

De tal forma, devemos considerar observada a solidariedade quando existir cuidado entre os pais e filhos, não obstante, não vislumbramos a possibilidade de exigir a solidariedade no sentido de compartilhamento de afeto, pois o afeto é dever natural, não podendo ser imposto e exigido.

Outro aspecto de extrema relevância relacionado à questão do abandono afetivo alcança a autonomia privada. Nesse passo, interessa transcrever o pensamento de João Gaspar Rodrigues⁸⁹:

Inicialmente, pergunta-se se pode o estado, direta ou indiretamente obrigar o indivíduo a ser bom ou mau, amoroso ou desamoroso, afetuoso ou indiferente. Se ele é capaz de dizer por qual escala moral deve o indivíduo medir seu comportamento, enfim, se pode o Estado impor um padrão moral à sociedade e ao indivíduo.

E mais a frente conclui o pensamento:

O estado é uma criação jurídica e moral da sociedade, uma simples delegação do país (um subordinado pouco confiável, que tem de ser controlado e atrelado a limites preciosos), encarregada da manutenção das leis e do custeio de encargos gerais da comunidade (ORTIGÃO, 1887, p. 194; SCHMITT, 2009, p. 66). A direção moral do indivíduo e da sociedade não pode, de modo algum, caber ao estado (por quaisquer das suas formas de expressão de poder: Estado-administrador, Estado-juiz ou Estado-legislador). É unicamente à

⁸⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

⁸⁷ CASABONA, Marcial Barreto. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: DONNINI, Rogério (COORD.). Responsabilidade civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 357

⁸⁸ Ibid., p. 357/358.

⁸⁹ RODRIGUES, João Gaspar. **A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização**. Revista Jurídica de Jure, v. 12, n. 20, jan./jun. 2013 p. 169.

família, à sociedade, e por óbvio, ao próprio indivíduo que ela compete. O dever ético não se incute como a gramática na aula ou exercício militar na caserna.

Admitir a interferência direta do Estado na esfera moral do individual seria aceitar o totalitarismo estatal, o domínio total da esfera pública sobre a esfera privada e renegar a democracia que tem na autonomia, na liberdade e da dignidade humana, sua pedra angular. Retirar a autonomia moral do homem equivale a privar-lhe de liberdade, a torná-lo um autômato. Sabemos que a liberdade de escolher entre o certo ou o errado (o poder de autolegislação moral) é o que torna o homem um agente moral (livre, portanto).⁹⁰

Partindo da ideia de respeito autonomia privada, voltamos novamente à questão de obrigação ao afeto entre pais e filhos, que deveria ser natural. Mas se não ou é, não nos parece legítimo impor a obrigação de amar.

3.3 Do conceito de abandono afetivo

Passados pelos institutos essenciais para análise mais completa o tema, necessária se faz a definição do abandono afetivo. Tarefa bastante difícil a conceituação de tal tipo de dano, a considerar que não classificamos o moral como sofrimento, angústia, humilhação ou vexame. Como afirmado, esses sentimentos podem ser a consequência do dano, não a própria violação de interesse protegido.

Tendo isso em conta, buscamos o conceito nos ensinamentos do doutrinador Rolf Madaleno⁹¹, para o qual o abandono afetivo consistiria na omissão injustificada dos pais na criação e convívio dos filhos, tanto no aspecto material como no aspecto emocional, apto a provocar danos psíquicos pela ausência de afeto na formação da pessoa, violando a personalidade do indivíduo.

⁹⁰ Ibid., p. 170

⁹¹ MADALENO, Rolf. **O custo do abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>. Acesso em 22.02.2015

Partindo de tal premissa, passamos a analisar o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil para eventual condenação ao pagamento de indenização por danos morais em razão de abandono afetivo.

3.4 Do preenchimento dos requisitos do dever de indenizar nos casos de pleitos de indenização por dano moral em razão do abandono afetivo

Conforme já dissemos no, em se tratando de responsabilidade civil, por óbvio, todos os requisitos essenciais devem restar preenchidos, quais sejam dano, nexo causal e a culpa.

Ressalte-se que a culpa deve, sim, estar presente, pois admitir a responsabilidade objetiva nas relações entre pais e filhos seria interpretação ao artigo 933 do Código Civil reconhecendo o fato de gerar filhos como atividade de risco a direitos alheios.⁹²O ato ilícito deve restar presente.

3.4.1 Dano

Como acima descrito, o abandono afetivo, consistente na omissão injustificada de um dos pais na criação e desenvolvimento dos filhos, provocaria nos filhos danos psicológicos de difícil reparação, com comprometimento na formação e desenvolvimento emocional e social da vítima do abandono.

Inicialmente, entendemos ser difícil a caracterização do dano pleno, considerando que o fato de um dos pais não ser presente na vida do filho, nem sempre causará problemas em sua formação. Já no entender de Maria Berenice Dias⁹³, a omissão do pai perante o filho, deixando de prestar a assistência material e emocional produz danos morais que devem ser indenizados, sendo que as sequelas podem ser permanentes e insuperáveis.

⁹² BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? .In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v.2., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 487.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 416

Esse não nos parece a melhor conclusão. Caso consideremos que somente com a presença de ambos os pais a criança poderá crescer saudável, feliz e equilibrado negaríamos a existência e a tutela constitucional das famílias monoparentais. Estaríamos estabelecendo aprioristicamente que um dos pais não tem condição de criar filhos sadios, existindo nítida hierarquia entre as famílias tradicionais e as famílias monoparentais, o que não se admite em nosso ordenamento jurídico.⁹⁴

Outro questionamento seria interessante, ocorria nos casos de fertilização artificial mediante coleta de sêmem em banco anônimo de doares. As crianças cresceriam em famílias monoparentais e não saberiam a identidade em razão do anonimato do doador. Os filhos não poderiam pleitear indenização para a mãe, pois foi ela a responsável pela impossibilidade de conhecimento do pai e desenvolvimento de afeto com ele?⁹⁵

Ademais, deve-se perquirir qual seria a prova de tal dano. Nos casos já julgados sobre o tema, foram adotados laudos periciais para apurar a existência do dano. Mas qual que seria a patologia psicológica provocada pelo abandono afetivo? Em inúmeros casos, crianças abandonadas por um dos pais desenvolve-se normalmente, buscando até mesmo superar limites para não repetir eventuais erros cometidos pelos pais. Adotam o modelo de negação, ou seja, e não apresentam sintomas psicológicos.

Mas mesmo admitindo o dano moral nesse caso como dano *in re ipsa*, o grau de subjetivismo que revestirá o julgamento da demanda prejudicará a análise. Isso porque, existem famílias que os ambos os pais realizam enorme esforço possível para criar os filhos da maneira que consideram correto, mas se perdem ao longo do caminho e podem causar traumas à personalidade da prole.⁹⁶

Em tal hipótese, o Estado Juiz ou um laudo pericial poderiam afirmar qual foi o erro cometido, realizando verdadeira avaliação de desempenho dos pais, como se

⁹⁴ BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? .In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v.2., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 487

⁹⁵ Ibid., p. 489.

⁹⁶ Ibid., p. 492.

houvesse receita certa na criação dos filhos, sendo que obtenção de notas baixas ensejariam o dever de indenizar.⁹⁷ Não conseguimos adotar tal ideia.

Nesse contexto, julgamos ser bastante problemática a caracterização do dano em casos de suposto abandono afetivo.

3.4.2 Do nexo de causalidade

Também o reconhecimento do nexo de causalidade na espécie enfrentará sérios problemas para a sua efetiva comprovação. Isso porque, inúmeras são as situações que, aliadas ao suposto abandono, poderiam contribuir para a ocorrência do dano. Não podem ser ignorados as predisposições genéticas, as condições econômicas, sociais e da família em que o filho está inserido. E como serão isoladas tais condições, quer por laudo pericial, quer pela decisão do próprio Juiz? Nos parece tarefa árdua e com enormes chances de subjetividade extrema.⁹⁸

E se dentro de uma mesma família, filhos criados de igual maneira e um cresce desajustado pela suposta ausência de carinho, afeto, cuidado e respeito? Aí reside a comprovação do nexo de causalidade, dificuldade até mesmo reconhecida pelos defensores do pleno cabimento da indenização por abandono afetivo.⁹⁹

Expressando a dificuldade em verificar a existência do nexo de causalidade, vale citar precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios¹⁰⁰:

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. MEIO NÃO CABÍVEL PARA COMPENSAR OU SANCIONAR A AUSÊNCIA DE SUPORTE MATERIAL OU AFETIVO.

1. Incabível indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo quando não for possível aferir-se a efetiva ocorrência de prejuízo moral causado pela ausência do pai ou não comprovado ato ilícito, notadamente porque não restaram violados quaisquer direitos da personalidade. Precedentes do TJDF e do STJ.

2. O ordenamento jurídico, conquanto possa garantir à autora os direitos decorrentes da filiação, tais como pensão alimentícia, nome,

⁹⁷ Ibid., p. 492.

⁹⁸ Ibid., p. 493.

⁹⁹ Ibid., p. 494.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação cível nº 20080710316235, Quarta Turma Cível, em 06.09.2011. Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 22.02.2015

direitos sucessórios - passíveis de obtenção pelas vias adequadas, não exige do genitor a obrigação de amor, carinho e afeto, que são sentimentos que somente se desenvolvem com o convívio no seio familiar, mormente porque a situação delineada nos autos aponta exatamente a dificuldade de aproximação de ambos.

3. Recurso conhecido e desprovido.

Interessa verificar as razões apresentadas no voto do Desembargador Relator, Sandonal Oliveira¹⁰¹:

É certo que a presença dos pais na educação dos filhos é fator determinante para a sua formação pessoal e profissional. Todavia, em que pese todos os abalos transtornos e prejuízos que venham os filhos a sofrer, o afeto, amor e carinho não são obrigações que possam ser juridicamente exigíveis dos genitores.

Por outro lado, também não é possível constatar se a presença do pai efetivamente contribuiria de forma positiva para a construção do perfil psicológico da autora/apelante.

Diante dessa constatação, indaga-se: em uma situação hipotética seria exigível também a reparação por danos morais do pai que, apesar de fisicamente presente, não participasse ativamente do cotidiano dos filhos, acompanhando de perto a sua formação cultural e moral?

Tal quadro leva à conclusão de que o direito vindicado pela autora depende de um juízo hipotético, na expectativa de que a presença da figura paterna, acaso se pautasse pelos ditames éticos, morais e legais no exercício do poder familiar, bastaria a minimizar qualquer transtorno psicológico por ela sofrido.

Ocorre que o direito à reparação moral não pode se escorar em meras expectativas, notadamente ao se considerarem as circunstâncias do caso concreto. A questão foi bem abordada na sentença guerreada pelo Magistrado *a quo* (fl. 165), cujo teor peço vênia para transcrever *verbis*:

“Neste contexto, é impossível aferir se a participação do requerido na formação da autora seria positiva, mormente em face da dificuldade do réu separar a relação com sua filha do conturbado vínculo com a genitora desta, bem como da vontade de ocultar da sua esposa a prova de que cometeu adultério”.

Impende salientar, ainda, que o ordenamento jurídico, conquanto possa garantir à autora os direitos decorrentes da filiação, tais como pensão alimentícia, nome, direitos sucessórios – passíveis de obtenção pelas vias adequadas, não exige do genitor a obrigação de amor, carinho e afeto, que são sentimentos que somente se desenvolvem com o convívio no seio familiar, mormente porque a

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação cível nº 20080710316235, Quarta Turma Cível, em 06.09.2011. Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 22.02.2015

situação delineada nos autos aponta exatamente a dificuldade de aproximação de ambos.

Efetivamente, nos parece que em grande parte dos casos os julgamentos seriam embasados em juízos hipóteses de isolamento de todas as demais causas que podem contribuir para o dano e análise hipotética de que a pessoa seria completamente diferente, mais equilibrada, não fosse o fato do abandono afetivo.

3.4.3 O ato ilícito e a culpa

Talvez um dos pontos principais para o presente estudo seja a definição do ato ilícito. Seria ele a violação aos deveres dos pais previstos na Constituição da República e na legislação civil ou o ato de não amar ou não demonstrar amor ao filho?¹⁰²

A doutrinadora Regina Beatriz Tavares da Silva¹⁰³, sustenta: “*O afastamento voluntário e injustificado do pai é violação ao dever de ter o filho em sua companhia. Essa conduta desrespeita o direito do filho à convivência familiar*”.

Ou seja, o ato ilícito consistiria na não observância aos direitos legais dos filhos, provocando o abandono. Mas não há como negar que já existe previsão legal de perda do poder familiar como punição para abandono da prole, segundo disposto no artigo 1.638, II¹⁰⁴ do Código Civil. Nesse sentido, precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais¹⁰⁵:

¹⁰² BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? .In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v.2., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 487

¹⁰³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos**. In: DELGADO, Mário Luiz. Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil - volume 5. São Paulo/SP/Brasil: Editora Método, 2006. p.467

¹⁰⁴ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

II - deixar o filho em abandono;

¹⁰⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Civil nº 1.0346.06.012788-0/001, 4ª Câmara Cível, em 28/01/2010. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totaLLinhas=11&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=culpa%20e%20abandono%20e%20afeti>

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - ABANDONO AFETIVO E MORAL - ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL. - A perda ou a destituição do poder familiar é a sanção mais grave imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos. Nesta linha de raciocínio, o Código Civil de 2002, prescreve em seu artigo 1.638 as hipóteses em que perderá o poder familiar o pai ou a mãe, ou, ambos, se comprovados a falta, omissão ou abuso em relação aos filhos. - Restando configurada a ausência de devida assistência e o abandono familiar, moral, médico hospitalar, e outros tantos cuidados necessários na criação de crianças, seres humanos ainda em formação, de se julgar procedente a ação de destituição de Poder Familiar ajuizada pelo Ministério Público, em desfavor dos pais negligentes.

De acordo com doutrinadores, a perda do poder familiar poderia consistir em verdadeiro benefício a depender da situação. Em que pese a tese de defendida, não podemos perder de mente que foi o legislador quem fez a previsão de penalidade, sendo que cairíamos novamente em esfera de enorme subjetividade para avaliar a suficiência ou não da medida.

Nesse raciocínio, seria o ato ilícito o fato de não amar ou não demonstrar amor. Devemos retomar aos princípios da afetividade e da autonomia privada, pelos quais asseveramos não ser possível reconhecer o afeto como dever, constituindo-se em obrigação natural, impossível de exigir seu cumprimento. Na linha de raciocínio, veja-se o seguinte julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - REQUISITOS - INEXISTÊNCIA - DANOS MATERIAIS - COBRANÇA RETROATIVA - DESCABIMENTO. - Tratando-se de responsabilidade civil, haverá dever de indenizar se comprovados o dano, a culpa e o nexo causal entre eles. - O abandono afetivo dos pais em relação ao filho, embora moralmente condenável, não caracteriza dano passível de reparação pecuniária. - É descabida a cobrança por danos materiais decorrentes de pensão alimentícia relativa a período anterior à data da fixação dos alimentos na ação própria.¹⁰⁶

vo%20&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar &. Acesso em 23.02.2015.

¹⁰⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Civil nº 1.0105.05.145297-4/001, 10ª Câmara Cível, em 22.05.2012. Disponível em

Mais complexo se torna a ausência de demonstração do amor. Como poderia ser medido? Isso porque, o amor se apresenta de diversas maneiras, sendo praticamente impossível defini-lo para, de tal forma, reconhecer a sua ausência. Uma vez mais, interessa recorrer aos ensinamentos de Regina Beatriz Tavares da Silva¹⁰⁷:

Aliás, o amor é um sentimento que não tem definição. Se perguntarmos a várias pessoas o que é o amor, alguns ficarão perplexos com a pergunta e não saberão responde-la e outros responderão das mais diversas formas.

Basta imaginarmos uma situação em que o pai cumpre todos os seus deveres como genitor, participa das decisões relativa à vida dos filhos, busca sempre o que considera de melhor para a prole, mas mantém distância emocional, sem demonstrar gesto carinhoso? Esse pai poderia ser considerado como causador de abandono afetivo?¹⁰⁸ Intrincada pergunta, a qual não permite resposta fácil e sem diversas ponderações.

Já no tocante à culpa, jamais poderíamos considerar desnecessário a demonstração da culpa. Conforme já defendido em momento anterior, o elemento culpa deve estar presente para a configuração do dever de indenizar em razão de suposto abandono afetivo, considerando na impossibilidade de tratar a questão como caso de responsabilidade objetiva. Admitir a responsabilidade objetiva nas relações entre pais e filhos seria interpretar o artigo 933 do Código Civil reconhecendo o fato de gerar filhos como atividade de risco a direitos alheios, o que está longe de ser a realidade¹⁰⁹.

Talvez seja o elemento essencial para nascer o direito à reparação civil de mais fácil demonstração, se considerarmos o ato ilícito como não observância os ditames

¹⁰⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos**. In: DELGADO, Mário Luiz. Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil - volume 5. São Paulo/SP/Brasil: Editora Método, 2006. p.466

¹⁰⁸ BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? .In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v.2., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 487

¹⁰⁹ BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? .In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v.2., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 487.

legais e constitucionais relacionados aos deveres dos pais perante os filhos. Se considerarmos como afeto ou fato de demonstração, a sua comprovação é bastante complexa e com altíssima carga de subjetividade.

Mas mesmo a demonstração de culpa como suposta violação aos deveres pode apresentar nuances de difíceis distinção, para averiguar a voluntariedade da ação ou omissão. Isso porque, não são raros os casos em que o pai não sabe da existência do filho, reside em local diverso e não possui recursos financeiros para manter visitas constantes, não consegue manter contato com o filho em razão de má relação com o outro genitor, afasta-se por exigência de seu novo cônjuge/companheiro ou de novo cônjuge/companheiro do outro genitor.¹¹⁰

Sobre a necessidade de tal análise para caracterizar-se o dever de indenizar, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO.

- 1.A indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo somente é viável quando há um descaso, uma rejeição, um desprezo pela pessoa por parte do ascendente, aliado ao fato de acarretar danos psicológicos em razão dessa conduta.
2. O fato de existir pouco convívio com seu genitor não é suficiente, por si só, a caracterizar o desamparo emocional a legitimar a pretensão indenizatória.
3. Embargos desprovidos.¹¹¹

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

- 1.A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, mas em situação excepcional. A exemplo da arquitetura jurídica construída para que o reconhecimento do dano moral não representasse a monetarização dos direitos da personalidade, igual entendimento serve à pretensão de compensação por abandono afetivo. Não se trata, de modo algum, de quantificar o amor ou o afeto dispensado pelos pais aos filhos, mas de aferir a presença ou não de

¹¹⁰ Ibid., p. 495

¹¹¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Embargos Infringentes nº 20120110447605, 2ª Câmara Cível, em 26.01.2015. Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 23.02.2015.

violação ao dever de educar (inerente à paternidade/maternidade), reconhecido em nosso ordenamento jurídico.

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

3.Não se vislumbra a omissão do dever de cuidado do genitor para com sua filha quando ausente qualquer espécie de negação deliberada de seus deveres como pai, tanto por desconhecimento dessa condição, no período que antecedeu ao exame de DNA, quanto posteriormente, e aqui por contingências profissionais. Ainda que reprovável o pouco contato existente entre pai e filha, resta cristalino o fato de não ter agido o mesmo com má-fé no intuito de humilhá-la ou rejeitá-la perante a sociedade.

4. Recurso do réu conhecido e provido. Prejudicado o recurso da autora.¹¹²

Em conclusão, necessário salientar que a dificuldade de comprovação do ato ilícito e da culpa não fulmina eventual direito de pleitos indenizatórios, mas poderão constituir-se em óbices intransponíveis no plano prático.

¹¹² BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 20120110447605, 2ª Turma Cível, em 14.05.2014. Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 23.02.2015.

CONCLUSÃO

O tema escolhido para o trabalho ora desenvolvido foi exatamente “Problema de Indenização dos danos morais em virtude do abandono” afetivo, e após o longo caminho percorrido, não há como não considerar tratar-se de questão das mais problemáticas enfrentadas no âmbito jurídico.

Vimos que após a promulgação da Constituição da República de 1988, com a nítida constitucionalização do Direito Civil, fomos impelidos a alterar conceitos clássicos vigentes a bastante tempo, mas que se revelavam insuficientes diante da nova ordem constitucional delineada e da colocação da dignidade da pessoa humana como o grande pilar, a pedra de toque de todo nosso ordenamento jurídico.

De tal sorte, o campo da responsabilidade civil foi o que mais sofreu influência diante desse novo cenário, e vivenciamos a era de expansão significativa das situações supostamente abarcadas pelo dever de indenizar. Entre as mais recentes e controversias, insere-se o dano moral por abandono afetivo.

O abandono seria caracterizado pela ação ou omissão injustificada de um dos genitores, não participando da criação e desenvolvimento dos filhos. Diversos autores sustentam que essa conduta paterna pode causar danos irreversíveis e interferir de maneira bastante prejudicial da formação da personalidade do filho.

As demandas sobre o tema cresceram no Judiciário Brasileiro, sendo que o *leading case* e o primeiro a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça foi o Resp 757.411, em 2006. Na ocasião, por maioria, os Ministros afastaram o dever de indenizar, considerando a impossibilidade de arbitrar indenização pela falta de laços afetivos. Em manifestação mais recente, no julgamento do Resp n. 1.159.242/SP, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça expressou nova posição, considerando possível a compensação por dano moral em virtude de abandono afetivo. A divergência, *per si*, no colendo STJ revela a complexidade da análise.

Nada obstante, as respeitadas opiniões favoráveis à indenização, entendemos ser bastante arriscado e temeroso alargar de tal forma o âmbito de incidência da regra de responsabilidade civil de modo a abarcar o dano moral. Ora, o dano moral não pode ser visto e utilizado como remédio para a solução de todos os males da humanidade, especialmente os que envolvem questões afetivas.

Mas de maneira alguma pregamos a ausência de responsabilidade dos pais. Como exposto, os pais possuem deveres e obrigações perante a prole, com necessidade de preservação do interesse das crianças e dos adolescentes. Inconteste, ainda, que o desenvolvimento da prole em ambiente com a participação ativa de ambos os genitores e com demonstração de afeto pode ajudar na criação de pessoas mais saudáveis e sem grandes traumas.

Mas isso não pode ser considerada como relação simples de causa e efeitos com as seguintes presunções: pessoas criadas com a participação de ambos os genitores e com demonstração de afeto serão cidadãos psicologicamente saudáveis e estáveis; Pessoas criadas apenas por um dos pais serão socialmente desajustadas e traumatizadas.

Já verificamos a proteção constitucional das famílias monoparentais, que nessa lógica simplista, ignora-se a sua validade. Some-se a isso que em diversas situações o pai pode participar ativamente das decisões das vidas dos filhos, mas ter dificuldades em demonstrar afeto. Cairíamos de modo inconteste na avaliação absolutamente subjetivista feita pelo Juiz da causa e com avaliação de desempenhos de pais. Aproximaram-se de que a sociedade considera correto, são bons pais, afastaram-se um pouco dos conceitos, pais medianos ou ruins. E isso jamais pode acontecer.

Não podemos esquecer que o abandono dos filhos já é situação prevista pela legislação civilista, podendo ser punida com a penalidade mais grave, qual seja, a perda do poder familiar. E ainda, há de se considerar a autonomia privada do cidadão, qual não pode ser sofrer limitação direta e inconteste do Estado nesses casos e, também, na ausência de o afeto ser uma obrigação.

Os pais amarem seus filhos seria uma obrigação natural, que deveria acontecer de maneira espontânea. Mas se não ocorre, sendo classificada como obrigação natural, não podemos exigir seu cumprimento. Moralmente esperado, mas juridicamente impedido de forçar sua observância.

Não suficiente, a demonstração dos requisitos essenciais ao dever de indenizar mostra dificuldade ímpar, na esteira de ideias que invariavelmente ocorrerá alta carga subjetiva e conclusões calcadas em juízos de probabilidade, avaliações hipotéticas. Com a presença do pai aquele cidadão seria mais equilibrado, sereno? Não se sabe e não é possível afirmar de maneira definitiva.

E mesmo se houver demonstração de danos, o suposto abandono necessitaria de ser reparado não por punições pecuniárias, mas com o estreitamento da relação familiar. Insistindo-se na reparação monetária, não temos como afastar a tão falada tese da monetarização do amor e da ideia: “ame ou pague!”. Será exatamente esse o escopo de tal tipo de reparação? Cremos que não.

Urge destacar os efeitos nefastos que eventual condenação ao pagamento de indenização por danos poderá acarretar na relação pais e filhos. A demanda poderá servir como vingança, motivada pela mágoa até mesmo do antigo casal e acabará por sepultar qualquer chance de reaproximação. O Judiciário não é o local para a resolução de eventuais conflitos de tal natureza.

Uma das soluções eficientes e que não abordaria a necessidade de monetarização do afeto seria o estabelecimento de processo de mediação interdisciplinar para reaproximar pais e filhos, que merece estudo próprio e aprofundado, não estando abrangido pelo escopo do presente trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana**. Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários, Brasília, ano 10, v. 33, p. 43-53, abr./jun 2006.

BERNARDO Louzada, Wesley. **Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?** .In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). Diálogos sobre Direito Civil. v.2,. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 475-500.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível www.stj.jus.br.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Disponível em www.tjdft.jus.br.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em www.tjmg.jus.br.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47-52.

CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade civil no direito de família. In: DONNINI, Rogério (COORD.). **Responsabilidade civil. Estudos em homenagem**

ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 350-368.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LAGRASTA, Caetano. **Dano moral no direito de família**. Revista do Advogado, São Paulo, ano 27, n.91, p.27, maio/2007.

LOBO, Paulo. Direito Civil Constitucional. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez 2011. Disponível em www.oab.org.br/editora/revista/Revista_11/Artigos/DireitoCivilConstitucional.pdf. Acesso em 17.02.2015.

MADALENO, Rolf. **O custo do abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>.

MADALENO, Rolf. O dano moral no direito de família. In: DELGADO, Mário Luiz. **Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil - volume 5**. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 529-555.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade.** Rio de Janeiro: PUC RJ, v. 9; n. 29, jul/dez 2006, p. 233-258.

MOYSÉS, Helena Carvalho. O abandono afetivo dos filhos e a possibilidade de compensação por danos morais. **Revista Jurídica De Jure**, v.11, n. 19, jul./dez. 2012, p. 268-274.

RODRIGUES, João Gaspar. A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização. **Revista Jurídica de Jure**, v. 12, n. 20, jan./jun. 2013 p. 167-183.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos. In: DELGADO, Mário Luiz. **Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil - volume 5.** São Paulo/SP/Brasil: Editora Método, 2006. p.464-475.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil nas relações de família.** Disponível em: <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=118>. Acesso em 17.02.2015.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Marica Celina Bondin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – v. II.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil – Coleção Direito Civil – v. 4.** 13. ed. São Paulo: Atlas: 2013.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Direito de família e responsabilidade civil. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 31, n.112, p.30-39, julho/2011.