

O DIREITO À REPARAÇÃO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES PRÉ-CONJUGAIS, CONJUGAIS E PATERNO-FILIAIS

*RIGHT TO REPAIRING OF THE MORAL DAMAGE IN
PREMARITAL, MARITAL AND PARENT-CHILD RELATIONSHIP*

Filipe Rodrigues Garcia¹

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: filiperodriguesg@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil nas relações familiares, abordando as situações pré-conjugais, as conjugais e as paterno-filiais. Em se tratando de reparação pelos danos morais sofridos, deve-se ter em mente sempre a realização de um ato ilícito. Este, ocorrido em qualquer âmbito – familiar ou não – pode ensejar a compensação pelos prejuízos extrapatrimoniais. No que tange às relações pré-conjugais, analisa-se a ruptura do noivado como causa do dever de indenizar. Acerca das relações conjugais, merecem atenção os atos concernentes à infidelidade e ao abalo psíquico que se pode gerar no cônjuge traído. Nas relações entre pais e filhos, importa discernir o dano moral por abandono afetivo como uma reparação à falta de cuidado, e não necessariamente à ausência de sentimento amoroso. Deve-se ter em mente que os interesses em jogo merecem análise detida: de um lado a liberdade de um dos sujeitos e de outro, a dignidade do sujeito submisso a essa liberdade. Necessário, assim, a busca pela melhor ponderação, de sorte a alcançar a coerência do ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; dano moral; relações familiares.

ABSTRACT: This paper talks about the civil responsibility in family relationships, by approaching premarital, marital and parent-child situations. When it is about to repair the moral damages, it should be considered an illicit act. This act occurred in any context - family or not - can give rise to compensation for physical damages. Regarding to pre-marital relationships, it is analyzed the engagement break up as a cause of the duty to indemnify. About marital relationships, it is important to pay attention to the act concer-

ning infidelity and how it can affect the betrayed spouse. In the relationship between parents and children, it is important to discern the moral damages for affective abandonment as reparation to the careless, and not necessarily the absence of love. It is important to keep in mind that the stakes deserve careful analysis: on one side the freedom of one subject and another, the dignity of the submissive subject to that freedom. Therefore, it is necessary to search for the best weighting to achieve coherence of the legal system.

KEYWORDS: civil responsibility; moral damage; family relationships.

1. INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade civil, bem como do direito de família, passou por significativas alterações nos últimos anos e ainda continuam em propensa evolução. Referidos temas ganham relevância quando tratados em sintonia, sob a perspectiva do dano moral no âmbito das relações familiares. Partindo do pressuposto de que a responsabilidade civil e o direito de família sofrem constante influência da pós-revolução industrial e que provocam debates ainda longe de um consenso é que se propõe o presente estudo.

Acerca da teoria da responsabilidade civil, uma das principais mudanças que merece atual atenção é acerca do ato ilícito. A doutrina clássica leciona que o ato ilícito é qualquer ato culposo e antijurídico, violador de norma positivada. Portanto, nesse entendimento, não há que se falar em ilicitude se não houver ato contrário à norma. O surgimento dos novos danos decorrentes da revolução industrial e cibernética fez com que o tema responsabilidade civil fosse estendido a situações outras antes não abarcadas

pelo clássico entendimento de ato ilícito. Maria Celina Bodin ensina que a responsabilidade civil passou “da atenção exclusiva para com o ato ilícito para a preocupação com o dano injusto, ou injustificado”¹.

A ideia de dano injusto surgiu para atender as demandas daqueles que se viam agredidos em algum bem não expressamente protegido por lei. Nesse sentido, a Constituição Federal forneceu arcabouço normativo e principiológico que deu suporte à proteção das vítimas de danos injustos. Podem-se citar o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, o princípio da solidariedade social, previsto no artigo 3º, I e o princípio da reparação integral do dano. O dano injusto, assim, passou a ser compreendido como o dano indenizável, ressarcível, decorrente da violação de um bem merecedor de tutela. Ressalta-se que o dano injusto não substituiu o ato ilícito, mas sim o complementou, de forma a abranger situações antes não encobertas pelo estudo clássico deste instituto.

O problema passou a identificar, no caso concreto, qual dano seria passível de indenização. Isso porque o Judiciário começou a ser acionado para solucionar lides em torno de todo tipo de fato elevado à categoria de evento danoso. Principalmente no que tange aos pedidos de reparação por dano moral, ficou evidente que seriam necessários filtros capazes de detectar o prejuízo extrapatrimonial. Do contrário, qualquer aborrecimento ou incômodo serviria de respaldo para alegação de dano moral. Viu-se, então, a necessidade de se investigar quais seriam os verdadeiros contornos do dano injusto. Os parâmetros utilizados vêm sendo dos mais variáveis: relevância social do dano, manutenção da utilidade pública e da eficiência econômica, a dimensão da dor, violação da dignidade humana, dentre outros².

1 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 428.

2 SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.120.

Há que se ressaltar que o perigo da busca de parâmetros para definir o dano injusto está no risco de objetivar o instituto que veio atender as novas necessidades sociais. Limitar o dano injusto pode significar a ausência de proteção integral às vítimas diante de uma nova situação decorrente das mudanças sociais. Necessário que o aplicador do direito busque, através da ponderação dos interesses em jogo, identificar se restou configurado um dano indenizável. Trata-se de uma qualificação do evento conforme os ditames constitucionais e legais, de forma a se garantir a justa indenização. Assim como o *quantum debeatur* só pode ser fixado com base no aparato probatório indicado pela vítima do dano, assim também deve se raciocinar para a identificação do *an debeatur*.

Por outro lado, para reprimir as demandas indiscriminadas por danos, deve-se afastar a reparação quando se está diante de dano tolerável. Este pode ser vislumbrado em situações corriqueiras advindas do próprio contato humano. Falam-se, nesses casos, em meros dissabores, tristezas, desapontamentos normais e esperados. Por óbvio que demandas em que se nota o desejo da parte em auferir lucros sem causa devem ser prontamente descartadas³. É um trabalho que não pode ser atribuído ao legislador, mas observado pelo aplicador do direito, conforme o contexto em que a alegada vítima está inserida.

Percebe-se que o estudo da responsabilidade civil se voltou para a vítima e para o interesse dela violado. O objetivo é, antes de tudo, amparar o ofendido, concedendo-lhe o meio mais eficaz para retornar ao *status quo ante*. Para tanto, foi necessário alterar os paradigmas nos quais a res-

³ José Aguiar Dias traz exemplos de danos que não são ressarcíveis: “o comerciante melhor aparelhado prejudica a seus concorrentes; o cidadão que procura casa e que, por suas relações com o proprietário do imóvel, obtém o apartamento vago, prejudica o pai de família vítima da crise de habitação; o aluno que obtém um prêmio lesa os colegas; o bispo que condena o mau livro prejudica o seu autor; o educador que proíbe o cigarro aos alunos prejudica o negociante do fumo” (**Da responsabilidade civil**, 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 67).

ponsabilidade civil se firmava anteriormente. Do ato ilícito passou-se ao dano injusto e, conjuntamente, o elemento culpa veio sendo mitigado. Isso porque a culpa, em muitas situações, seria de difícil ou impossível prova, sendo um ônus deveras penoso à vítima. Em outros casos, a culpa ganhou um tônus objetivista, compreendido sob a forma presumida ou em sede de descumprimento normativo ou obrigacional. Toda essa alteração levou ao reconhecimento da objetivação da responsabilidade civil, fenômeno reconhecido pelo Código Civil de 2002, conforme estampado no artigo 927, parágrafo único.

No que pertine ao direito de família, grandes mudanças são percebidas no contexto sociológico, com conseqüente reflexo no mundo jurídico. A arcaica concepção da família ruralizada constituída por um patriarca, sua mulher e filhos começou a ser desmantelada. O movimento feminista, cujo ápice ocorreu na década de 1960, contribuiu para a mudança do pensamento tradicional e conservador de que o homem era quem deveria sustentar e dirigir toda a família. A mulher passou a ganhar mais destaque no mercado, tornando-se independente econômica e intelectualmente.

Com a lei do divórcio, em 1977, a ideia de que o casamento era uma instituição indissolúvel foi superada.

Os casais já não precisavam mais ficar casados a qualquer custo. As mulheres já não estavam mais tão resignadas como nas décadas de 50 e 60, do século passado, compreendeu-se que filhos de pais separados não são infelizes ou problemáticos por essa razão. Os filhos estarão melhores na medida em que os pais estiverem melhores, juntos ou separados. A Lei do Divórcio foi, portanto, um outro marco histórico importante na História do Direito de Família no Brasil. Significou a vitória de um dos princípios basilares do Direito, a liberdade, sobre um

princípio que não mais impera em nosso ordenamento jurídico, o da indissolubilidade do vínculo matrimonial⁴.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, novos princípios formaram as bases do direito de família. O princípio da igualdade (art. 5º) pôs um fim definitivo à família hierarquizada. Homem e mulher passaram a ter os mesmos direitos e deveres como cônjuges (art. 226, §5º). Os filhos, por sua vez, receberam igual tratamento do Constituinte, independente de serem frutos da adoção, ou de terem nascido de relação conjugal ou extraconjugal. Além do mais, o artigo 227 consagrou o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, colocando-os como centro da preocupação do seio familiar. O artigo 226 reconheceu como vínculo familiar não só o casamento civil ou religioso, mas também a união estável (§3º) e a família monoparental (§4º).

Nesse contexto, o afeto aparece como valor a ser observado nas relações familiares. A ruptura com o formalismo trouxe o reconhecimento das relações sócioafetivas, tais como a parentalidade desbiologizada e as uniões homoafetivas. Apesar de existirem correntes doutrinárias no sentido de que o afeto deve ser elevado a princípio, concorda-se que, em verdade, o afeto deve ser tratado como valor.

Essa consideração é relevante, pois, nos termos defendidos pela melhor doutrina, o princípio é uma espécie de norma constitucional e, como tal, é dotado de plena efetividade. Considerar-se o afeto como conteúdo de um princípio, portanto, seria o mesmo que se afirmar a possibilidade de sua imposição⁵.

4 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004, p. 14.

5 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira e ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade civil nas relações familiares**. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20120322115353.pdf>. Acesso em 27/06/2012.

A família passou a ser compreendida como o átrio para o desenvolvimento da pessoa humana, buscando a plena realização de cada sujeito que a compõe. Este entendimento sofre influência do princípio da dignidade da pessoa humana, talhado no artigo 1º, III da Constituição Federal. É este princípio também o fundamento do estudo da responsabilidade civil, como já ficou esclarecido. Figura, portanto, como denominador comum dos dois temas que se pretende enfrentar no presente trabalho.

2. O DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 O cabimento das demandas indenizatórias no âmbito familiar.

Muito se discute acerca da correspondência do instituto da responsabilidade civil com o direito de família. Uma primeira corrente defende que não seria possível admitir a reparação por danos morais em âmbito familiar, visto que o direito de família, sendo um ramo específico do Direito, traz sanções igualmente específicas. Para essa doutrina, admitir o dano moral por violação de dever familiar seria permitir o *bis in idem*, pois já existem soluções previstas como o divórcio, a suspensão do poder familiar, dentre outros. Nessa toada, explica Rolf Madaleno, que se teme, principalmente em âmbito de relações conjugais,

uma abertura discriminada da reparação pelo dano moral, a ensejar ensandecidos debates processuais na busca de ressarcimento pecuniário pela dor moral sofrida pela ruptura da convivência estável ou conjugal, porque, de regra, toda e qualquer separação judicial naturalmente causa um abalo emocional e psicológico aos seus protagonistas⁶.

⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 290.

Em discordância com referida corrente, Regina Beatriz Tavares apresenta pertinente crítica ao dizer que tal pensamento

[...] 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 danos⁷.

A segunda corrente sustenta que a reparação por danos morais em direito de família deve ser considerada. Argumentam os defensores dessa linha que a simples infração a um dever familiar já configura o dano moral. Não fosse assim, as normas serviriam como meras recomendações, na medida em que não gerariam nenhuma sanção. Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar⁸ cita alguns deveres positivados que, ao serem violados, podem ensejar pedido reparatório de dano moral: artigos 12; 1572; 1573; 1637; 1638 ;1752 ;1774 ;1814 e 1995⁹.

⁷ 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 20/07/2012.

⁸ AGUIAR, Ruy Rosado de. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114.

⁹ **Art. 12**. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. **Art. 1.572**. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. **Art. 1.573**. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. **Art. 1.637**. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. **Art. 1.638**. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. **Art. 1.752**. O tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado; mas tem direito a ser pago pelo que

O terceiro posicionamento é no sentido de que pode haver danos morais em âmbito familiar, desde que reste configurado um ilícito absoluto, conforme previsão nos artigos 186 e 927 do Código Civil. O raciocínio se mostra lógico, pois se utiliza dos fundamentos básicos da responsabilidade, ou seja, se houver um dano, esse deve ser prontamente reparado. Se o dano extrapatrimonial foi causado por um familiar, ele deverá responder pelo ilícito. Conclusão pertinente é do autor Wesley Louzada:

Entendemos, sim, que as relações de família não servem para qualificar, ampliando ou reduzindo, a responsabilidade civil. Ou seja, em qualquer situação que constituiria dano moral fora das relações de família poderá surgir o dever de indenizar se ocorrerem no interior do grupo familiar¹⁰.

A referida corrente está também de acordo com os ditames da Constituição Federal de 1988 que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, conforme aponta o artigo 1º, III. Desse modo, a pessoa humana, estando ou não inserida em um contexto familiar, merece total proteção contra qualquer ato que afronte

realmente depender no exercício da tutela, salvo no caso do art. 1.734, e a perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados. **Art. 1.774.** Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes. **Art. 1.814.** São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade. **Art. 1.995.** Se não se restituírem os bens sonegados, por já não os ter o sonegador em seu poder, pagará ele a importância dos valores que ocultou, mais as perdas e danos.

¹⁰ BERNARDO, Wesley Louzada. **Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?**, In: Diálogos sobre direito civil, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 498.

sua dignidade.

A partir da nova Constituição, o direito de família passou a ser compreendido como o meio de tutela e promoção de cada componente familiar. Não se fala mais em hierarquia representada pelo patriarcalismo, nem na desigualdade entre cônjuges. A família passou a ser compreendida como um grupo incentivador do desenvolvimento de cada ser humano nele integrante. Pondera Guilherme Calmon Nogueira da Gama que

A grande função da família atual é a de servir aos seus integrantes, de maneira harmônica e coordenada, sem que o exercício dos direitos de um integrante viole ou afaste os direitos e os interesses dos demais. Não há mais espaço para o Direito de Família aristocrático e excludente, em que a tutela da família legítima era o objetivo maior das instituições sociais e organismos estatais, a ponto de, sob o argumento de proteção da paz familiar e do patrimônio construído, haver impossibilidade jurídica do estabelecimento da paternidade de criança fruto de reprodução carnal de homem casado com outra mulher¹¹.

O presente trabalho se fundamenta na última corrente para afirmar o cabimento do dano moral no direito de família. Acredita-se que é necessário haver ato ilícito para que se possa falar em responsabilidade civil. O descumprimento normativo, por si só, pode não ser suficiente para restar configurado o dano moral.

2.2 O que é o dano moral?

O dano moral é usualmente definido como “todo sofrimento humano

¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. São Paulo: Atlas, 2008, p. 118.

que não é causado por uma perda pecuniária”¹². Ocorre que o referido conceito se apega mais ao efeito do dano moral do que à sua função. Buscando uma definição civil-constitucional do instituto, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “o dano moral é a violação à integridade física e psíquica, à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou de uma pessoa humana”¹³.

O problema que gira em torno do dano moral é a sua identificação. Seguindo a proposta de Maria Celina Bodin, pergunta-se: quando haveria afronta à integridade física e psíquica, à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à pessoa humana? Impossível definir o contorno abstrato no qual caberiam todos os matizes de dano moral. Até porque o dano moral é uma concepção que vem sendo redesenhada e aprimorada em cada contexto individual e social. Ao mesmo tempo, é fonte de preocupação a falta de *standards* que busquem oferecer o mínimo de segurança jurídica ao instituto. Não é raro deparar-se com demandas frívolas intentando reparação por danos morais, quando, na verdade, não se tem a violação a nenhum interesse merecedor de tutela.

Anderson Schreiber sustenta que

O juízo do merecimento de tutela, a cargo das cortes, somente pode derivar de uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular, que não resulte em aceitações gerais pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar interesses à luz das circunstâncias peculiares¹⁴.

De fato, não se pode tratar objetivamente a análise de eventos cuja repercussão é extrapatrimonial. Caberá à vítima apontar qual bem considerou violado e, mediante provas, produzir o convencimento do julgador.

12 SAVATIER, René *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 430.

13 MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 433.

14 SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 138.

Outra preocupação é a utilização dos danos morais como forma de punição ao agente causador do dano. Percebe-se, com isso, o desvirtuamento de um instituto criado para justificar a necessidade de reparar um prejuízo não patrimonial. Não raro, o que se percebe é que o julgador chama de dano moral aquilo que seria efeito de uma má execução contratual ou um simples desconforto que poderia ser suportado pela vítima. É um equívoco considerar que a vítima estaria legitimada a receber um valor imposto como punição ao causador do dano. Não há causa jurídica que fundamente o enriquecimento nesses casos. O denominado dano moral punitivo nada mais é do que uma multa judicial e, como tal, deveria ser destinada a um fundo social específico. É nesse sentido o posicionamento de Maria Celina Bodin:

[...] o valor a mais da indenização a ser pago “punitivamente”, não poderá ter como destinatário a vítima, mas coerentemente com o nosso sistema, deverá servir para beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos predeterminados¹⁵.

O dano moral punitivo, como se percebe, só se justifica quando violados interesses coletivos ou difusos, de forma a se verificar um número de vítimas afetadas pela conduta do agente. Somente nesses casos se justificaria a aplicação da sanção civil, a fim de dar “uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa, em relação à consciência coletiva [...] ou de prática danosa reiterada”¹⁶. No entanto, volta-se a afirmar que, mesmo nesses casos, o foco não é o bem extrapatrimonial que está sendo reparado, mas o agente causador do dano que está sendo punido.

15 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitives Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. In: Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 379.

16 MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 379.

Com base nos pontos levantados, será considerado dano moral a violação a um bem jurídico extrapatrimonial merecedor de tutela. O juízo será feito pelos aplicadores da lei, no caso concreto, não havendo que se cogitar em uma padronização do dano moral. Isso porque haveria o risco de se afastarem demandas pelo simples fato de não se enquadrarem em contornos previamente criados. São as peculiaridades do caso concreto, amparadas em provas robustas, que convencerão as cortes sobre o merecimento ou não de tutela. Será considerado também que o dano moral não se compatibiliza com a ideia de punição. Não se está dizendo, com isso, que o agente causador do dano não pode ser punido pela conduta inadequada. Quer-se, na verdade, deixar reservado aos danos morais somente o que pertine à lesão de bens extrapatrimoniais, com conseqüente compensação à vítima. Fora disso, é perfeitamente possível cogitar em aplicação de multas ao causador do evento, mas que não sejam elas confundidas com reparação por dano moral.

Feitas essas considerações, passa-se agora à análise do cabimento dos danos morais nas relações conjugais e paterno-filiais.

3. O DANO MORAL NAS RELAÇÕES CONJUGAIS.

Conforme já se discutiu, não se pode afastar a responsabilidade civil do seio familiar. Uma vez presente a conduta culposa causadora de dano, pode-se cogitar na responsabilização do agente. As relações familiares não afastam a possibilidade de haver danos morais. Do contrário, são vários os relatos de agressões físicas entre cônjuges, desonra, traições, mentiras, situações muito pertinentes quando os laços são estreitos e o convívio é mais acentuado.

O artigo 1566 do Código Civil enumera os deveres dos cônjuges no casamento:

São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

Questionam-se quais seriam os efeitos do descumprimento de um desses deveres. Por óbvio que quaisquer dos deveres, quando descumpridos, podem ser motivo de separação ou divórcio do casal. No entanto, busca-se afastar a análise da culpa no direito de família. Em um âmbito permeado por sentimentos dos mais diversos, é impossível definir quem foi o responsável pelo desgaste matrimonial. E, conforme se vem percebendo, não cumpre ao Estado ditar quem é o mais errado na relação. O partidarismo, nesse caso, não tornaria a solução mais justa e sim mais conturbada. Não se pode crer no maniqueísmo quando se está diante de uma dissolução de sociedade conjugal. Certamente, em algum momento, os cônjuges tomaram atitudes que contribuíram para o deslinde matrimonial.

Dessarte, se o Estado não se preocupa com os motivos ensejadores da separação ou do divórcio, a que se prestam os deveres conjugais do artigo 1566 do Código Civil? O que acontece quando um dos consortes viola uma das diretrizes insculpidas na norma? Há posicionamento doutrinário no sentido de que o simples descumprimento normativo seria suficiente para configuração de um dano moral. É o caso, por exemplo, dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE CONJUGAL. ADULTÉRIO. PROVA INEQUÍVOCA. TRAIÇÃO GERA DOR, ANGÚSTIA, SOFRIMENTO, DESGOSTO, REVOLTA, CONSTRANGIMENTO E SE TRATA DE OFENSA GRAVE. DANO MORAL CONFIGURADO. ART. 5º, V e X, CARTA POLÍTICA. ART. 186 c/c 1566, INCISOS I e V, DO CÓDIGO CIVIL. VERBA QUE COMPORTA MAJORAÇÃO DIANTE DA EXTENSÃO DA OFENSA E CAPACIDADE ECONÔMICA DAS PARTES ALÉM DO CARÁTER DIDÁTICO. **A traição, que configura uma violação dos deveres do casamento dever de fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos (art. 1566, inciso I, do Código Civil de 2002) gera, indubitavelmente, angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, sendo perfeitamente cabível o recurso ao Poder Judiciário, assegurando-se ao cônjuge ofendido o direito à reparação do dano sofrido, nos termos do art. 186 do Código Civil. O direito à indenização decorre inicialmente de mandamento constitucional expresso, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República).** Verba compensatória deve ser fixada de conformidade com a extensão da ofensa, capacidade econômico-financeira das partes e caráter didático. PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO APELO E IMPROVIMENTO DO SEGUNDO. 0029794-20.2007.8.19.0001 (2008.001.26402) - Apelação. Des. José C. Figueiredo - Julgamento: 02/07/2008 - Décima Primeira Câmara Cível.

DIREITO DE FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE CONJUGAL. ADULTÉRIO. DANO MORAL. 1) A celebração do matrimônio gera para os cônjuges deveres inerentes à relação conjugal, não só de natureza jurídica, como, também, de natureza moral, valendo notar que a violação destes deveres pode resultar, inclusive, em justa causa para a dissolução da sociedade conjugal. 2) O direito à indenização decorre de mandamento constitucional expresso, que de-

clara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República). 3) **A traição, no caso, dupla (da esposa e do ex-amigo), gera angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, sendo perfeitamente cabível o recurso ao Poder Judiciário, assegurando-se ao cônjuge/amigo lesado o direito à reparação do dano sofrido.** 4) **A infidelidade, ademais, configura violação dos deveres do casamento (dever de fidelidade recíproca, dever de respeito e consideração mútuos etc - art. 1.566, Código Civil) e, como tal, serve de fundamento ao pedido de separação judicial por culpa, desde que a violação desses deveres torne a vida conjugal insuportável (art. 1.572 e 1573, Código Civil).** 5) **Recurso conhecido. Sentença reformada, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 50.000,00.** 0120967-33.2004.8.19.0001 (2007.001.42220) – Apelação. Des. Werson Rego. Julgamento: 18/09/2007 – Décima Segunda Câmara Cível.

Ocorre que tal posicionamento deve ser analisado com reservas. Descumprir a norma, por si só, não é indicativo de dano moral. Imagine-se o casal que viva em domicílios separados por questões profissionais. Adotando a corrente exposta, vê-se que restou violado o inciso II do artigo 1566, “vida em comum, no domicílio conjugal”. Não é o caso, porém, de se falar em prejuízo extrapatrimonial. Outro exemplo é o casal que troca ofensas verbais, deixando de agir com respeito e consideração. Ambos estarão legitimados a pleitear o dano moral, por descumprimento da norma? Ou não seria o caso de avaliar a situação para investigar se houve um ilícito praticado ou mera discussão tolerável nas relações familiares? Até mesmo para os casos de infidelidade é necessário avaliar se o cônjuge traído sofreu alguma perda, se houve constrangimento público ou se a infidelidade já era tolerada. Em suma, não se pode dizer que a simples afronta a um dos deveres conjugais faz surgir o dano moral.

Necessário, portanto, que se investigue ter havido ou não o ato ilícito, fonte ensejadora do dever de indenizar. Para tanto, necessário se faz apontar os elementos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta culposa, o dano e o nexa causal. No que pertine ao elemento culpa, importa esclarecer que se deve encontrar o responsável pelo ato ilícito apontado e não pela ruína do matrimônio. Já ficou dito que a análise da culpa pelo rompimento matrimonial se trata de análise impossível para o Direito, por envolver situações, sentimentos e condutas intangíveis ao aplicador da lei. Apesar de muitas vezes o ato ilícito ter motivado a separação ou divórcio, não é o colapso da sociedade conjugal que interessa para fins de reparação de dano, mas a afronta à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, em um pleito de reparação por danos morais em que o cônjuge alega ter sido violado o dever de infidelidade, será analisada a culpa pelo evento danoso e não a causa da infidelidade. Se o cônjuge infiel expôs o outro parceiro ao desfilarem em público com o(a) amante, se usou o próprio lar para encontros amorosos extramatrimoniais, se escondeu a paternidade do filho, fazendo com o que o cônjuge acreditasse ser o pai biológico, todos esses fatos devem ser levados em consideração para se cogitar ter havido ou não o dano indenizável.

Nesse sentido, a jurisprudência mineira:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO. CULPA PELO TÉRMINO. IRRELEVÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DA VIDA EM COMUM. PARTILHA DE BENS. PROVA DA EXISTÊNCIA. NUMERÁRIO DESPENDIDO. NÃO-INCLUSÃO NO ACERVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DESCABIMENTO.- Convém seja decretada a separação sem imputação de culpa quando evidenciada a impossibilidade da vida em comum, sendo que da imputação de causa unilateral não advirá qualquer consequência concreta. - Na partilha dos bens adquiridos em regime de comunhão

parcial descabe perquirir a respeito da contribuição de cada um dos consortes para o acervo comum e sobre a forma em que ocorreu a administração do patrimônio comum. - Os bens que não mais existem no momento da separação, já tendo sido despendidos, não integram o patrimônio a ser partilhado. - **A obrigação de indenizar pressupõe a prática de ato ilícito lesivo a direito, o que não decorre da mera intenção de romper o vínculo matrimonial.** - **Ausente prova dos atos ilícitos imputados à esposa**, descabe o pedido de indenização por danos morais. - Recurso provido em parte. Relatora Des(a). Heloisa Combat. Julgamento em 07/10/2008. Processo (apelação): 1.0518.06.101736-5/001

INDENIZAÇÃO-DANO MORAL - SEPARAÇÃO JUDICIAL-AGRESSÃO FÍSICA - DEVER DE INDENIZAR - QUANTUM - FIXAÇÃO A CRITÉRIO DO JULGADOR - DANOSMATERIAIS - PROVA - ÔNUS DO REQUERENTE. **Para que se possa impor a responsabilidade da reparação do dano, é necessário que a culpa imputada ao ofensor esteja robustamente demonstrada**, sendo indispensável que a vítima demonstre cabalmente a ocorrência dos três elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, a culpa e o nexo de causalidade. **Os aborrecimentos e mágoas decorrentes de separação judicial não têm o condão de por si só causar dano ao patrimônio moral da parte e acarretar a respectiva indenização.** Se a parte alega que sofreu prejuízos materiais, a ela incumbe a prova, eis que fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC. Para a fixação do montante indenizatório, deve ser levada em consideração a dupla finalidade da reparação, qual seja, a de punir o causador do dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico e de propiciar à vítima uma satisfação, sem que isto represente um enriquecimento sem causa, devendo o valor da indenização ser hábil à reparação dos dissabores experimentados pela vítima. Relator Des. José Affonso da Costa Côrtes. Julgamento em 15/05/2008. Processo (apelação): 1.0024.04.520720-6/001.

AÇÃO INDENIZATÓRIA. FILHO ADULTERINO. FATO REVELADO APÓS A SEPARAÇÃO DO CA-

SAL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO. 1- **A descoberta do autor, após a separação, de que não é o pai biológico da criança que registrou como sendo seu filho, configura infração dos deveres conjugais e torna capaz a indenização aos danos morais, até porque o fato se tornou público em cidade pequena onde residia, forçando-o a mudar de estado, haja vista a humilhação de que era traído durante as consultas médicas de sua ex-companheira com o médico do programa saúde da família.** 2- O valor fixado na sentença encontra-se adequado para o ressarcimento a danos morais, e, estando devidamente comprovados os danos materiais, estes devem ser objeto de ressarcimento. Relator Des. Francisco Kupidowski. Julgamento em 26/03/2009. Processo (apelação): 1.0116.06.007494-9/001.

No que tange à legitimação passiva em ação de reparação por danos morais em caso de infidelidade, questiona-se se o(a) amante poderia ser incluído no polo passivo. Existe certa resistência de se admitir a responsabilidade solidária entre o cônjuge infiel e seu parceiro extraconjugal. A um, porque o dever de fidelidade pertine apenas aos consortes, não devendo ser exigido tal dever de um estranho à relação conjugal. A dois, porque não existe norma jurídica que determine o zelo de terceiro na fidelidade entre os cônjuges.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça que “para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do ‘cúmplice’ seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado”. (REsp. 742137/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 21/08/2007).

Seguindo o raciocínio do Tribunal citado, acredita-se que seja possível a responsabilidade solidária entre o cônjuge descumpridor do dever

de fidelidade e seu amante, desde que o cúmplice tenha agido ilicitamente. Prevê o artigo 942 do Código Civil que:

Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Se a infidelidade causar dano ao consorte traído, depois das averiguações necessárias de culpa e nexos causal, certamente os envolvidos poderão responder solidariamente, por força do artigo supracitado. Não se trata aqui de validar um dever conjugal em face de um terceiro estranho ao matrimônio. A análise é em torno do ato ilícito praticado, uma vez que já se defendeu que o mero descumprimento do dever de fidelidade não gera dano moral. Sendo assim, se o amante se envolveu com pessoa casada, sabendo que o era e, conjuntamente ao infiel, comportou-se de forma a violar algum direito extrapatrimonial do consorte enganado, porém não se deve afastar a responsabilidade solidária. É hipótese de coautoria, incidindo o artigo citado do Código Civil.

Por certo que, se o amante desconhecia o estado civil da pessoa com a qual se envolvia, tendo sido enganado, não estará presente o elemento culpa, necessário para configurar a responsabilidade civil. Vale ressaltar que não basta a alegação do(a) amante no sentido de ter sido ludibriado, como a hipótese do cônjuge infiel que retira a aliança para se passar por solteiro. Para afastar a culpa, o(a) amante deve demonstrar que não tinha meios para saber que o parceiro era casado.

Conclui-se que o dano moral pode se apresentar em uma relação conjugal. Para tanto, não basta violar as normas que ditam a boa conduta do casal, mas se deve demonstrar que houve um ato ilícito praticado. Ne-

cessário, então, que a vítima aponte a culpa do agente é a antijuridicidade da conduta praticada.

4. DANO MORAL POR ROMPIMENTO DE NOIVADO

O rompimento de noivado é causa de constrangimento, tristeza e mágoa. A frustração da expectativa pode desencadear os mais diversos sentimentos que venham desequilibrar emocionalmente o nubente. Resta saber se o rompimento do noivado é capaz de gerar, por si só, danos extrapatrimoniais.

Observa-se que existem dois interesses em jogo que precisam ser avaliados: a liberdade de um nubente em optar por casar-se ou não e a legítima expectativa gerada no outro em razão dos preparativos do casamento. Em se tratando de sujeitos em simetria de igualdade, o direito à liberdade deve ser evidentemente garantido. Não se pode obrigar alguém a se casar pelo simples fato de já ter feito o enxoval, contratado o *buffet* da cerimônia festiva ou por ter mandado fazer os convites. Deve-se, no entanto, fazer um juízo ponderado de valores a fim de se descobrir se houve algum ilícito na conduta adotada pelo nubente que desiste de casar.

O rompimento do noivado, assim como o fim do namoro e até mesmo de um casamento, é fator que sempre deve ser levado em conta pelo casal. Impossível fazer a previsão de que o relacionamento será duradouro ou de que os sentimentos recíprocos se manterão tais como no início do envolvimento amoroso. Todo contato humano traz a possibilidade de contendas, discussões e frustrações. É assim nas amizades, nos relacionamentos profissionais, na convivência entre vizinhos. Portanto, não pode o rompimento do noivado significar dano moral, se não for possível apontar um ato ilícito.

Jurisprudência e doutrina se posicionam no sentido de que quanto mais próximo do casamento ocorrer a ruptura, maiores são as chances de se configurar o dano moral. Há entendimento de que o rompimento após a distribuição dos convites seria vexatório o suficiente para ensejar dano. Outros sustentam que o desfazimento do noivado na semana do casamento também seria causa de desequilíbrio extrapatrimonial.

Há que se observar que referidos posicionamentos acabam por trazer um efeito oposto ao desejado. O nubente, às vésperas do casamento e temeroso por ser demandado em uma ação por danos morais, poderia sentir-se impelido a realizar o matrimônio para, então, pedir a separação ou o divórcio. Percebe-se que, nesse caso, as consequências são ainda mais devastadoras. Um casamento de curta duração pode ser mais vexatório que um rompimento às vésperas da celebração matrimonial.

A liberdade dos nubentes deve ser sempre priorizada e a opção por não se casar não significa, por si só, um ato ilícito. Por outro lado, devem-se combater as condutas que, fugindo do tolerável, impliquem no abalo psíquico de outrem. É o caso, por exemplo, do nubente abandonado no altar. A rejeição pública é causa de humilhação e se apresenta como conduta insustentável que poderia ter sido evitada. Nesse caso, pondera Maria Celina Bodin que

O exercício da liberdade não pode chegar até este momento porque se torna abusivo, e, na ponderação dos interesses concretos, mais peso assumirá a tutela da integridade psíquica, atingindo-se, neste caso e desta forma, a dignidade de pessoa assim abandonada¹⁷.

Na mesma senda é a lição de Ênio Santarelli Zuliani. O autor lembra que o artigo 1.538 do Código Civil admite o arrependimento da solenidade

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 438.

do casamento até o instante em que os noivos afirmarem suas vontades. No entanto, deve-se tomar o cuidado para que a atitude não constitua abuso de direito. Afirma o autor que, se o arrependimento não for exercido de maneira razoável (com maior antecedência) ou de forma menos traumática para a outra parte interessada, haverá a figura do abuso do direito de recusar o consentimento para o ato¹⁸. Vale lembrar que o abuso do direito é o exercício de um interesse pelo sujeito que excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico, social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, conforme se apreende da leitura do artigo 187 do Código Civil. O abuso do direito, por ter sido equiparado ao ato ilícito pelo legislador, também é fonte geradora da responsabilidade civil.

Conclui-se que, para haver dano moral por rompimento de noivado, deve ficar provado o dano injusto, mais precisamente, o abalo psíquico causado ao nubente abandonado. Do contrário, tudo não passará de mágoa e dissabor. É nesse sentido o julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ROMPIMENTO DE NOIVADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. **Rompimento de noivado não é ato ilícito a ensejar a obrigação de indenizar, salvo se violador dos direitos da personalidade.** Ausência de comprovação autoral de que realmente teve participação financeira na construção do imóvel que serviria de habitação do futuro casal. Nego provimento ao primeiro apelo e dou provimento ao segundo recurso, na forma do art. 557 do CPC. Julgamento em 07/03/2012 – Décima Quarta Câmara Cível. Processo (apelação): 0031009-34.2008.8.19.0021

¹⁸ ZULIANI, Ênio Santarelli. Direito de Família e Responsabilidade Civil. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 01, jul/ago. Porto Alegre: Magister, 2004, p. 71.

5. DANO MORAL NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS: O ABANDONO AFETIVO

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre o pedido de dano moral da filha que alegou ter sofrido abandono afetivo pelo pai. No julgado, a ministra relatora Nancy Andrichi sustentou que “amar é faculdade, cuidar é dever” ao defender o cabimento da reparação dos danos morais na hipótese em que o pai abandona moralmente o rebento (REsp 1.159.242-SP).

Nas relações paterno-filiais, inexistente isonomia entre as partes, de sorte que a ponderação dos valores em jogo deve se dar mais detidamente. Os filhos menores estão em situação de desigualdade em relação aos pais, visto que ainda estão em desenvolvimento, carecendo, portanto, de maior cuidado.

Desse modo, há de um lado os pais que exercem a parentalidade dentro da sua esfera de liberdade, e, do outro, a integridade psíquica do menor que merece ser protegida. A liberdade dos pais, nesse caso, deve sempre ceder em prol dos filhos, sujeitos mais frágeis da relação. Corroborando o ensinamento de Maria Celina Bodin:

Trata-se de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições diferentes, sendo uma delas dotada de particular vulnerabilidade. Além disso, a relação é, ao menos tendencialmente, permanente, sendo custoso e excepcional o seu término: de fato, a perda ou a suspensão familiar só ocorre em casos de risco elevado ou de abuso (Código Civil, arts. 1.637 e 1.638)¹⁹.

Questiona-se se condenar o genitor por abandono afetivo não seria, em outras palavras, obrigá-lo a amar. E, se assim for, seria o Estado legítimo

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 448-449.

a intervir de tal forma nas relações familiares a ponto de ditar que um pai amou pouco ou amou mal? Há uma corrente doutrinária e jurisprudencial que responde negativamente à última questão. Sendo assim, não há que se falar em reparação por dano moral em hipóteses de abandono afetivo. Nesse sentido, colaciona-se um julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXISTÊNCIA - A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. **O abandono paterno atém-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências.** O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam. (TJMG - AC 1.0145.05.219641-0/001(1) - 12ª C.Cív. - Rel. Des. Domingos Coelho - DJMG 15.12.200612.15.2006) - (Ementário de jurisprudência, 2007, p.122).

Uma das dificuldades apontadas também pelos que negam o dano moral é acerca da caracterização do abandono afetivo, por se tratar de análise subjetivista. Eliane Brumm, em artigo publicado na revista *Época*, expõe motivos para afastar situações como essas do Poder Judiciário:

Estou rodeada de pessoas que acreditam que seus pais não lhes deram o afeto que mereciam. Acho mesmo que boa parte das pessoas acha que seus pais são deficitários no quesito afeto e no quesito presença. Da mesma maneira que, se fôssemos perguntar aos pais – e também às mães –, boa parte deles compartilha da convicção de que são abandonados pelos filhos. Mas esta, decididamente,

não é a hora dos pais. Os filhos reinam absolutos nesse momento histórico, com o apoio irrestrito do Estado.

(...)

Todos nós temos de lidar com o que consideramos ausência ou falta de afeto, em várias medidas ao longo da vida. Faz parte da complexidade das relações humanas. E faz parte do humano do nosso tempo acreditar que nunca é amado o suficiente – não só pelos pais, mas pelos filhos, pelos namorados, pelos maridos e pelas esposas, pelos amigos, pelo mundo inteiro²⁰.

Os defensores da irrestrita liberdade paterna na criação do filho criticam também o fato de se pagar em dinheiro um sentimento que não fora oportunamente preenchido. Seria, para essa corrente, uma mercantilização do amor, na medida em que se permitiria converter a falta de afeto em pecúnia.

Outros argumentos são apresentados por aqueles que rejeitam os danos morais por abandono afetivo, tais como:

- a) O afeto não está incluído no dever de educação imposto aos pais.
- b) Perigo de se questionar toda forma de afeto e passar a se admitir também a indenização por amor excessivo, por amor fugaz, etc.
- c) A demanda reparatoria só causaria maior afastamento entre pai e filho, alcançando finalidade oposta daquela pretendida.
- d) Os pais ficariam impelidos a amar de forma compulsória, receando demanda judiciária em seu desfavor. Assim, forçariam uma convivência que, na prática, seria pior que o distanciamento.
- e) A Constituição Federal reconheceu a família monoparental como forma de entidade familiar. Quer dizer que pode haver família constituída

20 BRUMM, Eliane. **É possível obrigar um pai a ser pai?** Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2012/05/e-possivel-obrigar-um-pai-ser-pai.html>>. Acesso em 28/06/2012.

por uma mãe e seu filho ou por um pai e sua filha. Contraditório, portanto, seria o Estado dizer que determinada criança não poderia viver com a ausência do pai, merecendo danos morais pelo abandono. Merecem ser citadas as palavras do autor Wesley Louzada nesse mesmo propósito: “Estabelecer-se aprioristicamente que um dos pais não tem condições de proporcionar o crescimento sadio dos filhos seria criar uma hierarquia – inexistente – entre famílias tradicionais e famílias monoparentais”²¹.

Como se percebe, são diversos os argumentos que repelem a responsabilidade civil nas relações paterno-filiais. De fato, existe um receio pertinente de se transformarem laços de afeto em laços econômicos. A ideia, colocada dessa forma, só pode causar repulsa.

No entanto, o abandono afetivo não guarda relação com a falta de amor do pai para com o filho. Nem poderia ser, tendo em vista que cada sujeito ama e demonstra seu amor de forma diversa. Os mais tímidos terão maior dificuldade em dar e receber um gesto de afeto, enquanto os mais extrovertidos o farão publicamente.

A concepção de amor é individual e jamais poderia ser objeto de estudo do Direito, instrumento incapaz de ditar qual seria o ideal de afeto nas relações humanas. Diferente é a análise sob a perspectiva do cuidado. Cuidar de um filho não quer dizer necessariamente que se deve amá-lo, e sim prestar-lhe assistência material e imaterial devida. Em outras palavras, devem os pais promover o desenvolvimento da criança ou do adolescente, fornecendo-lhes meios para construírem, de forma autônoma, a própria personalidade. É também esse o sentido apregoadado pelo princípio da paternidade responsável.

O cuidado pode ser aferido objetivamente, a partir de condutas praticadas pelos pais. Pode-se citar, à guisa de exemplos, a participação

21 BERNARDO, Wesley Louzada. Op. Cit., p. 489.

efetiva na vida escolar do filho, o encaminhamento e acompanhamento em consultas médicas, a busca pelo contato frequente, seja por via física, por telefone ou por via eletrônica. Quer-se, com isso, que a família seja um centro de promoção dos interesses do menor, devendo haver atuação dos pais conjuntamente. No recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, a relatora Nancy Andrighi faz comentário no mesmo sentido:

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amor pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes²².

O cuidado deve ser demonstrado por ambos os pais, quando existirem. É certo que a Constituição Federal reconheceu a família monoparental, mas não afastou a responsabilidade dos pais vivos pelos filhos. É certo existirem casos de filhos criados apenas pelo pai ou pela mãe e que não sofrem com a ausência do outro genitor. No entanto, esse é um risco que não deve ser atribuído à parte mais vulnerável.

O abandono afetivo, assim, está atrelado não à falta de afeto, mas à falta de cuidado do genitor. É possível pensar, inclusive, em abandono afetivo de filhos de pais presentes. Não é raro deparar-se com relações familiares em que os pais se dedicam sobremaneira ao trabalho ou que, por motivos outros, não prestam o devido cuidado aos seus rebentos. Giselda Hironaka sustenta a possibilidade de filhos de pais presentes pleitearem reparação por dano advindo de abandono afetivo. No entanto, ela alerta que casos tais

²² STJ, Recurso Especial 1159242 (2009/0193701-9 – 10/05/2012).

deverão ser analisados com maior atenção para averiguar a pertinência do pedido²³. Imagine-se, por exemplo, o pai que, depois de anos de convívio com o filho, descobre que este não é seu filho biológico e isso vem a lhe causar repulsa, de forma que passa a evitar o menor dentro do próprio lar.

No caso de pai presente, deve-se redobrar a atenção ao examinar se, de fato, houve o abandono. Não se quer, como já dito, que o Estado passe a julgar a forma de criação de cada filho. Por outro lado, não se pode afastar a ideia de que o abandono ocorre mesmo quando existe proximidade física entre pai e filho.

Questionamento pertinente é acerca da prova do dano moral nos casos de abandono afetivo. O Superior Tribunal de Justiça, em diversas situações, teve a oportunidade de dizer que o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, é presumido a partir dos fatos, sendo desnecessário provar o dano. Assim, basta sejam provados os fatos alegados para se fazer supor o dano.

Ocorre que tratar o abandono afetivo como ocasionador de dano moral *in re ipsa* seria objetivar por demais um instituto que carece de uma investigação detida acerca dos seus reais efeitos. A falta de cuidado deve acarretar, efetivamente, um abalo psíquico e espiritual na vítima para que se possa falar em dano moral. É o caso da criança que precisou passar por psicólogos ou psiquiatras, que teve acentuada queda de rendimento nas atividades escolares, que se tornou arredio ou agressivo, etc. Portanto, a prova pode ocorrer através de um laudo pericial ou por documentos como o boletim escolar ou ainda por testemunhas que notaram a mudança de comportamento da vítima.

O perigo de se afastar a prova do dano está justamente na licença que se dá às demandas de cunho meramente enriquecedor. E, vale lembrar,

23 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 137.

só há que se falar em reparação quando há prejuízo extrapatrimonial. Em outros dizeres, deve-se averiguar a patente diferença entre o estado inicial da vítima e o estado adquirido após o dano alegado. Se o filho, não obstante abandonado, seguiu seu caminho de forma a progredir na vida pessoal, profissional, afetiva, não se faz possível vislumbrar nenhum dano.

Importa dizer que são também essas provas que conduzirão o julgador à percepção do nexu causal. É verdade que o liame necessário entre dano e conduta culposa é de difícil constatação na hipótese de abandono afetivo. Afinal, difícil dizer que aquelas consequências apontadas pela vítima advieram unicamente da falta de cuidado de um dos pais. Diante de tantos enleios propostos pela vida, como é possível afirmar que a falta de um dos genitores foi o único motivo desencadeador do abalo moral? Mesmo na infância a criança já lida com rejeições, seja na escola, no clube, na vizinhança e até mesmo na Internet (hoje se fala do *cyberbulling*). Daí a importância de se provar eficazmente o dano, de modo a se fazer possível a ligação com a conduta culposa.

Por se tratar de um ato ilícito, a vítima deve demonstrar também a culpa do agente causador do dano. Há quem defenda que a culpa, nesses casos, há de ser provada com a simples demonstração da violação do dever de cuidado. O descumprimento pode se referir aos direitos previstos no artigo 227 da Constituição Federal:

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.

Também as previsões do artigo 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁴ predizem cuidados indispensáveis a estes, tais como proporcionar o ensino obrigatório, o acesso a serviços de saúde, a assistência social ao menor que dela necessita, etc.

O genitor que não oferece tais condições à sua prole seria, então, culpado pelo abandono afetivo. No entanto, mais uma vez chama-se a atenção para o risco de objetivação de um instituto que, por sua natureza, possui carga eminentemente subjetivista. Não se deve, por conforto, aceitar a ideia de culpa normativa, entendendo que basta a violação de um ditame legal para se vislumbrar a falta do agente. A culpa, como se sabe, é a falta de diligência que ocasionalmente pode gerar um dano. É necessário demonstrar que o genitor tinha condições de prestar os cuidados devidos e não o fez. Assim, pode-se provar por testemunhas que o pai descumpria o direito/dever de visitas mesmo morando na mesma cidade que o filho, deixando sempre de

24 Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes.

X - de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção.

participar dos eventos escolares ou das festas de aniversário e formaturas. Tania da Silva Pereira confirma a tese ao afirmar que

A negligência se traduz na incapacidade de proporcionar à criança a satisfação dos cuidados básicos de higiene, alimentação, afeto e saúde, indispensáveis para que o seu crescimento e desenvolvimento ocorram em normalidade. A negligência pode manifestar-se sob a forma ativa, em que há intenção de causar dano à criança, ou sob a forma passiva, que geralmente resulta da inabilidade dos pais em assegurar os referidos cuidados²⁵.

A prova da culpa é relevante, pois, nem sempre o genitor que não tem a guarda do filho consegue prestar a devida assistência por morar em cidade ou Estado diferente, ou por não ter condições financeiras que lhe permitam viagens ou contato frequente por telefone.

Acredita-se que não se deve atribuir responsabilidade por abandono afetivo ao pai de economia precária que, em razão disso, fica impossibilitado do convívio com o filho. O critério da razoabilidade será pertinente na averiguação do caso em estudo.

Nesse sentido parece ser o entendimento de Giselda Hironaka:

Não se há falar em culpa do não-guardião, sempre que se apresentar, por exemplo, fatores que o impedem de conviver com o filho, como será o caso da fixação do domicílio em distância considerável, que encareça os deslocamentos a fim do cumprimento do dever de educar e conviver, mormente em hipóteses de famílias menos abastadas, assim como na hipótese de doença do genitor que, a bem dos filhos, prefere se afastar para não os colocar em situação de risco, além, ainda, da comum hipótese de não se saber se, realmente, este suposto incum-

25 PEREIRA, Tânia da Silva. **Dano moral à criança e ao adolescente; responsabilidade dos pais ou responsável nas relações de família.** In: O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 991.

primento é imputável à própria omissão do genitor não-guardião ou aos obstáculos e impedimentos por parte do genitor guardião²⁶.

Seguindo os dizeres da respeitada autora, outra causa de afastamento de culpa que pode ser suscitado pelo suposto autor do dano é a alienação parental provocada pelo genitor que detém a guarda do filho. Não são raras as situações em que o ascendente com a guarda transpassa sua raiva do relacionamento sem sucesso para a criança, fruto da comunhão anterior do casal. O filho, moldado pelos dizeres daquele com quem convive, passa a nutrir desafeto por seu outro genitor, baseado nos fatos narrados pelo primeiro. Desse modo, a aproximação entre pai e filho se torna, por vezes, impossível. Assim, o próprio rebento se manifesta no sentido de não querer ver o genitor, tamanha a raiva, medo ou desprezo incutido pelo outro genitor.

Por óbvio que, sendo acusado de abandono afetivo, o genitor vítima da alienação parental não será o responsável pelos danos advindos ao filho. Culpado, em verdade, é o outro que trabalhou para o afastamento paterno-filial.

Em suma, a vítima deve provar a culpa do genitor pelo abandono e não apenas apontar um preceito legal violado. O julgador deve ter meios de perceber o desleixo do pai ou da mãe que, por condutas reiteradas, criou no rebento a sensação de abandono afetivo. O suposto culpado pode, no entanto, afastar a culpa, mostrando que foi impedido do convívio com o filho ou que prestou a assistência moral dentro da sua possibilidade econômica.

Outro ponto relevante a ser tratado tange à existência de filiação afetiva. Não se pode cogitar de abandono afetivo quando existe uma figura substituta. Se o filho nunca teve ou não tem mais o convívio com o pai

26 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. Cit., p. 143.

biológico, mas a figura paterna foi firmada por um terceiro que cumpriu com os deveres de cuidado, não existe dano moral configurado. O dano é causado pelo descaso, indiferença, negligência do genitor. Se outro sujeito supriu a falta, dando atenção, assistência moral e desempenhando o papel do pai biológico, por certo que não restou impedido o pleno desenvolvimento da criança ou do adolescente. É também o posicionamento de Maria Celina Bodin:

Para a configuração do dano moral à integridade psíquica de filho menor, é preciso que tenha havido o completo abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém ‘faz as vezes’ de pai (ou de mãe), desempenhando as suas funções, não haverá dano a ser indenizado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico²⁷.

Questiona-se se o abandono afetivo ocasionador de dano pode ser reparado mediante prestação pecuniária. Conforme já se acentuou, há críticas no sentido de que o dinheiro não devolve o afeto, nem o supre. Ainda, diz-se que o pagamento de uma quantia pelo pai culpado só desgastaria mais a relação paterno-filial.

Existem algumas propostas delineadas pela doutrina para reparar o dano por abandono afetivo. A primeira delas traz a possibilidade de o genitor culpado pagar um tratamento psicológico ou psiquiátrico à vítima. Ocorre que o investimento em tratamento emocional é mais bem enquadrado na seara dos danos materiais. Além disso, o pagamento de médico ou psicólogo não afasta a reparação por danos morais. Por ser a respeito de danos diferentes, ambos devem ser reparados pelo responsável.

Outra proposta é a fixação de pena alternativa ao pai faltoso com o

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 450.

dever de cuidado. Maria Aracy Menezes da Costa²⁸ traz, a título de exemplo, a visitação a orfanato, para que os sentimentos do genitor sejam tocados. Acredita-se, contudo, que esse não seja o meio mais eficaz para solucionar o problema. A vítima continuará com o prejuízo, enquanto o causador do dano dificilmente mudará sua concepção de paternidade. Além do mais, a intenção não deve ser ensinar alguém a ser pai ou ter afeto, mas sim reparar o dano causado por sua irresponsabilidade paterna.

Há quem sustente a possibilidade de fixação de *astreintes* para o genitor que não cumpre com o dever de visitas²⁹. Na verdade, não se trata apenas de um dever do pai, mas de um direito do filho em ser visitado. Assim, para evitar o abandono, o julgador poderia fixar multas para cada descumprimento da obrigação. Percebe-se que tal solução forçará uma convivência artificial, mais baseada no medo de pagar a obrigação acessória do que propriamente na intenção de desenvolver laços de afeto. As *astreintes* podem, inclusive, contribuir para que o filho sinta de perto o descaso do pai.

Outra solução que também se coloca é o processo de mediação interdisciplinar. Tentar resgatar o relacionamento falido e os laços desfeitos pode trazer bons resultados. Defende-se, contudo, uma mediação pré-processual, com o fim de evitar o desgaste do litígio familiar autuado. Sabe-se que, muitas vezes, as partes evitam acordo ou mediação quando o processo já está em curso porque desejam que o juiz diga quem tem razão. É a disputa de ego que nasce quando aparecem as figuras autor e réu. O restabelecimento da relação é, de fato, a melhor forma de reparar o dano anteriormente causado. Isso porque o filho que se sente abandonado deseja o cuidado do pai e a possibilidade de um convívio que promova seus interesses enquanto criança e adolescente.

28 COSTA, Maria Aracy Menezes da. *apud* MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 164.

29 MADALENO, Rolf. Op. Cit., p. 314.

Infrutífera a mediação, o pagamento em dinheiro é a forma de reparação que se mostra mais adequada. Isso porque o Judiciário não possui outro instrumento para devolver o prejuízo moral à vítima. O ressarcimento pecuniário serve, assim, como uma compensação ao filho abandonado. E não cabe aqui o discurso no sentido de que se estaria monetizando o amor. Não é a falta do amor que se está querendo preencher com o dinheiro. É o equilíbrio espiritual da vítima que merece ser devolvido e, na falta de outro meio mais eficaz, o pagamento em dinheiro se mostra suficiente.

É relevante discutir acerca da possibilidade de filhos maiores pleitearem danos morais por abandono afetivo. Já ficou sedimentado que o dever dos pais está em promover o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente. Se os pais se afastam desse dever, o rebento poderá vir a ter prejuízo de ordem moral, tal como dificuldade de socialização, tendências depressivas, etc. Quanto aos filhos maiores, é de se presumir que já possuam sua personalidade consolidada. Nesse caso, já não mais se vislumbra a desigualdade na relação existente entre genitor e o filho menor, pois este ainda dependente das orientações e cuidados paternos. Ademais, enquanto houver o poder familiar (art. 1630) haverá o dever de cuidado dos pais para com os filhos. Com a maioridade, o filho deixa de ser dependente afetivo, na medida em que seu círculo social lhe possibilita outros contatos e outras experiências pertinentes ao seu desenvolvimento profissional, psíquico, intelectual e espiritual.

Não é questão tranquila o abandono afetivo dos maiores. Apesar do raciocínio acima exposto, cabe ao julgador definir, no caso que lhe é colocado, se o filho ainda carece de cuidado paternal. Tal como nos casos de pensão alimentícia em que a exoneração do dever alimentar não pode ocorrer de forma automática quando o filho completa dezoito anos, não se pode descartar o abandono afetivo pelo simples alcance da maioridade. Não

se deve olvidar que o princípio da solidariedade familiar prega justamente a assistência material e moral mútua entre os entes familiares.

Concluindo o estudo, resta mencionar que o Projeto de Lei do Senado nº 700/2007, que pretende modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente, incluirá o parágrafo único no artigo 5º tratando o abandono afetivo como ilícito civil e penal:

Art. 5º.

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono afetivo.

No mesmo projeto encontra-se a noção do que pode vir a configurar abandono afetivo, a partir da ideia de assistência afetiva devida aos filhos menores:

Art. 1º.

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência afetiva, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência afetiva devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades

profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento.

ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.

A alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente no sentido de reconhecer o abandono afetivo como ilícito apenas termina com um dos problemas, qual seja, a dúvida se o abandono seria ou não um dano indenizável. No entanto, a caminhada para o delineamento do tema ainda parece longa, visto que os elementos da responsabilidade civil ainda precisam ser consolidados na hipótese de abandono afetivo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu analisar o cabimento da responsabilidade civil entre membros de uma mesma entidade familiar. O pedido de reparação por danos morais por descumprimento de dever conjugal, rompimento de noivado ou abandono afetivo são exemplos de influência da responsabilidade civil no direito de família. Como assevera Moraes:

A responsabilidade civil entra no seio familiar, reconhecendo danos a serem ressarcidos por maridos às esposas e vice-versa, por pais aos filhos, excepcionalmente até por avós aos netos, pessoas habituadas a se querer bem ou a se relacionar com afeto³⁰.

O estudo da responsabilidade civil no direito de família se mostra assaz relevante em razão da constante evolução dos dois temas envolvidos: ao dever de indenizar e as relações familiares.

Em responsabilidade civil, a concepção tradicional de ato ilícito ganhou novo contorno com a discussão em torno do dano injusto. O dano à vítima passa a ser o centro da preocupação, de forma que não há que se

30 MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 425.

cogitar em prejuízo sem reparação. Surgem, assim, as mais diversas categorias de dano: dano material, dano moral, dano estético, dano coletivo, dano por perda de uma chance; todas ganham real importância na discussão da doutrina e jurisprudência brasileira. O dano injusto, reconhecido como dano ressarcível, estendeu o clássico conceito de ato ilícito, de forma que esse não ficasse limitado apenas à violação culposa de uma norma (antijuridicidade), mas alcançasse todo interesse merecedor de tutela. Esse interesse deve ser averiguado no caso levado ao julgador, mediante juízo de ponderação.

O direito de família igualmente passa por reconstrução do estudo tradicional. Os novos modelos familiares, a igualdade entre os cônjuges, a preocupação maior com a criança e o adolescente e a valorização do afeto atestam a mudança valorativa e principiológica das relações familiares.

Constatou-se que o dano moral é a violação à integridade física e psíquica, à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou de uma pessoa humana, conforme delinea Maria Celina Bodin³¹. A agressão a um bem não patrimonial, sob essa ótica, não pode ser desconsiderada pelo ambiente familiar. Este não conta com o salvo-conduto para a prática de atos ilícitos.

O dano moral pode ocorrer entre cônjuges, basta que se vislumbrem os elementos da responsabilidade civil. Assim, provada a conduta culposa, o dano e o nexos causal, o ilícito resta configurado e o equilíbrio extrapatrimonial da vítima deve ser restabelecido. Não se concorda com a corrente que prega que o simples descumprimento de um dever conjugal enseja o dano moral. O prejuízo e a culpa devem ser demonstrados, sob pena de se admitir uma avalanche de ações sem o menor cunho reparatório, mas assentadas no frívolo interesse de enriquecimento.

No que tange às relações pré-conjugais, admite-se também a compensação do dano moral nos casos de rompimento de noivado. No entanto,

31 Ibidem, p. 433

as provas levadas ao julgador devem ser convincentes do sentido de que houve, de fato, um ilícito. Quer-se, com isso, impedir as condutas desarrazoadas como abandonar o(a) noivo(a) no altar ou desaparecer às vésperas do casamento.

Também o abandono afetivo pode ser fonte de dano moral. O fundamento está no dever de cuidado do pai para com o filho. Não se trata, como alguns insistem, de obrigar o pai a amar o filho ou de compensar o desamor. O intento é reparar o prejuízo moral causado ao menor que não teve qualquer amparo imaterial de seu genitor.

[os filhos] não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada³².

Deve-se ter cuidado para não tratar o abandono afetivo como fonte irrestrita de dano moral. Os elementos da responsabilidade civil devem ser comprovados pela vítima, de forma a promover o exato convencimento do juiz. Assim, não basta dizer que a culpa do genitor foi em descumprir um dever legal, mas apontar a falta de diligência no exercício da parentalidade. Também necessário provar robustamente o dano e não tratá-lo como presumido. A importância da demonstração da culpa e do dano está justamente em conferir meios de análise do nexo causal, a fim de se constatar que foi o abandono, e não outro fator, a causa do prejuízo alegado pela vítima.

O cuidado é dever que margeia as relações de família, assim como a boa-fé é diretriz para o direito obrigacional. Quando a ausência de cuidado

32 MADALENO, Rolf. Op. Cit., p. 314.

se apresentar como um ato ilícito causador de um dano injusto, cabe ao Direito oferecer alguma solução que compense a vítima. Algumas críticas em relação ao direito de família possuir sanções específicas não justificam o afastamento da responsabilidade civil pelos artigos 186 e 927 do Código Civil. O pedido de divórcio não repara um dano moral, assim como a suspensão do poder familiar não traz o equilíbrio extrapatrimonial do rebento abandonado.

Por certo que o Direito não pode impor o dever de amar entre os componentes da família. O amor é elemento subjetivo e expresso de formas diferentes, de acordo com cada ser composto de histórias, traumas, felicidades e características que o individualizam como pessoa humana. Porém, o cuidado para com os afetos é conduta esperada e valorizada pela ordem civil e constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BERNARDO, Wesley Louzada. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?, In: **Diálogos sobre direito civil**, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRUMM, Eliane. **É possível obrigar um pai a ser pai?** Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2012/05/e-possivel-obrigar-um-pai-ser-pai.html>>. Acesso em 28/06/2012.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. *apud* MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**, 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira e ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade civil nas relações familiares**. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20120322115353.pdf>. Acesso em 27/06/2012.

_____. **Princípios constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08**. São Paulo: Atlas, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Punitives Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. Dano moral à criança e ao adolescente; responsabilidade dos pais ou responsável nas relações de família. In: **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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 20/07/2012.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Direito de Família e Responsabilidade Civil. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 01, jul/ago. Porto Alegre: Magister, 2004.

Artigo originalmente publicado no volume 6, número 2 de 2014.