

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GISLAINE CAPERA DA SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: O DANO MORAL PELO  
ABANDONO AFETIVO DO FILHO

CURITIBA

2008

GISLAINE CAPERA DA SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: O DANO MORAL PELO  
ABANDONO AFETIVO DO FILHO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção da Graduação no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2008

Agradeço a Deus pela vida, proteção e oportunidade. A minha família pela compreensão e apoio em todos os momentos da minha vida. Ao meu namorado, Roberlei, pelo carinho, incentivo e pela companhia em todos os dias de realização deste trabalho. A todos os demais que colaboraram para que esse trabalho se efetivasse, em especial ao Prof. Luiz Edson Fachin, pela orientação e pelas gotas de conhecimento lançadas em cada aula ministrada nessa Universidade.

“O pai não tem a obrigação de amar seu filho, mas tem o dever de dar-lhe comportamento afetuoso.”

Francisco Amaral.

## RESUMO

O presente trabalho visa abordar a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil às relações de família, com um enfoque especial ao caso de abandono afetivo do filho, tema esse que tem sido objeto de discussões doutrinárias e decisões divergentes na jurisprudência brasileira. Para a satisfação deste objetivo tratar-se-á, inicialmente, de alguns aspectos básicos da teoria da responsabilidade civil, passando, em seguida, à análise das alterações proporcionadas pela Constituição Federal de 1988 no Direito de Família e os reflexos dessas mudanças na aplicação da responsabilidade civil neste âmbito. Em momento posterior apresentar-se-ão alguns dos argumentos contrários a esta aplicação e as hipóteses em que se pode verificá-la. Por fim, serão versados os deveres dos pais na criação e educação dos filhos, bem como os danos gerados pelo não cumprimento de tais deveres, culminando com a discussão acerca da possibilidade da ocorrência de dano moral no caso de abandono afetivo do filho, sob a ótica legal, jurisprudencial e doutrinária do tema.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>5</b>
<b>1. Breves noções sobre a Responsabilidade Civil</b> .....	<b>8</b>
1.1 Conceito e objeto .....	8
1.2 Elementos históricos .....	11
1.3 Outros aspectos .....	14
1.4 Quantificação .....	17
<b>2. Notas sobre a reconstrução da família pela Constituição de 1988 e a justificativa da responsabilidade civil</b> .....	<b>20</b>
<b>3. A responsabilidade civil e o Direito de Família</b> .....	<b>28</b>
3.1 Argumentos contrários à aplicação da responsabilidade civil às relações de família .....	29
3.1.1 A ausência de previsão legal .....	29
3.1.2 Duplicidade de punição – “bis in idem” .....	32
3.1.3 Mercantilização das relações familiares .....	37
3.1.4 Exposição da intimidade familiar .....	39
3.1.5. Impossibilidade de reparação .....	41
<b>4. Hipótese de aplicação da Responsabilidade Civil ao Direito de Família</b> .....	<b>44</b>
4.1 A responsabilidade civil entre cônjuges .....	44
4.2 A responsabilidade civil entre companheiros e concubinos .....	47
4.3 As relações homoafetivas .....	49
4.4 Rompimento ilícito da promessa de casamento .....	52
4.5 Abandono afetivo do filho .....	55
<b>5. Os deveres dos pais e os danos gerados pelo abandono do filho</b> .....	<b>56</b>
5.1 Dever de guarda, sustento e educação .....	56
5.2 Dano material, emocional e o dano psicológico .....	64
<b>6. A aplicação da Responsabilidade Civil no caso de abandono afetivo do filho</b> ..	<b>69</b>
6.1 Perspectiva legal .....	69
6.2 Orientação jurisprudencial .....	73
6.3 Entendimento doutrinário .....	81
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>85</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>88</b>

## INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil tem sido um dos temas mais polêmicos da atualidade, haja vista sua grande expansão no direito contemporâneo e seus reflexos nas atividades humanas. Ao lado desta tendência, encontra-se a crescente procura do Poder Judiciário para a aplicação da responsabilidade civil aos problemas decorrentes das relações familiares, assunto não pacificado na jurisprudência brasileira.

Algo comum e de extrema gravidade na sociedade são os problemas concernentes ao convívio familiar, ou sua ausência. Fatos estes que acabam por prejudicar o desenvolvimento de sólidos laços familiares e, conseqüentemente, a personalidade afetiva dos seus membros, principalmente no que se refere aos filhos menores.

Tendo em vista que toda pessoa, independente da sua condição social, tem direito a uma vida digna, o Direito, em face de sua tábua axiológica, tem o dever de tutelar este bem. No caso dos filhos, essa dignidade deve ser proporcionada pela sociedade, pelo Estado e, principalmente, pelos pais, cujos deveres lhe são inerentes. Desse modo, uma criança que tenha seus direitos negligenciados e sua dignidade ferida, restando caracterizado o dano moral, terá o direito a reparação, o que é assegurado pela Constituição Federal (art. 5.º, inciso X), haja vista que o lesionado é detentor de personalidade jurídica, e como tal, merece proteção.

Em face do crescente número de problemas nas relações familiares, verifica-se a necessidade de um aprofundamento nessa área, sendo um ponto de grande questionamento, atualmente, a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo do filho.

A questão a ser considerada é quanto à possibilidade de aplicação da responsabilidade civil às relações familiares, haja vista que a Constituição Federal assegura o direito à reparação civil, mas no Código Civil inexistem dispositivos que disciplinem esta aplicação no âmbito familiar, o que tem gerado divergências no plano doutrinário e jurisprudencial, principalmente no tocante ao dano causado pelo abandono afetivo do filho.

Desse modo, o presente trabalho analisará alguns aspectos da teoria da responsabilidade civil, as alterações havidas no âmbito do direito de família, decorrentes, principalmente, da Constituição Federal, as conseqüências destas mudanças e sua influência na aplicação da responsabilidade civil, bem como os argumentos contrários a esta aplicação nas relações familiares e a possibilidade de afastamento desses argumentos e as hipóteses de aplicação da teoria da reparação, nesse âmbito.

Em relação ao filho, pretende-se analisar os deveres inerentes à condição de pai, as conseqüências do abandono afetivo do filho e a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil aos danos causados por este abandono. Será enfocado o entendimento jurisprudencial que deu origem a este debate, os aspectos legais e a orientação doutrinária, culminando com uma conclusão acerca da aplicação da responsabilidade civil às relações familiares, principalmente no caso de abandono afetivo do filho.



## 1. Breves noções sobre a Responsabilidade Civil

### 1.1 Conceito e objeto

A responsabilidade civil tem experimentado grande expansão no direito contemporâneo, principalmente diante do evidente avanço tecnológico havido no último século, que gerou inúmeros benefícios, assim como enormes perigos à integridade da vida humana e, juntamente com suas hipóteses de cabimento e seus reflexos nas atividades humanas, tem sido um dos temas mais polêmicos da atualidade.

A responsabilidade civil integra a seara da Teoria Geral do Direito, de modo a se adaptar às mais diversas situações, abrangendo todos os setores do Direito, bem como a realidade social, o que demonstra a amplitude do campo de aplicação desta disciplina, podendo repercutir em todas “as atividades humanas, tutelando, inclusive, os direitos de personalidade”.<sup>1</sup>

A importância da responsabilidade civil advém de sua vocação à recomposição de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito, pela perda, diminuição ou deterioração verificadas no patrimônio do lesado, englobando, inclusive, o patrimônio moral. Esse dever de restabelecer o equilíbrio violado é a fonte geradora da responsabilidade, que significa a reação legal à lesão sofrida.

A idéia de reparação civil é mais ampla que a de ato ilícito, pois há atos que não se configuram ilícitos, mas geram o dever de indenizar; é o que ocorre no caso de responsabilidade por ato lícito, que gera dano a partir de fato permitido, como a responsabilidade fundada em risco da atividade, por ato de terceiro, entre outros.

Segundo Maria Helena Diniz:

a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela

---

<sup>1</sup> DINIZ, M. H., **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**, v. 7. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4.

praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.<sup>2</sup>

A responsabilidade civil se dirige, portanto, à reparação do dano causado a outrem, na tentativa de desfazer seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *status quo ante*, de modo a constituir uma relação obrigacional que visa ressarcir o dano causado pela inexecução de um contrato ou pela lesão a direito subjetivo, sem a necessidade de que haja qualquer relação concreta entre lesante e lesado.

Desse modo, a responsabilidade é uma sanção civil, de natureza compensatória, abrangendo, portanto, a indenização ou a reparação do dano causado, destinado a punir o lesante e desestimular a prática de atos lesivos.

Por dano se compreende a lesão - diminuição ou destruição - que, devido a um determinado evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, podendo ser este patrimonial ou moral.

Clayton Reis citando Ludwig Enneccerus conceitua o dano como “toda desvantagem que sofremos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc.).”<sup>3</sup>

O dano patrimonial é a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio material da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Abrange o dano emergente (o que o lesado efetivamente perdeu) e os lucros cessantes (aumento que seu patrimônio teria se não houvesse o

---

<sup>2</sup> DINIZ, M. H., **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Responsabilidade Civil. v. 7. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p.40.

<sup>3</sup> REIS, C. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 2.

ato, mas deixou de ter em razão de tal evento danoso).<sup>4</sup> Já o moral é a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica\* provocada por fato lesivo.<sup>5</sup>

Segundo Clayton Reis “o dano material é aquele que afeta exclusivamente os bens concretos que compõem o patrimônio do lesado” e no dano moral “há circunstâncias em que o ato lesivo afeta a personalidade do indivíduo, sua honra, sua integridade psíquica, seu bem-estar íntimo, suas virtudes, enfim, causando-lhe mal estar ou uma indisposição de natureza espiritual.”<sup>6</sup>

Para Antunes Varella “o dano, para efeito da responsabilidade civil, é toda lesão nos interesses de outrem, tutelados pela ordem jurídica, quer sejam eles de ordem patrimonial, quer sejam de caráter não patrimonial.”<sup>7</sup>

O princípio que domina a responsabilidade civil é o *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa do patrimônio da vítima, seja ele material ou moral, à situação anterior à lesão.

A partir desses aspectos, Maria Helena Diniz apresenta um conceito de responsabilidade civil:

a indenização é estabelecida em atenção ao dano e à situação do lesado, que deverá ser restituído à situação em que estaria se não tivesse ocorrido a ação do lesante. De forma que tal indenização será fixada em função da diferença entre a situação hipotética atual e a situação real do lesado.<sup>8</sup>

O relator do Resp nº 757.411/MG, Ministro Fernando Gonçalves, assevera que um dos maiores problemas da responsabilidade civil é determinar quais danos

---

\* Muito se discute acerca da possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, seara na qual não se entrará no presente trabalho, pois requer estudos mais aprofundados, não condizentes com os objetivos aqui fixados.

<sup>4</sup> DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Responsabilidade Civil. v. 7. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p.121.

<sup>5</sup> DINIZ, M. H., **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Responsabilidade Civil. v. 7. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p.124.

<sup>6</sup> REIS, C. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8.

<sup>7</sup> VARELA, J. M. A. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 241.

<sup>8</sup> DINIZ, M. H., **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Responsabilidade Civil. v. 7. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6.

extrapatrimoniais são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social e vem se ampliando constantemente.

Nesse aspecto, Maria Celina Bodin de Moraes, considerando a falta de tecnicidade que permeia a aplicação do dano moral, estabelece que sua aplicação deve ser orientada por princípios constitucionalmente garantidos, conceituando o dano moral da seguinte forma:

Dano moral será, em consequência, somente a violação a algum desses aspectos ou substratos que compõem e conformam, a dignidade da pessoa humana, isto é, a ofensa à liberdade, à igualdade, à solidariedade (familiar ou social) e à integridade psicofísica de uma pessoa humana.<sup>9</sup>

Desse modo, adotando esse entendimento, caracteriza-se dano moral passível de indenização aquele gerado por lesão a qualquer dos princípios anteriormente citados – liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica da pessoa.

## 1.2 Elementos históricos

As notícias de um instituto que se equipara ao da responsabilidade civil remontam há séculos. Nesse período, como assevera Clayton Reis, prevalecia a idéia de que “nenhum ato lesivo à pessoa poderia ficar impune. A vítima ou seus sucessores eram responsáveis pela reparabilidade do dano causado pelo lesionador.”<sup>10</sup>

Nos primórdios da civilização humana, como sanção aos ilícitos cometidos dominava a idéia da vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo social contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.

Com o tempo verificou-se uma evolução desse modo para a reação individual, marcada pela vingança privada, em que os ofendidos faziam justiça pelas próprias mãos, seguindo a Lei do Talião, com a reparação do mal com o mal, expressa no Código de Hamurabi.

---

<sup>9</sup> BODIN de MORAES, M. C.. **Deveres Parentais e Responsabilidade Civil**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Parentalidade. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 31, Ago./Set., 2005, p. 52.

<sup>10</sup> REIS, C. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. XVIII.

Esse Código consistia num sistema de leis sumérias e acadianas, que foram revistas, adaptadas e ampliadas por Hamurabi, no qual se estabeleceu, entre outras coisas, que o mal gerado por um ato lesivo deveria ser compensado por um dano igual, mas efetivado pelo lesionado em relação ao lesionador.

Acerca desta legislação, leciona Clayton Reis:

A primeira noção de que se tem conhecimento na história da civilização acerca do dano e sua reparação, através de um sistema codificado de leis, surgiu na Mesopotâmia, através de Hamurabi, rei da Babilônia (1792 a 1750 ac). [...] O código estabelece uma ordem social baseada nos direitos do indivíduo e aplicada na autoridade das divindades babilônicas e do estado.<sup>11</sup>

Neste momento, o “poder” intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que lhe provocou. Aqui, a responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano que lhe foi causado.

Depois surgiu a composição, da qual é exemplo o Código de Manu\*, que é um conglomerado de leis religiosas e sociais, até hoje seguidas na Índia, que baseiam a reparação no pagamento de um valor pecuniário determinado pelo legislador.

Clayton Reis trata da diferença desses institutos da seguinte forma:

O aspecto diferenciativo entre o código de Hamurabi e o de Manu era o de que, enquanto no primeiro a vítima ressarcia-se a custa de outra lesão levada a efeito no lesionador, no de Manu o era às expensas de um certo valor pecuniário arbitrado pelo legislador.<sup>12</sup>

Na antiga Roma, a reparação caracterizava-se pelo pagamento de certa quantia em dinheiro, a critério da autoridade pública, se o delito fosse público, ou do lesado, se se tratasse de delito privado, apresentando-se como uma solução melhor que a retaliação, porque aquela não reparava dano algum, ocasionando, sim, um duplo dano: o da vítima e o do seu ofensor.

---

\* Manu, na mitologia hinduísta, foi o homem que sistematizou as leis sociais e religiosas do hinduísmo. Essas leis antigas são chamadas Código de Manu. Até hoje interferem na vida social e religiosa da Índia, onde o hinduísmo é a principal religião.

<sup>11</sup> REIS, C. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 09/10.

<sup>12</sup> REIS, C. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12.

Na Idade Média, com a estruturação da idéia do dolo e de culpa *strictu sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena. No entanto, a teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina que veio a ser adotada pelo art. 1.382 do Código Civil francês, que influenciou muitas das legislações que estabelecem como seu fundamento a culpa.

Nesse momento a responsabilidade civil tinha como elemento principal a culpa e era por meio dela que se fazia a perquirição acerca da aplicabilidade ou não desta teoria, assim como era a partir desse elemento que estabelecia o dano a ser reparado. No entanto, o elemento “culpa” passou a não dar conta de todas as hipóteses de danos, sobretudo naqueles eventos que ocorriam sem a existência desse elemento subjetivo.

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, a obrigação da perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos - caracterizados pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala, e pela circulação de pessoas através de veículos automotores – aumentou os perigos à vida e à saúde humana, cujas conseqüências levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil em um processo de humanização.

Este representou uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de que todo o risco deve ser garantido, visando à proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, uma vez que tudo deve ter um responsável.

A noção de risco, aqui, prescinde a da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causa externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado, baseando-se no princípio de que a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas conseqüências.

A culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, pois o risco não a anulou, constituindo-se, ao seu lado, também como fundamento da responsabilidade civil, de modo que todo aquele que causar dano a outrem, seja pessoa física ou jurídica fica obrigado a repará-lo, devendo restabelecer o equilíbrio rompido. Cabendo ao lesado a prova de dolo ou culpa do agente, ou ainda a presença de qualquer outro elemento que obrigue o lesionador a reparar o dano.

Houve uma evolução ao se estender a responsabilidade de certas pessoas, por presunção de culpa, por fatos de terceiros, nos quais o imputado passa a responder, estabelecendo-se uma solidariedade entre pais e filhos menores, curadores e curatelados, sendo estendida a responsabilidade por fatos de animais e coisas que estão sob a guarda do imputado.

Como afirma Clayton Reis, atualmente a reparação civil do ato lesivo assenta-se na idéia de que o causador do dano, ou o responsável por ele, tem a obrigação de repor as coisas ao seu estado anterior.<sup>13</sup>

Portanto, na seara da responsabilidade extracontratual, ao lado da responsabilidade pelo risco da atividade, têm-se os casos de responsabilidade por fato de terceiro, de animais e de coisas, que configuram responsabilidade indireta ou complexa, além daqueles baseados na culpa.

### 1.3 Outros aspectos

Importante ressaltar alguns preceitos básicos da teoria da responsabilidade civil, partindo do art. 186<sup>14</sup> do Código Civil, que é denominada de cláusula geral da responsabilidade civil, baseada no ato ilícito, que, ao lado do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, constituem fundamento para a reparação de qualquer dano considerado, pois o dispositivo constitucional, em seus incisos V e X<sup>15</sup>, assegura à

---

<sup>13</sup> REIS, C. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. XVIII.

<sup>14</sup> Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

<sup>15</sup> 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 à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

pessoa o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação de seu direito.

Segundo o entendimento doutrinário o ato ilícito indenizável é formado por três elementos essenciais: a conduta do agente, dolosa ou culposa; o dano e o nexo de causalidade.

Há também os elementos inerentes ao dever de indenizar, que variam de acordo com cada espécie de dano e são verificados a partir da situação concreta. Estes pressupostos da responsabilidade civil, segundo Fernando Noronha, partindo de um breve apanhado, podem ser assim enumerados: "... os requisitos da responsabilidade civil: dano, cabimento no âmbito de proteção de uma norma, fato gerador, nexo de causalidade e nexo de imputação." <sup>16</sup>

No âmbito do Direito de Família a responsabilidade civil pode se dar tanto em decorrência de fato jurídico – casamento, nascimento – quanto por força de negócio jurídico – o matrimônio, a união estável –, de forma que os requisitos gerais da responsabilidade civil não são dispensados.

O art. 186 do Código Civil não traz expresso o elemento culpa, mas esta ausência não significa sua exclusão na aplicação da responsabilidade civil, principalmente no âmbito do Direito de Família. Tal cláusula geral da responsabilidade flexibiliza este instituto, de modo a deixar ao julgador uma maior margem de atuação, que pode partir de outras vertentes da responsabilidade civil, que não a subjetiva.

Entretanto, no domínio do Direito de Família ainda parece mais adequado a fundamentação da culpa do ofensor, apesar dessa tendência à objetivação, porquanto, nesse setor do direito não estão presentes as justificativas atuais para a dispensa da culpa, como a dificuldade de prová-la, o risco criado e a socialização da responsabilidade ou da culpa, que são utilizados como fundamentos da responsabilidade objetiva.

Para a aplicação da responsabilidade civil a conduta do agente deve caracterizar um ato ilícito, causador do dano, patrimonial ou moral. Como asseveram

---

<sup>16</sup> NORONHA, F. **Direito das Obrigações**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 467.



Paulo Nalin e Anassilvia Antunes<sup>17</sup>, a vítima deve comprovar a culpa do agente, cabendo a ela a demonstração da ocorrência do ato ilícito que gerou o dano e o nexo de causalidade entre eles, para configurar o dever de indenizar.

Verificada a ocorrência do dano e o dever de indenizar, cabe a liquidação do dano para devolver ao ofendido o estado anterior, reparando o prejuízo causado. Em se tratando de dano moral, diante da dificuldade em mensurar a extensão do dano, o critério a prevalecer é o da equidade, reparando a vítima, sem que haja a ocorrência de enriquecimento ilícito, devendo se levar em conta a situação econômica-social e cultural das partes, o grau de culpa do ofensor e a repercussão social do fato danoso.

Com a aplicação da teoria da responsabilidade civil nem sempre se consegue reparar os danos sofridos, especialmente em se tratando dos extrapatrimoniais. Todavia, ainda não se encontrou outra maneira, mais adequada, à reparação deles, à restauração do *statu quo*. Resta, portanto, sem resposta algumas questões como a recomposição da saúde do cônjuge ou convivente contaminado por doença transmitida pelo parceiro; a recuperação da saúde psíquica do filho não reconhecido pelo pai ou mãe, e que foi privado da convivência paterna ou materna, a (o) noiva(o) abandonada (o) no altar, entre outras questões, pois “são danos irreparáveis e tampouco sujeitos à prevenção, estreitando o papel da responsabilidade civil ao efeito da censura punitiva e, quiçá, financeira compensatória.”<sup>18</sup>

Fazem-se necessárias soluções às questões, problemáticas comentadas, aprimorando-se, assim, a teoria da responsabilidade civil em todos os setores do Direito, principalmente no âmbito do Direito de Família, gerador de tantos questionamentos.

---

<sup>17</sup> NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil**: Objeções e hipóteses de Ocorrência. *In*: NALIN, P. R. R.; VIANNA, G. B. (coords.). *Direito em Movimento*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 23.

<sup>18</sup> NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil**: Objeções e hipóteses de Ocorrência. *In*: NALIN, P. R. R.; VIANNA, G. B. (coords.). *Direito em Movimento*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 24.

## 1.4 Quantificação

Ocorrendo lesão de direito subjetivo configura-se o dano, a partir do qual surge o direito de reparação, que poderá ter por objeto a reconstituição do *statu quo ante* ou uma indenização consistente no pagamento de certa quantia em dinheiro.

O valor desse pagamento pecuniário poderá ser estabelecido por lei, pelo consenso entre as partes ou pelo juiz, denominadas respectivamente de liquidação legal, convencional e judicial - estabelecida por sentença de arbitramento.

Em relação ao dano material, em regra, a avaliação do dano ocorre por meio do cálculo da diferença entre a situação atual e a que existiria sem a ocorrência do ato lesivo. Já no dano moral, a determinação do quantum a ser pago é estabelecido pelo magistrado, baseado em juízo de equidade.

A esse respeito escreve Maria Helena Diniz:

[...] na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão. [Conclui:] Grande é o papel do magistrado na reparação do dano moral, competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada caso, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias.<sup>19</sup>

Nessa análise devem ser levados em conta alguns fatores relevantes, que são considerados por Clayton Reis:

[...] para avaliar o dano moral, haver-se-á de levar em consideração, em primeiro lugar a posição social e cultural do ofensor e do ofendido. Ter em vista o *homo medius* de sensibilidade ético-social normal. [...] O comportamento do ofensor, antes e após a ofensa moral. [...] Intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa.<sup>20</sup>

No que refere à quantificação do valor a ser pago pelo lesante, a título de reparação do dano, não se verifica uma limitação, salvo nos casos de estipulação contratual em que haja previsão de cláusula penal, vinculação de certos bens, delimitação por valor de seguro entre outros.

<sup>19</sup> DINIZ, M. H., **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Responsabilidade Civil. v. 7. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p.46.

<sup>20</sup> REIS, C. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 92.

O Código Civil, nos artigos 389 a 416, traça normas atinentes ao cumprimento das obrigações, no campo contratual, e, nos arts. 944 a 954 refere-se à liquidação das obrigações de atos ilícitos, como o homicídio, delitos contra liberdade pessoal e à honra, à saúde etc. No entanto, podem ser tomados apenas como orientadores para a fixação do valor da indenização a ser paga pelo lesante, que variará conforme o caso concreto.

Para fixar a indenização, o juiz deverá verificar, segundo os artigos 944 a 946 do Código Civil: o grau de culpa, pois se a vítima concorre para o dano, do montante devido pelo lesante, deve ser abatido o montante imputável à vítima; a influência da situação econômica da vítima e do agente; acontecimentos naturais ou sociais, observados na apuração do nexo causal; a influência do lucro obtido pelo lesado na reparação.

Portanto, a reparação irá variar de acordo com a análise do ocorrido em cada caso concreto, pois o juiz apreciará o dano moral atendendo a repercussão econômica, a prova da dor e o grau de dolo ou culpa do ofensor.

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de buscar um equilíbrio, para que não haja ausência de reparação e nem a verificação do enriquecimento ilícito da vítima, com uma indenização muito elevada, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa ao credor, pois como ensina Wilson Melo da Silva: “ocorreria um enriquecimento sem causa, eis que o pretendido credor teria, com a reparação, um aumento em seu patrimônio econômico sem que, antes, tivesse tido nenhum desembolso.”<sup>21</sup>

Esse entendimento pode ser constatado pelos acórdãos cujas ementas seguem:

APELAÇÃO CÍVEL (2) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - CONFIGURAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO. QUANTUM REDUZIDO. [...]

Na quantificação da indenização do dano moral, um juízo de ponderação entre os critérios de proporcionalidade e razoabilidade determina que o quantum arbitrado seja reduzido, a fim de atender ao critério de equidade, assegurando a isonomia entre todos os pescadores atingidos pelo acidente, pois tal valor representa tanto uma compensação para a vítima, quanto uma punição e prevenção, por meio de um caráter pedagógico, das condutas do infrator.[...].<sup>22</sup>

<sup>21</sup> SILVA, W. M. da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 377.

<sup>22</sup> PARANÁ, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 453.637-2, Relatora Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, julgado em 17/03/2008.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO ADEQUADA. VERBAS HONORÁRIAS. FIXAÇÃO EM SEU MÍNIMO LEGAL. INSUFICIÊNCIA. MAJORAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Ao fixar o quantum da indenização por dano moral, deve o julgador ter em conta alguns critérios: a extensão e repercussão do dano sofrido pela vítima, o grau de culpabilidade e condições patrimoniais do ofensor, bem como outras circunstâncias ocorrentes no caso concreto. Além disso, deve ele também se pautar pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, objetivando duas finalidades: o ressarcimento pela agressão ao patrimônio pessoal da vítima, e a reprimenda ao ofensor, a fim de inibi-lo à nova prática ilegal.<sup>23</sup>

Para Maria Celina Bodin de Moraes:

a reparação dos danos morais não pode mais operar, como vem ocorrendo, no nível do senso comum. Sua importância no mundo atual exige que se busque alcançar um determinado grau de tecnicidade, [...]. Portanto o ressarcimento do dano moral deve ser tratado com maior seriedade, tanto científica quanto metodológica, visto que seria também a exigência de proteger eficazmente a pessoa humana e seus direitos fundamentais. ”<sup>24</sup>

Nesse sentido Maria Celina Bodin de Moraes estabelece alguns princípios que devem orientar a aplicação do dano moral e a valoração dele pelo juiz, quais sejam: a igualdade; a integridade psicofísica, a liberdade, a solidariedade familiar e social, que são protegidos pela Constituição Federal.

Para ela tais princípios devem ser observados sempre e ponderados em caso de conflito, para que não ocorra a discrepância que pode ser observada em alguns casos, mantendo-se, desse modo, uma valoração equânime do dano causado.

<sup>23</sup> PARANÁ, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, extinto TA, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 197.109-5, Relator Desembargador Paulo Habith, julgado em 09/12/2003.

<sup>24</sup> BODIN de MORAES, M. C. **Deveres Parentais e Responsabilidade Civil**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Parentalidade. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 31, Ago./Set.,2005, p. 51.

## 2. Notas sobre a reconstrução da família pela Constituição de 1988 e a justificativa da responsabilidade civil

A Codificação Civil de 1916<sup>\*</sup>, assentada em concepções conservadoras, se estruturou através da influência do patriarcado, do direito romano e direito canônico, cuja consequência foi a previsão normativa do pátrio poder como poder absoluto do pai sobre os demais membros da família – mulher e filhos.

O pai era o provedor patrimonial e moral da família e a ele todos deviam obediência, mantendo toda sua autoridade sobre os demais membros, inclusive sobre a mulher, que, ao casar, regredia de *statu civil*, denominada *capitis deminutio*, passando a ser relativamente capaz.

A família, considerada como tal, era a família denominada legítima, constituída pelo matrimônio, da qual se excluía os filhos havidos fora do casamento e as relações concubinárias.

Outra característica marcante da referida codificação era a ampla proteção do patrimônio familiar, o qual era administrado pelo marido, o único plenamente capaz no âmbito familiar.

Diante disso, a regra social era da indissolubilidade da sociedade conjugal, se apresentando como a única solução à falta de boa convivência do casal, o desquite, que era o meio jurídico pelo qual se extinguiu a convivência entre os cônjuges e os deveres matrimoniais, mas não dissolvia o vínculo matrimonial, consagrando a perpetuidade do matrimônio, mantendo sempre o interesse voltado essencialmente para as relações patrimoniais.

Apesar de o Código Civil de 1916 trazer novidades, após sua edição ocorreram alterações sociais radicais, por conta das guerras mundiais, trazendo inúmeras

---

\* Nas palavras de Guilherme Calmom Nogueira da Gama, “um Código representante da sociedade fundiária, patriarcal e hierarquizada e marcada pelo cristianismo, que reconhecia apenas a família fundada no casamento, enaltecido como instituto independente das pessoas que o integravam; postulando aversão aos filhos ilegítimos e a submissão dos filhos ao pátrio poder”. (GAMA, G. C. N. da. **A função social da família**, In: Revista Brasileira Direito de Família – A função social da família. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM. v. 8, n. 39, Dez./Jan., 2007, p. 154-170).

conseqüências. Tais conseqüências foram globais, influenciando, inclusive, a realidade brasileira, as quais são assim citadas por Paulo Nalin e Anassilvia Antunes:

com o processo de urbanização, com a migração da população rural para os centros urbanos, então emergentes, a industrialização brasileira ao início da década de 30, a revolução sexual com a inserção da mulher no mercado de trabalho, o direito do voto feminino e a sua conseqüente atuação social.<sup>25</sup>

Nesse cenário, a civilística mostrou-se insuficiente para atender às novas demandas, principalmente na esfera do Direito de Família, que foi o âmbito do Direito que sofreu as maiores alterações.

Diante da omissão do legislador, conservador, o Direito de Família ingressa num processo de construção legislativa, doutrinária e jurisprudencial, com os diversos estatutos jurídicos que sobrevieram nesse período - décadas de 60 e 70 – entre eles: a Lei de Alimentos, o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio\* entre outros. No entanto, apenas a Constituição Federal de 1988 é que traz um modelo diferente de família brasileira, de forma aberta, plural e prospectiva, que mais se aproxima da realidade social, denominando-se de “família constitucionalizada” essa nova acepção da família.

Neste ambiente constitucional, se consagrou o novo modelo da família brasileira, assentada em valores, princípios e direitos firmadores da igualdade entre homem e mulher (art. 226, § 5º) e entre filhos (art. 227, § 6º), densificando-se o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), direitos e garantias fundamentais (art. 5º).

A esse respeito, leciona Paulo Luiz Netto Lôbo:

O Estado legislador passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos [....].

---

\* Como bem aponta Luiz Felipe Brasil Santos, a possibilidade do divórcio ruiu o dogma da indissolubilidade do casamento; o estatuto da mulher casada trouxe a emancipação da esposa. No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959 colocou o filho como sujeito ativo da família e desenvolveu o princípio do melhor interesse das crianças. (SANTOS, L. F. B. **Pais, filhos e danos**. [online] Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=141>>. Acesso em: 05/01/2008.)

<sup>25</sup> NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil**: Objeções e hipóteses de Ocorrência. In: NALIN, P. R. R.; VIANNA, G. B. (coords.). *Direito em Movimento*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 16.

A família atual parte de princípios básicos, de conteúdo mutante, segundo as vicissitudes históricas, culturais e políticas: a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade.<sup>26</sup>

Em concordância com tais valores e princípios constitucionais, o Direito de Família, como asseveram Paulo Nalin e Anassilvia Antunes,

ingressa em uma fase de reconstrução, na qual a felicidade dos seus membros, a privacidade, o afeto, a assistência, a lealdade, a integridade física e psíquica e o próprio amor são projeções coerentes da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.<sup>27</sup>

A família constitucional passa a ser baseada na multiplicidade de formas, admitindo-se não só as famílias fundadas no casamento, mas também a união estável, as famílias monoparentais entre outras. Este novo modelo leva em conta a reconfiguração do sujeito, dotado de novos papéis, direitos e deveres, repersonalizando suas dimensões existenciais e patrimoniais.

Segundo Cláudia Maria da Silva, diante da inclusão das diversas formas de família, o elo entre os seus membros passou a ser o afeto, o respeito, a vontade de seguirem juntos, o tratamento igualitário entre outros elementos. Tem-se a família como base à dignidade da pessoa humana e à solidariedade social, voltando especial preocupação aos filhos, como sujeitos de direitos cuja personalidade está em desenvolvimento, pois é no seio deste grupo que o indivíduo nasce e se desenvolve, moldando sua personalidade e, simultaneamente, se integrando ao meio social. A família, para essa autora, representa um porto de retorno, pois para muitos “durante toda a sua vida, é na família que o indivíduo encontra conforto e refúgio para sua sobrevivência.”<sup>28</sup>

Cláudia Maria da Silva entende, ainda, que a partir da nova modelagem da família – fundada no afeto, na solidariedade e na valorização dos seus membros –

<sup>26</sup> LÔBO, P. L. N. **A repersonalização das relações familiares.** In: BITTAR, C. A. (Coord.). O direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-54.

<sup>27</sup> NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil: Objeções e hipóteses de Ocorrência.** In: NALIN, P. R. R.; VIANNA, G. B. (coords.). Direito em Movimento. Curitiba: Juruá, 2007, p.18.

<sup>28</sup> SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho.** In: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n. 25, Ago./Set.,2004, p. 123.

houve maior possibilidade de convívio entre pais e filhos, acentuando-se os sentimentos, alargando a preocupação e colaboração uns com os outros.

A Constituição Federal de 1988 promoveu a “repersonalização”<sup>\*</sup> do Direito Civil, principalmente do Direito de Família, cuja complexidade das situações jurídicas existenciais só é tratada pela lei parcialmente, como afirma Luiz Edson Fachin:

o direito de família é menos que a família e seus direitos, e é mais que o mero espelho ‘juridicizado’ de um modo de conviver. É uma opção por ações ou omissões, de um modelo social, cultural, político e religioso. Daí porque o grau de parentesco entre o Direito de Família e o fato familiar é complexo, plural e nem sempre pleno de interação. No direito positivado fotografa-se um instante de uma realidade mutante.<sup>29</sup>

Os modelos de família tratados pela legislação infraconstitucional são insuficientes para abrigar as formas de família que realmente existem e, mesmo após a entrada em vigor do novo Código Civil, requer-se um processo de construção doutrinária e jurisprudencial, sempre com base no texto Constitucional, para atender às situações fáticas não previstas, como: as uniões homoafetivas, as relações afetivas estabelecidas através da rede mundial de computadores [internet], a guarda de menores por pessoas diversas dos pais, entre outros.

Por conta dessa parcialidade legislativa no âmbito familiar, o jurista se utiliza do texto Constitucional, assumindo compromisso com a pessoa, de modo a consagrar sua dignidade plenamente. Ganha, a partir disso, relevo o papel da pessoa no meio familiar, no sentido de que a pessoa humana merece mais atenção do que em outros setores do Direito, como bem afirma Claudete Carvalho Canezin: “Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela daqueles direitos, já que a família deve ser havida como

---

\* “Repersonalização das relações de família”, é o nome dado por Paulo Luiz Netto Lôbo a esse fenômeno, pelo qual a pessoa foi colocada no centro do ordenamento jurídico, em especial no que se refere ao Direito de Família, promovido pela Constituição Federal de 1988. (LÔBO, P. L. N. **A repersonalização das relações familiares**. In: BITTAR, C. A. (Coord.). O direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 71).

<sup>29</sup> FACHIN, L. E. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 19.



centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade.”<sup>30</sup>

A Constituição elevou a família à qualidade de “sistema autônomo do Código Civil”, sugerindo uma especialização, que não pode conduzir a abstração da pessoa, uma vez que a pessoa não deixa de ser sujeito constitucionalmente tutelado, pelo fato de participar das relações privadas, como a relação familiar.

Essa nova configuração da família trazida pela Constituição Federal de 1988 é caracterizada pela passagem de um sistema marcado pelo modelo de família: transpessoal, matrimonializada, desigual, unitária, para um sistema eudemonista, plural, fundado na igualdade substancial e diárquico. Além de ter como orientadores os princípios da solidariedade, da afetividade, da cooperação e da assistência mútua. Como se depreende dos ensinamentos do Professor Luiz Edson Fachin:

Sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de uma aspiração à felicidade.<sup>31</sup>

A transpessoalidade significa a sobreposição do ente “família” aos interesses dos seus membros, marcada pela dissociação entre a família e seus componentes. A característica da matrimonialidade existe em razão de só ter se reconhecido como família aquela originada do casamento. Já a desigualdade podia ser constatada tanto entre o marido e a mulher quanto em relação aos filhos, que eram diferenciados, pejorativamente, entre filhos legítimos e ilegítimos; isso levava à característica unitariedade da família que era comandada apenas pelo homem, ao qual se submetiam a mulher e os filhos.

Com a Constituição Federal de 1988, a família passou a ser eudemonista, ou seja, a valorizar os interesses dos indivíduos, dando prioridade a eles e colocando-os acima da família, de maneira que esta tem a função de satisfazer as necessidades

<sup>30</sup> CANEZIN, C. C. **Da culpa no Direito de Família**. In: TARTUCE, F.; CASTILHO, R. (Coords). *Direito Civil, Direito Patrimonial e Direito Existencial. Estudo em homenagem à professora Gisela Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Meteor, 2006, p. 745.

<sup>31</sup> FACHIN, L. E. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 31-32.

básicas das pessoas que a compõem. Quanto à pluralidade, ela significa que hoje são reconhecidas as mais variadas formas de família, não só a matrimonializada, mas todas aquelas fundadas no afeto, na solidariedade, na convivência familiar. Há ainda o estabelecimento da igualdade substancial, não apenas em relação ao marido e a mulher\* como também em relação aos filhos, que passam a ser sujeitos de direito e devem ser tratados de maneira igualitária. A direção da família passa a ser exercida por ambos os cônjuges, em igualdade de poderes, o que caracteriza a direção diárquica da família.

A Constituição também inaugurou uma valorização do afeto, considerando de suma importância a relação familiar baseada na afetividade, além de salientar as preocupações com o melhor interesse dos menores, que devem sempre ser preservados.

Nesse sentido, leciona Luiz Edson Fachin:

os valores que informaram a elaboração do CC de 1916, com a legitimidade da família e dos filhos fundada no casamento, vão dando lugar a uma nova dimensão, em que surgem como elementos de maior relevo a igualdade e o afeto. [...] O contorno do modelo patriarcal e hierarquizado de família, com sua dimensão transpessoal, dá lugar a um novo modelo igualitário e fundado no afeto.<sup>32</sup>

Mais adiante, ao tratar das alterações efetivadas pela Constituição Federal, Luiz Edson Fachin, escreve acerca:

da superação do antigo modelo da 'grande família', na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos.<sup>33</sup>

Não é possível privilegiar os institutos às pessoas, o que contraria os ditames constitucionais, que elegeram a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico e expressamente previram a possibilidade de responsabilidade civil a todas as hipóteses de violação de direito.

---

<sup>32</sup> FACHIN, L. E. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 17.

<sup>33</sup> FACHIN, L. E. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 306.

Nesse cenário, emerge a aplicação da teoria da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, voltada à tutela dos sujeitos e sua proteção constitucional, uma vez que, apesar da ausência de expressa relação legal entre os institutos tratados, o ordenamento jurídico deve apresentar uma resposta às ofensas aos direitos fundamentais dos membros dos vários modelos de família.

São incertas e polêmicas, ainda, as possibilidades e limites da responsabilidade civil, em decorrência da violação de direitos fundamentais no seio da família, requerendo reflexão as hipóteses de reparação.

No que se refere à responsabilidade civil, a Constituição Federal de 1988 a estabeleceu, no artigo 5º, incisos V e X, consolidando no ordenamento jurídico a possibilidade da aplicação da responsabilidade civil por danos materiais ou morais, abrangendo, portanto, todas as possibilidades de violação tanto do patrimônio material quanto do moral da pessoa, que, segundo alguns autores, sobressaem em grau de importância ao primeiro.

Nesse aspecto, pode-se citar Clayton Reis:

Portanto, os padrões de virtude, ou patrimônio moral de cada homem é o maior acervo de bens espirituais de uma pessoa e constitui a causa do progresso da civilização. Na verdade, deverá ser maior e mais sagrado patrimônio da humanidade, a causa primária da sua existência e finalidade.<sup>34</sup>

Ademais, a dignidade da pessoa humana, que pela Constituição de 1988, foi apresentada como o fundamento da República Federativa do Brasil<sup>35</sup>, é um valor que “alcança todos os setores da ordem jurídica,”<sup>36</sup> justificando também a aplicação da teoria da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família.

No que se refere ao dano moral, como já visto, tem como alvo a violação da personalidade humana e todo o seu delineamento, posto na Constituição Federal e no Código Civil. Por isso, o dano moral deve ser analisado com cuidado e ponderação pelo julgador, uma vez que ele versa sobre o princípio orientador da ordem constitucional – a dignidade humana –, que se ressalta nas relações familiares, expresso por meio dos

---

<sup>34</sup> REIS, C. **Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 137.

<sup>35</sup> Art. 1º, inciso III da Constituição Federal.

<sup>36</sup> BODIN de MORAES, M. C. **Deveres Parentais e Responsabilidade Civil**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Parentalidade. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 31, Ago./Set.,2005, p. 52.

deveres de respeito e consideração mútuos no casamento (CC, art. 1.556, V), lealdade, respeito e assistência na união estável (CC, art. 1.724), tratamento isonômico entre filhos, proibidas designações discriminatórias relativas à filiação (CR, art. 227, § 6º e CC, art. 1.596), além, é claro, dos deveres de assistência, criação e educação dos filhos menores (CR, art. 229). Todos esses deveres são projeções da cláusula constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana.<sup>37</sup>

Tendo em vista essas noções, da proteção especial da pessoa e do dever de indenizar os danos causados, passar-se-á à análise da relação entre o Direito de Família e a aplicação da teoria da responsabilidade civil a este setor.

---

<sup>37</sup> NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil**: Objeções e hipóteses de Ocorrência. *In*: NALIN, P. R. R.; VIANNA, G. B. (coords.). *Direito em Movimento*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 20.

### 3. A responsabilidade civil e o Direito de Família

Anteriormente à Constituição Federal de 1988 e ao Código Civil de 2002, a doutrina era certa quanto à reparabilidade do dano patrimonial nas relações entre os cônjuges, com fundamento nos arts. 159 e 1.539 do CC/1916, aplicáveis, ainda hoje, aos ilícitos praticados sob a égide daquela lei civil, por força do art. 2.028 do atual Código. Motivo pelo qual são encontradas atualmente decisões jurisprudenciais nesse sentido.\*

A intensa retomada do assunto, em sede doutrinária e na prática jurídica, se explica por quatro fatores: (i) a multiplicação de formas de família, o que dá margem ao cometimento de um maior número de ilícitos civis nestas novas relações; (ii) a repersonalização do Direito Civil e dos papéis dos membros da família, exigindo-se deles deveres de cuidado sem precedentes e ampliando a esfera de proteção de cada pessoa; (iii) compreensão da força expansiva do princípio da dignidade da pessoa humana, em vista da constitucionalização do Direito Civil e do Direito de Família – esses dois últimos configurando como ilícitos os atos anteriormente considerados normais; (iv) os rumos limitativos à reparação ao denominado, pelo Superior Tribunal de Justiça, “abandono afetivo”, impondo debate jurisprudencial ao tema<sup>38</sup>.

---

\* REPARATÓRIA DIRIGIDA CONTRA A MULHER E O TERCEIRO, QUE SABIA SER ELA CASADA. QUANTIA EXACERBADA DA CONDENAÇÃO MORAL. REDUÇÃO. 1. Sempre que houver ruptura, por um dos cônjuges, do dever de fidelidade, há configuração de injúria ao outro cônjuge e, portanto, motivo para a propositura de ação objetivando indenização por dano moral. 2. A ação reparatória pode ser dirigida contra a mulher e o terceiro, seu cúmplice, se este sabia ser a mulher casada. 3. Na fixação do dano extrapatrimonial, por ausência de base concreta dos fatores destinados à sua reparação, há de ser adotado o princípio da razoabilidade, não podendo, de um lado, ser simbólica, nem, de outro, ser fruto de lucro fácil ao lesionado. (PARANÁ, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, extinto TA, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 103.642-2, Relator Desembargador Airvaldo Stela Alves, julgado em 30/10/2001).

<sup>38</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Recurso Especial nº 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005.

Com tais inovações, a responsabilidade civil, na esfera do Direito de Família não goza de um posicionamento definitivo no que respeita à sua aplicação\*, sendo que aqueles que são contrários à sua aplicação, apresentam cinco argumentos em defesa de sua posição: (i) a ausência de previsão legal; (ii) duplicidade de punição do dano; (iii) mercantilização das relações familiares; (iv) exposição da intimidade familiar e (v) a impossibilidade de reparação dos danos; os quais, a partir de agora, se passa a tratar.

### **3.1 Argumentos contrários à aplicação da responsabilidade civil às relações de família**

#### **3.1.1 A ausência de previsão legal**

Esse argumento, aparentemente o mais relevante dentre aqueles apresentados, diz respeito à ausência de expressa autorização legal para a aplicação da responsabilidade civil ao Direito de Família, haja vista que nem o Código Civil nem as leis que o antecedem, ou mesmo as posteriores a ele, que tratam dos modelos infraconstitucionais de família, contemplam, no âmbito familiar, qualquer dispositivo que vise a censura dos danos praticados, com a reparação civil.

---

\* Exemplo de jurista favorável à ampla aplicação da teoria da responsabilidade civil ao Direito de Família é a Prof<sup>a</sup>. Regina Beatriz Tavares da Silva, que é responsável pela inserção, por meio do Projeto de Lei nº 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, de uma nova regra geral no Código Civil de 2002, segundo a qual "os princípios da responsabilidade civil se aplicam às relações de família." Para ela, havendo ato ilícito, nexó de causalidade e dano, é possível a aplicação da responsabilidade civil. (SILVA, R. B. T. da. **Débito Conjugal**. In: PEREIRA, R. DA C. (coord.). Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 539).

Esse argumento é trazido em função da experiência estrangeira\* em que são encontrados dispositivos específicos sobre este tema, adotando uma estrutura diversa da codificação brasileira\*\*, que segue a orientação da cláusula geral.

Por essa razão tal posicionamento não causa surpresa, ao se concluir que se fosse intenção do legislador criar este sistema de reparação, o teria previsto expressamente na lei.

No entanto, os dispositivos referentes à responsabilidade civil, trazidos pelo Código Civil de 2002, compõem um sistema que relaciona a Parte Geral e os seus Livros Especiais, sendo, na medida em que a experiência codificadora optou pela estruturação em duas partes – geral e especial –, é incoerente sustentar que na parte especial deva ser reproduzido o já disposto na parte geral. Deste modo, a interação do sistema jurídico permite dispensar a reprodução de dispositivos atinentes à responsabilidade civil, principalmente em relação ao art. 186 do Código Civil, que é regra da responsabilidade civil aplicável a todo o sistema jurídico.

Assim, o fato de o art. 186 se situar na parte geral do Código Civil é suficiente para que a teoria da responsabilidade civil seja plenamente aplicável aos mais variados setores do Direito, de modo que o argumento de ausência de previsão específica para a indenização no âmbito do Direito de Família não possui sustentação, em vista da aplicabilidade dessa matéria a todo o sistema jurídico, nos termos do artigo citado.

Cabe lembrar, também, que as relações de família envolvem questões obrigacionais, relacionadas ao patrimônio, impondo aos agentes conduta de boa fé, cujo desrespeito pode implicar o dever de indenizar. Tais condutas podem resultar em ofensa ao dever lateral do membro da família e, portanto, em danos. Desse modo, a

---

\* Ao contrário dos Códigos francês, português e peruano, que contém dispositivo expresse determinando a indenização em caso de dissolução do casamento, no nosso ordenamento jurídico não se verifica qualquer previsão neste sentido.

\*\* A que se pode citar como exemplo o Código Civil italiano, que prevê a responsabilidade civil tanto na fase pré-nupcial, por conta do rompimento da promessa de casamento, quanto por conta do cônjuge culpado pela nulidade do casamento.

Assim dispõe o art. 129 bis do Codice Civile: *“Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo. Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere all’altro coniuge in buona fede qualora il matrimonio sia annullato una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto. L’indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. È tenuto altresì a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi altri obbligati.*

responsabilidade civil pode ser aplicada a qualquer ramo do Direito, inclusive ao Direito de Família.

Finalmente, vale ressaltar que a ilicitude dos atos civis não se pauta pelo princípio da tipicidade, como nos demais ramos do Direito, não encontrando respaldo, também neste ponto, o referido argumento, da ausência de previsão específica, haja vista que a reparação civil deriva, nos casos em comento, dos deveres gerais impostos aos membros da família.

Assim, aquele que cometer ato ilícito fica obrigado a reparar o dano, nos moldes do art. 186 e 927<sup>39</sup> do Código Civil, que estruturam, de maneira mais flexível ao operador, a teoria da responsabilidade civil, sendo que o entendimento contrário estaria em desarmonia com as vertentes da codificação brasileira.

Outro argumento que inevitavelmente põe fim a esta discussão é a previsão constitucional, no artigo 5º, inciso V e X, do direito à indenização de qualquer dano material ou moral por violação de dispositivo legal. Desse modo, ocorrendo violação de dispositivo legal surge o direito à indenização, inclusive no âmbito do Direito de Família, independentemente de expressa previsão legal, haja vista que os preceitos constitucionais se aplicam a todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, expressa Clayton Reis:

“Todavia, com a promulgação da Constituição de 1988, a tese do dano moral no Brasil consolidou-se definitivamente em nosso estatuto legal. O art. 5º, inciso V e X, da Carta Magna, assegurou ao cidadão ‘o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.’

Portanto, a partir da promulgação do novo texto constitucional, as discussões acerca da inexistência de dispositivo legal expresso - perdem derradeiramente o seu objeto.<sup>40</sup>

Ademais, cabe ressaltar que a ausência de previsão legal não significa inexistência do direito merecedor de tutela, sendo descabido invocar a ausência de lei para negar jurisdição àquele que teve direito violado.

---

<sup>39</sup> Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

<sup>40</sup> REIS, C. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133.



Destarte, infrutífera qualquer argumentação dessa espécie, na tentativa de afastar a aplicação da responsabilidade civil ao Direito de Família.

### 3.1.2 Duplicidade de punição – “bis in idem”

Sustenta-se que as sanções impostas às relações conjugais estão previstas no art. 1.702 do Código Civil, que dispõe que o cônjuge culpado será condenado ao pagamento de alimentos, custas processuais e honorários advocatícios, além da perda do direito do uso do nome do inocente, de maneira que a aplicação da responsabilidade civil, nessa espécie de relação, seria uma segunda punição pelo mesmo fato.

A duplicidade de punição faria sentido diante da impossibilidade de imposição de outro pedido indenizatório ao culpado, que não tenha ligação com a infração aos deveres conjugais dispostos no art. 1.566<sup>41</sup> do Código Civil, em que o descumprimento culmina da obrigação dos alimentos ao inocente.

Até porque o previsto neste artigo, art. 1.566 do Código Civil, concerne apenas a questões atinentes à sociedade conjugal, não se aplicando a todas as relações familiares, excluindo, por exemplo, a questão da investigação da paternidade, o desvio patrimonial, entre outros.

No que se refere à perda do direito de utilizar o nome do outro cônjuge não significa punição pela lesão sofrida, pois se nenhuma das partes adotou o nome da outra, ou a parte que sofreu o dano não requerer a perda desse direito pelo culpado, não haverá qualquer consequência nesse ponto. Igualmente não se configura punição a perda do direito de pleitear alimentos, haja vista a natureza assistencial dos alimentos, sendo que o cônjuge que necessite deles terá direito de recebê-los, independente da

---

<sup>41</sup> Art. 1.566. “São deveres de todos 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.”

sua condição de cônjuge culpado ou inocente, de modo que não passa de uma simples restrição, que por vezes não chega a se configurar qualquer modo de punição.

Ambas as medidas não tem qualquer característica punitiva ou inibitória da conduta lesiva, não gerando temor no caso de violação dos deveres previstos no art. 1.566, 1.568 e 1.634<sup>42</sup> do Código Civil, o que é característico da responsabilidade civil. Tais sanções também não possuem caráter reparatório, ou compensatório, do dano causado pelo cônjuge culpado, não atingindo as principais finalidades da responsabilidade civil – preventiva, punitiva, reparatória -, cabendo, em caso de dano, a indenização comum.

No que se refere aos alimentos, vale ressaltar que a condenação do cônjuge culpado em alimentos não configura reparação indenizatória pela prática de ato ilícito, uma vez que os alimentos possuem caráter subsistencial, derivado do dever de assistência, não envolvendo as finalidades da indenização, nem se caracterizam como dever jurídico, frente a um direito subjetivo, de crédito, que é o que ocorre na reparação civil. Contrariamente ao dever de prestar alimentos, fundamentalmente assistencialista, na responsabilidade civil por ato ilícito, verifica-se um aspecto ressarcitório quanto aos danos materiais, e outro punitivo e compensatório quanto aos danos morais, mesmo que originados da mesma causa.

Nesse sentido, dispõe Rolf Madaleno:

Os alimentos, no entanto, sempre tiveram destinação específica de subsistência do parceiro desprovido de recursos próprios para sua manutenção, não se confundindo, jamais, como paga indenizatória decorrente do rompimento culposo do casamento. [...] Basta ver que a indenização carrega no seu objetivo, um fundamento de punição pecuniária daquele que violou sagrados deveres éticos do casamento, ou de seu estado de família, enquanto que os alimentos, embora destinados à satisfação à vítima tem como

<sup>42</sup> Art. 1.568. “Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.”

Art. 1.634. “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

função assegurar-lhe a sobrevivência física e cessam quando desaparecem as necessidades do beneficiário, isto, quando não surjam outras razões de exoneração.

Ao mesmo tempo em que a indenização no Direito Família estimula os demais integrantes da comunidade a cumprirem com os deveres éticos impostos para as relações familiares, a pensão alimentícia prossegue vista como um dever de satisfação das necessidades materiais da família.<sup>43</sup>

Portanto, não há como confundir a pensão alimentícia com o ressarcimento do ato ilícito conjugal ou mesmo paterno. De modo que o cônjuge ofendido tem a pretensão indenizatória contra seu ofensor, independente da separação ou divórcio, pois são fundamentadas em causa de pedir autônomas, em que pese a possibilidade de cumulação dos pedidos em uma única medida processual de separação (art. 292, CPC). O cônjuge inocente tem direito à pensão se dela necessitar, o que não se compatibilizaria com a natureza indenizatória da obrigação, pois como assevera o autor acima citado,

a punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico e, portanto, não objetiva propriamente satisfazer a vítima da ofensa, mas sim, castigar o culpado pelo agravo moral e, inclusive, estimular os demais integrantes da comunidade a cumprirem os deveres éticos impostos pelas relações familiares.<sup>44</sup>

O dever de prestar alimentos possui outras características que o diferenciam do dever de indenização oriunda da responsabilidade civil, quais sejam: é dívida de valor em que o dinheiro é apenas um meio para se chegar ao bem que se pretende, ou seja, o necessário para a subsistência de quem os recebe; os alimentos, por sua natureza assistencial, devem ser prestados a quem não tem condições de prover seu próprio sustento (art. 1.694), portanto, de caráter pessoal; devendo, por isso, serem fixados de acordo com a possibilidade do alimentante, de maneira suficiente a atender as necessidades do alimentado, de modo que serão fixados os alimentos se comprovada a

---

<sup>43</sup> MADALENO, R. **O dano moral na investigação de paternidade.** In: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ajuris, v. 71, ano XXIV, nov., 1997, p. 273-274.

<sup>44</sup> MADALENO, R. **O dano moral na investigação de paternidade.** In: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ajuris, v. 71, ano XXIV, nov., 1997, p. 280-281.

necessidade de quem recebe, bem como a possibilidade financeira do outro em prestá-los, conforme o parágrafo único do art. 1.964 e artigo 1.695<sup>45</sup> do CCB.

Outro ponto que diferencia estas duas situações é o fato de que os alimentos podem ser alterados, em face do princípio *rebus sic standibus*, ou seja, de acordo com as modificações nas condições em que foram fixados, conforme se altere a condição do alimentante ou do alimentado – art. 15 da Lei n. 5.478 e art. 1.699 do CCB –, o que não ocorre na fixação do valor do dano, quando da sua existência, que será fixa de acordo com a situação apresentada no momento da fixação do seu quantum, sem possibilidade de alteração de seu valor após o trânsito em julgado dessa decisão.

Há também alguns impeditivos da continuidade da obrigação alimentar como o novo casamento do alimentado, que determina a perda do direito, extinguindo a obrigação alimentar, o que não ocorreria com o dever de indenizar.

Ademais a lei, artigo 19 da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) que prevê a condenação do cônjuge culpado, alude expressamente ao termo “pensão”, o que segundo Inácio de Carvalho Neto, “positivaria a feição alimentar da prestação fixada pelo juiz,”<sup>46</sup> e, para esse autor, o texto legal condiciona à existência dos seguintes pressupostos: a necessidade do cônjuge inocente e os recursos do culpado, sendo que no início da reparação ou indenização de ato ilícito não se levam em conta as possibilidades do devedor ou responsável e as carências do credor ou vítima da ofensa. Assim, se fosse indenização, os alimentos seriam devidos sempre, não apenas quando o vitimado deles necessitar, não se concebendo uma indenização condicionada à necessidade do credor, devendo se levar em conta o fato de que, em regra, a

---

<sup>45</sup> Art. 1.694. “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

Art. 1.695. “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

<sup>46</sup> CARVALHO NETO, I. de. **Reparação civil na separação litigiosa culposa**. Trabalho apresentado no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM, em 25/10/2001. [on line] disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&eventos=3&anais>>, acesso em 07/01/2008.

responsabilidade civil é baseada na culpa, o que é dispensável no caso dos alimentos, haja vista que não se limitam aos casos em que haja culpa do obrigado.

Há que ressaltar, por fim, a imprescritibilidade do direito à alimentos, uma vez que o que prescreve são apenas as prestações vencidas e não o direito que pode ser pleiteado a qualquer tempo, ao passo que o direito à indenização é passível de prescrição, que, segundo a regra geral, no prazo de três anos, conforme art. 206 do Código Civil; e a característica da irrenunciabilidade do direito aos alimentos, pois ainda que existente não gera qualquer efeito.

Assim, conclui Jussara Nasser Ferreira, que, na realidade, o cônjuge inocente não recebe uma indenização, mas tão somente, alimentos necessários ao seu sustento, e ainda que pudesse ser considerada indenização, ela é insuficiente a cumprir este papel, ressarcitório (em caso de danos materiais) ou compensatório e punitivo (danos morais), vez que os alimentos têm um fim específico de sustento do credor, não tendo em conta outros aspectos a indenizar, mas os pressupostos da obrigação alimentar.<sup>47</sup>

Há quem sustente que, no caso de abandono afetivo do filho, o pai que não cumpre os deveres inerentes à sua condição já é punido com a suspensão ou, até mesmo, a extinção do pátrio poder, que é conjunto de direitos e deveres que dão sustentáculo à sua condição de pai, o que afastaria a indenização por dano moral, haja vista configurar a duplicidade de punição.

No entanto, mostra-se precário considerar que a única punição ao pai que não cumpre seu papel seja a perda do poder familiar, pois tal solução serve aos interesses do pai que abandona o filho, já que é exatamente a este poder, ou mais precisamente a este conjunto de deveres, que ele se negou a cumprir. A perda do poder familiar impressiona e causa temor ao pai presente e dedicado, responsável, que cumpre sua função, não aquele que renega tais deveres. O que se constata, neste caso, é um favor judicial ao pai negligente, consolidando e autorizando o abandono, obtendo a permissão de renunciar ao filho, pelo Poder Judiciário.

---

<sup>47</sup> FERREIRA, J. S. A. B. N. **Conjugalidade**: descasamento, recasamento e fim do amor. In: PEREIRA, R. da C. (coord). A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 95-96.

Deste modo, insustentável esse argumento de ocorrência de duplicidade de punição que impossibilitaria a indenização por dano moral.

### 3.1.3 Mercantilização das relações familiares

Objeta-se, ainda, a compensação do dano moral nas relações de família, com o receio de que se verifique a banalização do instituto da responsabilidade civil, com possível enriquecimento ilícito dos supostos lesados.

No que se refere a este argumento, ele tem sido apresentado com frequência em todos os âmbitos da responsabilidade civil, diante da grande expansão do número de ações deste gênero, o que, todavia, é compreensível, tendo em vista os valores e princípios expressos pela ordem constitucional.

A Constituição Federal apresentou um quadro de tutelas de direitos da personalidade sem precedentes em nossa sociedade, o que gerou maior confiança no texto constitucional, de modo que a violação de tais preceitos, que se tornaram mais evidentes, tornou “corrente o manejo de tutelas processuais disponíveis, reparatorias e preventivas, buscando o Poder Judiciário para fazê-las valer, causando forte impacto estatístico no volume contencioso dos Tribunais brasileiros.”<sup>48</sup>

Portanto, é claro que existem pretensões aventureiras, como sempre existiram, tanto que o Código de Processo Civil pune a má-fé processual. No entanto, mais reprovável do que se perseguir reparação indevida é criar uma cultura de que as ações reparatorias são todas imbuídas de tal natureza, merecendo preconceituoso descrédito do julgador, o que significa negar eficácia a todo o sistema apresentado pelo arcabouço constitucional de proteção da pessoa humana, o que é inadmissível.

De modo que, dotado de instrumentos de ampla investigação processual, o juiz tem condições de avaliar, no caso concreto, a adequação “justa e ética” da pretensão

---

<sup>48</sup> NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil**: Objeções e hipóteses de Ocorrência. *In*: NALIN, P. R. R.; VIANNA, G.B. (coords). *Direito em Movimento*. Curitiba: Juruá, 2007, p.32

reparatória, dando razão a quem a tenha - haja vista o conceito de dano, na observação de Judith Martins-Costa, ser um “conceito construído” e não “dado”<sup>49</sup> -, assim como a sua valorização, o que permite uma análise mais adequada do caso concreto e a aplicação do que se apresenta pertinente.

Neste âmbito de reprovação, afirma-se que a aplicação da responsabilidade no Direito de Família acarretaria a “economia do amor”, daí o receio pela procura à abastança do Poder Judiciário para resolver questões de pequena relevância, buscando reparação financeira fácil, gerando dúvidas sobre a aplicação da teoria da responsabilidade civil no âmbito familiar. Entretanto, não se pode negar eficácia ao direito do acesso à justiça, constitucionalmente garantido (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), com a desculpa de sobrecarga do Judiciário. Também não é admissível que o Judiciário ignore o sofrimento imaterial que é a ele levado, vez que configura uma realidade que se apresenta atualmente, na medida em que se busca reduzir os valores compensatórios, por danos morais, desestimulando a busca da proteção da personalidade e a punição daqueles que violam tais direitos.

Não significa dar preço ao amor, ou pagar o sofrimento, mas recompensar de alguma forma a dor impingida, bem como punir o ofensor pelo dano e causado, além de demonstrar a ele e à sociedade a consequência de determinados atos, desestimulando condutas semelhante.

A solução está na análise de cada caso, verificando-se, além dos requisitos gerais do dever de indenizar, os requisitos especiais de preenchimento da conduta ilícita, com a inequívoca prova da lesão. Tais requisitos gerais e especiais servem de limites à ocorrência de casos banais e injustos de pedido de indenização por dano que supostamente lhe foi causado, nas hipóteses em que isto não é cabível.

Este argumento contrário à reparação civil nas relações familiares afirma a imoralidade da pretensão reparatória, pela incompatibilidade com os bons costumes e a vedação ao enriquecimento ilícito, não pode prevalecer em face dos direitos constitucionalmente tutelados, pois deste modo estaria se generalizando uma situação que reclama análise minuciosa em cada caso concreto.

---

<sup>49</sup> COSTA, J.M. **Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 90, v. 789, jul., 2001, p. 22.

### 3.1.4 Exposição da intimidade familiar

Afirma-se, também, que haveria um suposto confronto entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da privacidade, ambos constitucionalmente garantidos.

Tal argumento aduz à preservação da privacidade familiar, pois afirmam os doutrinadores que a reparação civil aplicada neste âmbito do Direito acarretaria a exposição da intimidade familiar, na investigação da conduta e da culpa do lesante.

No entanto, postulam pela preservação do sistema de dissolução do casamento (separação/divórcio) baseado na culpa, o que, por si só, é incompatível com o princípio constitucional da privacidade e desvirtuado dos fins institucionais do casamento, após a Constituição Federal de 1988, como bem asseveram Paulo Nalin e Anassilvia Antunes<sup>50</sup>. Em face disso é insustentável a contrariedade à aplicação da responsabilidade civil, sob o argumento, de exposição excessiva da intimidade familiar, quando se está sob a égide de disposição legal que prevê a dissolução do casamento com base na culpa.

Segundo Maria Berenice Dias a investigação da culpa de um cônjuge em face do outro, na separação, acarreta um processo inútil diante do qual a sentença deverá decretar rompida a sociedade conjugal, independente da prova da culpa, já que indeferir o pedido não ensejaria o retorno do casal ao estado de harmonia, de modo que a separação é medida que se impõe diante desta situação.<sup>51</sup>

O processo de separação já se configura em tortura e exposição para ambos os cônjuges, haja vista que expõe ao juiz fatos não elogiáveis, configurando-se inconstitucional invasão da privacidade, cabendo ao juiz investigar as razões culposas do rompimento, e se tais causas ensejavam a insuportabilidade da vida em comum, que são os requisitos que conduziriam à separação judicial.

---

<sup>50</sup> NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil: Objeções e hipóteses de Ocorrência.** In: NALIN, P. R. R.; VIANNA, G. B. (coords). *Direito em Movimento*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 33.

<sup>51</sup> DIAS, M. B. **Da separação e do divórcio.** In: DIAS, M. B.; PEREIRA, R. da C. (coords). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 85-86.



Sustentava-se, tal orientação, tendo em vista a proteção do casamento como instituição social, devendo ser preservada ainda que a custo da felicidade dos seus membros. Ainda que reprovável, tal forma processual foi preservada pela codificação atual.

A orientação constitucional aponta para a redefinição consagrada e emancipatória da pessoa humana, não se justificando a imposição do infeliz processo judicial, em homenagem ao casamento e em detrimento das pessoas que o compõem - a felicidade dos cônjuges se sobressai aos interesses estatais na preservação do casamento, assim como dos demais membros da família em relação a este instituto.

Desse modo, a análise da culpa no fim da união significaria desrespeito aos direitos fundamentais da privacidade e intimidade protegidos pela Constituição Federal. Por outro lado, é inafastável a demonstração da culpa da conduta do agente causador do dano para a concessão da reparação.

Assim, antes de ser um estímulo à persecução da culpa do outro, na teoria da responsabilidade civil, a natureza subjetiva é uma condição de segurança ao acusado, pois terá a oportunidade de evitar a condenação, demonstrando que a culpa recai sobre a conduta do seu acusador, ou concorrente, causando improcedência ou a distribuição eqüitativa dos ônus indenizatórios, conforme parágrafo único do art. 944<sup>52</sup> do Código Civil, além do que não se pode afastar a reparabilidade de dano sob argumento de exposição da intimidade familiar, se ela é plenamente aceitável em outras hipóteses.

Cabe ressaltar que a análise da culpa na separação do casal é um grande indicador da possibilidade de indenização por danos morais no âmbito familiar, mais especificamente, na relação conjugal, pois se constatada a culpa de um dos cônjuges por ato que leve à dissolução da união, então não há impedimento de responsabilizá-lo na ocorrência de dano que gere qualquer agravo moral ao outro pelo ato lesivo cuja culpa já foi analisada, muito embora haja a possibilidade de tal ato, gerador do dano, não ter qualquer relação com a culpa na separação.

---

<sup>52</sup> Art. 944. "A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização."

Tendo em vista os princípios que envolvem as relações familiares, dispõe Maria Celina Bodin de Moraes acerca da exposição da intimidade familiar:

Os membros da família atual relacionam-se em um plano de igualdade e liberdade. Nesse sentido deixou de ser razoável impedir a reparação do dano moral sob o fundamento da proteção da integridade familiar.<sup>53</sup>

Destarte, é igualmente inexitosa a argumentação de exposição da intimidade familiar, nas hipóteses de dano moral oriundo das relações familiares, na tentativa de afastar a sua aplicação.

### 3.1.5. Impossibilidade de reparação

Já houve tempo, como assinala Rolf Madaleno<sup>54</sup>, em que o dano moral não merecia reparação civil, sob argumento de que era inestimável e de que seria imoral estabelecer um preço para a dor. Há quem sustente, ainda hoje, a impossibilidade de reparação de danos desta espécie, principalmente quando se trata do Direito de Família, em que um eventual dano traria uma dor tão intensa que sua compensação ou mensuração da extensão de tal dano não seria possível.

Muito embora se possa argumentar que a dor não tem preço, e que, portanto, ela não possa ser aferível ou transformada em valor monetário ou ainda que o sofrimento não pode ser apagado por uma soma de dinheiro, isso não é suficiente para afastar a reparação civil, nos casos de danos produzidos no âmbito familiar.

Primeiramente, porque o que se busca por meio de uma ação de indenização por dano moral não é precisamente uma reparação do dano sofrido, porque esse não possui uma medida certa, mas uma compensação pela dor que lhe foi imputada injustamente, proporcionando uma satisfação que possa atenuar o mal que lhe foi infligido. Nesse sentido afirma Clayton Reis que “não se pode admitir que o dinheiro faça cessar a dor como faz cessar o prejuízo patrimonial. Mas, em muitos casos, o

---

<sup>53</sup> BODIN de MORAES, M. C. **Deveres Parentais e Responsabilidade Civil**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Parentalidade. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 31, Ago./Set., 2005, p. 46.

<sup>54</sup> MADALENO, R. **O Dano Moral na investigação de paternidade**. In: Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ajuris, v. 71, ano XXIV, nov. 1997, p. 276.

conforto que possa proporcionar mitigará, em parte, a dor moral, pela compensação que oferece.”<sup>55</sup>

Complementando esta idéia, prossegue o referido autor:

A reparação do dano moral na realidade nada repara e sim compensa, o que por si só basta para reprimir a ilicitude do ato e proporcionar à vítima uma sensação de bem estar pela penalidade do lesionador e, pelas possibilidades compensatórias que a quantia paga haverá de oferecer-lhe em nosso mundo.<sup>56</sup>

Nesse sentido, também dispõe Sérgio Cavalieri Filho:

Contudo, o ressarcimento do dano moral tem uma função meramente satisfatória, como meio paliativo de recompensar materialmente o sofrimento ou humilhação impingida, tanto que a jurisprudência brasileira passou a admitir o dano moral, até que, vingando a Carta Política de 1988, ela consignou expressamente a reparação do dano imaterial, nos incisos V e X, do seu 5º artigo, inclusive reconhecendo o Superior Tribunal de Justiça, com a sua Súmula nº 37, a cumulação das indenizações por dano material e dano moral, quando oriundos do mesmo fato.<sup>57</sup>

Tais sustentações também são afastadas pelo caráter punitivo da pena aplicada ao lesionador. Pois, ao se buscar a indenização do dano causado, quase sempre se visa igualmente a punição daquele que deu causa ao dano sofrido. No que se refere a este aspecto, também leciona Clayton Reis:

A compensação da vítima tem um sentido punitivo para o lesionador, que encara a pena pecuniária como uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência de seu ato lesivo. [...] a pena pecuniária constitui-se em uma penalidade das mais significativas ao lesionador em nosso mundo capitalista e consumista, já que o bolso é ‘a parte mais sensível do corpo humano.’<sup>58</sup>

Portanto, o dinheiro não apaga a dor, mas a mitiga, principalmente com a consideração de que o ofensor cumpriu uma sanção pela ofensa, ou seja, sofreu pelo sofrimento que infligiu ao lesionado.

A esse respeito esclarece Maria Helena Diniz que o direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente, o

<sup>55</sup> REIS, C. **Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 90.

<sup>56</sup> REIS, C. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 123

<sup>57</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 74

<sup>58</sup> REIS, C. **Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 90-91.

que o lesado busca, em verdade, não é um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenua, em parte, as conseqüências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano.<sup>59</sup>

Embora de difícil averiguação, uma vez que não perceptível a olho nu, no dano moral não se faz necessária prova, sendo pacífico o entendimento que se prova por si só. Basta atentar para os casos de lesão aos interesses de terceiros, tal como afirma Sérgio Cavalieri Filho ao ensinar que a indenização por dano moral “existe *in re ipsa*, deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto*, está demonstrado o dano moral a guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum.”<sup>60</sup>

A partir do exposto é possível concluir pela aplicação da responsabilidade civil às relações de família, pois, como bem assevera Rolf Madaleno, “na seara do Direito de Família, em que pese seu completo desuso na jurisprudência pátria, conleva referir que a vulneração dos direitos e deveres de ordem familiar é ato sempre suscetível de originar reparação patrimonial ou moral.”<sup>61</sup>

Citando Roberto H. Brebbia, prossegue o mesmo autor:

No âmbito do direito privado situa-se o estado de família, que se sobrepõe como um atributo da personalidade e, qualquer ilícito atentatório deste estado de família é capaz de originar um agravo moral, tal como sucede nos demais casos de violação dos direitos de personalidade humana, na sua estrutura ético-moral, seu patrimônio mais íntimo.

Portanto, insustentável os argumentos contrários à aplicação da indenização por dano moral nas relações familiares, sendo plenamente possível a reparação civil nessa seara do Direito.

Dito isso, cabe agora tratar das hipóteses em que a aplicação da responsabilidade civil ao âmbito familiar é possível, ou melhor, aquelas mais comumente encontradas na jurisprudência pátria.

<sup>59</sup> DINIZ, M. H., **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. v. 7. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 75.

<sup>60</sup> CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 80.

<sup>61</sup> MADALENO, R. **O dano moral na investigação de paternidade**. In: Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ajuris, v. 71, ano XXIV, nov., 1997, p. 272.

## 4. Hipótese de aplicação da Responsabilidade Civil ao Direito de Família

São várias as hipóteses de cabimento do pleito indenizatório no âmbito familiar, contudo, neste momento, abordar-se-á apenas os casos mais freqüentemente encontrados na jurisprudência brasileira.

### 4.1 A responsabilidade civil entre cônjuges

No presente caso, a questão se refere à reparação de dano causado pelo cônjuge culpado pela separação, visto que o ordenamento jurídico, muito criticado quanto a isto, continua prevendo a investigação da culpa como motivo para a dissolução da união.

Não obstante o casamento ser compreendido como negócio jurídico<sup>\*</sup>, o vínculo se estabelece em razão do amor e da vontade de permanecerem juntos, de modo que a permanência da união depende da vontade das partes na manutenção de tal vínculo.

Por outro lado, o cônjuge que desrespeitar os deveres do matrimônio, conforme previsto no art. 1.578<sup>62</sup> do Código Civil, será considerado culpado no processo de separação e perderá o direito de usar o nome de família do inocente, se assim for por ele requerido, bem como o direito de pleitear alimentos, se não estiver em estado de

---

\* Não obstante a grande discussão acerca da natureza jurídica do casamento, a doutrina que se apresenta como mais adequada é a que considera o casamento um negócio jurídico, ou, na expressão do prof. Orlando Gomes: “trata-se, porém, de um contrato de feição especial”. (GOMES, O. **Direito de Família**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.60)

<sup>62</sup> Art. 1.578. “O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I – evidente prejuízo para a sua identificação;

II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III – dano grave reconhecido na decisão judicial.

§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.”

necessidade, conforme os artigos 1.702 e 1.704<sup>63</sup> do Código Civil. No entanto, observado os referidos artigos, verificar-se-á que qualquer das punições não se prestam a reparar os danos causados pela ação culposa.

A perda do direito de utilizar o sobrenome, como já visto, não significa punição pela lesão sofrida, cabendo lembrar que se nenhuma das partes adotou o nome da outra, ou a parte lesada não requerer a perda desse direito pelo culpado, não haverá qualquer consequência nesse ponto. Do mesmo modo não se configura punição a perda do direito de pleitear alimentos, haja vista a natureza assistencial dos alimentos, como já asseverado, principalmente porque a sanção é relativa, uma vez que, necessitando, o cônjuge terá direito de recebê-los, independente da existência de culpa, que determina apenas a quantidade desses alimentos, de modo que não passa de uma simples restrição, que por vezes não chega a se configurar qualquer modo de punição.

Essas medidas não visam a punição ou inibição da conduta lesiva, razão pela qual não geram receio na violação dos deveres previstos no art. 1.566, 1568 e 1634 do Código Civil. Igualmente não possuem caráter reparatório ou compensatório do dano causado pelo cônjuge culpado, não atingindo, deste modo, as principais finalidades da responsabilidade civil – preventiva, punitiva, reparatória -, cabendo, portanto, no caso de dano, a reparação civil.

Há que se observar que a dissolução da relação matrimonial nem sempre ocorre por uma única causa ou fato, podendo se dar por uma sucessão deles, que leva à insuportabilidade da vida em comum. Diante disso é possível que o cônjuge culpado pelo rompimento matrimonial seja inocente quanto aos ilícitos praticados durante a relação, ou que o infrator dos deveres de conduta não seja culpado pela dissolução matrimonial. Desse modo, verificados os pressupostos da responsabilidade civil, quais

---

<sup>63</sup> Art. 1.702. “Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.”

Art. 1.704. “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.”

sejam, ação ou omissão, dolo ou culpa, dano, nexos de causalidade, mostra-se certo o dever de indenizar, independentemente da culpa na dissolução da união.

A presença destes pressupostos é importantíssima, uma vez que a simples ruptura da convivência não enseja a reparação de danos, haja vista decorrer do risco do negócio jurídico, sendo que há a possibilidade de a dissolução ensejar dano a uma das partes e ele não ser indenizável, pela ausência de um desses pressupostos da responsabilidade civil, qual seja, a ilicitude. Portanto, a qualidade do ilícito variará conforme o próprio entendimento do casal, em relação aos deveres do casamento.

Os danos podem ser tanto materiais, como por exemplo perda do patrimônio do casal mal gerido ou por simulação ou lesões corporais com incapacidade temporária, quanto imaterial, ou seja, moral, como a infidelidade ou a divulgação da impotência do marido, violação dos deveres de coabitação, de mútua assistência, o adultério (embora discutido por alguns autores), a transmissão de doenças entre outros.

Vale lembrar que não se verifica no ordenamento jurídico, como bem observam Paulo Nalin e Anassilvia Antunes<sup>64</sup>, qualquer regra que excepcione, no âmbito familiar, a aplicação da solidariedade, por conta de participação no cometimento de ato ilícito, como no caso de infidelidade, em que, demonstrada a culpa do terceiro, este também responderá pelos danos causados ao cônjuge lesado. Havendo, no caso de culpa recíproca, a possibilidade de pedidos reparatórios contrapostos.

No caso de atos ilícitos distintos e que não se excluam, pode haver a declaração de separação por culpa recíproca e a condenação de ambos a indenizações recíprocas, correspondentes aos danos respectivamente causados.

Enfim, há várias possibilidades de reparação civil, material ou imaterial, entre cônjuges. Devendo-se partir da análise do ilícito contra os deveres do casamento, caracterizados pelo comportamento entre os cônjuges. Imperioso investigar a responsabilidade por ilícito absoluto, orientada a partir dos direitos de personalidade, morais ou materiais, a partir da cláusula geral de responsabilidade civil, do art. 186 do Código Civil.

---

<sup>64</sup> NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil**: Objeções e hipóteses de Ocorrência. In: NALIN, P. R. R.; VIANNA, G.B. (coords). *Direito em Movimento*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 34.

## 4.2 A responsabilidade civil entre companheiros e concubinos

A partir da Constituição Federal de 1988, a união estável passou a ser reconhecida legalmente como entidade familiar, e o Código Civil melhor definiu a matéria, no art. 1.723<sup>65</sup>, reproduzindo o sentido do parágrafo 3º do dispositivo constitucional - art. 226<sup>66</sup> -, que primeiro tratou desse instituto. No art. 1.724<sup>67</sup>, o Código Civil prevê os deveres entre os companheiros, os quais são semelhantes àqueles estabelecidos para os cônjuges - art. 1.566.

Assim como no casamento, também na união estável são relativos os danos que ofendem os deveres contidos no art. 1.724 do Código Civil, quais sejam, lealdade, respeito, assistência e guarda, sustento e educação dos filhos.

Por ter uma característica mais contratual, a união estável engloba deveres que vão para além daqueles *ex lege*, visto que os companheiros podem contratar efeitos não previstos pela lei, conforme o art. 425<sup>68</sup>, do Código Civil, e podem fazê-lo, no entanto, sem suprimir aqueles *ex lege*, pois seria inadmissível cláusula de exoneração de responsabilidade a um dos conviventes quanto aos deveres inerentes ao poder parental, por exemplo.

Uma diferença é que antes da dissolução da união estável com o requerimento da reparação devida, há a necessidade de a mesma ser reconhecida judicialmente, o que pode ocorrer numa mesma ação: reconhecimento da união, sua dissolução e a indenização pelos danos eventualmente causados por um dos companheiros ao outro, ou em ações diversas.

---

<sup>65</sup> Art. 1.723. “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

<sup>66</sup> Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

<sup>67</sup> Art. 1.724. “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

<sup>68</sup> Art. 425. “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”



Haverá cabimento a indenização quando descumprido algum dos deveres previstos no, já mencionado, art. 1.724 do Código Civil, sopesada a gravidade da conduta, dos deveres particularmente contratados, além dos deveres gerais envolvendo os direitos de personalidade.

No centro das investigações acerca da responsabilidade civil na união estável sempre estiveram os danos materiais ao companheiro, com destaque à Sumula 380<sup>69</sup> do Supremo Tribunal Federal, que garantiu à mulher a partilha do patrimônio fruto de esforço comum do casal, também a indenização à esta pelos serviços prestados, com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito do homem, em detrimento do trabalho desenvolvido pela mulher, que lhe auxiliou em seu desenvolvimento. Assunto que hoje se apresenta esvaziado, haja vista consagrar o Código Civil, no seu art. 1.725, a regra do regime da comunhão parcial de bens, em caso de falta de estipulação em contrário e ser a união estável reconhecida como família pela Constituição Federal.

Como já tratado, a dissolução em si da relação familiar não enseja ato ilícito, pois é plenamente lícita a busca pelo rompimento da união, uma vez que o compromisso amoroso é, por sua natureza, eivado de risco e a ruptura insere-se em fatores de extremo subjetivismo, que são próprios da complexidade existencial da pessoa humana, como bem observam Paulo Nalin e Anassilvia Antunes<sup>70</sup>. No entanto, as circunstâncias pelas quais o rompimento se passa podem efetivar o dano moral. Até mesmo a infidelidade pode ensejar dano, conforme a publicidade da relação, pelo constrangimento causado ao companheiro perante a sociedade, em vista da violação dos deveres gerais de lealdade e respeito, bem como do de mútua assistência ou de coabitação. Assim, plenamente possível a ocorrência de dano moral na união estável, passíveis de indenização.

Ao lado da união estável acha-se a união livre, que apesar de não tratado pela legislação civil, apenas apontada sua existência, faz parte da realidade social. Tal

---

<sup>69</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

<sup>70</sup> NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil: Objeções e hipóteses de Ocorrência.** In: NALIN, P. R. R.; VIANNA G. B. (coords.). *Direito em Movimento*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 39.

espécie de união é aquela que não preenche a moldura do art. 1.723 do Código Civil – se configurando quando o homem e a mulher são impedidos\*, por qualquer motivo, de se casarem, mas mantêm uma relação familiar não eventual, denominada de concubinato\*\* – art. 1.727<sup>71</sup>, Código Civil. Portanto, concubinos são aqueles que apesar de manterem uma relação contínua, duradoura e até mesmo pública e com filhos não lhes é permitido converter tal relação em casamento (art. 226, § 3º da Constituição Federal e art. 1.726 do Código Civil).

Não obstante a intenção do legislador seja manter à margem da legalidade as relações concubinárias, o cometimento de ilícitos entre concubinos não segue esta lógica de segunda classe de direitos, sendo censurável e indenizável o dano, em condições semelhante às da união estável.

#### 4.3 As relações homoafetivas

Ao lado das relações concubinárias, também como uniões livres, encontram-se as relações homoafetivas, que estão a despertar grande polêmica jurisprudencial.

O relacionamento afetivo de pessoas do mesmo sexo não é novidade, mas só recentemente se apresenta como uma realidade absorvida pela sociedade brasileira, historicamente pautada pela contrastante diferença social entre homens e mulheres.

Nas últimas décadas do século XX, a sociedade brasileira passou por mudanças drásticas, verificadas até hoje, incluindo-se o reconhecimento fático, e até

---

\* Os impedimentos ao casamento são aqueles previstos no art. 1521 do CC, que assim dispõe:

Art. 1.521. “Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

\*\* A denominação desta espécie de relação como concubinária é utilizada neste trabalho apenas por sua manutenção no texto legal, mas apresenta-se inadequada pela carga pejorativa que a contorna.

<sup>71</sup> Art. 1.727. “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

mesmo para alguns efeitos jurídicos, e a permissão dos relacionamentos homossexuais nos mais variados segmentos.

O ordenamento jurídico brasileiro não aborda os relacionamentos homoafetivos, em qualquer dispositivo legal, pois não são tratados nem pela Constituição nem pelo Código Civil. No entanto, o sistema jurídico não é formado exclusivamente das leis, mas também de princípios, valores, moral e até o costume, que são utilizados pelo juiz na construção jurisprudencial e que podem vir a apresentar uma solução aos problemas oriundos dessa convivência, tutelando os direitos desses conviventes.

O direito não pode se escusar ao fato incontestado da existência da união de fato entre pessoas do mesmo sexo, haja vista que estas pessoas não podem ter menos direitos que os demais conviventes, pois os componentes sociais afetivos são os mesmos: amor, intenção de permanecer juntos, devendo, portanto, receber tratamento igualitário.

Há que se observar que no âmbito constitucional a pessoa é sempre tutelada como tal, independente da sua opção sexual, tanto que qualquer espécie de discriminação, inclusive a de natureza sexual, é ilegal e, por essa razão, os conviventes homossexuais possuem os mesmos direitos que as demais pessoas.

O direito estrangeiro já experimentou várias mudanças nesse âmbito, tanto que em vários países o casamento entre pessoas do mesmo sexo é permitido\*.

No Brasil não há o reconhecimento legal da união homossexual, haja vista que o art. 226, §3º, da Constituição dispõe que a união estável é aquela formada entre homem e mulher. No que se refere ao Código Civil, apesar de ele ser omissivo nessa matéria, não a exclui, pois a união homossexual pode ser incluída na relação concubinária, que é a união livre, formada por pessoas com impedimento de se casar, no caso, por serem pessoas do mesmo sexo.

Incontestável que hoje o núcleo homoafetivo pode constituir família, inclusive com filiação, uma vez que não é vedada pela legislação brasileira a adoção por estes casais.

---

\* É o que ocorre em países como: a Holanda, a Suécia, a Noruega, a Inglaterra e a França, que reconhecem a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, que gozam de direitos e deveres

Existem princípios fundamentais constitucionalmente garantidos que asseguram aos casais homossexuais direitos e garantias, como o princípio da dignidade da pessoa humana, a busca de uma sociedade livre justa e solidária, proibindo qualquer tipo de preconceito ou discriminação. De modo que, diante desta lacuna legal, os casais homoafetivos podem se proteger utilizando-se de tais princípios, além de poder garantir seus direitos por meio da elaboração de instrumentos de convivência, segundo o regime dos negócios jurídicos.

A jurisprudência vem reconhecendo a convivência entre homossexuais como sociedades de fato e concedendo-lhes direitos, principalmente na esfera patrimonial, tais como alimentos, partilha, meação, pensão por morte, seguro entre outros, e a fundamentação são os princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana.\*

Apesar da evolução proporcionada por alguns magistrados ao reconhecerem as relações homoafetivas, o foco de tal reconhecimento sempre foi a questão patrimonial, por isso a faticidade ainda exige respostas jurídicas, principalmente no que se refere à indenização na esfera moral. Pois, verificado o fato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, o dever de indenizar é medida que se impõe.

Destarte, os princípios atinentes à responsabilidade civil devem ser aplicados também às relações homoafetivas, se presentes os requisitos necessários, não se verificando um regime especial para essa espécie de relacionamento.

---

\* Pode se citar, como exemplo, uma decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, assim ementada: DIREITO CIVIL - DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA C/C PARTILHA - UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS NOS MOLDES DA LEI Nº 9.278/96 - IMPOSSIBILIDADE - SOCIEDADE DE FATO - ADMISSÃO - PARTILHA DE BENS - IMPROCEDÊNCIA - INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS - DESCABIMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) A união entre homossexuais, juridicamente, não constitui nem tem o objetivo de constituir família, porque não pode existir pelo casamento, nem pela união estável. Pode, entretanto, configurar-se como sociedade de fato quando essas pessoas mutuamente se obrigarem a combinar seus esforços ou recursos para lograr fim comum (art. 1.363 do CC/1916; art. 981 do CC/2002). 2) Uma vez reconhecida a sociedade de fato possível a sua dissolução judicial e conseqüente partilha. Contudo, só haverá partilha dos bens adquiridos na constância dessa relação se o patrimônio tiver sido constituído pelo esforço comum, nos termos do enunciado na Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal. 3) Se a tônica do relacionamento amoroso foi a solidariedade e a dedicação entre as companheiras, seja lá de que forma tenham estabelecido a administração da convivência, que configurou com todas as letras uma sociedade de fato, descabe indenização ou compensação por serviços prestados, porque não é mensurável economicamente o grau de dedicação entre pessoas que se entregam a um relacionamento amoroso. (PARANÁ, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0175.784-4, Relator Desembargador Espedito Reis do Amaral, julgado em 04/04/2006)

#### 4.4 Rompimento ilícito da promessa de casamento

A promessa recíproca de casamento, denominada pela doutrina italiana de “esponsais”, se refere aos atos anteriores ao matrimônio, que demonstram a séria intenção de casar.

O direito brasileiro não regula tal instituto, deixando de lhe atribuir eficácia legal, contrariamente ao Direito Civil italiano, que na matéria “*Della promessa di matrimonio*”, prevê, em seu art. 81, o ressarcimento dos danos decorrentes da promessa frustrada de casamento, na qual se obriga o promitente que, sem justo motivo, recusa-se a cumpri-la. A reparação é de cunho patrimonial, destinada ao ressarcimento das despesas contraídas e contratos assumidos por conta do casamento que se realizaria, pelo promitente que, sem motivo, desfaça o noivado ou por aquele que, por culpa sua, der motivo para que o outro rompa a promessa. A ilicitude apontada pela experiência estrangeira é a ausência de motivo justo que frustra a expectativa do outro promitente.

O simples rompimento do noivado não enseja responsabilidade, pois esse é o momento oportuno para se pôr fim a uma relação não estável e desagradável e aos nubentes. No entanto, situação diversa é aquela em que às vésperas da celebração, um promitente abandona o outro, gerando grandes repercussões sociais.

A ilicitude não se configura pelo arrependimento da promessa ou por sua ruptura, mas pela maneira como o noivado se rompe, o que pode caracterizar o dever de indenizar. É essencial para a configuração da responsabilidade civil que a promessa e a recusa tenham sido feitas pela mesma pessoa, bem como inexista motivo justo e cause dano ao outro, sendo, portanto, três os requisitos para caracterizar o dever de reparar: a promessa e seu rompimento efetivados pela mesma pessoa, motivo injusto e a existência de dano gerado pelo rompimento do noivado.

Certo está que não é possível obrigar alguém a cumprir uma promessa de casamento, pois um dos requisitos para validade do casamento é a vontade dos nubentes. Ademais, tendo em vista a natureza personalíssima do casamento, só o

nubente pode cumprí-la, assim: “o nubente culposamente frustrado obterá uma indenização pecuniária, pois não se concebe jamais uma reparação in natura.”<sup>72</sup>

A comprovação do dano, que pode ser patrimonial ou moral, é também essencial, devendo ser indenizados os gastos havidos com a realização do futuro casamento e todos aqueles que ocorreram por causa deste evento, não sendo ressarcíveis os danos decorrentes da perda de uma chance, como as vantagens que poderia se obter com o casamento.

Por ser um contrato, nada obsta que a análise da conduta do nubente que rompe a promessa injustamente ou dá causa para o outro desistir do casamento seja analisada à luz do art. 113<sup>73</sup> do Código Civil, portanto, à luz do princípio da boa-fé, que deve ser conjugada ao art. 185<sup>74</sup> do mesmo diploma, pois, na falta de regulamentação específica acerca dos esponsais, a interpretação do rompimento da promessa pode ficar a cargo das regras gerais dos negócios e atos jurídicos.

Em sentido contrário, Maria Celina Bodin de Moraes<sup>75</sup> considera que esta, o rompimento imotivado da promessa de casamento, não é uma hipótese de cabimento de indenização por dano moral, pois o casamento é um momento onde reina com maior intensidade a liberdade do indivíduo, princípio esse que entra num embate com a quebra do compromisso, devendo prevalecer o princípio da liberdade de casamento, que é um dos elementos da dignidade da pessoa humana. Segundo ela, a ausência de motivação é uma falácia, pois motivação sempre existe para tal rompimento, qual seja a falta de vontade de casar.

Afirma que a dor e o sofrimento causados pela separação indesejada, por qualquer das pessoas envolvidas na relação, é intenso e profundo em qualquer

---

<sup>72</sup> NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil: Objeções e hipóteses de Ocorrência.** In: NALIN, P. R. R.; VIANNA G.B. (coords). *Direito em Movimento.* Curitiba: Juruá, 2007, p. 43.

<sup>73</sup> Art. 113. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

<sup>74</sup> Art. 185. “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.”

<sup>75</sup> BODIN de MORAES, M. C. **Danos Morais e Relações de Família.** In: PEREIRA, R. da C. (coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro - Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Belo Horizonte : Del Rey, 2004, p. 410-412.

momento que isso ocorra, de maneira que se se considerar possível a indenização por dano moral ela deveria ocorrer em todas as hipóteses de rompimento de relação amorosa, qualquer que seja sua natureza.

Para essa autora o pagamento de uma indenização agravaria ainda mais a situação de conflito profundo e maniqueísta que existe, nesse cenário de mágoa que costumam vir à tona quando tais relações se dissolvem, como aconteceria nas hipóteses de indenização por dano causado pela infidelidade.<sup>76</sup>

No mesmo sentido, o desembargador Elpídio Donizetti, do Tribunal de Justiça da Minas Gerais, que, em julgado de sua relatoria, assim dispõe:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - RÔMPIMENTO DO NOIVADO - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ÔNUS DA PROVA - FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DA AUTORA - ART. 333, I, DO CPC - ÔNUS DO QUAL A AUTORA NÃO SE DESINCUMBIU. O desfazimento do noivado não se reputa ilícito, porquanto aos nubentes é dada a possibilidade de se arrepender antes da celebração das bodas. Nesse diapasão não se deve reputar ilícito o ato praticado pelo apelado, qual seja, o rompimento do noivado. Ora, a toda evidência, a ordem jurídica brasileira não albergou o instituto romano dos sponsais, consistente no ato solene por meio do qual os nubentes vinculavam-se pela promessa de casamento e tinham o dever de indenizar, caso desmanchassem injustificadamente o compromisso. Assim, não há que se falar em dever legal de realização do casamento em razão do noivado, tampouco em ato ilícito praticado pelo réu.<sup>77</sup>

Nesse mesmo sentido, também assevera Carlos Alberto Gonçalves:

É princípio de ordem pública que qualquer dos noivos tem a liberdade de se casar ou se arrepender. O consentimento deve ser manifestado livremente e ninguém pode ser obrigado a se casar. O arrependimento, portanto, pode ser manifestado até o instante da celebração.<sup>78</sup>

Embora se verifique entendimento no sentido de que não é cabível a indenização no caso de rompimento injustificado do noivado, porque não se verificou a exposição da noiva ou noivo à situação vexatória ou constrangedora, como ocorreria no abandono desta no altar, pelos argumentos já expostos, conclui-se ser plenamente

<sup>76</sup> BODIN de MORAES, M. C. **Danos Morais e Relações de Família**. In: PEREIRA, R. da C. (coord.). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro - Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte : Del Rey, 2004, p. 412.

<sup>77</sup> MINAS GERAIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Apelação Cível nº 1.0040.04.021738-8/001 (1), Relator Desembargador Elpídio Donizetti, julgado em 01/12/2005.

<sup>78</sup> GONÇALVES, C. A, **Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62.

aplicável ao rompimento da promessa de casamento a responsabilidade civil, tanto para danos materiais quanto imateriais, baseada no art. 186 do Código Civil, podendo ser interpretados à luz dos arts. 113 e 185 do mesmo diploma legal.

#### 4.5 Abandono afetivo do filho

O abandono afetivo do filho é outra hipótese discutível de aplicação da responsabilidade civil ao Direito de Família, no entanto, diferentemente das demais, será tratada isoladamente, de modo mais detalhado, na seqüência, pois é o foco central deste estudo, constituindo um segundo momento deste trabalho.



## 5. Os deveres dos pais e os danos gerados pelo abandono do filho

Ainda que se possa admitir qualquer espécie de discussão a respeito da possibilidade de indenização por dano moral nessa espécie de relação, inegável é a existência de direitos e deveres nas relações familiares, principalmente dos pais em relação aos filhos, sendo que o descumprimento de tais deveres legais causa danos, por vezes gravíssimos, àqueles que têm seus direitos negligenciados.

### 5.1 Dever de guarda, sustento e educação

Historicamente o filho, ao lado da mãe, assumia papel secundário, em detrimento do poder supremo do pai, em posição de absoluta sujeição e submissão, colocando-se sob resguardo do pátrio-poder.

A partir das transformações jurídicas e sociais operadas no curso do século XX, já tratadas, houve gradativa alteração no modelo de família, deslocando-se o centro das atenções, do grupo familiar e da figura paterna, para os demais sujeitos, compreendidos como pessoa.

Passou-se a valorizar, como bem salienta José Lamartine de Oliveira e Francisco Muniz, “as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais”<sup>79</sup>, com maior relevância aos direitos e interesses dos filhos, passando a legislação a tratar de institutos de assistência paterno filial dentro do princípio da igualdade. Como afirma Cláudia Maria da Silva, essas mudanças se procederam,

---

<sup>79</sup> MUNIZ, F. J. F.; OLIVEIRA, J. L. C. de. **Curso de Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 33.

portanto, na maneira como os papéis de cada membro da família passaram a ser desempenhados.<sup>80</sup>

Sustenta Taisa Maria Macena de Lima que as relações familiares devem se desenvolver num clima de afetividade em que as necessidades do outro são importantes, principalmente no que se refere aos filhos. Nesse ambiente, os pais devem estar atentos às necessidades materiais, morais e intelectuais dos filhos e prontos para, na medida de suas possibilidades, atendê-las, em igualdade de oportunidades e de acesso a bens materiais e imateriais, impondo atendimento às diferenças individuais.<sup>81</sup>

Para essa autora, essa mudança na própria estrutura da entidade familiar, que hoje tem sua base centrada no afeto, trouxe reflexos no poder familiar, sem a qual seria impensável exigir-se dos pais, sob pena de sanção punitiva aplicada pelo Estado, certo comportamento, pois eram tão amplos os poderes reconhecidos ao *pater familias* sobre seus *fili familias* que se pode mesmo compará-lo a um déspota, ainda mais que estes eram vitalícios.<sup>82</sup>

Com a substituição da idéia de predomínio do pai e submissão do filho pela idéia de amparo e proteção do menor, o poder familiar\* assumiu a feição de um dever, de um direito-função. Ele é um múnus, impondo limites de atuação dos seus titulares, sendo que o desrespeito a tais limites encontra no sistema jurídico uma

---

\* A denominação poder familiar, substituta da expressão pátrio poder, ainda conserva uma carga de supremacia e comando que não se coaduna com seu verdadeiro significado. Isso porque os pais passaram a ter, após tais mudanças, em relação aos filhos, um complexo e relevante conjunto de deveres e não propriamente de poder, razão pela qual se reputa mais adequada a nomenclatura autoridade parental, adotada por autores como Luiz Edson Fachin e Paulo Luiz Netto Lôbo. (LÔBO, P. L. N. **Direito de Família. Relação de parentesco. Direito Patrimonial**: arts. 1591 a 1693. *In*: AZEVEDO, A. V. (coord). Código Civil Comentado. v. 16. São Paulo: Atlas, 2003, p. 190).

<sup>80</sup> SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. *In*: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n. 25, Ago./Set., 2004, p. 133.

<sup>81</sup> LIMA, T. M. M. de. **Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos**: O dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. *In*: PEREIRA, R. da C. (coord). Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro - Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 629.

<sup>82</sup> LIMA, T. M. M. de. **Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos**: O dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. *In*: PEREIRA, R. da C. (coord). Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro - Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 629.

resposta punitiva ou corretiva, como por exemplo a suspensão ou perda do pátrio poder – arts. 1635 a 1638 do Código Civil.

Paulo Luiz Netto Lôbo, nesse sentido, registra que “a evolução gradativa, ao longo dos séculos, deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar.”<sup>83</sup>

Segundo Yussef Said Cahali, o poder familiar representa, nos tempos atuais, uma instituição destinada a proteger o filho, de modo que estes poderes ou prerrogativas são outorgadas aos pais, para, com isto, facilitar-lhes o cumprimento daqueles deveres. Assim, para permitir o desempenho eficaz de suas funções, a lei provê aos genitores este poder, com atribuições que não se justificam senão por sua finalidade: são direitos a eles atribuídos, para lhes permitir o bom cumprimento de suas obrigações, que assim se expressam: sustento, guarda e educação dos filhos.<sup>84</sup>

Afirma esse autor que quanto aos filhos, sendo menores e submetidos ao poder familiar, há uma obrigação genérica e ampla de assistência paterna, representada pelo dever de criar e sustentar a prole pelo titular do poder familiar, sendo que tais obrigações subsistem, independentemente do estado de necessidade deles, enquanto submetidos ao poder familiar.<sup>85</sup>

Como visto, desse poder, atualmente composto por poderes/deveres, decorrem uma gama de deveres a serem cumpridos pelos pais, tais como guarda, sustento, educação.

Desse modo é incontroverso que essa gama de deveres, responsabilidades e obrigações que cercam a relação paterno-filial, são embasados nos princípios maiores da Constituição Federal de 1988: respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); tratamento igualitário às pessoas (art. 5º, inciso I, e 226, § 5º, e 227, § 6º); dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente os direitos

---

<sup>83</sup> LÔBO, P. L. N. **Direito de Família. Relação de parentesco. Direito Patrimonial:** arts. 1591 a 1693. In: AZEVEDO, A. V. (coord). Código Civil Comentado. v. 16. São Paulo: Atlas, 2003, p. 190.

<sup>84</sup> CAHALI, Y. S. **Dos alimentos.** 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 349.

<sup>85</sup> CAHALI, Y. S. **Dos alimentos.** 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 349.

fundamentais de uma existência baseada na convivência familiar e comunitária, a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227).

Nessa linha, desempenham os princípios constitucionais, no Direito Civil, relevante papel na asseguuração dos direitos e garantias individuais, por meio das cláusulas gerais, conforme ensina Cláudia Maria da Silva

permite-se o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses, mediante o emprego do raciocínio tópico, podendo-se, assim, falar na elaboração de um direito geral da personalidade que não se esgota nos tradicionais atributos, tais como a honra, o nome, a imagem, a intimidade e a vida privada, mas tem alargada possibilidade de expansão.<sup>86</sup>

Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro, são vários os dispositivos que evidenciam a existência do direito-dever paterno de cuidar e proteger o filho, não apenas em seu aspecto físico, mas também psíquico.

Como bem observa Cláudia Maria da Silva, o art. 227 da Constituição Federal, supracitado, garante a convivência familiar como um dever, em primeiro lugar, da família, da sociedade e do Estado. No entanto, há que se observar que tal convivência não se esgota na manutenção dos filhos na companhia e guarda dos pais, como prerrogativa do poder familiar (art. 1.634, inciso II Código Civil), tampouco no famigerado direito de visita, mas resguarda um verdadeiro direito aos pais que vai além do direito de conhecer sua origem genética ou da convivência com seus genitores,<sup>87</sup>.

Nesse sentido também leciona Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para quem o direito de personalidade que tem se denominado de “direito ao pai” é “o direito de buscar na figura do pai, o refúgio e a fortaleza adequados para aqueles seus momentos em que as feridas precisavam ser lambidas, curadas, e ninguém como ele

---

<sup>86</sup> SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, vol.6, n. 25, Ago./Set.,2004, p. 133.

<sup>87</sup> SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, vol.6, n. 25, Ago./Set.,2004, p. 139.

poderia melhor fazê-lo.”<sup>88</sup> Para essa autora esse é um direito real que existe desde sempre e deve ser lido e pensado de modo mais elástico que o genitor masculino, devendo compreender os pais, embora a mãe tenha estado ao lado dos filhos com mais frequência que os pais. Para ela,

Por direito ao pai deve se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado, instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humana, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver.<sup>89</sup>

A Constituição Federal, além de enumerar os direitos e as garantias individuais do cidadão, no art. 5º, que por si só garantem uma vida digna a todo cidadão, introduziu na doutrina constitucional a declaração especial dos “direitos fundamentais da infanto-adolescência”, proclamando a “doutrina da proteção integral” e consagrando direitos específicos que devem ser universalmente reconhecidos, visando proporcionar sempre o bem-estar da criança e do adolescente (art. 227 a 229 da Carta Constitucional).

Reforçando esse mandamento constitucional, de absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1989, que integra o direito interno brasileiro, em seu art. 3.1 estabelece que todas as ações relativas às crianças devem considerar primordialmente, “o interesse maior da criança”, abrangendo também o adolescente, e proclama, em seu artigo 7.1, o direito da criança “a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”. Deve ser garantida ampla proteção ao menor no sentido de fortalecimento de sua situação jurídica, eliminando as diferenças e atribuído aos pais, a tarefa de cuidar de sua educação e seu desenvolvimento sadio.

Tanto é assim que aos pais cabe a preservação do contato paterno-filial, no caso de não coabitação, hodiernamente tratado como direito de visitas, o que caracteriza uma impropriedade sua denominação, haja vista ser muito mais um dever

---

<sup>88</sup> HIRONAKA, G. M. F. N. **Se eu soubesse que ele era meu pai.** In: PEREIRA, R. da C.(coord). A travessia do novo milênio - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 175.

<sup>89</sup> HIRONAKA, G. M. F. N. **Se eu soubesse que ele era meu pai.** In: PEREIRA, R. da C.(coord). A travessia do novo milênio - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 177.

de visita a ser cumprido continuamente por aquele que não tem a guarda do filho, pois elemento fundamental no desenvolvimento deste. Nesse ponto há que se atentar também para o fato de que só há visita entre quem não convive, pois quem convive mantém uma relação de intimidade, ou seja, uma relação verdadeiramente familiar.

A exigência da presença paterna não é apenas física. As disposições legais visam a garantir a convivência familiar, entendida como forma de garantir ao menor o direito de conviver, de interagir com seus pais, receber carinho, afeto, atenção, educação, cuidados com a saúde, formação psíquica, moral e ética – enfim, toda a assistência necessária ao desenvolvimento saudável de sua personalidade, como forma de resguardo de sua dignidade.

No plano da legislação ordinária, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) reafirma o direito da criança e do adolescente “a ser criado e educado no seio da sua família” (art. 19), incumbindo aos pais “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores” (art. 22), bem como põe em relevo o valor intrínseco do menor como ser humano e a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento, fazendo constar a responsabilidade paterna por condutas que estão aptas a abranger o descumprimento do dever de convivência familiar (art. 98, inciso II).

Verifica-se, assim, expressa e definitiva proteção da criança e do adolescente, voltando o poder familiar ao seu interesse e bem-estar, ao desenvolvimento de sua personalidade e à preservação de sua dignidade como pessoa humana. Dessa forma, noticia Cláudia Maria da Silva,

um ato comissivo do pai ou responsável, consubstanciado numa conduta danosa ao desenvolvimento da personalidade do filho, ou um comportamento negativo, negligente, violador de dever legal, uma inexecução de comportamento exigido pelo legislador para o bem-estar do filho e, por fim, um abuso de direito propriamente dito.<sup>90</sup>

O Código Civil, por igual, alinha entre os deveres conjugais o de “sustento, guarda e educação dos filhos” (art. 1.566, inciso IV), dispondo em capítulo especial sobre a “proteção da pessoa dos filhos” (arts. 1.583 a 1.590), em caso de separação ou

---

<sup>90</sup> SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n. 25, Ago./Set., 2004, p.140.

divórcio dos pais, sempre tendo como princípio norteador o melhor interesse das crianças (em especial nos arts. 1.584 e 1.586). A partir disso é possível verificar como a legislação civil põe em relevo a notória importância da função parental na formação da pessoa.

Sobre a figura paterna, assevera Rodrigo da Cunha Pereira, citando a jurista belga Bernadete Bawin Legros, que “A função paterna, menos evidente que a materna, comporta três aspectos: a reprodução (função biológica), a relação educativa (função psicopedagógica) e a transmissão de um nome e de um patrimônio (função social)”<sup>91</sup>.

Seguindo esta orientação, leciona Luiz Felipe Brasil dos Santos que está violando dever legal o pai que, mesmo tendo reconhecido o filho, o abandona afetivamente, negando-lhe a assistência não apenas material a que está ética e juridicamente obrigado, mas igualmente negando-lhe a sustentação emocional que é essencial à sua formação como pessoa, pelo simples fato de que é responsável pelo ser que gerou.<sup>92</sup>

Segundo ele o papel dos pais não se limita ao dever de sustento, de prover materialmente o filho com os meios necessários à subsistência orgânica. Vai muito além, para abranger a subsistência emocional, e a função psicopedagógica, de educação e assistência em geral. Na medida em que não é cumprido esse irrenunciável papel, por injustificável ausência paterna, exsurge o dano que há de ser reparado.

Para Pietro Perlingieri a educação vai muito além das horas de trabalho escolar, pois se apresenta de forma bem mais ampla, incluindo de um lado os comportamentos – como exemplos e testemunhas - , e do outro toda atividade cultural, espiritual e recreativa, que não é possível se considerar delegada à escola.<sup>93</sup>

No exercício das funções parentais, os pais devem garantir aos filhos, além do relacionado à sua criação, o carinho e o afeto, como forma de assegurar o sadio

---

<sup>91</sup> PEREIRA, R. da C. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 131.

<sup>92</sup> SANTOS, L. F. B. **Pais, filhos e danos**. [online] Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=141>>. Acesso em: 05/01/2008.

<sup>93</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: uma introdução ao Direito Civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 194.

desenvolvimento da personalidade da pessoa em formação, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Segundo o desembargador Cláudio Fidélis Faccenda, aos pais incumbe o dever de alimentar o filho, compreendendo os alimentos tudo aquilo que serve a subsistência. Para o autor, na verdade, alcança o que é imprescindível à manutenção não só fisiológica, como também ética, moral, social e cultural do indivíduo.<sup>94</sup>

Dentre os deveres inerentes ao poder familiar, Eduardo de Oliveira Leite aborda o da companhia e da guarda afirmando que se tratam de direitos e deveres dos titulares deste poder, e é por meio da companhia e da guarda que se garante aos filhos a convivência familiar. Acerca da criação e educação dos filhos, disposto no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirma o autor que seu descumprimento caracteriza abandono moral, assim como a inércia na educação materializa o abandono intelectual (arts. 244 e 246, ambos do Código Penal, respectivamente), sendo que “a noção de educação é abrangente e inclui tanto a educação escolar e profissional quanto a formação moral que se dá no ambiente familiar, contribuindo para a formação do indivíduo e do cidadão.”<sup>95</sup>

Acerca de tais deveres, assevera Cláudia Maria da Silva que a família é o primeiro espaço de convivência do ser humano, servindo como referência fundamental para que a criança se desenvolva saudavelmente. Dessa maneira “A formação da personalidade dos filhos depende diretamente da participação, da atuação, do posicionamento e da forma como os genitores exercem os seus papéis de pai e mãe, como estabelecem e mantêm a convivência familiar.”<sup>96</sup>

Nesse sentido, se rompido o elo conjugal, mister que a convivência familiar seja mantida, ou intensificada diante das adversidades causadas pelo desenlace, pois quanto à filiação, rompe-se a coabitação, jamais o dever de convivência.

---

<sup>94</sup> RIO GRANDE DO SUL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70021427695, Relator Desembargador Claudir Fidélis Faccenda, julgado em 29/11/2007.

<sup>95</sup> LEITE, E. de O., **Direito Civil aplicado**: Direito de Família. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 280.

<sup>96</sup> SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n. 25, Ago./Set., 2004, p. 132.



Para a referida autora, os genitores, no cumprimento dos seus papéis de pais, devem cuidar para que seus encargos não se limitem ao aspecto material, ao sustento, pois deve alimentar sim o corpo, mas também cuidar da alma, do espírito, do psíquico, que são estas prerrogativas do poder familiar e, principalmente, da delegação divina de amparo aos filhos.<sup>97</sup>

Seguindo o entendimento até aqui exposto, não há como afastar tais deveres inerentes à condição de pai, ou se afirmar que sua ausência na vida do filho não configura ilícito por violação a deveres legais, gerando danos que, por vezes, merecem indenização. compreendendo ato ilícito como a violação a um dever de conduta estabelecido pela ordem jurídica, como pode ser observado a partir da lição de Caio Mário da Silva Pereira:

A iliceidade da conduta está no procedimento contrário a um dever preexistente. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade são sempre impostos pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa na violação do ordenamento jurídico.<sup>98</sup>

Assim, não há como afastar a ilicitude na conduta do pai que negligencia seu filho, o abandona, sem cumprir com seu compromisso de pai, devendo oferecer o que é necessário para o desenvolvimento sadio do filho, proporcionando-lhe uma vida digna.

## 5.2 Dano material, emocional e o dano psicológico

Há quem afirme que o carinho e o cuidado paterno se tratam de sentimentos morais e humanitários e que a falta de amor ou de afeto não pode e não deve ser considerado ato ilícito, fugindo à seara do direito positivo, por ser simplesmente sentimento. No entanto, é inegável a existência de direitos e deveres que resultam do

---

<sup>97</sup> SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n. 25, Ago./Set.,2004, p. 123.

<sup>98</sup> PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**. v. 1, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 659.

vínculo familiar e que podem ser cobrados independentemente do sentimento - que deveria estar presente sempre, porém não pode ser exigido judicialmente, uma vez que o direito é apenas um degrau para chegar-se mais perto do mundo ideal, do dever ser, mas há espaços inalcançáveis, como obrigar alguém a amar outrem.

O art. 227 da Constituição Federal, ao garantir ao filho a convivência familiar, busca respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade, na medida em que o menor depende de seus genitores não só materialmente. O descumprimento desse dever de convivência familiar, como afirma Claudia Maria da Silva, gera um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho, o que caracteriza fato condenável e repugnante, que pode, inclusive, ocasionar a perda do poder familiar, como previsto no art. 1.638<sup>99</sup> do Código Civil, tanto por caracterizar abandono afetivo quanto por ser classificado como prática de ato contrário à moral dos filhos.<sup>100</sup>

Esse dispositivo constitucional também prevê a proteção do menor contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, que são ilícitos que se configuram pela negativa de convivência familiar ou de cumprimento dos deveres impostos, se tornando mais grave quando causados pelo genitor, que deve destinar aos filhos o amparo afetivo, a assistência moral e psíquica, preservando, sua honra, dignidade, moral e reputação social, ou seja, os atributos ligados à personalidade.

Neste contexto, a conduta omissiva do pai caracteriza infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar, sendo que a ausência injustificada do pai origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção que é proporcionada pela presença paterna na vida do filho,

---

<sup>99</sup> 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.”

<sup>100</sup> SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n. 25, Ago./Set., 2004, p. 139.

mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. Assim, é inquestionável a concretização desse dano.

Isso pode ser observado pelas palavras de Giselda Hironaka:

tem me sensibilizado, nesta vertente da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade, este viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar indenização compensatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.<sup>101</sup>

Rodrigo Cunha Pereira observa que “o indivíduo sequer existe como cidadão, sem uma estrutura familiar, na qual há um lugar definido para cada membro, e destituído deste espaço geográfico, certamente o indivíduo [...] seria psicótico.”<sup>102</sup>

Neste ponto, não é demasiado lembrar que a Constituição Federal, no seu art. 226, expõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado. E por família entende-se a comunidade afetiva no qual o carinho, a atenção e o respeito tornam-se imprescindíveis para sua subsistência.

A cautela em torno da convivência familiar nasce com o indivíduo, uma vez que é determinante para a formação e desenvolvimento de sua personalidade, pois a criança precisa e depende de seu criador. Se há negligência por parte dos pais, a criança maltratada, rejeitada, abandonada não desenvolve suas capacidades básicas e sofre prejuízos em sua personalidade. Por se tratar de indivíduos em formação, os danos causados pela ausência de qualquer dos pais tem maior repercussão.

A respeito de tais danos assevera Cláudia Maria da Silva<sup>103</sup> que a recusa no cumprimento de uma das funções paternas, sem qualquer motivação, agride e violenta

<sup>101</sup> HIRONAKA, G. M. F. N. **A responsabilidade civil na relação Paterno Filial**. In: PEREIRA, R. da C. (coord). *Família e Cidadania: o novo Código Civil Brasileiro e a ‘vacatio legis’ – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 404.

<sup>102</sup> PEREIRA, R. da C. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 25.

<sup>103</sup> SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: *Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n. 25, Ago./Set., 2004, p. 141.

o menor, comprometendo seriamente seu desenvolvimento e sua formação psíquica, afetiva e moral, trazendo-lhe dor imensurável, além de impor-lhe ao vexame, sofrimento, humilhação social, que interfere intensamente em seu comportamento, causa-lhe angústia, aflições e desequilíbrio em seu bem-estar. Sendo que como menor, tem tuteladas, de forma especial, sua honra e moral, posto ser um sujeito de direito em desenvolvimento e, como tal, não pode existir como cidadão sem uma estrutura familiar na qual não há a assunção do verdadeiro papel de pai.

Acerca dos danos gerados pela ausência de qualquer dos genitores ou da falta de convivência familiar, dispõe Evandro Luiz Silva que: “Na grande maioria dos casos, os sintomas apresentados são: dificuldades cognitivas, acompanhadas de declínio do rendimento escolar, ansiedade, agressividade e depressão.”<sup>104</sup>

Nesse sentido, prossegue o autor afirmando que do ponto de vista jurídico, as crianças estão amparadas no que se refere aos bens materiais, por meio da pensão alimentícia. No entanto, a falta psíquica/afetiva provocada por um dos pais trará conseqüências graves de outra ordem que não a material.

Evandro Luiz Silva, citando o médico Lee Salk, afirma a importância do contato das crianças com ambos os genitores, sendo que passando algum estágio sem grande contato com os pais, o relacionamento estará prejudicado, podendo gerar, então, um desapego com a pessoa ausente, o qual “pode conduzir a um distúrbio de comportamento”<sup>105</sup>.

Compartilhando deste entendimento, Arminda Aberastury, também citada por este autor, assevera que quando se separa um filho de um dos pais, algo pode perder-se definitivamente. Sendo que na ausência paterna, para as crianças de qualquer idade, o importante é manter o pensamento da sua presença e confiança dele, sob pena de dano ainda maior.

---

<sup>104</sup> SILVA, E. L. **Direito de Família**: as conseqüências psíquicas advindas da ausência do pai ou da mãe na vida dos filhos, a partir do estabelecimento da guarda. Trabalho apresentado no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM, em 25/10/2001. [online] Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&eventos=3&anais>>. Acesso em 07/01/2008.

<sup>105</sup> SILVA, E. L. **Direito de Família**: as conseqüências psíquicas advindas da ausência do pai ou da mãe na vida dos filhos, a partir do estabelecimento da guarda. Trabalho apresentado no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM, em 25/10/2001. [online] Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&eventos=3&anais>>. Acesso em 07/01/2008.

Considerando os estudos de Klein, afirma, ainda, Evandro Luiz Silva que “a identificação proveniente da infância se torna uma parte importante da nossa personalidade, e que a ‘identificação influencia a formação do caráter da criança e pode conduzi-la a repetir na vida ulterior aquilo que ela própria sofreu.”<sup>106</sup>

Nesta perspectiva, é incontestável a importância do pai e da mãe na vida dos filhos e a ausência deles significa traçar o pior dos prognósticos para uma criança.

Nesse contexto, resta configurado o dano suportado pelo filho que vive privado de suas necessidades básicas porque seu pai não lhe proporciona condições dignas de sobrevivência, apresentando-se nesta perspectiva também o ato ilícito e o nexo de causalidade necessários à responsabilização civil. Isso porque nenhuma justificativa é dada pelo pai a respeito das privações impostas ao seu filho, verificando-se a presença do elemento culpa.

A imposição de sanção pela prática de ato danoso pelo genitor em face de sua prole é importante freio a tal conduta, além de estimular a reconsideração e o refazimento dos laços afetivos rompidos, por aqueles pais que assistem à punição destes que não cumprem seus deveres.

---

<sup>106</sup> SILVA, E. L. **Direito de Família**: as conseqüências psíquicas advindas da ausência do pai ou da mãe na vida dos filhos, a partir do estabelecimento da guarda. Trabalho apresentado no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM, em 25/10/2001. [online] Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&eventos=3&anais>>. Acesso em 07/10/2008.

## 6. A aplicação da Responsabilidade Civil no caso de abandono afetivo do filho

### 6.1 Perspectiva legal

Como já asseverado anteriormente, inexistente dispositivo legal que trate especificamente da aplicação da responsabilidade civil no caso de abandono afetivo do filho, ou mesmo nas relações de família, de uma maneira geral, no entanto, é possível, a partir de outros dispositivos legais, que tratam desse assunto no ordenamento jurídico brasileiro, concluir por sua aplicação, como se verá adiante.

Inicialmente, há que se tratar dos princípios constitucionais que desempenham, no âmbito do Direito Civil, relevante papel na asseveração dos direitos e garantias individuais, especialmente por meio de cláusulas gerais, permitindo o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses, mediante o emprego do raciocínio tópico. Isso permite falar na elaboração de um direito geral da personalidade que não se esgota nos tradicionais atributos, tais como a honra, o nome, a imagem, a intimidade e a vida privada, mas que possibilita a expansão, principalmente em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dentre os princípios orientadores do Direito de Família se destacam: o da igualdade, solidariedade, afetividade, dignidade humana, responsabilidade, melhor interesse da criança e do adolescente, liberdade entre outros.

Os princípios da igualdade e da liberdade, segundo os ditames constitucionais, emolduram as relações familiares, de modo que entre os cônjuges, os companheiros e entre estes e os filhos privilegia-se o matiz da “coordenação e comunhão de interesses e de vida. Por essa razão, os laços de solidariedade entre pais e filhos são fortalecidos pelo legislador, que consolidam os deveres dos pais em relação aos filhos e destes em relação aos pais.”<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> LÔBO, P. L. N. **A repersonalização das relações familiares**. In: BITTAR, C. A. (coord). O Direito de Família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 56/57.

A partir de tais princípios se tem uma família pautada nos laços de afetividade, no reconhecimento da liberdade e da participação de cada membro da família, na solidariedade, na responsabilidade dos pais que devem sempre se ater ao melhor interesse da criança e do adolescente.

No ordenamento jurídico brasileiro também são vários os dispositivos que impõem os deveres paternos de cuidar e proteger o filho, não apenas em seu aspecto físico, mas também psíquico e moral.

O cenário constitucional a partir de 1988 ensejou uma profunda revisão ao tema, motivada pelos direitos que a condição de filho carrega em si, pois o *statu* de filho\* é um direito de personalidade e nele está contido, inclusive, o direito à história pessoal e familiar e o direito de ciência de quem são os pais biológicos e a convivência com eles.

Nossa Constituição Federal, no *caput* do artigo 227, dispõe que é dever, em primeiro lugar, da família assegurar, dentre outros, o direito da criança e do adolescente à “convivência familiar”, além de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, [...]”; bem como direitos e deveres impostos aos pais, dos quais ressalta-se o de assistência material e moral, dirigida à família, ao Estado e à sociedade, além da expressa determinação, nos termos do art. 229 da CF, que “Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Já no art. 226 a Constituição Federal dispõe acerca da família, como célula fundamental da sociedade, tratando, em seu parágrafo sétimo, da paternidade responsável que encontra seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa

---

\* Segundo os professores Lamartine Correa e Francisco Muniz, a posse de estado “seria exatamente a exteriorização, pelo gozo efetivo, e socialmente reconhecido, da aparência de uma situação que corresponda a um estado. [...] haveria posse de estado de filho no caso de presença dos três elementos, isto é: utilização pelo suposto filho do nome do suposto pai (*nominatio*), ‘a continuada atuação da relação de filiação’, ou seja, o fato que o suposto pai assegura ao suposto filho manutenção, educação e instrução, agindo como provedor e educador (*tractatio*) e finalmente, a reputação social de uma pessoa como filho da outra, a fama ou notoriedade social de tal filiação (*reputatio*).” (MUNIZ, F. J. F.; OLIVEIRA, J. L. C. de. **Curso de Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.50)

humana, bem como determina que os deveres inerentes à sociedade conjugal devem ser exercidos por ambos os pais.

No plano internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada na Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, proclama, em seu artigo 7.1, o direito da criança “a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”; e em seu art. 3.1 estabelece que todas as ações relativas às crianças, abrangendo também o adolescente, devem considerar primordialmente, “o interesse maior da criança”, consagrando, assim, uma proteção especial aos menores.

No plano da legislação ordinária, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura o direito da criança e do adolescente “a ser criado e educado no seio da sua família” (art. 19), incumbindo aos pais “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores” (art. 22), bem como determina a prevalência do melhor interesse da criança e adolescente (art. 1º).

O Código Civil, por igual, alinha entre os deveres conjugais (art. 1.566) o de “sustento, guarda e educação dos filhos” (inc. IV), dispondo em capítulo especial sobre a “proteção da pessoa dos filhos” (arts. 1.583 a 1.590), em caso de separação ou divórcio dos pais, sempre tendo como princípio norteador o melhor interesse das crianças (em especial nos arts. 1.584 e 1.586).

No seu artigo 1.638 o Código Civil ainda assinala os casos de censura e reprovação da conduta dos pais, dentre eles o abandono do filho, com a punição, por excelência, de perda do poder familiar. No entanto, a situação do abandono afetivo intencional do pai excepciona a punição prevista neste artigo – art. 1.638 do Código Civil –, uma vez que a regra não alcança a extraordinária hipótese de um pai dolosamente sonegar a existência de um filho, seja imediatamente após o nascimento, seja no curso do desenvolvimento da criança. De modo que se observada a gravidade dessas condutas, a punição ao pai deve ir além da perda do poder familiar, ensejando reparação civil.

Assim como nos demais casos, o fato mais importante para a coerente reparação nas relações familiares está na análise das características do ato praticado pelo causador do dano, para configurar a ilicitude do abandono afetivo, não havendo



reprovação alguma na aplicação do art. 1.638, inciso II<sup>108</sup>, do Código Civil ao caso de abandono afetivo intencional.

A partir disso se pode notar como a legislação civil ressalta a importância das funções paternas: a reprodução, a função educativa, aqui compreendendo todo o desenvolvimento e formação do filho, e a transmissão de um nome e de um patrimônio.

Além dos dispositivos legais acima citados, que prevêem os deveres a serem cumpridos pelos pais, há a cláusula geral da responsabilidade civil, que serve de base à condenação dos pais pelo dano causado ao filho, expressa pelo artigo 186 do Código Civil, que dispõe que qualquer ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que violar direito, ou causar prejuízo a outrem, é fato gerador da responsabilidade civil.

Assim, o descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, como, por exemplo, o abandono emocional do filho, viola preceitos legais, de maneira a ensejar a aplicação, em tese, do art. 186 do Código Civil, autorizando a reparação do ato ilícito.

Corroborando tal entendimento dispõe o jurista argentino Eduardo Ignacio Fanzolato, citado por Luiz Felipe Brasil Santos:

em nenhuma ordem da vida social, pode se admitir a impunidade de quem viola as leis ou os eternos princípios do direito. Desde as primeiras décadas do século XX foi se instalando na consciência jurídica a idéia de que o pátrio poder implica, para os genitores, mais deveres que direitos. Daí se deduz que quando se satisfaz a obrigação – como nos outros ramos do Direito – o descumprimento gera reparações punitivas e ressarcitórias. [...] em todos os âmbitos do direito de família (na ordem matrimonial e na esfera da filiação) são de aplicabilidade os princípios universais que estão na base de toda a responsabilidade civil, em especial o *alterum non laedere* (não lesar aos demais)<sup>109</sup> (tradução nossa)

<sup>108</sup> Art. 1.638. “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:  
II – deixar o filho em abandono;”

<sup>109</sup> Fanzolato, E. I. Filiación y Dano Moral Resarcible. *Apud*: SANTOS, L. F. B. **Pais, filhos e danos**. [online] Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=141>>. Acesso em: 05/01/2008: “en ningún orden de la vida social, puede admitirse la impunidad de quien viola las leyes o los eternos principios del derecho. Desde las primeras décadas del Siglo XX se fue instalando en la conciencia jurídica la idea de que la patria potestad implica, para los progenitores, más deberes que derechos. De ahí se deduce que cuando no se satisface la obligación –como en las otras ramas del Derecho – el incumplimiento genera reparaciones punitivas y resarcitorias. [...] en todos los ámbitos del derecho de familia (en el orden matrimonial y en la esfera de la filiación) son de aplicabilidad los principios universales que están en la base de toda responsabilidad civil, en especial el *alterum non laedere* (no dañar a los demás)”.

Nestes termos, o abandono do filho, desde que seja voluntário e injustificado, configura violação aos deveres anteriormente especificados. Conduta essa que afronta os arts. 1.566, inciso IV 1.634 do Código Civil, aí residindo a ação ou a omissão, que é um dos requisitos da responsabilidade civil, sendo que se dessa conduta resultam danos ao filho, restando preenchidos os outros requisitos: nexo causal e dano.

Pertinente salientar que a falta de afeto ou amor, desde que cumpridos os deveres paternos, não servem de supedâneo à condenação paterna ao pagamento de indenização ao filho, mas sim o ato ilícito por violação aos deveres dos pais, descrito nos dispositivos legais citados.

Assim, embora não exista previsão legal da possibilidade de indenização por dano moral pelo abandono afetivo do filho, certo é que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece os deveres inerentes à condição dos pais e a responsabilidade destes pelo desenvolvimento sadio do filho, de modo que a violação a tais deveres ou a negligência na assunção dessa responsabilidade caracteriza ato ilícito que gera dano ao filho e, como tal, deve ser indenizado.

## 6.2 Orientação jurisprudencial

Este tema, da responsabilidade civil no caso de abandono do filho, vem despertando grande interesse na jurisprudência e empolgando a doutrina brasileira.

Como ressalta Luiz Felipe Brasil dos Santos, apesar da aparente originalidade das decisões acerca do dano moral pelo abandono afetivo do filho, tais situações são bastante comuns no dia-a-dia, pois tratam de pais que, incapazes de distinguir a relação conjugal da relação parental, por conseqüência da separação do cônjuge, rompem também com os filhos, ou ignoram ou abandonam os filhos extramatrimoniais<sup>110</sup>. Por vezes, o abandono é material, representado pela sonegação

---

<sup>110</sup> SANTOS, L. F. B. **Pais, filhos e danos.** [online] Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=141>>. Acesso em: 05/01/2008.

dos alimentos, em outras, é afetivo, manifestado pelo afastamento, desinteresse e completa ausência de contato com o filho.

Atentos ao redimensionamento da família e reconhecendo o afeto como *animus* na formação e preservação da entidade familiar, os tribunais pátrios vêm recepcionando demandas de filhos privados da convivência com seus pais.

Essa discussão, acerca da ocorrência de dano moral pelo abandono afetivo do filho e a possibilidade de sua indenização, se iniciou com uma decisão judicial que condenou o pai ao pagamento de indenização à filha.

Tal precedente decorre de decisão proferida em 15/09/2003, na Comarca de Capão da Canoa - RS (Processo nº 141/1030012032-0), de lavra do juiz de Direito Mário Romano Maggioni, que condenou o pai ao pagamento de indenização à filha, no valor de duzentos salários mínimos, pelo dano psíquico que lhe causou. Nesse caso, tendo sido o réu revel, não houve recurso, ficando restrita a repercussão por ser a primeira decisão a tratar desse assunto, a cujo entendimento se seguiram demais decisões.

#### Segundo o julgador:

De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22 da lei nº 8069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém nascido ou em desenvolvimento violam sua honra e sua imagem. [...]

Por óbvio que o poder judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai deve se desencumbrir de sua função sob pena de reparar os danos causados aos filhos. [...]

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar aos filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando a função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho.

Os prejuízos à imagem e à honra da autora, embora de difícil reparação e quantificação, podem ser objeto de reparação ao menos parcial. Uma indenização de ordem material não reparará, na totalidade, o mal que a ausência do pai vem causando à filha; no entanto, amenizará a dor desta, e, talvez, propiciar-lhe-á condições de buscar auxílio psicológico e confortos outros para compensar a falta do pai. E, quanto ao demandado, o pagamento de valor pecuniário será medida profilática, pois fá-lo-á repensar sua função paterna ou, ao menos, senão quiser assumir o papel de pai que evite ter filhos no futuro.

Seguindo a mesma orientação, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 408.550-5, por sua 7ª Câmara Cível, reconheceu ao filho o direito a ter reparados os danos morais e psíquicos decorrentes do abandono paterno, fixando indenização correspondente a duzentos salários mínimos a serem pagos pelo pai ao filho rejeitado, abandonado, impedido, por ele próprio de desfrutar de sua companhia e dele receber afeto, educação, formação psíquica e moral.

Nesse caso concreto não se tratou de um abandono puro e simples, de um pai que não teve contato com o filho, mas de uma paternidade planejada, exercida durante a infância, na constância do casamento dos genitores, e depois suprimida da vida e do desenvolvimento do filho, que buscou seu restabelecimento, após a separação judicial do casal; mas, embora continuasse a prestar regularmente alimentos ao filho – que, então com seis anos de idade, permaneceu sob a guarda materna –, abandonou-o afetivamente, deixando de ter com ele qualquer contato e não atendendo aos seus clamores. A decisão ficou assim ementada:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>111</sup>

Com enorme sensibilidade e atento à contemporânea e relevante estruturação familiar, dispôs o julgador acerca dos valores e princípios constitucionais nas relações familiares:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave. [...]  
Assim, a família não deve mais ser entendida como relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida

---

<sup>111</sup> MINAS GERAIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 408.550-5, Relator Desembargador Unias Silva, julgado em 01/04/2004.

atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço parental com seu filho, e o nexo causal entre ambos.

No mesmo sentido, o Juízo da 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP, condenou um pai a indenizar sua filha, reconhecendo que, conquanto fuja à razoabilidade que um filho ingresse com ação contra seu pai, por não ter dele recebido afeto, "a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia".

Corroborando este entendimento e postulando pela necessidade da indenização para auxílio ao filho lesionado, se encontra a decisão proferida por José Ataídes Siqueira Trindade:

da aferição do que seria o afeto indispensável nesse tipo de relação – entre pais e filhos – é que se faz necessária a atuação de profissional da área de psicologia e/ou psiquiatria para que seja avaliado o grau de dano que sofreu a criança ou o adolescente em razão da omissão de afeto dos pais e o tipo de tratamento adequado".<sup>112</sup>

Essas decisões demonstram a coragem e a sensibilidade com que os Tribunais vêm tratando a filiação, colocando-a a salvo da negligência, do descaso, do desinteresse, da irresponsabilidade dos genitores. Trataram, pois, de aplicar todos os princípios e normas que norteiam a proteção dos filhos, especialmente em razão do descumprimento involuntário e desmotivado do dever da convivência familiar.

Considerando que, no contexto social e jurídico atual, se afiguram presentes a paternidade sócio afetiva, a desbiologização da paternidade, a adoção e as diversas formas de fecundação artificial, é indispensável a dissociação entre genitor e pai, para, então, compreender a juridicidade, a legalidade, a justiça e a adequação das decisões ora mencionadas. Partindo-se da premissa de que pai é quem cria, tem-se, por certo, que nesta criação deve estar inserida como prioridade a assistência afetiva, moral,

---

<sup>112</sup> RIO GRANDE DO SUL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70021427695, Relator Desembargador Cláudio Fidelis Faccenda, julgado em 29/11/2007.

psíquica, sobretudo, considerando a nova roupagem da família como lugar de afeto e da estruturação de seus membros.

Nessa perspectiva, sobressai a atuação da jurisprudência na aplicação integrativa dos princípios constitucionais – em especial o da dignidade da pessoa humana – como forma de não deixar recair exclusivamente sobre a vítima as conseqüências do dano.

Nas reiteradas decisões, o aspecto de extrema relevância é a configuração do abandono voluntário em resposta a uma intensa busca do filho pela presença paterna, pela convivência familiar em sentido amplo, pelo afeto. Após lançar mão de várias formas de cessar a rejeição paterna, coube-lhes, como último recurso, as mencionadas ações.

Um exemplo da configuração do ilícito é a negativa de condição de pai por aquele que, sabendo da existência do filho, deixa de reconhecê-lo voluntariamente, pois, sendo inescusável esta condição e ressentido emocionalmente o filho, que foi privado dos bens essenciais da vida, certa a imposição da reparação civil, por danos materiais e morais.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 757.411 - MG, por maioria de votos, negou pedido de reparação por danos morais, pelo abandono moral ou afetivo do filho, cuja decisão ficou assim ementada:

RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – 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.

Recurso especial conhecido e provido.<sup>113</sup>

Argumentando contrariamente aos interesses do filho, o Min. Fernando Gonçalves, na condição de relator do julgado, sustentou que a compensação pelos danos morais invade o espaço da sanção prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, e pelo art. 1.638, inciso II do CC, qual seja, a perda do poder familiar, sendo esta a solução para o caso.

---

<sup>113</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Recurso Especial nº 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005.

Ressalta-se do voto do relator:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido. [...]

Desta feita, como escapa ao arbítrio do judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

O Ministro Asfor Rocha, em apoio ao relator, completou que a única repercussão material no Direito de Família há de ser aquela atinente aos alimentos, haja vista a imaterialidade características dos interesses jurídicos do Direito de Família.

O Ministro Washington de Barros Monteiro votou pela procedência da indenização, com base no art. 159, do Código Civil de 1916 [atual art. 186 do Código Civil de 2002] , pois só a força maior poderia excluir a responsabilidade do pai que abandona o filho, caracterizando, a negligência do pai na assistência ao filho, conduta ilícita, que ao lado do dano e nexos de causalidade configuram os pressupostos para a indenização. Afirma que a ignorância do pai em relação à existência do filho seria excludente do nexo causal, sendo suficiente para justificar a recusa da indenização.

No mesmo sentido dessa decisão do STJ está a decisão proferida pela 1ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, AC nº 471.029-4/8, cujo relator observa a ocorrência de dano, ou mesmo trauma para o filho, por força da separação dos pais, no entanto, a condenação do genitor à indenização por dano moral serviria apenas para alimentar as mágoas já existentes na família.

Assim também o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

INDENIZAÇÃO – DANO MORAL –OBJETIVO INDENIZATÓRIO DEDUZIDO POR FILHA CONTRA O PAI, VISANDO COMPENSAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE AMOR E AFETO – NINGUÉM ESTÁ OBRIGADO A CONTEMPLAR QUEM QUER QUE SEJA COM TAIS SENTIMENTOS – DISTINÇÃO ENTRE O

DIREITO E A MORAL – INCIDÊNCIA DA REGRA CONSTITUCIONAL, PILAR DAS DEMOCRACIAS MUNDO AFORA, E A LONGO TEMPO, ESCULPIDA NO ART. 5º, II, DE NOSSA CARTA POLÍTICA, SEGUNDO A QUAL ‘NINGUÉM SERÁ OBRIGADO A FAZER OU DEIXAR DE FAZER ALGUMA COISA SENÃO EM VIRTUDE DE LEI’ – PRETENSÃO MANIFESTAMENTE MERCANTILISTA, DEDUZIDA NA ESTEIRA DA CHAMADA INDUSTRIA DO DANO MORAL, COMO SEMPRE PROTEGIDA POR DEFERIMENTO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA – CONSTATAÇÃO DE MAIS DE UMA TENTATIVA DE GANHO FÁCIL, SENDO IMPERIOSO EVITAR A ABERTURA DE LARGA PORTA COM PRETENSÕES DE GÊNERO – SENTENÇA QUE MERECE PRESTÍGIO – RECURSO IMPROVIDO.<sup>114</sup>

Do voto do relator extrai-se o seguinte posicionamento:

Trazendo como fachada a alegação de ausência de afeto, desencadeou a autora esta gananciosa pretensão oportunista, com o claro objetivo de lucro fácil, na esteira da chamada indústria do dano moral, agora com uma nova e perigosa ramificação, como sempre protegida pelo deferimento de gratuidade de justiça.

[...] o Poder Judiciário não pode exigir do réu – e nem de ninguém – que demonstre amor e carinho pelo semelhante. A ausência do amor paterno não vai além de mero aborrecimento não indenizável.

Corroborando tal entendimento, a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AÇÃO 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 nexos causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. - O abandono paterno atem-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.<sup>115</sup>

De cujo acórdão se destaca:

Decerto que a ausência de afeto do pai traz mágoas e ressentimentos, porquanto frustrada a expectativa do filho de convivência familiar plena. Ocorre, todavia, que o abandono paterno atem-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho [...] Desse modo, não pode o apelado ser condenado ao pagamento de danos morais, em virtude de não possuir amor e afeição pelo Apelante.

<sup>114</sup> RIO DE JANEIRO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2004.001.13664 0, Relator Desembargador Mário dos Santos Paulo, julgado 08/09/2004.

<sup>115</sup> MINAS GERAIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Apelação Cível nº 1.0145.05.219641-0/001, Relator Desembargador Domingos Coelho, julgado em 06/12/2006.



Acompanhando o voto do relator, dispõe o desembargador Nilo Lacerda:

O amor paterno não pode ser imposto, ele é despertado pelo anúncio da gravidez, pelo seu desenvolvimento, pelo acompanhamento do parto, das noites de dedicação ao filho, da troca da fralda, do banho, dos primeiros sorrisos e passos, do reconhecimento da voz paterna e das gracinhas da criança, do seu crescimento, da confiança pai e filho, das perguntas, das respostas, dos abraços, beijos, carinhos etc.

Para que houvesse, in casu, dano moral, seria necessário que o pai biológico, aqui apelado, pelos menos tivesse conhecimento da existência do filho e o tivesse ignorado e sonogado os direitos inerentes à filiação.

Também nesse sentido:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE (EXAME DE DNA) - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - ALIMENTOS - MAIORIDADE CIVIL - NECESSIDADE PREMENTE - AUSÊNCIA DESTA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O abandono afetivo do pai em relação ao filho não enseja o direito à indenização por dano moral, eis que não há no ordenamento jurídico obrigação legal de amar ou de dedicar amor. Logo, não há responsabilidade civil, pretérita ou atual, do pai em relação ao filho, face à ausência de conduta ilícita ou antijurídica daquele, e devido à ausência de nexo causal entre a conduta dele e o alegado dano, pois não há que se falar em conduta antijurídica, ou em omissão dolosa, pelo fato de o pai, não sabendo ou não acreditando na questionada paternidade, não se ter antecipado em reconhecer o filho espontaneamente. Em princípio, ainda que já considerado maior e capaz civilmente, não perderá o filho, automaticamente, quando atingir a maioridade. Tal permanece até que se comprove concretamente a desnecessidade e a possibilidade de sustentar a si próprio. Presente tal comprovação, não há como deferir a pretensão, pelo que improcede o pedido de pensão alimentícia.<sup>116</sup>

Assim, verifica-se que a jurisprudência é dissonante, em alguns casos acolhendo o pleito do filho e concedendo-lhe a indenização devida, em outros, afastando qualquer hipótese de cabimento de indenização por dano moral, sob alegação de ausência de dano ou impossibilidade de reparação dessa espécie de dano.

---

<sup>116</sup> MINAS GERAIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Apelação Cível nº 1.0702.03.056438-0/001, Relator Desembargador Geraldo Augusto, julgado 25/09/2007.

### 6.3 Entendimento doutrinário

Na doutrina a possibilidade de indenização dos danos causados pelo abandono afetivo do filho é também tema bastante discutido e que apresenta polêmicas das mais variadas ordens.

Para Luiz Felipe Brasil Santos a dificuldade em se alcançar o consenso sobre o tema decorre exatamente do fato de que a noção do que seja dano ressarcível é dinâmica, evoluindo e se sofisticando ao longo da história, na exata proporção em que se amplia também a tutela dos direitos da pessoa<sup>117</sup>.

Afirma o referido autor que as críticas mais acerbas aos julgados que concedem o direito à indenização ao filho lesado, trazem como argumento o fato de que a concessão de indenização, em casos como esses, representa excessivo alargamento do conceito de danos indenizáveis, e acabam por incentivar a monetarização do afeto. Além disso, não faria com que o pai, arrependido, buscasse a reaproximação com o filho.

Embora respeitando tal entendimento, ressalta, o autor, que com ele não assente, salientando em decisão proferida nos Embargos Infringentes nº 70000271379, quando se discutia o cabimento dos danos morais decorrentes da negativa ao reconhecimento da paternidade, que: “Nós aqui cansamos de dar indenização por dano moral por negativas, apontes, etc., situações que ninguém vai ter coragem de afirmar que são equiparáveis à negativa do reconhecimento de uma paternidade.”<sup>118</sup>

Assevera que o receio acerca da excessiva ampliação do conceito de danos indenizáveis não pode conduzir o jurista a negar indenização quando, como na espécie, se evidencia o dano.

---

<sup>117</sup> SANTOS, L. F. B. **Pais, filhos e danos.** [online] Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=141>>. Acesso em: 05/01/2008.

<sup>118</sup> RIO GRANDE DO SUL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4º Grupo Cível, Embargos Infringentes nº 70000271379, julgado em 11/08/ 2000 – RJTJRS 202.

Em conclusão Luiz Felipe Brasil Santos<sup>119</sup> afirma que a responsabilidade civil tem como função básica a reparação dos danos materiais ou a compensação dos danos extrapatrimoniais. Entretanto, conforme o mesmo autor, “outras funções podem ser desempenhadas pelo instituto. Dentre essas, avultam as chamadas funções punitiva e dissuasória”. Pela primeira, busca-se “punir alguém por alguma conduta praticada, que ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalente em determinada comunidade”. Com a segunda, procura-se “sinalizar a todos os cidadãos sobre quais condutas a evitar, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico”.

No mesmo sentido, dissertando sobre a indenização dos danos morais na investigatória de paternidade, assinala Rolf Madaleno que:

a punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico e, portanto, não objetiva propriamente satisfazer a vítima da ofensa, mas, sim, castigar o culpado pelo agravo moral e, inclusive, estimular aos demais integrantes da comunidade [...] a cumprirem os deveres éticos impostos pelas relações familiares.<sup>120</sup>

Neste ponto, apropriadamente, alerta Fanzolato que

Muitos têm advertido sobre os riscos que aparelham esta abertura, prognosticando cataratas de pretensões ressarcitórias; porém isso não deve atemorizar o intérprete, na medida em que a justiça aconselha ou exige que esse tipo de sanções legitimadas por uma sociedade madura.<sup>121</sup> (tradução nossa).

Para Rolf Madaleno “A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, exige um juízo de censura de agente capaz de entender o caráter de sua conduta ilícita.”<sup>122</sup> Necessitando, portanto, demonstrar sua culpa do causador do dano.

<sup>119</sup> SANTOS, L. F. B. **Pais, filhos e danos**. [online] Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=141>>. Acesso em: 05/01/2008.

<sup>120</sup> MADALENO, R. **O Dano Moral na Investigação de Paternidade**. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ajuris, v. 71, ano XXIV, nov., 1997, p. 280-281.

<sup>121</sup> FANZOLATO, E. I. Filiacion y Dano Moral Resarcible. *Apud*: SANTOS, L. F. B. **Pais, filhos e danos**. [online] Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=141>>. Acesso em: 05/01/2008: “muchos han advertido sobre los riesgos que aparejan esta abertura, pronosticando cataratas de pretensiones resarcitorias; pero ello no debe amilanar al intérprete en la medida que la justicia aconseje o exija ese tipo de sanciones convalidadas por una sociedad madura”.

<sup>122</sup> MADALENO, R. **O Dano Moral na Investigação de Paternidade**. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ajuris, v. 71, ano XXIV, nov., 1997, p. 275.

Assevera Cláudia Maria da Silva<sup>123</sup> que a filiação ganha especial atenção, uma vez que se trata de seres em com personalidade em formação, sendo imperiosa a convivência familiar, e considerando o abandono afetivo do filho um ato repugnante e ilícito, haja vista ser a convivência familiar elemento indispensável para o desenvolvimento saudável da criança ou adolescente, assim concluindo a autora:

não se trata de dar preço ao amor – como defendem os que resistem ao tema em foco - tampouco de compensar a dor propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave.<sup>124</sup>

Segundo Eroulths Cortiano Junior:

a tutela da personalidade humana ultrapassa a construção tradicional do direito subjetivo, devendo ser colocada em supremacia a todo e qualquer outro interesse colocado em jugo. Se a proteção das situações patrimoniais prende-se à previsão pelo direito objetivo, isto não acontece com a proteção que deve ser dada à personalidade humana que extrapola de qualquer previsão legal. Pode-se afirmar que a pessoa humana é o princípio do direito; sua proteção é o eterno problema do direito.<sup>125</sup>

Segundo Yussef Said Cahali<sup>126</sup>, preliminarmente a este tema está a questão processual acerca da natureza jurídica da sentença que investiga a paternidade, haja vista que se tal sentença tem natureza declaratória a situação de paternidade estaria constituída, assim como a violação do deveres da paternidade; ao passo que se entender pela natureza constitutiva da sentença, não haveria qualquer direito à indenização até aquele momento, pois a paternidade se constituiria a partir daí. Assim,

<sup>123</sup> SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n. 25, Ago./Set.,2004, p. 131.

<sup>124</sup> SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n. 25, Ago./Set., 2004, p. 142.

<sup>125</sup> CORTIANO JUNIOR, E. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. In: FACHIN, L. E.; RAMOS, C. L. S. Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 50.

<sup>126</sup> CAHALI, Y. S. **O dano moral**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 774-775.

só haveria ilicitude pelo não reconhecimento do filho se fosse declaratória a sentença. Isso porque até que o *statu* de pai fosse constituído pela sentença, não haveria violação dos deveres paternos em relação ao filho, o ilícito só se verificaria se, constituída a paternidade pela sentença, o abandono se perpetuasse.

Divergente da maioria doutrinária que entende que a sentença que investiga a paternidade é constitutiva, Yussef Cahali entende que a sentença apenas declara a existência da filiação, que está constituída desde o nascimento do filho, de maneira que não pode o pai se eximir das conseqüências de sua negligência, em relação ao filho, que inevitavelmente traz danos irreversíveis a estes.

Paulo Nalin e Anassilvia Antunes concluem pela aplicabilidade da responsabilidade nos casos de abandono afetivo do filho, assim dispondo:

Portanto, enquanto direito de personalidade, os pais têm o dever de assistência material e moral ao filho, em contrapartida usufruindo o filho dos mecanismos coercitivos para tanto, ex vi da ação de alimentos [...] entendemos que o dano pelo abandono afetivo é indenizável, tanto moral quanto material, com fulcro nos arts. 186 e 1638 do CC, sem prejuízo de o fundamento constitucional do art. 229 ser aventado pelo ofendido.<sup>127</sup>

Conforme Claudete Carvalho Canezin<sup>128</sup>, além dos alimentos, os interesses da criança atingem as suas relações emocionais e afetivas, sendo que estas tão ou mais relevantes que os alimentos, sendo que a omissão no atendimento integral às necessidades da criança é passível de indenização por danos morais, na medida em que o dever dos pais não se resume aos alimentos, mas é maior que isso, englobando todo o bem estar do menor, nos diversos aspectos de sua vida.

Assim, aqueles que defendem a inclusão do abandono moral pelo abandono afetivo do filho como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória.

<sup>127</sup> NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil: Objeções e hipóteses de Ocorrência.** In: NALIN, P. R. R.; VIANNA G. B. (coords). *Direito em Movimento.* Curitiba: Juruá, 2007, p. 52 e 55.

<sup>128</sup> CANEZIN, C. C. **Da culpa no Direito de Família.** In: TARTUCE, F.; CASTILHO, R. (Coords). *Direito Civil, Direito Patrimonial e Direito Existencial. Estudo em homenagem à professora Gisela Maria Fernandes Novaes Hironaka.* São Paulo: Meteo, 2006, p. 751.

## CONCLUSÃO

A família sempre foi, é e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica e é nela que se estruturam os sujeitos e onde esses encontram amparo diante de eventual crise estrutural.

A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos, econômicos e sociais provocaram mudanças profundas na estrutura e na roupagem da família e nos diversos ordenamentos jurídicos. Todas essas mudanças culminaram, em síntese, na ruína da família patriarcal e, em última escala, na valorização do componente da estrutura familiar, a partir da noção da dignidade da pessoa humana.

A criança e o adolescente passaram a ser reconhecidos como titulares de direitos fundamentais constitucionais garantidos e de proteção difundida pela doutrina jurídica como proteção integral dos seus interesses.

O cerne da filiação é a família, e a identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com a identidade do grupo familiar, em primeira instância. Daí surge a responsabilidade primordial dos genitores na formação da personalidade do indivíduo cabendo-lhes dar amor, orientação ética e moral, educação, alimento, respeito, ensinar a viver e a sobreviver, tudo isso por meio da convivência familiar que é um dever dos genitores e, em contrapartida, um direito dos filhos.

Não se trata da coexistência diária e contínua que se esgota na coabitação ininterrupta ou esparsa, mas numa convivência harmônica, cujo principal objetivo seja a satisfação das necessidades dos filhos, físicas, emocionais e psíquicas.

A relevância e imperiosidade da garantia e preservação do dever da convivência fazem com que seu descumprimento importe em sérios prejuízos à personalidade do filho, o que autoriza a imediata efetivação de medidas previstas nos diplomas legislativos pertinentes à tutela dos interesses da filiação e decorrentes da responsabilidade dos pais para com os filhos, sobretudo a condenação do pai pelos danos causados, como já se faz presente em na jurisprudência pátria.

Não há dúvida quanto à ofensa à dignidade, à integridade psicofísica e ao dano à personalidade do filho, que deve, sim, ser reparado pelo pai, quando for ele o causador. Os menores, sobretudo, têm a salvo todos os seus interesses e são priorizados no âmbito de todas as relações, principalmente nas familiares. Ou seja, devem ser protegidos, inclusive dos atos lesivos de seus próprios genitores.

Nos dias atuais, é crescente o número de separações, divórcios, enfim, de dissoluções das entidades conjugais, mas, vale ressaltar, que o fim do vínculo é entre o casal, não pode afetar de maneira alguma a relação com os filhos, pois, pais e filhos são para toda a vida. Nem mesmo as arestas deixadas pelo fim da conjugalidade – ou por sua inexistência – podem atingir a relação paterno-filial, posto que sagrada, soberana e eterna, cabendo muito mais aos pais que aos filhos lutar por sua preservação.

O núcleo da responsabilidade civil, no âmbito do Direito de Família, reside na identificação do ato ilícito como ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente no caso de dano moral.

Em todos os casos analisados constata-se um potencial ilícito danoso a ser reparado, seja material ou imaterial, pois, como cláusula geral, o art. 186 do Código Civil, tem sua interpretação adequada aos mais variados ramos do Direito, assim também nas relações familiares e mais especificamente no caso de abandono afetivo do filho, cujo dano é de intensidade incomparável.

A aplicação de tal cláusula requer a constatação da culpa, a existência de dano, com a demonstração do efetivo prejuízo, e o nexo de causalidade entre eles, sendo que, constatando a presença destes elementos, a indenização pelo dano material ou moral sofrido pelo filho é medida que se impõe.

As contrariedades visam a restrição da reparação civil, sob o receio do desenvolvimento da “indústria do dano”, ou sob o argumento de que o Direito de Família traz suas próprias punições, isentas de caráter econômico, como a destituição do poder familiar, por fim, afirma-se que a paz e a intimidade familiar seria abalada, vista a exposição das relações ao juízo reparatório.

No entanto, não se trata de dar preço ao amor, tampouco de estimular a “indústria dos danos morais”, mas sim de lembrar a estes pais que a responsabilidade

paterna não se esgota na contribuição material, não sendo suficiente a suspensão ou destituição do poder familiar, o que só vem a premiar o pai que não se interessa pela vida do filho, abandonado.

Desse modo, nenhum desses argumentos resiste à força constitucional que coloca a pessoa humana na estrutura e função do ordenamento jurídico, não na busca pela redução utilitarista de processos judiciais, na lógica das sanções infraconstitucionais, da suposta ocorrência de *bis in idem* e na ultrapassada supremacia da instituição face aos membros que constituem a família. Tais posicionamentos demonstram a velada tendência de se ler a Constituição à luz do Código Civil, quando o sentido inverso, ou seja, interpretar o Código Civil à luz da Constituição se impõe, e certamente nos leva à conclusão da reparabilidade dos danos causados pelo abandono paterno.

Há que se ressaltar, no entanto, que não basta a omissão do afeto ou o abandono emocional. Há que restar demonstrado o dano (ou grau do dano) sofrido pela criança ou o adolescente em razão dessa omissão dos pais e a ilicitude na conduta deles. Somando-se a isso a inexistência de qualquer causa de não configuração da responsabilidade, ou seja, a demonstração de que o pai tinha conhecimento da existência do filho e negligenciou tais deveres, sendo excludente o ato de terceiro, mais precisamente da mãe, ou cônjuge que tem a guarda do filho, que impossibilitava o pai de honrar seus deveres ou o pai que não sabia da existência do filho.

Desse modo, a violação dos direitos à personalidade do filho, como a honra, a imagem, a dignidade e a reputação social, é passível de reparação no âmbito da responsabilização civil e assegurada pela Constituição Federal (art. 5, incisos V e X). sendo, portanto, perfeitamente possível o filho buscar reparação pecuniária do pai por danos morais, em casos em que há a efetiva comprovação de que houve negativa de amparo afetivo, moral e psicológico de que toda criança necessita.



## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Á. V. de. (coord). **Código Civil Comentado**. v. 15 e 16. São Paulo: Atlas, 2003.

BITTAR, C. A. (coord). **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BODIN de MORAES, M. C. **Deveres Parentais e Responsabilidade Civil**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Parentalidade. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 31, Ago./Set., 2005, p. 39-66.

CAHALI, Y. S. **Dos alimentos**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **O dano moral**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CANEZIN, C. C. Da culpa no Direito de Família. *In*: TARTUCE, F.; CASTILHO, R. (Coords). **Direito Civil, Direito Patrimonial e Direito Existencial**. Estudo em homenagem à professora Gisela Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Meteoro, 2006.

CARVALHO NETO, I. de. **Reparação civil na separação litigiosa culposa**. Trabalho apresentado no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM, em 25/10/2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&eventos=3&anais>>. Acesso em 07/01/2008.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

COSTA, J. M. **Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 90. v. 789. Jul., 2001, p. 21-47.

DIAS, M. B. e PEREIRA, R. da C. (coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. Vol. VII, 19 ed, rev., atual. São Paulo: Saraiva. 2005

FACHIN, L. E. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GAMA, G. C. N. da. **A função social da família**. In: Revista Brasileira Direito de Família – A função social da família. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM. v. 8, n. 39, Dez./Jan., 2007, p. 154-170.

GOMES, O. **Direito de Família**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, C. A. **Responsabilidade Civil**. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, E. de O. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MADALENO, R. **O Dano Moral na Investigação de Paternidade**. Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ajuris, v. 71, ano XXIV, nov, 1997.

MUNIZ, F. J. F. e OLIVEIRA, J. L. C. de. **Curso de Direito de Família**. 4 ed., 3 tir. Curitiba: Juruá, 2003.

NALIN, P. R. R.; ANTUNES, A. S. **Direito de Família e Responsabilidade Civil: Objeções e hipóteses de Ocorrência**. In: NALIN, P. R. R.; VIANNA, G. B. (coords.). **Direito em Movimento**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 15-59.

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. v.1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**, v.1, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, R. da C.(coord). **A travessia do novo milênio** - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. (coord). **Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro** - Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, T. da S. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil: uma introdução ao Direito Civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

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

SANTOS, L. F. B. **Pais, filhos e danos**. [online] Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=141>>. Acesso em: 05/01/2008.

SILVA, C. M. da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: Revista Brasileira Direito de Família: Indenização ao filho. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n. 25, Ago./Set.,2004, p.122-147.

SILVA, E. L. **Direito de Família: as conseqüências psíquicas advindas da ausência do pai ou da mãe na vida dos filhos, a partir do estabelecimento da guarda**. Trabalho apresentado no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM, em 25 de outubro de 2001. [online] Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&eventos=3&anais>>. Acesso em 07/01/ 2008.

SILVA, W. M. da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

VARELA, J. de M. A. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

**OBRAS CONSULTADAS**

FACHIN, L. E.; RAMOS, C. L. S. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, E. de O. **Danos morais e direitos da personalidade**. In: \_\_\_\_\_(coord.). *Grandes temas da atualidade - Dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 347-366.

LÔBO, P. L. N. **A Repersonalização das relações de família**. In: *Revista Brasileira Direito de Família – A responsabilização da família*. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM. v. 6, n. 24, Jun./Jul., 2004, p. 136-156.

\_\_\_\_\_. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**. In: *Revista Brasileira Direito de Família – Filiação*. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM. v. 5, n. 19, Ago./Set., 2003, p. 133-156.

PEREIRA, R. da C. (coord). **Família e cidadania: o novo Código Civil Brasileiro e a *vacatio legis*** - Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

TEPEDINO, G. **A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do Novo Código Civil**. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional**. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, C. S. **A relação jurídica-afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilização civil**, In. HIRONAKA, G. M. F. N. (coord). *Direito e Responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.