

RECEBIDO EM: 12/10/2015
APROVADO EM: 26/02/2016

A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES ATUAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

***THE EVOLUTION OF LIABILITY AND ITS IMPLICATIONS CURRENT
IN FAMILY LAW: ANALYSIS OF THE POSSIBILITY OF DAMAGES
FOR EMOTIONAL ABANDONMENT***

Giullianno Caçula Mendes
Procurador do Distrito Federal e mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo
Uniceub em Brasília/DF

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve histórico evolutivo da responsabilização civil: Deslocamento da responsabilidade civil do eixo “agente causador-culpa” para o eixo “vítima-reparação do dano; 2 O surgimento de “novos danos” a partir do desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade; 3 Dano moral por abandono afetivo: Análise do julgamento do Recurso Especial 1.159.242/SP pelo STJ; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é fazer uma breve análise histórica da evolução da sistemática da responsabilidade civil e de como se tornou possível sua aplicação no campo dos direitos extrapatrimoniais, inclusive no campo do direito de família, apesar dessa ser uma área bastante sensível e que encontra algumas das maiores resistências em relação à possibilidade de intervenção estatal. A metodologia utilizada será a revisão bibliográfica da literatura especializada em responsabilidade civil e direito de família, além da análise de dispositivos da Constituição Federal e legislação correlata, bem como de julgados relevantes sobre o tema. Após a revisão bibliográfica e a apresentação dos referenciais teóricos, será feita a análise de recente acórdão do STJ sobre a possibilidade de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo no âmbito das relações familiares. Ao final serão apresentadas as conclusões sobre o estudo acerca da possibilidade de aplicação dos novos entendimentos decorrentes da evolução da teoria da responsabilização civil no âmbito do direito de família.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Direito de Família. Dano Moral. Abandono Afetivo.

ABSTRACT: The objective of this work is to make a brief historical analysis of the evolution of systematic civil liability and how it became possible its application in the field of off rights, including family law field, despite this being a very sensitive area and that is the higher strengths regarding the possibility of state intervention. The methodology used is the literature review of the literature on civil liability and family law, in addition to the devices of analysis of the Federal Constitution and related legislation, as well as relevant judged on the subject. After the literature review and the presentation of theoretical frameworks will be the recent analysis of the STJ on the possibility of compensation for moral damages resulting from emotional abandonment in the context of family relationships. At the end will be presented the conclusions of the study on the possibility of applying new insights arising from the development of civil liability theory in the context of family law.

KEYWORDS: Liability. Family Law. Moral Damages. Emotional Abandonment.

INTRODUÇÃO

O direito ocidental e suas instituições foram bastante influenciados pelo direito romano que, de acordo com Edgardo Herrera¹, poderia ser resumido em três axiomas principais: a) *honeste vivere* (viver honestamente); b) *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu); c) *alterum non laedere* (não causar danos aos outros). Dos três axiomas citados, podemos dizer que o principal fundamento da doutrina da responsabilidade civil ocidental é o *alterum non laedere*, entendido como evitar ao máximo causar danos a terceiros e, caso tais danos sejam causados, repará-los, já que a conduta de lesar um terceiro faz surgir uma obrigação de deixar o lesado numa situação a mais parecida possível com sua situação antes do dano².

Denomina-se “responsabilidade” essa obrigação de reparar o dano causado, apresentando-se, de certa forma, como uma sanção de natureza ressarcitória, diferente da sanção penal que teria uma natureza mais repressiva³. Pode ser entendida como uma tentativa de restabelecer o equilíbrio rompido pela conduta ou omissão do agente lesivo através da reparação do dano.

Tornada clássica no âmbito jurídico patrimonial, a teoria da responsabilidade civil foi paulatinamente ampliando seu campo de atuação e passou a abarcar também a proteção a valores extrapatrimoniais, obrigando a reparação de danos insuscetíveis de aferição pecuniária exata. São os chamados danos imateriais, que abrangem o dano moral, o dano estético e qualquer outro tipo de dano que atinja a integridade dos direitos da personalidade⁴.

Assim, a sistematização da responsabilização civil passou a abranger assédio moral em ambiente laboral e escolar, danos causados à integridade física e psíquica dos indivíduos e grupos, inclusive no tocante ao aspecto estético e, mais hodiernamente, vemos julgados no campo do direito de família estabelecendo o dever de indenizar como forma de reparar os danos causados pelos membros da família nas relações familiares que se

1 HERRERA, Edgardo Lopez. *Teoría general de La responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006. p. 1

2 Ibid.

3 Ibid. p. 2.

4 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

tornaram cada vez mais complexas com a evolução da sociedade e com a redefinição dos papéis a serem desempenhados dentro do seio familiar.

O objetivo desse trabalho é fazer uma breve análise histórica da evolução da sistemática da responsabilidade civil e de como se tornou possível sua aplicação no campo dos direitos extrapatrimoniais, inclusive no campo do direito de família, apesar dessa ser uma área bastante sensível e que encontra as maiores resistências em relação à possibilidade de intervenção estatal.

A metodologia utilizada será a revisão bibliográfica da literatura especializada em responsabilidade civil e direito de família, além da análise de dispositivos da Constituição Federal e legislação correlata, bem como de julgados relevantes sobre o assunto. Após a revisão bibliográfica e a apresentação dos referenciais teóricos que foram utilizados sobre o tema, será feita a análise de recente acórdão do STJ prolatado no RESP 1.159.242/SP sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo no âmbito das relações familiares. Ao final serão apresentadas as conclusões sobre o estudo acerca da possibilidade de aplicação dos novos entendimentos decorrentes da evolução da teoria da responsabilização civil no âmbito do direito de família.

1 BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL: DESLOCAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EIXO “AGENTE CAUSADOR-CULPA” PARA O EIXO “VÍTIMA-REPARAÇÃO DO DANO”

Originariamente não havia distinção entre ilícito penal ou ilícito civil. Podia-se falar em “ilícitos sociais”. Quando uma pessoa sofria um dano que afetava a todo o grupo, era comum que o grupo do ofendido se vingasse contra o grupo do ofensor, não necessariamente na pessoa deste e muito menos de forma proporcional. Posteriormente, o Código de Hammurabi consagrou a “Lei de Talião” em que se estabeleceram os primeiros critérios de proporcionalidade e a individualização da pena a ser aplicada ao autor do dano⁵.

Com o surgimento de algumas complicações da aplicação da lei de Talião, como, por exemplo, cegar alguém que lhe cegou, verificou-se que o resultado era que os dois estavam cegos ou lesionados, com prejuízo para ambos e para a sociedade, que ganharia dois inválidos. Então, passou-se a se pensar nos mecanismos de indenização por bens equivalentes que

5 HERRERA, op.cit. p. 15/16

num primeiro momento foi voluntária (acordos entre as partes) e depois determinada pelo Estado que tabelou alguns valores de indenização⁶. Desse modo, a responsabilidade civil foi se separando lentamente da responsabilidade penal, afastando-se a ideia de vingança (sanção repressiva), substituindo-a pelo ressarcimento do dano causado (sanção ressarcitória), pelo menos no que tange aos ilícitos civis.

Posteriormente, especificamente no tocante à responsabilidade civil, o direito romano realizou a dicotomia que inspirou a quase totalidade dos clássicos códigos civis ocidentais, dividindo a responsabilização em responsabilidade contratual, regida pela lei das XII tábuas, e responsabilidade extracontratual ou aquiliana, em virtude de ser regida pela Lei Aquilia, que reconhecia o direito a causar ao ofensor os mesmos danos econômicos sofridos pela vítima. Era como se fosse uma “lei de Talião econômica”⁷.

Interessante ressaltar que a lei Aquilia já previa a responsabilização civil por danos causados por animais e por ofensas aos direitos da personalidade. Contudo, a referida lei pecava por não haver estabelecido um “sistema geral de responsabilidade”, tentando tipificar caso a caso os diversos tipos de dano e as ações correspondentes. Pode-se dizer que se tratava de “um sistema de tipicidade de danos”⁸ que ainda aproximava a responsabilidade civil do direito penal e dificultava a responsabilização por condutas injustas, porém atípicas, e sem indenização correspondente prevista em lei.

Com a queda do império romano e o advento da Idade Média, marcada pela forte influência da Igreja Católica, a responsabilidade civil passou a se dotar de um sentido moral similar à ideia de pecado pregada na doutrina canônica. A partir daí, a ideia de culpa como pressuposto para responsabilização passou a figurar na maioria dos sistemas de responsabilização civil, predominando a ideia de que não há responsabilidade sem culpa. O sistema francês, que influenciou boa parte dos sistemas de responsabilização ocidental, inclusive o brasileiro, centra-se principalmente na ideia de culpa como pressuposto da responsabilização, possuindo o mérito de ter separado quase por completo a responsabilidade civil da responsabilidade penal e de ter deixado de lado o sistema de tipicidade, estabelecendo um parâmetro geral de responsabilização civil⁹.

6 HERRERA, op.cit., p. 16

7 Ibid. p. 17

8 Ibid. p. 18/19

9 Ibid., p. 20

A figura da culpa como pressuposto para a responsabilização pode ser explicada pela análise do contexto histórico da industrialização nascente e pela forte mentalidade liberal da época (*laissez faire, laissez passer*) em que se priorizava o desenvolvimento das atividades econômicas e, por isso, caso o empreendedor tivesse medo de ser responsabilizado mesmo sem sua culpa, provavelmente ele não se arriscaria a desenvolver a atividade empresarial, com evidente prejuízo para toda a sociedade¹⁰.

Assim, pode-se dizer que o modelo clássico de sistema de responsabilidade civil do ocidente é o modelo francês, cujo princípio regente é a regra de que “não há responsabilidade sem culpa”. A ênfase era no agente causador do dano e na presença ou ausência de culpa em sua conduta, deixando-se um pouco de lado a vítima que sofreu o prejuízo. A impressão que se tem é que o raciocínio usado era ainda similar ao do direito penal, pois a ênfase é na função punitiva e não na compensação da vítima ou prevenção dos ilícitos¹¹. Nesse sistema clássico, ao menos em sua origem, apenas o dano patrimonial é indenizável, esquecendo-se do dano moral e da proteção ao consumidor.

Descrevendo o processo de evolução da teoria da responsabilização civil, Anderson Schreiber fala que os três pilares da responsabilidade civil ocidental clássica são a culpa, o dano e o nexo causal. Em seguida ele aponta a culpa e o nexo de causalidade como barreiras à responsabilização, chamando-as de “filtros da reparação” por funcionarem como óbices ao ressarcimento. No decorrer da evolução da teoria da responsabilização civil estaria ocorrendo a gradativa perda de importância de tais filtros nas demandas de responsabilização, fenômeno que o autor chama de “erosão dos filtros tradicionais da reparação”¹².

O primeiro dos filtros a ser desfeito é a necessidade de culpa para a reparação. A noção de culpa como pressuposto da responsabilidade partia de uma ideologia liberal e individualista em que se privilegiava a liberdade em detrimento da solidariedade. Só deveria reparar o dano quem realmente o tivesse causado de alguma forma reprovável (vale dizer: com culpa ou dolo). O pressuposto da culpa dificultaria à vítima a reparação de seu dano, pois além de demonstrar a ocorrência do dano, ela tem que

10 HERRERA, op.cit. p. 21

11 Ibid., p. 54

12 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.11

comprovar que o causador agiu de forma reprovável e que tal conduta culposa é que foi a responsável pela ocorrência do dano¹³.

Contudo, as inovações tecnológicas trazidas pela a revolução industrial fizeram surgir novos riscos aos trabalhadores, trazendo também novos danos ocorridos muitas vezes sem qualquer culpa do empregador ou de difícil comprovação de culpa, o que gerava situações demasiadamente injustas. Por essa razão a teoria evoluiu para estabelecer presunções de culpa e aceitar a teoria do risco em alguns casos, visando facilitar as indenizações e a reparar os danos¹⁴. Desse modo, o modelo clássico de responsabilização evoluiu no sentido de se acrescentar elementos de responsabilidade objetiva ao sistema predominantemente centrado na culpa.

A partir dessa evolução, a culpa tornou-se objeto de intensos ataques doutrinários e a responsabilidade do tipo objetiva passou a ser adotada na maioria dos ordenamentos jurídicos por meio de leis especiais aplicáveis a setores específicos. Nos casos de responsabilidade objetiva, a ênfase se desloca da conduta do agente causador para a vítima que sofreu o dano, não importando a ausência de culpa, já que o objetivo é facilitar a indenização da vítima inocente e diluir ou socializar os riscos e lucros por toda a sociedade¹⁵. As funções preventivas e compensatórias da responsabilização passam a ter mais importância que a função punitiva no ato de indenizar.

Prosseguindo na evolução da teoria da responsabilização civil, se aponta um terceiro modelo que, ainda está em construção, mas que já dá suas primeiras demonstrações e que se baseia no pressuposto de que a responsabilidade civil transcende os sujeitos privados e é transferida para toda a sociedade, com a criação de fundos específicos mantidos por impostos ou taxas e com a função de indenizar as vítimas de catástrofes, terrorismo, violência urbana, doenças e outras moléstias¹⁶. Esse processo gradual e cada vez mais amplo de diluição dos danos por vários responsáveis e, em última instância, por toda a sociedade, encontra-se umbilicalmente ligado à noção de solidariedade social e substituição do paradigma individualista por um coletivista.

Nesse novo paradigma “Há cada vez mais solidariedade na culpa (todos somos culpados pelos danos) e solidariedade na causa (todos causamos

13 SCHREIBER, op. cit., p. 12/16.

14 Ibid.p. 17

15 HERRERA, op.cit., p. 55

16 Ibid.p. 56

danos) e o passo necessariamente seguinte é o de que haja solidariedade na reparação (todos devemos reparar os danos)”.¹⁷ Mais uma vez se enfatiza que o novo foco não é a repressão das condutas culposas, mas sim a reparação dos danos.

Outra característica do terceiro modelo de responsabilização civil, ainda em evolução, seria a ênfase na prevenção da ocorrência do ato ilícito. Como o sistema de responsabilidade civil é um dos mais caros e o homem ocidental, por viver no capitalismo de mercado, tende a analisar racional e economicamente os custos e benefícios dos seus atos, verifica-se que a sanção econômica é uma das mais eficazes na prevenção dos atos ilícitos.¹⁸ Por isso, novos meios jurídicos de prevenção com caráter de sanção econômica, tendem a ser mais eficientes na inibição da ocorrência de atos danosos. Em certos casos, como em se tratando da violação a direitos humanos, a função preventiva assume viés ainda mais importante do que a função reparadora, até mesmo porque violações a direitos humanos em regra não são possíveis de serem reparadas de modo integral. Por isso Herrera diz que “A prevenção constitui um mandato para a magistratura, especialmente quando se trata de direitos humanos”¹⁹.

A conclusão a que podemos chegar ao longo desse breve esboço histórico é que a lógica da responsabilidade civil vem migrando gradativamente da ênfase na culpa do agente causador para a ênfase na facilitação da indenização da vítima e reparação do dano, com a ampliação das hipóteses de responsabilização sem culpa com base na solidariedade social e enfoque na prevenção dos atos ilícitos ou danosos.

2 O SURGIMENTO DE “NOVOS DANOS” A PARTIR DO DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O deslocamento da responsabilidade civil do eixo “agente causador-culpa” para o eixo “vítima-reparação do dano”, aliado ao surgimento de novas funções da reparação civil, ocasionaram um incremento no número de provimentos favoráveis aos autores concedidos pelo judiciário e, conseqüentemente, um incremento no número de demandas novas acompanhadas do surgimento de “novos tipos de danos” com pretensão de

17 SCHREIBER, op.cit. p. 225

18 HERRERA, op.cit., p. 60

19 Ibid. p. 61 (tradução livre)

serem reparados²⁰. Paralelamente, o desenvolvimento do conceito jurídico de “dignidade da pessoa humana” e dos direitos da personalidade que surgem do desdobramento daquele conceito também ocasionaram uma ampliação dos interesses merecedores de tutela relativos à personalidade do indivíduo.

Isso fez com que surgissem demandas relativas a novos danos como: dano à privacidade; dano por abuso do direito à informação; dano à imagem; dano à integridade psicofísica, dano à formação da personalidade, etc. Muitos desses alegados danos utilizam como fundamento a ofensa à dignidade da pessoa humana e a seus desdobramentos naturais que são os direitos da personalidade já que, para a melhor doutrina, “[...] existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto”²¹. São os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são classificados pela doutrina como “não patrimoniais”, afirmando-se que “os indivíduos são titulares de direitos personalíssimos que integram suas personalidades e não detém qualquer conotação econômica”²². Apesar disso, o desenvolvimento da tecnologia jurídica da responsabilidade civil veio no sentido de que, mesmo em se tratando de direitos não patrimoniais, isso não significa que em caso de ofensa não haja a necessidade de se compensar por meio de indenização. Isso porque a ideia de indenização relaciona-se com a ideia de equivalência a ser obtida, por meio do quantum indenizatório, da nova situação após o dano com a situação existente anteriormente ao dano.

No caso dos direitos da personalidade “A equivalência entre o direito à indenização pelo dano e o direito lesado da personalidade é uma equivalência de caráter indireto”²³. Isso quer dizer que ela não corresponde exatamente ao valor do bem lesado como a honra, vida, nome, etc, pois tais bens não tem preço. No entanto, possibilita ao lesado obter outros bens que o direito da personalidade ferido estaria em condições de lhe obter se não houvesse a lesão.

20 SCHREIBER, op.cit.

21 CUPIS, Adriano de. *Os direitos da Personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p. 24.

22 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 155.

23 CUPIS, op.cit. p. 36.

O dano a direito da personalidade não pode ser quantificado matematicamente pelo mesmo método da quantificação dos danos materiais. É que os danos patrimoniais normalmente são aferidos pela aplicação da chamada “Teoria da Diferença”, calculando-se objetivamente o valor da indenização por dano material pela diferença entre o que se tem e o que se teria se não ocorresse o evento danoso²⁴. Em relação aos danos aos direitos da personalidade, comumente chamados de “danos morais”, o procedimento indenizatório não é tão fácil e objetivo, pois não há instrumentos capazes de aferir milimetricamente os direitos da personalidade e os danos por ele sofridos.

Por isso a doutrina entende que o termo técnico mais correto em se tratando de tais direitos seria “compensação” em vez de indenização já que “[...] indenizar é palavra que provém do latim ‘in dene’ que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências”²⁵. Já na compensação por dano moral, o prejuízo nunca é completamente eliminado, mas apenas compensado ou minimizado de modo que a vítima possa seguir em frente com sua vida um pouco mais confortável do que estaria se não houvesse qualquer compensação.

Essa dificuldade na aferição da extensão do dano fez com que inicialmente houvesse muitas críticas ao instituto da indenização por dano puramente moral na responsabilização civil. Criticava-se a “mercantilização da dor” (*pretium doloris*) e “A regra lógica subjacente, e que se fazia valer, era a de que aquilo que não se pode medir, não se pode indenizar: a indenização é, justamente, a ‘medida’ do dano”²⁶. No entanto, mais difícil do que mensurar os danos extrapatrimoniais seria ignorar sua existência, tonando-se inadmissível que a vítima de uma lesão a direito personalíssimo restasse irressarcida ou que o agressor saísse impune.

Desse modo, pela própria evolução da teoria da responsabilidade civil, com o progressivo movimento de migração do eixo da responsabilidade da figura da culpa do agente para a figura do dano sofrido pela vítima e para a necessidade de reparação, iniciou-se um processo de aceitação da indenização pelo dano puramente moral. Isso se deu em obediência ao maior princípio da responsabilidade civil contemporaneamente: o de que “a vítima não pode restar irressarcida”.²⁷

24 MORAES, op.cit. p. 143

25 Ibid. p. 145.

26 Ibid.,p. 146.

27 Ibid. p. 151.

A conclusão inevitável é que haveria dano moral sempre que houvesse lesão ao patrimônio imaterial das pessoas, entendendo este como o conjunto de bens que não tem valoração econômica. Isso tudo porque a tutela à dignidade da pessoa humana foi posta no ápice do ordenamento jurídico, suplantando em importância os direitos meramente patrimoniais²⁸. Assim, acaba ocorrendo que os direitos da personalidade, decorrentes do conceito aberto de dignidade da pessoa humana, se tornam muito mais numerosos do que aqueles que estão elencados nos códigos. Tendo em vista a criatividade dos advogados e julgadores, torna-se impossível fazer uma listagem completa dos novos danos e novos interesses a serem protegidos, resultando numa expansão do dano ressarcível que vem causando perplexidade em operadores do Direito em todo o mundo²⁹.

Schreiber cita, a título de exemplo, várias jurisprudências demonstrativas do que seriam as demandas reacionadas aos “novos danos”. Dentre elas: dano por nascimento de filho não planejado; dano por férias arruinadas; dano por brincadeiras cruéis (bullying); danos decorrentes de rupturas afetivas ou relações familiares; dano por separação após notícia de gravidez; dano por morte de animal doméstico; dano por nascimento com deficiência física em decorrência da rubéola da mãe; dano de fracasso desportivo, etc³⁰.

Essa proliferação de novas demandas, alegando danos em que anteriormente não se buscava a reparação, em parte é facilitada pelo caráter aberto do sistema de responsabilização brasileiro que não exige a tipicidade do dano para a reparação civil e não exclui da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito. Por isso se exige do Poder Judiciário que seja bastante criterioso na seleção de quais interesses merecem a tutela do Estado e, consequentemente, que pretensões judiciais merecem provimento.

É que no paradigma clássico, a seleção dos interesses mercedores de tutela de uma sociedade ficava a cargo do legislador e não do judiciário. Contudo, o “engessamento” típico da lei e o processo laborioso de sua promulgação, aliados à rápida dinâmica social, fazem com que surjam situações inesperadas e de flagrante injustiça em termos de reparação de danos, caso o intérprete não detenha algum grau de flexibilidade em seu julgamento. Por conta disso, Schreiber entende que deve ser assegurado “[...] um papel cada vez mais relevante à discricionariedade judicial, guiadas

28 HIRONAKA, op.cit., p. 117.

29 SCHREIBER, op cit. p.92.

30 Ibid.p. 96/104

por valores fundamentais consagrados na Constituição, e, por isso mesmo, tão legítima quanto a específica atuação do legislador”.³¹

Assim, a seleção dos interesses merecedores de tutela e, consequentemente, quais pretensões judiciais seriam julgadas como procedentes, não precisaria necessariamente de uma prévia especificação legislativa, podendo, o judiciário, realizar tal seleção de acordo com a realidade social em constante mutação e as circunstâncias do caso concreto. Por outro lado, é necessário um mínimo de objetividade e cientificidade na seleção dos interesses merecedores de tutela, sob pena de grande insegurança jurídica e imprevisibilidade nos julgamentos causada pela enorme discricionariedade judicial.

Para Maria Celina Moraes, isso faz com que haja uma tendência antagônica dos tribunais que, com o fito de evitar a banalização das indenizações por danos extrapatrimoniais, apesar de serem receptivos a alguns dos “novos danos”, “[...] de algum tempo, vêm tentando impedir que meros aborrecimentos do cotidiano passem a ser catalogados como geradores de dano moral, principalmente quando facilmente contornáveis por vias patrimoniais”³². Contudo, essa tendência antagônica, de reconhecer novos danos e tentar evitar a banalização do dano moral, infelizmente às vezes faz com que casos semelhantes tenham julgamentos completamente díspares, gerando nas partes uma sensação de insegurança e injustiça.

Esse risco de imprevisibilidade, se já é grave em demandas em que se discutem aspectos puramente econômicos, reveste-se de maior gravidade nas demandas de direito de família em que as partes estão cercadas por laços afetivos, muitas vezes afetados por mágoas recíprocas, rompimentos indesejados e com risco de dano à formação psicológica e emocional de menores. É nessas demandas, principalmente, que o magistrado e os advogados das partes devem estar atentos à seleção dos interesses merecedores de tutela, à inibição das demandas frívolas e ao seu papel de conseguir, da melhor forma possível, a pacificação social e a estabilização das relações familiares entre as partes.

Por isso devem ser selecionados, de forma racional e científica, de acordo com a razoabilidade e o critério de ponderação de interesses, quais as pretensões merecedoras de tutela, de modo que a solução do conflito não fique inteiramente à mercê da subjetividade do julgador.

31 Ibid. p. 125.

32 MORAES, op. cit. p. 172.

Schreiber³³ tenta estabelecer um método racional de seleção dos interesses merecedores de tutela a ser aplicado caso a caso, com base na técnica da ponderação desenvolvida originariamente em âmbito constitucional e que tem como um dos expoentes Robert Alexy. Basicamente, a técnica preconizada por Alexy consiste em realizar um sopesamento entre dois princípios conflitantes no caso concreto de modo a, em certa medida, obter a máxima realização dos dois princípios, ainda que um prevaleça momentaneamente sobre o outro no caso em questão³⁴. Não significa que um princípio anule o outro, pois princípios não se excluem já que são “mandados de otimização”. Apenas um prevalecerá momentaneamente sobre o outro na solução do caso concreto de forma que nenhum reste anulado. “Nada impede, portanto, que dois princípios informem uma decisão, cada um em certa medida”³⁵.

De acordo com Schreiber, a técnica de ponderação de princípios não estaria restrita ao âmbito constitucional, também podendo ser utilizada na solução de conflitos de normas-regra de direito civil, quando forem insuficientes os critérios clássicos de hierarquia, cronologia e especialidade³⁶. A aplicação da técnica de ponderação teria especial utilidade na teoria da responsabilidade civil e no direito de família, uma vez que esses ramos do Direito são permeados por normas de enunciado aberto e conceitos jurídicos indeterminados, possibilitando ao julgador preencher seu conteúdo à luz do caso concreto e cujos conflitos normativos não são solucionados facilmente pela simples aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias ou pela técnica da mera subsunção do fato à norma.

Por isso, altamente recomendável a utilização da técnica da ponderação no âmbito da responsabilidade civil no direito de família, mormente quando da seleção dos interesses merecedores de tutela em casos de conflitos de cunho extrapatrimonial como, por exemplo, nos danos morais decorrentes das relações familiares. Deve-se analisar no caso concreto, realizando a ponderação à luz da razoabilidade, qual interesse deve prevalecer na lide, se o do demandante ou o demandado. Desse modo, no âmbito da responsabilidade civil, “[...] a seleção dos interesses merecedores de tutela, para fins de aferição do dano, demanda a ponderação entre o

33 SCHREIBER, op.cit.

34 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

35 SCHREIBER, op. cit, p. 145.

36 Ibid..

interesse da vítima e o interesse do agente cuja conduta se afigura lesiva”³⁷. O magistrado deve, no caso concreto, sopesar os dois interesses antagônicos e verificar qual é o que merece mais tutela ou se ambos merecem alguma tutela e em que medida essa tutela deve ser concedida a cada um.

Não necessariamente a conduta do agente lesivo tem que ser de ilicitude manifesta, podendo-se revestir de aparente licitude, numa primeira análise. Por isso há que se distinguir a licitude ou ilicitude da conduta da ocorrência ou não do dano injusto, uma vez que a ocorrência de dano é objetivamente antijurídica, enquanto a ilicitude da conduta pressupõe um componente subjetivo de dolo ou culpa³⁸. A antijuridicidade do dano não pressupõe a ilicitude da conduta e, por isso, “Em nenhum momento mostra-se relevante para a aferição do dano saber se o agente poderia ou deveria ter se comportado de uma ou outra forma”³⁹.

Por isso a possibilidade de responsabilização por condutas lícitas, já que o dano em si é objetivamente antijurídico. É uma objetivação do dever de ressarcir o dano causado, ainda que a conduta não seja propriamente ilícita ou antinormativa. É uma consequência direta da evolução da teoria da responsabilidade civil uma ênfase maior na reparação da vítima do que na culpa do agente danoso. Nesse sentido a opinião de Maria Celina Moraes, no sentido de que a injustiça do dano não necessariamente tem a ver com a licitude do ato, já que mesmo atos lícitos podem ser passíveis de indenização, atribuindo tal fenômeno à evolução da teoria da responsabilização civil e ao seu “[...] giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto, que permite detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito”⁴⁰.

A noção de ato ilícito, juntamente com a de culpa, é substituída pelo conceito de dano injusto, mais amplo e mais consentâneo com o princípio da solidariedade social no que se refere ao dever de indenizar. A injustiça do dano estaria relacionada à violação de algum interesse merecedor de tutela, ultrapassando os limites da necessidade de violação à disposição normativa estabelecida pelo legislador, com o magistrado avaliando as circunstâncias fáticas do caso concreto a fim de verificar se houve dano injustificado. Desse modo, com o fito de fundamentar a injustiça dos chamados “novos danos” pode-se dizer, em relação ao dano moral que:

37 SCHREIBER, op. cit, p. 156.

38 Ibid. p. 160.

39 Ibid.p. 162.

40 MORAES, op.cit. p. 177.

Tratar-se-á sempre de violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer ‘mal evidente’ ou ‘perturbação’, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica.⁴¹

No entanto, não será toda e qualquer situação ensejadora de tristeza, sofrimento ou aborrecimento que levará a uma indenização por dano moral. Apenas “[...] aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar e social [...]”⁴² é que ensejariam o dever de reparação.

Com base nessa preocupação de tutelar com condenação em dano moral apenas as situações graves que afetem a dignidade da pessoa humana e impedir a proliferação de demandas frívolas ou a banalização do dano extrapatrimonial a situações cotidianas de mero aborrecimento, Schreiber⁴³ propõe um método prático de aferição do dano, dividindo-o em duas fases.

Na primeira deve-se verificar se os interesses conflitantes merecem tutela in abstracto, ou seja, se são protegidos por alguma norma do ordenamento jurídico e se há prevalência entre elas (hierarquia entre normas). Na segunda etapa, caso ambos os interesses mereçam tutela e não haja prevalência in abstracto por algum dos interesses com pretensão a serem tutelados, deve o juiz aplicar a técnica da ponderação no caso concreto para decidir qual interesse deve prevalecer à luz das circunstâncias fáticas.

De acordo com Schreiber a técnica de ponderação consiste em analisar de forma comparativa “[...] o grau de concreta realização do interesse lesivo e o grau de concreta afetação do interesse lesado, extraíndo-se do dado normativo uma regra de prevalência válida para as circunstâncias particulares em exame”⁴⁴. O julgador deve procurar a justa medida que satisfaça ao máximo os dois interesses à luz do caso concreto, de modo que um interesse ceda em determinada medida para que o outro interesse não seja completamente anulado. Deve-se tentar uma compatibilização máxima, à luz das circunstâncias concretas, do grau de realização do interesse lesivo com o grau de afetação do interesse lesado.

41 MORAES, p. 184. (destaques nossos)

42 Ibid. p. 189

43 SCHREIBER, op cit. p. 163/170

44 Ibid..

Uma diretriz a nortear o magistrado em nosso sistema jurídico-constitucional seria a prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais decorrentes da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana⁴⁵.

Na obra citada neste trabalho, Schreiber exemplifica a utilização de seu método de ponderação de interesses com alguns casos práticos relacionados aos “novos danos” cuja indenização se pretendeu perante o Judiciário. O que pretendemos fazer a seguir é, com base na ideia de sopesamento entre interesses de Schreiber, complementada pela noção de dano injusto e de tutela da pessoa humana da professora Celina Moraes, analisar o polêmico acórdão prolatado no RESP 1.159.242/SP que condenou determinado pai a pagar à filha dano moral por abandono afetivo, hipótese de “novo dano” que antigamente sequer se pensava em se pleitear ressarcimento perante o Judiciário.

3 DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.159.242/SP⁴⁶ PELO STJ

Muita polêmica causou o recente julgamento do RESP 1.159.242/SP pelo STJ, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrigli que proferiu um voto considerado por muitos como inovador em termos de responsabilidade civil no âmbito das relações familiares.

O caso julgado consistia num pai, próspero empresário paulista, que teve filha decorrente de relação anterior ao seu atual casamento. A relação com a genitora da filha sempre fora conturbada, inclusive com agressões físicas ao requerido e importunações em seu ambiente de trabalho e até na cerimônia de seu casamento. Por conta disso, o requerido duvidou da alegação de paternidade que só foi reconhecida em sede judicial com a fixação da quantia de dois salários mínimos a título de obrigação alimentar.

Segundo a petição inicial, durante toda a vida da requerente o requerido jamais atrasou ou deixou de pagar a obrigação alimentícia judicialmente fixada. Apesar de sua estreita correição no tocante à pontualidade da obrigação alimentar, jamais compareceu a aniversários da filha, formatura ou qualquer outra ocasião comemorativa, também

45 SCHREIBER, p. 180.

46 BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

deixando de demonstrar afeto ou vontade de manter qualquer convívio, por mínimo que fosse, com a filha havida fora do casamento.

Por conta disso, ao chegar a maioridade, a filha ajuizou a ação requerendo indenização por danos materiais e morais, alegando que sofreu abandono psicológico e afetivo durante toda a sua infância e adolescência (fase da vida em que mais precisou do apoio paterno) e que, além disso, o pai realizava tratamento discriminatório em relação à prole, pois estava adquirindo propriedades imobiliárias de forma fraudulenta em nome dos outros filhos com o objetivo de lesar a autora no momento de divisão de herança.

A defesa do pai baseou-se, principalmente, na excludente de culpabilidade do réu, alegando-se que não foi sua opção não manter contato com a filha, pois isso teria ocorrido em virtude do relacionamento conturbado e litigioso com a mãe da autora, que impediria a aproximação do pai. Além disso, alegou-se a impossibilidade jurídica de indenização por dano moral em caso de abandono afetivo, uma vez que a única sanção prevista no código civil para tal conduta seria a perda do poder familiar, conforme disposto no artigo 1638, II do código civil (destaques nossos):

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.

Desse modo, além de não ter ocorrido culpa lato sensu do genitor, pelo fato da mãe da garota dificultar o convívio e a aproximação entre pai e filha, a única sanção que lhe poderia ser aplicada, segundo a defesa, seria a perda do poder familiar, pois somente essa teria expressa previsão legal.

Na primeira instância a demanda foi julgada como improcedente, pois o juízo a quo entendeu que, no tocante aos prejuízos materiais decorrentes da aquisição fraudulenta de propriedades em nome dos irmãos da demandante, estes já estariam sendo discutidos em sede de ação própria. Já no tocante ao dano moral por abandono afetivo, a sentença acatou a tese da defesa de exclusão da responsabilidade do requerido, atribuindo os problemas

de relacionamento à atuação especialmente agressiva da mãe da autora, aludindo a incidentes de agressividade da parte desta, inclusive agressão ao requerido no Fórum⁴⁷.

O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão no sentido de que ficou caracterizado o abandono afetivo causado pelo pai e o dano moral dele decorrente, fixando o valor da indenização no montante de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

O genitor interpôs recurso especial alegando as mesmas teses de exclusão da responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro, já que seria a mãe da autora quem impedia o convívio com a filha durante sua infância e adolescência e, o que mais importa nesse trabalho, alegando a tese de impossibilidade jurídica de indenização por dano moral por abandono afetivo já que o Código Civil preveria como única sanção para a prática de tal conduta a perda do poder familiar. Subsidiariamente, requereu a redução do montante da condenação, haja vista sua desproporcionalidade e a dificuldade do convívio entre pai e filha causado pela genitora da recorrida (culpa de terceiro).

Em seu voto, a ministra relatora iniciou retomando os conceitos clássicos de responsabilização civil e a evolução da teoria do dano moral para concluir pela inexistência de óbice jurídico ao pagamento de indenização como compensação por abandono entre pais e filhos. Em sua digressão sobre os pressupostos da responsabilização, restou assentado que:

[...] não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.⁴⁸

Ou seja, desde que haja um dano injusto causado por ato de outrem, exsurge a obrigação de indenizar, de acordo com os pressupostos clássicos da

47 Voto vista do ministro Sidnei Beneti no RESP 1.159.242/SP. Disponível in: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=19387353&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=3&formato=PDF. Acesso em: 25 jan 2015. p. 1

48 Voto da ministra Nancy Andriighi, relatora do RESP 1.159.242/SP. Disponível in: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 25 jan 2015. p. 3.

responsabilização civil (dano, culpa lato sensu e nexo de causalidade). Assim, não é porque as relações de direito de família possuem suas peculiaridades marcadas por frequentes, mágoas, ressentimentos, afetividades e sofrimentos, que elas escapam à sistemática da responsabilização civil. Mormente no estágio atual da teoria da responsabilização em que, como já visto, a ênfase migrou da perquirição da culpa do autor do dano para a reparação/compensação da vítima e do prejuízo por ela sofrido.

Ademais, de acordo com o voto da ministra Nancy Andrighi, é falsa a tese da defesa de que a única sanção possível nos casos de abandono afetivo seria a perda do poder familiar, pois, analisando-se pelo aspecto teleológico, a função da perda do poder familiar é a proteção do menor pelo afastamento em relação a genitores que põem em risco a sua vida ou integridade física, seja por atos de negligência ou por maus tratos. Já a compensação por danos morais decorrentes do abandono afetivo visa justamente a compensar o dano já sofrido, sendo ambas as sanções compatíveis e complementares, pois atingem a objetivos diferentes.

Ademais, a simples perda do poder familiar sem o pagamento de indenização para a reparação do dano seria um prêmio para o genitor que quisesse se esquivar de suas obrigações, pois isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, já que se despojaria de suas responsabilidades familiares sem responder pelo dano moral, tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).⁴⁹

Após afastar a tese da perda do poder familiar como sanção única para o abandono afetivo e, retomando os pressupostos clássicos da responsabilização civil, entender pela aplicação da sistemática de responsabilização aquiliana nas relações de direito de família, a relatora passa a analisar, no caso concreto, a existência de dano, culpa (sentido amplo) e nexo de causalidade que ensejassem o pagamento de indenização.

Como anteriormente visto, pela evolução das teorias da responsabilidade civil, atualmente o dano sofrido pela vítima é o elemento mais importante da responsabilização. Por isso ele é analisado em primeiro lugar. A relatora diz que o dano sofrido pela vítima tem índole essencialmente moral, uma vez que sua quantificação não pode ser feita pela simples aplicação da teoria da diferença nem sua apreciação pode ser feita levando em conta aspectos exclusivamente pecuniários. No caso concreto, trata-se de relação entre pai e filha cujo vínculo legal impõe

49 Voto vista do ministro Sidnei Beneti no RESP 1.159.242/SP. Op.cit. p. 2/3..

entre os deveres inerentes ao poder familiar, “[...] o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança”⁵⁰.

Esses deveres legais são impostos justamente porque na tenra infância e na adolescência a atenção e o cuidado dos pais revelam-se um “[...] fator curial à formação da personalidade do infante [...] alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto”⁵¹.

No mesmo sentido a lição de Rizzardo, ao tratar do impulso psíquico e da necessidade que os filhos menores têm de estar na companhia dos pais e da importância desse convívio na formação da personalidade:

Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções⁵².

De acordo com esse entendimento, o abandono afetivo causa vários danos à formação da personalidade da criança e do adolescente, à sua autoconfiança e capacidade de socialização. Pode-se dizer que mais do que ofensa aos direitos da personalidade, o abandono afetivo representaria uma ofensa à personalidade em si e à saudável formação psíquica do indivíduo.

Assim, a Ministra Nancy Andriighi em seu voto deixou claro que o ordenamento jurídico estabelece, nas relações familiares, um dever de cuidado dos pais em relação à prole que, não necessariamente significa afeto, mas implica em obrigações mínimas, como o convívio, a proteção e a companhia, capazes de proporcionar o pleno desenvolvimento do menor em suas fases de formação da personalidade. Sendo assim, o dever jurídico não consistiria em amar, mas sim em cuidar do menor durante

50 Voto da ministra Nancy Andriighi, op.cit. p. 5.

51 Ibid. p. 6.

52 RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 692/693.

o desenvolvimento de sua personalidade, afastando-se, dessa forma, o principal óbice apontado por aqueles que adotam o discurso de que é impossível ao ordenamento jurídico impor a conduta de ter sentimentos por outra pessoa.

A responsabilidade por abandono afetivo adviria do desrespeito ao dever de cuidado, dever esse que surgiu do ato volitivo de procriar, sendo um corolário da liberdade das pessoas gearem filhos. A inobservância desse dever frequentemente gera danos à formação da personalidade dos menores, conforme comprovado pelos estudos psicanalíticos já realizados, sendo que esse dano é “*in re ipsa*”, ou seja, independente de comprovação já que é uma afronta direta aos direitos da personalidade.⁵³

No caso dos autos era incontroversa a existência do abandono afetivo, já que o próprio réu não negou o fato de que nunca se aproximou de sua filha, não comparecendo a nenhum dos momentos importantes de sua formação, apesar de pagar a pensão alimentícia religiosamente em dia. Restando incontroversa a existência do abandono afetivo, então evidente a ocorrência do dano, já que este é “*in re ipsa*”, por decorrer de ofensa a direito da personalidade. Logo, o primeiro elemento caracterizador da responsabilização civil restou plenamente configurado.

Analisando os autos e realizando a pesquisa de culpa no caso concreto, a douta relatora ponderou que existem certas situações que podem gerar distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alterações de domicílio, constituições de novas famílias, etc. Pode ser que realmente haja situações como nos casos de alienação parental, grandes distâncias geográficas ou limitações financeiras que realmente impossibilitem ou restrinjam bastante o convívio dos filhos com os pais. Nesses casos, realmente há de se aplicar a excludente de ilicitude, pois o abandono não decorre de ato voluntário do genitor.⁵⁴

Contudo, no caso dos autos, tratava-se de genitor abastado, próspero comerciante, que apenas forçadamente reconheceu a paternidade, apesar de fortes as evidências de sua presunção. Além disso, mesmo tendo possibilidades financeiras, sua conduta sempre se caracterizou pela ausência quase completa de contato com a filha e evidente descompasso de tratamento outorgado aos demais filhos, sendo evidentes as omissões do recorrente no tocante ao seu dever de cuidado em relação à recorrida com

53 MORAES, op.cit., p. 160.

54 Voto da ministra Nancy Andrighi, op.cit. p.10.

ações discriminatórias entre os filhos que privilegiaram parte da prole em detrimento da recorrida, o que denota a ilicitude de suas ações.⁵⁵ Pode-se dizer que, mais do que culpa, a conduta do requerido caracteriza-se pelo dolo de não realizar pelo menos algum esforço, ainda que mínimo, de aproximação com sua filha ou de tratamento igualitário com os demais filhos.

Assim, evidenciada a existência do dano que ocorreu in re ipsa, (por se tratar de ofensa a direito da personalidade), constatada a ilicitude da conduta do genitor que dolosa ou negligentemente causou o abandono afetivo em relação a sua filha e verificado que há nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano sofrido pela vítima, restam plenamente configurados os pressupostos da responsabilização civil que fundamentam o dever de indenizar.

Contudo há de se destacar o alerta feito pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no sentido de que essa responsabilização em sede de Direito de Família deve ser encarada de forma excepcionalíssima, com o Judiciário ponderando bem as condutas e circunstâncias do caso concreto de modo a não banalizar a condenação em danos morais ou sugerir uma patrimonialização das relações familiares. De acordo com o bem elaborado voto do douto julgador, a responsabilidade civil por dano moral no Direito de Família deve ser analisada com cautela uma vez que:

[...] pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo. [...] Sendo assim, entendo que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares.⁵⁶

Assim, o julgador deve tomar cuidado para sopesar bem as circunstâncias do caso concreto, evitando tomar como molde as suas próprias relações familiares, já que cada família tem suas próprias peculiaridades e

55 MORAES, op.cit., p. 11.

56 Voto vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino p.2. Disponível in: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21199377&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=3&formato=PDF Acesso em 25 jan 2015.

na criação dos filhos não há um modelo perfeito a ser observado, uma vez que “[...] não há como medir o grau de atenção de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal”⁵⁷. Desse modo, a condenação em danos morais decorrentes de abandono afetivo deve ocorrer somente em situações extremadas de abandono completo e notório dos filhos, com reais danos à formação da personalidade e quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado.

Essa é basicamente a ideia de Schreiber quando trata de seu método de sopesamento e ponderação de interesses na aferição dos chamados “novos danos” e na seleção dos interesses merecedores de tutela. Ao analisar especificamente o tema “dano por abandono afetivo”, o autor discorre detalhadamente sobre os dois interesses jurídicos que são abstratamente tutelados pelo ordenamento: de um lado o direito à liberdade do pai e de outro o direito do filho de ter sustento, guarda, companhia e educação proporcionada pelos seus genitores⁵⁸.

Verificando-se que ambos os interesses são tutelados in abstrato pelo ordenamento, passa-se ao segundo passo do método proposto que é verificar se o próprio legislador estabeleceu alguma prevalência legislativa de um interesse sobre o outro. No caso desse exemplo de embate entre os dois direitos, Schreiber entende que “O legislador, todavia, ao impor sobre o pai deveres de comportamento em face dos filhos, já estabeleceu a relação de prevalência entre tal liberdade e o interesse do menor à adequada formação da sua personalidade [...]”⁵⁹.

Assim, no caso concreto, o direito à liberdade do pai deve momentaneamente ceder (sem ser completamente anulado) ao interesse do menor em receber o sustento, guarda, companhia e educação de seus progenitores. Restará ao juiz, então, analisar se houve ou não desrespeito a essa preponderância de interesses no caso em lide, tentando sempre levar em consideração os fatos mais objetivamente o possível, como, por exemplo, a participação do pai no processo educacional, escolha da escola, frequência das visitas ao filho, atividades conjuntas de lazer e assim por diante⁶⁰.

57 Ibid. p. 3.

58 SCHEREIBER, op. cit. p. 182/184

59 Ibid. p. 183.

60 Ibid..

Rui Stoco também alerta para a necessidade de análise minuciosa do caso concreto pelo magistrado, a fim de evitar eventuais abusos de filhos insatisfeitos com episódios pontuais e específicos de sua criação e a banalização do dano moral por abandono afetivo, que só deve ser aplicado em casos onde restar caracterizado o total e completo abandono da prole pelos pais⁶¹.

Desse modo, verificando-se, concretamente, que os pais não violaram os deveres de sustento, guarda, companhia, educação ou criação dos seus filhos, assegurando-lhes uma saudável formação da personalidade ainda que em meio aos atarefados afazeres da vida cotidiana, isso significa que sua conduta foi lícita e que não causou nenhum dano injusto que ensejasse o dever de indenizar. Caso contrário, havendo completo abandono afetivo com dano ou risco à formação da personalidade, exsurge, ipso facto, o dever de indenizar.

A análise das circunstâncias do caso concreto também é necessária para fixar, majorar ou reduzir o montante da indenização. Foi isso que aconteceu no julgado em comento, uma vez que a indenização de R\$ 415.000,00 fixada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo foi reduzida ao montante de R\$ 200.000,00 pelos ministros do STJ que, apesar de reconhecerem o completo abandono afetivo por parte do genitor, deram parcial provimento ao recurso especial apenas para minorar o montante da indenização. Foi levada em especial consideração para possibilitar essa minoração a conduta da mãe da autora que, de acordo com a prova dos autos, dificultava em muito o convívio e o relacionamento entre pai e filha, com incidentes de agressão ao requerido nos corredores do fórum, com arremessos de pedras contra a casa do requerido, com a promoção de escândalos no local de trabalho do requerido e inclusive em seu casamento, quando a genitora buscou tumultuar a realização da cerimônia⁶².

Contra o acórdão proferido foi interposto o recurso de Embargos de Divergência, com o objetivo de unificar a jurisprudência do STJ já que em julgamento anterior proferido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se pela impossibilidade jurídica de condenação em danos morais por abandono afetivo. Contudo, o recurso não foi sequer conhecido, alegando-se que não havia similitude entre as circunstâncias fáticas do

61 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 946.

62 Voto vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino op.cit. p. 5.

caso julgado, de caráter excepcional, e as circunstâncias fáticas dos casos elencados como paradigmas, em que não foi constatado o abandono afetivo⁶³.

Como se vê, para negar seguimento ao recurso, mais uma vez alegou-se a necessidade de análise minuciosa do caso concreto e ponderação de todas as circunstâncias existentes. Somente no caso da constatação de grave e total abandono afetivo (como ocorreu no julgado analisado), justifica-se a adoção da excepcional responsabilização por dano moral na relação paterno-filial.

4 CONCLUSÕES

A lógica da responsabilidade civil vem continuamente migrando da ênfase na culpa do agente causador para a ênfase na facilitação da indenização da vítima, reparação do dano e prevenção dos atos ilícitos ou danosos. Essa evolução na teoria da responsabilização é mais condizente com os riscos existentes nas sociedades modernas e os enormes lucros que eles podem trazer para alguns. Dessa forma, é mais justo que se socializem os riscos e os lucros, enfatizando a necessidade de indenizar a vítima e reparar o dano causado, restabelecendo o equilíbrio existente antes do ato danoso. Também é uma lógica mais condizente com o atual estágio de evolução do estudo da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade dela decorrentes.

Nesse contexto se insere a responsabilização por danos morais decorrentes das relações familiares que, apesar de possuir peculiaridades próprias por estarem revestidas de sentimentos, afeto, mágoa ou ressentimentos, não se excepcionam à sistemática geral da responsabilização civil, mormente em sua atual fase de evolução com ênfase na reparação do dano causado à vítima.

Contudo, apesar de se enquadrarem na sistemática de responsabilização civil, as relações familiares devem ter suas peculiaridades respeitadas, devendo ser considerado o caráter excepcional e não ordinário dessa possibilidade de responsabilização, uma vez que as frustrações, conflitos e os sentimentos frequentemente experimentados no seio familiar são parte intangível da própria vida e contribuem para o crescimento e desenvolvimento de todos os membros da família.

63 BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. EREsp 1159242/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 23/05/2014). Grifos nossos.

Por isso, reveste-se de especial importância a análise minuciosa do caso concreto pelo magistrado, com a ponderação de todas as circunstâncias da lide, revelando-se insuficiente a mera técnica da subsunção dos fatos às normas, como se fosse possível uma regra geral apta a decidir todos os conflitos familiares. A técnica de sopesamento no direito civil preconizada por Schreiber, inspirada em Alexy, é uma importante ferramenta para se analisar a possibilidade de responsabilização.

É que as peculiaridades das relações familiares, todos os sentimentos e interesses envolvidos, fazem com que a noção clássica de culpa seja insuficiente para o deslinde do caso e para a pacificação social a ser obtida no seio do ambiente familiar, devendo ser este o objetivo último que o magistrado e os advogados das partes devem perseguir na solução da lide. Em última instância, em se tratando de relações de família, são todos culpados e ninguém tem culpa, devendo ser aferido, no caso concreto, com muita ponderação e razoabilidade, se realmente há a existência de um dano e se esse dano pode e deve ser reparado mediante compensação pecuniária.

Daí o caráter de excepcionalidade da responsabilização civil no âmbito do seio familiar, devendo o magistrado ter bastante sensibilidade na análise do caso concreto a fim de que a fixação de um montante indenizatório venha realmente apenas compensar um dano eventualmente sofrido por algum membro da família e não seja o causador de um abalo familiar ainda maior do que o dano alegado na inicial, tornando praticamente impossível o restabelecimento de laços familiares saudáveis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, *Lei 10.406 de 10 JAN 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. (EREsp 1159242/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 23/05/2014).

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da Personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

HERRERA, Edgardo Lopez. *Teoría general de La responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

