

A INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

* DIEGO FILLIPE OTONI DE BARROS CASTRO

Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Cuiabá. Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Civil pela Universidade Anhanguera Uniderp. Graduação em Direito pela Faculdade Pitágoras de Ipatinga. Advogado, Professor de Direito na FADIPA (Faculdade de Direito de Ipatinga), na Faculdade Pitágoras, na Fadvale e em cursinhos preparatórios para concursos e exame da OAB. EMAIL: diegocastroadvogados@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho teve como finalidade criar um panorama à respeito da aplicabilidade ou não do instituto da Responsabilidade Civil às relações advindas do Direito de Família, especialmente em relação aos esponsais (ruptura de noivado), às relações de casamento (várias hipóteses de incidência no bojo de uma relação matrimonial), e ao abandono afetivo. Serão analisadas, antes do assunto principal, algumas linhas gerais relativas à Responsabilidade Civil com o intuito de que sejam estabelecidos os seus elementos e principais modalidades, o que facilitará o prosseguimento do artigo e o ingresso nos temas centrais. Para a obtenção das conclusões foi realizada ampla pesquisa na doutrina pátria e jurisprudencial nos principais tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Direito de Família. Esponsais. Casamento. Matrimônio. Abandono afetivo.

1 INTRODUÇÃO

É indubitável que as pessoas devem arcar com as consequências dos seus atos, motivo pelo qual há no Código Civil pátrio todo um regramento relativo às normas gerais da Responsabilidade Civil (artigos 927 a 954, CC/02). Desta forma, cabe ao autor do dano reparar as perdas sofridas pela vítima, seja a lesão de natureza material ou moral, conforme permissivo constitucional (artigo 5º, V, CRFB/88).

Num primeiro momento será construída uma base sobre a qual se desenvolverá o desenrolar do presente trabalho, com a exposição de algumas considerações gerais à respeito da disciplina da Responsabilidade Civil. Estando, então, presentes os pressupostos da responsabilidade civil no caso concreto, deverá o autor do dano indenizar a vítima até a extensão do prejuízo experimentado.

Entretanto, muito embora as normas relativas à responsabilidade civil previstas pelo Código pátrio sejam genéricas e aplicáveis sempre que presentes os pressupostos da responsabilização, sempre pairaram dúvidas sobre sua aplicabilidade no bojo das relações regidas pelo Direito de Família, dada a peculiaridade deste ramo, cercado por relações sentimentais e afetivas.

Em razão da celeuma sobre a aplicabilidade ou não da responsabilidade civil às relações oriundas do Direito de Família, o presente trabalho busca abordar o tema sob alguns enfoques específicos de forma objetiva e clara, expondo o atual panorama doutrinário e jurisprudencial pátrios.

Por isto, em seguida, após as linhas gerais atinentes à responsabilização, serão abordadas as hipóteses de maior incidência nos casos concretos e também objeto de grande celeuma doutrinária e jurisprudencial, tratando-se de forma objetiva a responsabilidade civil pelo rompimento inesperado de noivado (esponsais), no bojo das relações matrimoniais e, por fim, aquela decorrente do abandono afetivo.

Por fim, será feita uma síntese do presente artigo onde constarão as principais conclusões dele extraídas.

2 CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS E PONTUAIS À RESPEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para o adequado debate sobre o tema proposto faz-se mister, antes de tudo, a abordagem de algumas questões necessárias à respeito da responsabilidade civil, como seu conceito, seu histórico no Direito pátrio e os seus pressupostos existenciais. Pois somente assim haverá a formação de uma base sólida para a discussão dos temas mais áridos e problemáticos.

2.1 O significado do termo “responsabilidade” e o conceito jurídico de “responsabilidade civil”

Para o bom prosseguimento do tema proposto, é de grande importância a compreensão da ideia transmitida pelo termo ‘responsabilidade’ e também pelo conceito jurídico do instituto da Responsabilidade Civil.

2.1.1 O significado do termo responsabilidade

Segundo dispõe o Dicionário Aurélio, responsabilidade é:

1. Qualidade ou condição de responsável. 2. P. ext. Condição de causador de algo (esp. Dano); culpa. 3. Aquilo (tarefa, ação) pelo qual alguém é responsável; obrigação, dever. 4. Jur. Condição jurídica de quem, sendo considerado capaz de conhecer e entender as regras e leis e de determinar suas próprias ações, pode ser julgado e punido por seus atos¹.

Sem maiores dificuldades, pode-se perceber que o termo ‘responsabilidade’ exprime a ideia de que o indivíduo deve arcar com as consequências dos atos por si praticados, sendo por eles responsável. Ora, nada mais correto, não atribuir às pessoas o ônus de arcar com os resultados do seu comportamento geraria caos social.

Reforçando o discurso supra, seguem as sábias Palavras do Ilustre De Plácido e Silva:

RESPONSABILIDADE. Forma-se o vocábulo de responsável, de responder, do latim *respondere*, tomado na significação de responsabilizar-se, vir garantindo, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou. (...) Em sentido geral, pois, responsabilidade exprime a obrigação de responder por alguma coisa².

Ser responsável é, então, sem dúvidas, arcar com as consequências dos próprios atos praticados. As pessoas são, via de regra, responsáveis pelos seus atos, por isto diz-se que: “*Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade.*”³.

A título de enriquecimento do estudo, e em convergência com as definições já trabalhadas supra, segue também o conceito de responsabilidade elaborado pelos Professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados⁴.

¹ Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio : o dicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira ; coordenação de edição Marina Baird Ferreira. – 8. ed. – Curitiba : Positivo, 2010.

² SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2008.

³ José de Aguiar Dias *apud* Gagliano, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva 2013.

⁴ Gagliano, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva 2013.

2.1.2 O conceito jurídico de responsabilidade civil

Conhecida a ideia de responsabilidade como garantia do indivíduo pelos atos por si praticados, urge a necessidade lógica e necessária da análise conceitual do tema sob a ótica do Direito Civil.

Sem tempo para maiores delongas, dado o objetivo do presente trabalho, De Plácido e Silva sabiamente ensina:

Responsabilidade Civil. É a expressão usada na linguagem jurídica, em distinção à responsabilidade criminal ou penal. (...) Designa a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem. Revela-se, assim, ou melhor, resulta da ofensa ou da violação de direito, que redunde em dano ou prejuízo a outrem⁵.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, por sua vez, em claras linhas, demonstram que: “(...) a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior das coisas.⁶”.

A responsabilidade Civil, então, como pode-se perceber, configura uma garantia do indivíduo que sofre prejuízo em razão da conduta (positiva ou negativa) de outrem de que será ressarcido pelo autor do dano, desde que, evidentemente, estejam presentes os pressupostos da responsabilização (pressupostos estes que serão analisados no momento adequado).

2.2 Breve histórico da responsabilidade civil do Direito Pátrio – Teoria da culpa e Teoria do risco

A primeira manifestação legal da responsabilidade civil no Direito pátrio remonta ao Código Criminal de 1830, que, atendendo aos anseios da Constituição imperial de 1924⁷, tornou-se também um Código Civil.

⁵ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2008.

⁶ Gagliano, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva 2013.

⁷ Art. 179, caput e inciso XVIII, da Constituição Imperial de 1824: A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a

O referido Código Criminal determinava que o delinquente deveria reparar (satisfazer) o dano causado à vítima com o delito praticado⁸. Buscando uma justa reparação do dano, o referido diploma legal ainda estipulava a incidência de juros compostos, a serem computados desde a ocorrência do delito⁹.

Vale mencionar também, a título de enriquecimento do estudo, que num primeiro momento o Código Criminal exigia a condenação penal antes de admitir a reparação dos danos causados pelo ofensor.

Com a edição do Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua, o direito brasileiro acabou por deixar clara a independência entre a responsabilidade civil e a criminal, e passou a adotar expressamente a teoria subjetiva da responsabilização do autor do dano. Ou seja, para haver a condenação ao ressarcimento a vítima deveria comprovar a existência de culpa ou dolo por parte do causador do dano.

Em algumas poucas situações, porém, o Código Civil de 1916 acabava por presumir a culpa do autor do dano, dispensando a vítima do dever de comprová-la, como, por exemplo, nos danos causados por animais¹⁰; por ruínas de construção¹¹; por objetos que caírem de casa¹²; entre outros.

Entretanto, com o passar dos anos, o desenvolvimento da Ciência Jurídica e da sociedade, acabou percebendo-se que em diversas situações a demonstração de culpa do autor do dano era tarefa diabólica para a vítima, que muitas vezes deixava de ser reparada em razão da dificuldade em evidenciar o comportamento culposo da outra parte. Tal situação deve ser analisada num contexto de progresso econômico e industrial, o que acabou desaguando em um aumento substancial de danos causados.

propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...)XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

⁸ Art. 21, do Código Criminal de 1830: O delinquente satisfará o damno, que causar com o delicto.

⁹ Artigos 25 e 26 do Código Criminal de 1830. Art. 25. Para se restituir o equivalente, quando não existira propria cousa, será esta avaliada pelo seu preço ordinario, e pelo de affeição, com tanto que este não exceda á somma daquelle. Art. 26. Na satisfação se comprehenderão não só os juros ordinarios, os quaes se contarão na proporção do damno causado, e desde o momento do crime, mas tambem os juros compostos.

¹⁰ Art. 1.527, CC/16. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar: I. Que o guardava e vigiava com o cuidado preciso. II. Que o animal foi provocado por outro. III. Que houve imprudência do ofendido. IV. que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior.

¹¹ Art. 1.528, CC/16. O dono do edificio ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

¹² Art. 1.529, CC/16. Aquele que habitar uma casa, ou parte dela responde, pelo dano proveniente das coisas, que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Buscando, então, aumentar a proteção à pessoa e melhorar a efetividade da reparação dos danos, a doutrina começou a propugnar por outra forma de responsabilidade, diferente da subjetiva, em que a vítima não tivesse o ônus de comprovar a existência de culpa por parte do ofensor, por ser tal tarefa de grande dificuldade.

Diante do panorama supra, acabou por se destacar a chamada Teoria do Risco, que reconhece a liberdade e importância da atividade econômica desenvolvida pelas indústrias, mas ressalta o risco assumido pela prática de tal atividade econômica, determinando que os danos causados em função do risco da atividade devem ser reparados independentemente da comprovação de culpa dos causadores do dano. **Trata-se da adoção, em casos específicos, da responsabilidade civil objetiva, ou seja, que prescinde da demonstração de culpa do ofensor para a concessão de reparação às vítimas.**

Neste sentido são as palavras do Professor Carlos Roberto Gonçalves:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas vantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos)¹³.

A teoria do risco, que dá ensejo à responsabilidade civil objetiva, acabou sendo incorporada no Código Civil de 2002 como complemento à responsabilidade civil subjetiva. Em outras palavras, o CC/02 adotou como regra geral a teoria da culpa, entretanto, em vários dispositivos e leis especiais estabelece hipóteses onde há a adoção da teoria do risco. Avanço promovido pelo Código pátrio é o fato de a atividade de risco poder ser reconhecida pelo magistrado no caso concreto, conforme a redação do parágrafo único do artigo 927¹⁴.

O grande avanço da nova codificação em relação à anterior é o fato de que as atividades perigosas não são mais apenas aquelas constantes em dispositivos e leis especiais, podendo estas serem reconhecidas também pelo julgador na apreciação do caso concreto.

¹³ Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

¹⁴ Art. 927, CC/02. 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.

Pode-se observar, então, a partir destas breves linhas, a existência de duas modalidades de responsabilidade civil, a subjetiva, calcada na teoria da culpa, e a objetiva, que se ampara na teoria do risco da atividade desenvolvida pelo autor do dano. Como o presente trabalho volta seus olhos para o Direito de Família, não há que se falar em responsabilidade civil objetiva, uma vez que a atividade familiar não é naturalmente perigosa. Por este motivo os estudos a seguir levarão em conta a regra geral do sistema, que é a responsabilidade civil subjetiva, com fundamento no ato culposo do ofensor.

2.3 Elementos da responsabilidade civil

Conforme já foi dito, o presente trabalho tem seus olhos voltados para a aplicação da responsabilidade civil no bojo das relações familiares, por isto seu foco será a responsabilidade civil subjetiva, calcada na noção de culpa, pelo fato de não existirem riscos no exercício da atividade familiar.

Serão, desta forma, estudados de forma breve, dado o objetivo deste artigo, os elementos necessários para que se possa falar na responsabilização do autor do dano.

Tais elementos podem ser extraídos da redação do artigo 186 do Código Civil pátrio, que conceitua o ato ilícito, cuja redação segue abaixo:

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.

Partindo da análise do dispositivo supra, pode-se encontrar os quatro elementos da responsabilidade civil subjetiva, sendo eles: **a) Ação ou omissão (conduta humana); b) Culpa ou dolo do agente causador do dano; c) Dano à vítima; d) Nexo de causalidade entre a ação do ofensor e o dano sofrido pela vítima.**

O primeiro dos elementos é a **conduta humana** (ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência). Exige-se um comportamento humano, seja ele positivo ou negativo, para que possa haver a responsabilização. Eventos causados exclusivamente pela força da natureza, via de regra, não são indenizáveis. Neste sentido são as palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Nesse contexto, fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo. Assim, em nosso entendimento, até por um imperativo de precedência lógica, cuida-se do primeiro elemento da responsabilidade civil a ser estudado¹⁵ (...)

Resta claro que para a existência da responsabilidade civil deve haver a incidência de uma conduta humana, seja ela causada por ação ou omissão, culposa ou dolosa.

Em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, a **culpa** é o segundo dos elementos a ser apreciado. A própria redação do artigo 186, CC/02, é clara à respeito ao exigir que a ação ou omissão decorram de voluntariedade, negligência¹⁶ ou imprudência¹⁷. A conduta humana será dolosa¹⁸ quando for voluntária, ou seja, praticada pelo agente por sua deliberada vontade. E será culposa quando o agente, mesmo sem ter vontade, for negligente ou imprudente.

Via de regra, resta à vítima demonstrar a culpa do agente ofensor, comprovando a voluntariedade (dolo), negligência ou imprudência (culpa), na conduta (positiva ou negativa) por ele praticada.

No artigo 186, ora estudado, consta a seguinte passagem: "... e causar dano a outrem...". Logo, deve a vítima também comprovar o **dano** sofrido, seja ele material ou moral. O dano pode ser conceituado como a lesão a um interesse jurídico tutelado pelo direito.

Por último, como elemento fundamental da responsabilidade civil, deve haver a comprovação do **nexo de causalidade** entre a conduta do ofensor e o dano sofrido pela vítima, pois que se não mantiverem qualquer relação um com o outro, não há que se falar em responsabilização.

¹⁵ Gagliano, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva 2013.

¹⁶ "Negligência. [Lat. negligentia.] sf. Falta de atenção ou de cuidado; desleixo, incúria. (Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio : o dicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira ; coordenação de edição Marina Baird Ferreira. – 8. ed. – Curitiba : Positivo, 2010.)

¹⁷ Imprudência. [Lat. imprudentia] Sf. 1. Falta de prudência. 2. Ato ou dito contrário à prudência. (Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio : o dicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira ; coordenação de edição Marina Baird Ferreira. – 8. ed. – Curitiba : Positivo, 2010.)

¹⁸ Dolo é a violação deliberada, intencional do dever jurídico. O indivíduo viola o direito por sua própria vontade.

2.4 O dano material e o dano moral

Ensina com clareza o Professor De Plácido e Silva:

DANO. Derivado do latim *damnum*, genericamente, significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo ao seu patrimônio¹⁹.

A fim de enriquecer o tratamento conceitual de dano, são de enorme valia as palavras de Enneccerus, citado por Carlos Roberto Gonçalves, ao afirmar que dano é **“toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição, etc.)”²⁰**.

Desta forma, resta claro que o dano se configura quando o indivíduo sofre qualquer desvantagem, seja em seu patrimônio, ou também em bens extrapatrimoniais, como sua imagem e honra, por exemplo.

São, então, duas as modalidades de dano no que tange ao bem lesado: o dano **MATERIAL** e o dano **MORAL**.

O **dano material**, também conhecido como patrimonial, é aquele que incide sobre bens economicamente apreciáveis da vítima, como, por exemplo, à sua casa, ao seu carro, ou qualquer outra coisa passível de avaliação financeira. É fundamental ressaltar que o dano material se subdivide ainda em **dano emergente** e **lucro cessante**²¹.

O dano emergente corresponde ao prejuízo diretamente experimentado pela vítima em razão da conduta do ofensor. É o que ela perde imediatamente. O lucro cessante, por sua vez, corresponde ao que o sujeito lesado deixou de ganhar em razão do dano sofrido. Para ilustrar as modalidades de danos materiais, basta imaginar, por exemplo, a situação do taxista que tem o seu veículo danificado, além de sofrer danos emergentes, decorrente das avarias causadas no veículo, também

¹⁹ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2008.

²⁰ Enneccerus *apud* Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

²¹ Art. 402, CC/02. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

deixará de lucrar, pois não poderá trabalhar enquanto o carro não for devidamente reparado.

O **dano moral**, por sua vez, resta caracterizado quando a lesão atinge bens extrapatrimoniais da pessoa, ou seja, aqueles não passíveis de avaliação pecuniária. Segundo a melhor doutrina, o dano moral é aquele que atinge os direitos da personalidade.

Sobre o dano moral, é de grande valia a definição trazida pelo ilustre Carlos Roberto Gonçalves:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação²².

Em relação ao dano moral, também são úteis as palavras do Professor Paulo Luiz Netto Lôbo, *ipsis litteris*:

O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, o âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis danos materiais²³.

Para tornar mais clara a compreensão dos danos morais, direitos da personalidade são aqueles inseparáveis do indivíduo, que não dependem de qualquer ato para sua aquisição, uma vez que são intrínsecos ao ser humano. Sua esfera de proteção abrange os atributos **físicos**, **intelectuais** e **morais** da pessoa.

A distinção entre dano material e dano moral se mostra útil na medida em que o presente trabalho vai se dedicar à possibilidade ou não de incidência da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, especialmente no que tange ao dano moral.

3 A INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

²² Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/4445>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2014.

Doutrina e a jurisprudência a muito debatem sobre a possibilidade ou não de incidência da responsabilidade civil no bojo das relações familiares, havendo respeitáveis posicionamentos à respeito do tema.

Grande parte das discussões tem como foco central a especificidade das relações familiares, que são permeadas pelos mais diversos sentimentos, o que torna de grande dificuldade a tarefa do julgador na análise do caso concreto. Discorrendo sobre o tema, são de excelente clareza as palavras da Professora Maria Berenice Dias:

Olvida-se, no entanto, que o direito das famílias é o único ramo do direito provado cujo objeto não é a vontade, é o afeto. Como diz João Baptista Villela, o amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos, ou seja, se está querendo transformar a desilusão pelo fim dos vínculos afetivos em obrigação indenizatória²⁴.

Levando-se em consideração a celeuma existente sobre o tema em apreço, o presente trabalho tem como finalidade analisar, sem maiores divagações, algumas situações típicas do direito de família sobre as quais os tribunais pátrios são constantemente chamados a decidir sobre a possibilidade ou não de incidência do regramento da responsabilização civil.

De forma mais específica, serão objeto do presente estudo a possibilidade ou não de incidência da responsabilidade civil nas seguintes hipóteses: **a) rompimento de promessa de casamento (noivado/esponsais); b) descumprimento dos deveres conjugais por um dos cônjuges; c) pelo abandono afetivo de prole.**

A opção pelos temas supra se dá pela forma como são analisados repetitivamente pelos tribunais brasileiros. Tentar-se-á elaborar um panorama das melhores posições doutrinárias e jurisprudenciais à respeito de cada hipótese referida.

3.1 Da responsabilidade civil por rompimento de promessa de casamento (noivado/esponsais)

²⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias/Maria Berenice Dias. – 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

O relacionamento afetivo entre duas pessoas passa por diversas fases até desaguar no casamento, o que em geral ocorre após um considerável prazo desde que as partes se conheceram.

Num primeiro momento, quando as pessoas se conhecem há a troca de olhares, palavras, recados, a demonstração do interesse recíproco, até chegarem às manifestações do afeto, como o primeiro beijo, o abraço que acalenta, a saudade, etc.

Havendo compatibilidade entre as pessoas, o caminho natural é que este carinho inicial acabe por se tornar em algo mais duradouro, como, por exemplo, uma relação de namoro, caracterizada pela união afetiva de duas pessoas e que possui uma certa estabilidade, por óbvio, maior que os meros encontros casuais e efêmeros típicos dos tempos modernos. O namoro já é uma comunhão de vidas.

Sobre as relações de namoro, discorrem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Mais sério que o simples encontro casual, o namoro não se notabiliza simplesmente pelo envolvimento sexual, mas também pelo comprometimento afetivo. Tal aspecto, no entanto, não serve para conferir-lhe roupagem jurídica familiar, dada sua tessitura instável, mais pertinente à Moral do que propriamente ao Direito²⁵.

Então, pode-se perceber que o namoro configura algo mais sério do que meros encontros casuais, entretanto, ainda possui um toque de instabilidade, pois as partes ainda não estão determinadas a constituir família.

Com o passar do tempo e a percepção do afeto e compatibilidade existentes, podem os enamorados começar a planejar a constituição de uma família e de uma vida juntos. E, com a finalidade de verificar as afinidades para um futuro enlace matrimonial, passam pelo período (não obrigatório) do noivado.

Ainda conforme Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Nesse contexto, ultrapassando os umbrais do simples namoro, o noivado, importante e (necessariamente) refletido passo na vida das pessoas, traduz maior seriedade no vínculo afetivo, uma vez que, por meio dele, homem e mulher firmam a promessa recíproca de unirem-se por meio do casamento, formando uma comunhão familiar de vida²⁶.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume VI : Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo : Saraiva, 2011.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume VI : Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo : Saraiva, 2011.

O noivado, então, é o momento que precede o casamento, quando as partes envolvidas na relação afetiva começam a se preparar, psicológica e materialmente, para a formação do enlace matrimonial. Com o noivado há a criação de uma legítima expectativa de casamento na outra pessoa.

A origem histórica do noivado são os esponsais, criados por uma Lei de 06 de outubro de 1784. Tratava-se de um contrato que continha uma promessa formal de casamento. Era grande o seu rigor, na medida em que deveria ser celebrado por escritura pública, assinado pelos contraentes, pelos seus pais e por duas testemunhas. Havia a possibilidade de ressarcimento pela quebra da promessa contratualmente realizada.

A questão que se põe é a seguinte: **pode o rompimento do noivado ensejar a responsabilização civil de quem toma a decisão de colocar fim à relação?**

A questão deve ser tratada com a devida cautela, especialmente por se tratar de relação permeada pelos mais diversos sentimentos, como o amor, a saudade, a frustração, o ódio pelo término, entre outras.

Há de se ressaltar em um primeiro momento que, ao contrário dos esponsais, o noivado não configura uma promessa contratual de casamento, motivo pelo qual não há que se falar em quebra de contrato

Prosseguindo, há de se ressaltar que o vínculo formador das famílias modernas é o afeto, o amor, a vontade de dividir a vivência com a outra pessoa. Desta forma ensina o Professor Paulo Luiz Netto Lôbo: **“Hoje, é no espaço onde circula o amor que se constrói grande parte da identidade pessoal dos indivíduos (...) Consequentemente, a família mudou para produzir esses indivíduos.”**²⁷.

Sobre o afeto como norte da formação familiar nos dias atuais, são também de grande valia as palavras de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, *ipsis litteris*:

Indubitavelmente, não é em vão que o ambiente familiar é tido como favorecedor da formação pessoal. Assim o é porque conta com um aspecto impreterível. As relações familiares geralmente são relações de afeto. A família contemporânea é uma família eudemonista, ou seja, voltada para a busca da felicidade²⁸.

²⁷ Paulo Luiz Netto Lôbo *apud* ALMEIDA, Renata Barbosa de. Direito civil : famílias / Renata Barbosa de Almeida, Walsir Edson Rodrigues Júnior. - 2. ed. - São Paulo : Atlas, 2012.

²⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa de. Direito civil : famílias / Renata Barbosa de Almeida, Walsir Edson Rodrigues Júnior. - 2. ed. - São Paulo : Atlas, 2012.

Desta forma, levando-se em consideração que não há dever contratual de promessa de casamento no noivado e que as famílias contemporâneas têm sua formação calcada no afeto existente entre os pretendentes, num primeiro momento, não há que se falar em responsabilização civil daquele que, por ter cessado o amor que outrora era latente, decide colocar fim à relação.

É totalmente compreensível que a dor pelo término de uma relação amorosa cause uma explosão sentimental nas pessoas, como, por exemplo, a frustração, a mágoa pelo fim, e até mesmo o ódio, em casos mais díspares. Entretanto, a tristeza pelo fim de um relacionamento não pode ser confundida com lesão a direito da personalidade capaz de ensejar a responsabilização moral da outra parte. Trata-se do exercício de um direito de não constituir uma família sem afeto por parte daquele que põe fim ao relacionamento. Quem se relaciona afetivamente está sujeito a sofrer as dores do amor.

Neste sentido é a jurisprudência pacífica do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que converge com a dos demais tribunais pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - NOIVADO - ROMPIMENTO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DANOS MORAIS - DESCABIMENTO. Em matéria de responsabilidade civil extracontratual, somente há obrigação de indenizar se presentes o ato ilícito atribuído à parte Requerida, o dano suportado pela Autora e o nexo de causalidade entre tais situações. O término de relacionamento afetivo, inclusive previamente ao casamento, por iniciativa de um dos noivos, de forma urbana, não constitui ilegalidade, por não haver norma proibitiva ou censória dessa conduta, nem impositiva da manutenção da convivência interpessoal ou da comunhão de vida. Trata-se de situação comum nas relações humanas que, a despeito de gerar frustração, não pode ser equiparada a dano moral conducente à obrigação de indenizar. (TJMG - Apelação Cível 1.0079.13.010602-8/001, Relator(a): Des.(a) Roberto Vasconcellos, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/02/2019, publicação da súmula em 08/03/2019)

Entretanto, a análise do tema não se encerra neste momento. Restou claro que o rompimento do noivado é um direito daquela parte para quem o afeto se esvaiu, mas tal faculdade não pode ser exercida de forma abusiva, sob pena de configurar a figura do ato ilícito por abuso de direito, prevista pelo artigo 187 do Código Civil²⁹.

Neste sentido são as palavras da Culta Maria Berenice Dias:

²⁹ Art. 187, CC/02. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

De qualquer modo, há como reconhecer como abuso de direito a atitude de quem põe fim ao relacionamento poucos dias antes da cerimônia. Desvencilhar-se de quem não é o parceiro ideal para acompanhar a empreitada de uma vida é lícito, mas exercitar esse direito poucos dias antes da cerimônia matrimonial configura abuso de direito³⁰.

Assim, muito embora seja lícito por fim ao noivado, tal direito deve ser exercido de forma razoável e com vistas a respeitar os direitos da personalidade da outra pessoa, que será diretamente atingida por tal decisão. Pode-se citar como exemplos de situações ensejadoras de dano moral em razão do rompimento do noivado: quando o noivo simplesmente não aparece para a cerimônia de enlace matrimonial, deixando a noiva exposta no altar da igreja diante de todos os convidados; quando, a poucos dias da cerimônia, a noiva termina o noivado sob o argumento de que a muito tempo tem outro amor; quando, para vingar traição sofrida no passado, o noivo rompe o vínculo numa festa e expõe a imagem da noiva diante de todos os presentes; entre outras hipóteses.

Neste sentido, admitindo a incidência de responsabilização civil por dano moral quando o rompimento ocorre com abuso de direito, caminham os julgados do Tribunal Mineiro, também em convergência com as demais cortes pátrias:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NOIVADO. ZONA RURAL. PROMESSA DE CASAMENTO. RUPTURA INJUSTIFICADA. NOIVA GRÁVIDA. LESÃO À HONRA OBJETIVA E SUBJETIVA. VERIFICAÇÃO. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. SENTENÇA MANTIDA. - É inconteste a livre manifestação de vontade dos nubentes quanto à possibilidade de rompimento do noivado, desde que tal ruptura não acarrete ofensa à honra subjetiva e objetiva do outro. Restando provado nos autos que houve má-fé por parte de um dos nubentes, induzindo a erro o outro, certa é a incidência do instituto da responsabilidade civil, com a consequente imposição do dever de indenizar. (TJMG - Apelação Cível 1.0701.03.058756-5/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Henrique, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/03/2009, publicação da súmula em 23/03/2009)

Desta forma, após as breves linhas aqui expostas, pode-se concluir que é livre a qualquer das partes por fim ao noivado, tendo-se em vista que o baluarte das famílias modernas é o afeto existente entre seus membros, entretanto, tal direito não pode ser exercido fora dos limites impostos pelo seu fim social, pela boa-fé e pelos bons costumes. Deve-se zelar pelos direitos da personalidade da outra parte que ainda mantêm vivos os seus sentimentos.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias/Maria Berenice Dias. – 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

3.2 Da responsabilidade civil por infração aos deveres conjugais

Os deveres matrimoniais são previstos pelo artigo 1.566 do Código Civil vigente³¹, e, tendo em vista o princípio da igualdade³² entre os cônjuges, são atribuídos a ambos os cônjuges, ao contrário do CC/16, que diferenciava os deveres do homem e da mulher, conforme já citado.

Trabalhar-se-á neste momento se a infração dos deveres conjugais tem o condão de ensejar a responsabilização do cônjuge infrator por eventuais danos morais sofridos pela outra parte.

O rol de deveres supra já não possui tanta aplicabilidade como em outros tempos. Isto porque, muito embora estabeleçam obrigações pautadas na boa fé dos cônjuges, não existe sanção aplicável em caso de descumprimento. É o que afirma o Professor Paulo Luiz Netto Lôbo:

(...) os referidos deveres de fidelidade recíproca e coabitação e até mesmo o de respeito e consideração mútuos são juridicamente inócuos, pois não há qualquer sanção jurídica para seu inadimplemento durante a convivência conjugal, restando aos cônjuges, exclusiva e intimamente, avaliarem se a conduta contrária pode tornar suportável ou não seu relacionamento³³.

Antes da Emenda Constitucional 66, de 2010, o rol do artigo 1.566 servia como fundamento para comprovação da culpa do outro cônjuge nas ações de separação judicial, requisito prévio para a obtenção do divórcio. O artigo 1.572 (revogado tacitamente pela EC 66/2010) determina que “qualquer dos cônjuges poderá propor ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.”.

Como o instituto da separação judicial foi extinto do ordenamento jurídico pátrio, não há mais que se falar então na análise da culpa pelo fim do matrimônio, o que esvaziou significativamente a aplicabilidade dos deveres conjugais previstos pelo artigo 1.566. Neste sentido é o pensamento de Maria Berenice Dias:

³¹ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

³² Art. 226, CRFB/88. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) §5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

³³ Paulo Luiz Netto Lôbo *apud* ALMEIDA, Renata Barbosa de. Direito civil : famílias / Renata Barbosa de Almeida, Walsir Edson Rodrigues Júnior. - - 2. ed. - - São Paulo : Atlas, 2012.

O fato é que, eventual ou reiterado, dissimulado ou público, o inadimplemento dos deveres conjugais, por um ou ambos os cônjuges, em nada afeta a existência, validade ou eficácia do casamento. O descumprimento de qualquer dos deveres matrimoniais não gera a possibilidade de o cônjuge credor buscar seu adimplemento em juízo. Com o fim do instituto da separação, não é mais permitido sequer imputar ao infrator a culpa pelo fim do amor. A partir da EC 66/10, a dissolução do casamento só pode decorrer do divórcio, que não admite questionamento sobre causa e motivos (CC 1.580 § 1.º)³⁴.

Outra crítica digna da doutrina ao referido dispositivo é que o dever esculpido em seu inciso IV encontra-se mal situado no Código, pois sequer decorre do casamento, mas sim da filiação. O pai e a mãe têm a obrigação de guarda sustento e educação dos filhos independentemente de serem casados ou não.

Entretanto, muito embora não sirvam mais para a obtenção da separação judicial nem possam ser exigidos em juízo, o rol de deveres do casamento tem sido utilizado como argumento em demandas indenizatórias contra o cônjuge que os violou. Observe:

A quebra dos deveres vem sendo considerada violação à boa-fé objetiva, lesando a legítima confiança que um deposita no outro. Este é o fundamento invocado nas ações de indenização por dano moral, que vem lotando os tribunais. De qualquer modo, as regras estabelecidas para vigorarem durante a vida em comum têm utilidade somente para fundamentar o pedido de indenização, ou seja, são invocáveis depois de findo o casamento³⁵.

Então, questiona-se: **a infração dos deveres conjugais pode ensejar a responsabilização por danos morais?**

A resposta deve ser alcançada de forma cautelosa. A finalidade dos deveres conjugais não é a obtenção de um parâmetro para a aplicação da responsabilidade civil ao cônjuge que os infringe. Via de regra, o descumprimento torna a vida em comum insuportável para o consorte prejudicado, podendo ele por fim ao matrimônio por meio da ação de divórcio. Geralmente, então, a infração leva ao desfazimento do casamento, não por comprovação da culpa, mas pela insuportabilidade da vida em comum, não ensejando, via de regra, responsabilização civil:

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CASAMENTO. ROMPIMENTO. VIOLAÇÃO DE DEVER CONJUGAL. DIVULGAÇÃO DOS FATOS. AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE SE IMPUTAR

³⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias/Maria Berenice Dias. – 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias/Maria Berenice Dias. – 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RESPONSABILIDADE CIVIL. A ruptura do casamento e a violação do dever de fidelidade dele decorrente, a princípio e a despeito de implicarem em frustração e dor para a parte interessada na manutenção da relação conjugal, não são suficientes para ensejar reparação por danos morais. Hipótese em que tal entendimento se reafirma em razão da ausência de provas no sentido de que a ré promoveu a divulgação da intimidade do casal como alegado pelo autor na petição inicial. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.12.056709-5/002, Relator(a): Des.(a) Tiago Pinto , 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/03/2016, publicação da súmula em 20/04/2016)

Entretanto, muito embora a mera infração dos deveres conjugais não gere o dever de indenizar o outro cônjuge por danos morais, existem situações especiais que, a depender do caso concreto, haverá a obrigação reparatória, isto porque a existência de vínculo familiar entre as pessoas não pode servir como prerrogativa para a prática de atos ilícitos sem a geração de dever indenizatório.

Por isto, em casos especiais, quando da infração a dever do casamento desaguar em lesão a direitos da personalidade do outro cônjuge, poderá este pleitear a reparação pelos danos morais sofridos. Sobre o tema, seguem as palavras de Rolf Madaleno:

(...) a evolução do Direito de Família conduziu à supremacia da personalidade e à autonomia da pessoa diante de seu grupo familiar, não existindo qualquer prerrogativa doméstica a permitir possa um membro de uma família causar dano doloso ou culposamente a outro membro da família e se eximir de responder em virtude do vínculo familiar, até porque a pessoa não responde em razão do vínculo familiar, mas em função do dano, também passível de ter sido causado por um parente e, muito especialmente, no âmbito das relações conjugais e afetivas³⁶.

Complementando o raciocínio, são salutares as linhas de Maria Berenice Dias:

Porém, inclina-se a doutrina a sustentar que, se tais posturas, ostentadas de maneira pública, comprometeram a reputação, a imagem, e a dignidade do par, cabe a indenização por danos morais. No entanto, é mister a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa – dano, culpa e nexos de causalidade - , ou seja, que os atos praticados tenham sido martirizantes, advindo profundo mal-estar e angústia³⁷.

Pode-se concluir, então que, quando a infração a dever do casamento ocorrer de forma tal que exceda a mera falta de amor, gerando lesão a direitos da personalidade do outro cônjuge, o vínculo familiar não pode servir como ‘escudo’ para que o infrator não repare os danos sofridos, devendo ser arbitrada, nestas

³⁶ MADALENO, Rolf, 1954 – Curso de direito de família/Rolf Madaleno. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias/Maria Berenice Dias. – 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

hipóteses, justo valor a título reparatório. É desta forma que têm decidido os tribunais brasileiros (vide Minas Gerais³⁸ e o Superior Tribunal de Justiça³⁹).

Desta forma, no que tange à incidência da responsabilidade civil como decorrência da infração aos deveres do casamento, tem-se adotada pela impossibilidade, salvo quando, dada a gravidade da situação, ensejar dano a direito da personalidade do outro consorte, a exemplo da hipótese abaixo retratada, quando a esposa engravida de seu amante:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - GRAVIDEZ EM RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL - DANOS MORAIS - EXISTÊNCIA - RECONVENÇÃO - EXPOSIÇÃO PÚBLICA DA RECONVINTE - INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A violação do dever de fidelidade conjugal comprovada através de concepção de filho de outro homem na constância do casamento traduz-se em ato ilícito, gerando dever de indenizar. A fixação do quantum indenizatório a título de danos morais deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observado o disposto no art. 944 do CC. Não demonstradas as alegações da reconvinte no tocante à conduta do reconvinido, nos termos do art. 373, I, do CPC, deve a pretensão ser indeferida. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.15.004512-9/001, Relator(a): Des.(a) Aparecida Grossi , 17ª

³⁸ APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS INDENIZAÇÃO - RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL - FILHO CONCEBIDO DURANTE O CASAMENTO - OMISSÃO QUANTO À INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO COM O CÔNJUGE QUE O REGISTROU - VIOLAÇÃO AO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE - DANO MORAL CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA. A relação extraconjugal vivida pela ré e a omissão quanto à inexistência de vínculo biológico entre o autor e os filhos concebidos durante o casamento, que acreditava serem seus, evidenciam a quebra do dever conjugal de fidelidade previsto no inciso I do artigo 231 do Código Civil, então vigente à época da celebração do casamento das partes, que se repete no atual Código Civil, no inciso I de seu artigo 1.566. **É certo que o relacionamento extraconjugal pela ré causou ao autor abalo moral, pois atingiu a sua honra e os seus sentimentos mais íntimos relacionados à lealdade, sinceridade e de honestidade, que devem existir no casamento. Além de gerar angústia, desespero, indignação e incerteza quanto à manutenção do laço afetivo construído com os filhos, com os quais não possui vínculo biológico.** (Processo número: 1.0245.09.169901-8/001; Relator: Des. Leite Praça; Data do julgamento: 14/11/2013; TJMG) (grifo nosso)

³⁹ Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório. Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02). **Transgredir o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância. O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.** A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial. Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado. A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada. Recursos especiais não conhecidos. (Processo número: REsp 742137 / RJ; Relatora: Min. Nancy Andrighi; Data do julgamento: 21/08/2007; STJ)

CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/03/2019, publicação da súmula em 302/04/2019)

3.3 Da responsabilidade civil por abandono afetivo de prole

Como último tema a ser tratado surge a emblemática discussão à respeito da possibilidade ou não de responsabilização civil do pai ou mãe que, deliberadamente, opta por não dispensar afeto e cuidado para sua prole.

O tema gera acalorados debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, havendo respeitáveis vozes que se posicionam tanto pela possibilidade de responsabilização quanto pela impossibilidade.

O tema é da maior complexidade, ainda mais levando-se em consideração a força do liame entre as partes envolvidas, que é o vínculo de filiação. E, na análise dos argumentos, há de se considerar dois importantes elementos envolvidos: o amor e a dor. O amor que o filho gostaria de ter dos seus genitores e a dor quando não o tem.

A questão principal a ser trabalhada neste momento é a seguinte: **pode haver a responsabilização civil daquele pai ou mãe que, deliberadamente, opta por não amar nem cuidar de sua prole?**

Aqueles que optam por negar a possibilidade de concessão dos danos morais em decorrência do abandono afetivo utilizam como principal argumento a impossibilidade de se monetarizar o amor, afirmando também que não haveria a configuração do ato ilícito, pois que a ausência do afeto não vai de encontro ao direito positivo. Por fim, alegam também que a punição para a falta do exercício dos deveres decorrentes da filiação é a perda do poder familiar.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em julgado de 2005, refutou a possibilidade de responsabilização dos pais por danos morais decorrentes de abandono afetivo:

A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, como dano passível de indenização. ***Entendeu que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. 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. (REsp 757411-MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, d.j. 29-11-2005; fonte: site do STJ).

E, acompanhando a posição adotada pelo STJ, outros tribunais pátrios acabaram adotando este entendimento em vários dos seus julgados, sob a alegação, principalmente, de que não existe ato ilícito decorrente da falta de afeto, como, por exemplo, o TJMG⁴⁰ e o TJRS⁴¹.

Deve-se perceber que os julgados que negam o dano moral afetivo argumentam principalmente pela inexistência de ato ilícito, que é um dos elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil.

Com toda vênia possível ao entendimento supra, é mister que sejam feitas algumas ponderações antes de qualquer conclusão à respeito do tema. E, com toda cautela possível, o presente trabalho se dedicará a esta tarefa a partir deste momento.

Há de se ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio, em vários dispositivos, sejam constitucionais ou legais, adota normas e princípios que favorecem a integral proteção das crianças e dos adolescentes. Podem ser citados como exemplos o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil⁴², os deveres decorrentes da filiação previstos pelo Código Civil pátrio, e o manto protetivo estendido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda devem ser ressaltados os deveres decorrentes do poder familiar previstos pelo artigo 1.634, CC/02⁴³, como, por exemplo, dirigir a criação e a

⁴⁰ APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **O abandono afetivo do pai em relação aos filhos, ainda que moralmente reprovável, não gera dever de indenizar, por não caracterizar conduta antijurídica e ilícita.** (Processo número: 1.0194.09.099785-0/001; Relator: Des. Tiago Pinto; Data do julgamento: 07/02/2013; TJMG) (grifo nosso)

⁴¹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MATERIAL, MORAL E AFETIVO. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos **e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida.** RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70053030284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schiffino Robles Ribeiro, Julgado em 08/02/2013) (grifo nosso)

⁴² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴³ Art. 1.634, CC/02. 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

educação da prole, tê-la em sua companhia e guarda, entre diversos outros. Mesmo quando os pais forem separados aquele que não detém a guarda terá o dever de exercer as visitas⁴⁴. Não há como desprezar também que o planejamento familiar deve ser pautado numa paternidade responsável, conforme mandamento constitucional⁴⁵.

Há de ser ressaltada ainda a proteção estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme determina o artigo 19 do referido diploma legal.

Pode-se, então, após uma breve análise dos dispositivos constitucionais e legais à respeito do tema, concluir pela existência de todo um aparato de normas cogentes que direciona a atividade paterna e materna em relação à prole. Ou seja, a partir do momento em que surge o vínculo da filiação existem diversas ações que são constitucional e legalmente exigidas dos genitores, como, por exemplo, ter o filho em sua companhia e guarda, mesmo que esta seja exercida pelo direito/dever de visitas; dirigir-lhe a criação e a educação; assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Todo esse aparato legal não é sem motivos. A proteção atribuída à criança e ao adolescente objetiva favorecer sua formação psíquica, humana e cultural, visando o homem de amanhã, e a participação dos pais neste processo de desenvolvimento é crucial para a formação do cidadão.

Logo, quando o pai ou a mãe, deliberadamente, optam por não promover os cuidados e o afeto em relação à sua prole, não só atentam contra o direito positivo pátrio como também atentam contra a própria sociedade, pois nela será inserido um

dezesesseis 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.

⁴⁴ Art. 1.632, CC/02. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

⁴⁵ Art. 226, CRFB/88. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

indivíduo que não possuiu o devido auxílio paterno ou materno no seu processo de desenvolvimento.

Logo, há sim ato ilícito, causado por omissão dolosa dos deveres decorrentes do estado de filiação.

Atento a este panorama, leciona Rolf Madaleno:

(...) pois para o filho em formação é de extrema importância a convivência sadia com seus genitores, mola mestra e propulsora da sua hígida formação moral e psíquica. (...) Diferentemente da compreensão dos adultos, os filhos são incapazes de entender a imotivada ausência física do pai e cuja falta muito mais se acentua em datas singulares, como o aniversário do menor, o Dia dos Pais, os festejos de Natal e de Ano Novo, ou no simples gozo de um período de férias na companhia do genitor. (...) Além do direito ao nome paterno, o filho tem a necessidade e o direito, e o pai tem o dever de acolher social e afetivamente o seu rebento, sendo esse acolhimento inerente ao desenvolvimento moral e psíquico de seu descendente. Recusando ao filho esses caracteres indissociáveis de sua estrutura em formação, age o pai em injustificável ilicitude civil e assim gera o dever de indenizar também a dor causada pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente rejeitado pela desumana segregação do pai (...)⁴⁶.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁴⁷, segue esta linha de pensamento, fundamentada especialmente pelas brilhantes as palavras da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1.159.242/SP⁴⁸, do qual foi relatora:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era

⁴⁶ MADALENO, Rolf, 1954 – Curso de direito de família/Rolf Madaleno. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁴⁷ APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECE CONVÍVIO COM FILHO - REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 227, DA CR/88 - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - REPARAÇÃO DEVIDA - PRECEDENTES - 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO - RATIFICAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA. **A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.** (Processo número: 1.0145.07.411698-2/001; Relator: Des. Barros Levenhagen; Data do julgamento: 16/01/2014; TJMG) (grifo nosso)

⁴⁸ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. **2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o 'non facere', que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.** (...) (Processo: REsp. 1.159.242; Relatora: Min. Nancy Andrighi; Data do julgamento: 24/04/2012; STJ) (grifo nosso)

empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Merece destaque também o fato de que o afastamento entre pai e filho pode ter sido causado em decorrência do comportamento egoísta de uma mãe orgulhosa, que não contou ao pai que tinha um filho e nem a este que possuía um genitor. Nesta hipótese, não há que se falar em responsabilização do pai, pois que não foi lhe oportunizado conhecer o filho, mas sim da genitora. Desta forma ensina Rolf Madaleno:

Evidentemente não há como punir um pai que desconhece totalmente a existência de sua filiação biológica, porque sonegada pela orgulhosa mãe, decidida a criar o filho sem o registro paterno, e só postulando a filiação na fase adulta por iniciativa do próprio rebento. Neste caso pai e filho foram privados do direito e da necessidade de convívio, gerando o dever de indenizar materno, responsável pela usurpação do amor paterno bruscamente tirado pela mãe ao privar o pai e ao filho da sublime interação, e fundamental relação de comunicação, justamente nos anos mais importantes da vida de uma pessoa, por representarem a base da formação humana⁴⁹.

Portanto, após a análise dos argumentos apresentados e dos julgados colacionados, há de se reconhecer um considerável avanço na doutrina e na jurisprudência do dano moral por abandono afetivo, reconhecendo-se que todo o arcabouço de normas protetivas dos infantes gera obrigações de fazer para os genitores que, se descumprida, acaba por ensejar a possibilidade reparatória.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar que o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência pátrias admite a interpenetração entre a responsabilidade civil e as relações advindas do direito de família.

Muitas dúvidas e celeumas ainda pairam sobre o assunto, especialmente por serem as relações familiares carregadas dos mais diversos sentimentos, o que leva o Poder Judiciário e o legislador a evitarem ingerências indevidas. Especialmente pela cautela de evitar o intervencionismo neste meio tão delicado.

⁴⁹ MADALENO, Rolf, 1954 – Curso de direito de família/Rolf Madaleno. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

No seio da convivência familiar sentimentos como amor, admiração, amizade, confiança, podem se transformar em ódio, ressentimento, frustração, saudades, entre diversos outros, por isto deve haver especial cautela na responsabilização civil decorrente da relação mantida (ou não mantida, no caso do abandono afetivo) na seara familiar.

Por isto, com vistas a tornar o tema mais claro aos olhos dos estudiosos, o presente artigo abordou situações que têm constantemente ido à apreciação do Poder Judiciário, sendo elas: **a) rompimento de promessa de casamento (noivado/esponsais); b) descumprimento dos deveres conjugais por um dos cônjuges; c) pelo abandono afetivo de prole.**

Finalmente, não se pode negar o aumento gradual dos pontos de contato entre a responsabilidade civil e o direito de família, mas a conclusão não poderia ser diferente, quando aplicada às relações familiares merece redobrada atenção por parte dos julgadores, pois que deve haver a análise caso a caso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de. Direito civil: famílias / Renata Barbosa de Almeida, Walsir Edson Rodrigues Júnior. - - 2. ed. - - São Paulo: Atlas, 2012.

CAHALI, Yussef Said. Dano moral / Yussef Said Cahali. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias/Maria Berenice Dias. – 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação de edição Marina Baird Ferreira. – 8. ed. – Curitiba: Positivo, 2010.

FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo / César Fipuza. – 17. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume I: parte geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/4445>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2014.

MADALENO, Rolf, 1954 – Curso de direito de família/Rolf Madaleno. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v/ 5: direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2008.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: direito de família / Flávio Tartuce, José Fernando Simão. – 7. ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil / Flávio Tartuce – 3. ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.