

DANOS EXISTENCIAIS: “PRECIFICANDO” LÁGRIMAS?

EXISTENTIAL DAMAGES: TEARS PRICING?

*Eugenio Facchini Neto**
*Tula Wesendonck***

RESUMO

A evolução da responsabilidade civil trouxe a criação de novas espécies de danos, ganhando relevância aquelas que integram o gênero danos imateriais. Nesse contexto, merecem destaque os danos existenciais, uma nova modalidade de dano extrapatrimonial que tem sido objeto de grande debate na doutrina estrangeira, sobretudo no Direito italiano e francês. Este artigo trata dos danos existenciais por meio de uma abordagem evolutiva dos danos imateriais, especialmente no Direito italiano e francês, para depois ponderar a sua aplicabilidade no âmbito do Direito de Família. Ainda é grande a resistência na doutrina e na jurisprudência brasileiras para reconhecer a viabilidade da indenização pelos danos extrapatrimoniais nas relações familiares. Isso porque é próprio dessas relações resultar, ocasionalmente, em mágoas,

* Doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi Di Firenze (1996-2000); mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (1980); graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (1978); graduado em Licenciatura em Estudos Sociais pela Universidade de Passo Fundo (1978); professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); ex-diretor (gestão 2004-2005) e professor da Escola Superior da Magistratura/Ajuris. Contato: facchini@tj.rs.gov.br

** Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); mestre em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2005); especialista em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) (2000); graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (1997); professora adjunta, com mestrado da Universidade Luterana do Brasil; professora de Direito Civil do Centro Universitário Ritter dos Reis, (Uniritter). Contato: wtula@via-rs.net

decepções e frustrações aos seus integrantes. Os danos existenciais podem ser considerados como um critério a justificar a indenização pelos danos extrapatrimoniais derivados das relações familiares, com observância de critérios definidos. Com isso diminuem-se as chances de uma indesejável “banalização do dano moral” e do ajuizamento de ações frívolas.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano existencial. Dano moral. Dano extrapatrimonial. Abandono afetivo. Direito de Família.

ABSTRACT

History of Tort Law shows the creation of new heads of damage, gaining relevance those that integrate species of immaterial damages. In this context, one should note the “existential damages”, a new type of damage that has been the subject of a great debate in the foreign doctrine, especially in Italian and French law. This article deals with the existential damage through a comparative approach, focusing especially Italian and French law, and then consider its applicability in the context of Brazilian Family Law. One could notice the great resistance in the Brazilian doctrine and jurisprudence to recognize the possibility of compensation for damages in family relationships context. This is because these relationships often results in sorrow, disappointments and frustrations to their members. In this context, existential damages can be considered as relatively solid criterion to justify compensation for damage in family relationships, without deriving to unwanted “trivialization of moral damage”, avoiding filing of frivolous lawsuits.

Keywords: Tort law. Existential damage. Moral damage. Imaterial damages. Affective abandonment. Family law.

INTRODUÇÃO

Versa o presente artigo sobre o tema dos danos existenciais. Trata-se de uma espécie de dano que, com esse nome, surgiu na Itália há pouco mais de 20 anos. Todavia, as situações que originaram seu reconhecimento estão presentes também em outros países e, sob outras denominações, também são reconhecidas em outros ordenamentos jurídicos.

Ainda é escassa a literatura jurídica sobre o tema em nosso país. Raros são os acórdãos que fazem referência a esse tipo de dano, com essa denominação. Daí o propósito dos autores de contribuir para o aprofundamento da discussão a respeito, identificando sua origem, traçando seus pressupostos, especificando seus limites aplicativos.

Os danos existenciais podem ser entendidos como uma espécie do gênero mais amplo dos danos imateriais ou extrapatrimoniais, que entre nós costumam ser chamados de danos morais. Por essa razão, o presente estudo analisa inicialmente o tema dos danos morais, genericamente falando, para somente após analisar o tema específico dos danos existenciais. Diante das inerentes limitações de tamanho de um artigo doutrinário, a incursão no Direito Comparado limitou-se ao Direito italiano e ao francês.

A segunda parte do trabalho aborda a aplicabilidade dos danos existenciais no Direito Brasileiro de Família, após referências feitas à questão mais genérica da responsabilidade civil por danos morais no âmbito familiar. Aqui, outro corte foi deliberadamente introduzido pelos autores, diante da impossibilidade de se estender a análise para outras aplicações, como a que presentemente está começando a envolver a Justiça trabalhista brasileira.

Ainda que os autores tenham trocado impressões sobre o tema em geral, substancialmente, a Parte I foi redigida pelo primeiro autor, ficando sob a responsabilidade da segunda autora a elaboração da Parte II. Cada um dos autores procurou respeitar o entendimento um do outro.

PARTE I - O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO ITALIANO E FRANCÊS

A clássica divisão dos danos em nosso Direito

No Brasil, tradicionalmente, classificam-se os danos em **materiais** (ou patrimoniais) e **morais** (que preferimos denominar de imateriais ou extrapatrimoniais), embora estes últimos somente nas últimas décadas tenham sido definitivamente acolhidos.

Na evolução da compreensão do que sejam danos morais, passou-se por três estágios diversos: uma concepção tradicional (conceito ne-

gativo), uma crítica e outra mais contemporânea, constitucionalizada, como brevemente veremos nas seções seguintes.

Concepção tradicional (conceito negativo)

A concepção tradicional é a do conceito negativo de dano moral. Ou seja, dano moral seria todo o dano não patrimonial. Trata-se de uma espécie de “conceito guarda-chuva”, sob o qual se reúnem as mais variadas espécies de danos e prejuízos imateriais.

Normalmente, nessa concepção, alude-se apenas à presença de dor, sofrimento, frustração, tristeza, humilhação, etc. Fonte inspiradora dessa concepção foi o professor francês René Savatier,¹ que afirmou que “[...] dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”.

Nessa concepção, não se tem uma ideia “positiva” do que seja dano moral. Sua ideia é inferida a partir daquilo que ele não é: não se trata de danos materiais ou patrimoniais. Dessa forma, todo dano que não configure dano emergente ou lucro cessante pode candidatar-se a ser identificado como dano moral, desde que esteja acompanhado de elementos subjetivos, como dor, sofrimento etc.

Configuram danos morais, nessa aceção, tanto a dor pela perda de um ente querido, como a desonra decorrente de um desacato, o abalo decorrente de um título indevidamente protestado, a injúria lançada por outrem, o sentimento de humilhação inerente a uma situação de discriminação, a frustração pela perda de afetos, a dor e desconforto decorrente de lesões físicas, transtornos pela má execução de um contrato (como desarrazoados e injustificados atrasos de voos, frustrações quanto a instalações e eventos de um pacote turístico etc.), perda ou deterioração de órgãos anatômicos, dor decorrente da morte de animais de estimação por fato imputável a outrem, exposição a ridículo, redução de expectativa de vida, limitações de atividades físicas etc. Basta uma olhada nos repertórios jurisprudenciais, ou uma rápida pesquisa na rede, e se constatará a enorme variedade e diversidade de danos que se encaixam sob o rótulo de “danos morais”.² Examinando mais criticamente essa diversidade de situações, percebe-se que, na maioria dos casos, a única coisa que os acomuna é o fato de não se tratar de danos puramente patrimoniais, sendo de difícil mensuração econômica.

Uma tal classificação é, obviamente, assistemática, além de revelar inconsistências e consequências indesejáveis, como a de se conceder ao magistrado uma enorme discricionariedade em “precificar” tais danos.

Em vista de tais inconvenientes, procurou-se densificar um pouco mais o conceito de danos morais, daí derivando uma concepção mais crítica.

Concepção crítica

Vários de nossos juristas, dentre os quais se podem incluir José de Aguiar Dias³ (pioneiro em tal visão), Caio Mário da Silva Pereira, Carlos E. Monteiro Filho, Teresa A. Lopez de Magalhães, Silvio Rodrigues, Maria H. Diniz e outros, criticaram a noção simplória da concepção clássica e esclareceram que a distinção entre danos patrimoniais e danos morais não decorreria da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas sim da repercussão da lesão sobre a vítima.

Assim, segundo tal visão, seria possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial (ex.: cicatriz deformante numa modelo), ou dano moral como resultado de ofensa a bem material (servam de exemplo: extravio de uma aliança enviada para reparos; extravio de um álbum de fotografias encaminhado para reprodução; atropelamento e morte de animal de estimação).

Portanto, para essa concepção, dano moral seria o efeito não patrimonial da lesão de direito, bem ou interesse; e não a própria lesão, abstratamente considerada.

A concepção crítica representou importante progresso para a caracterização e identificação dos danos morais, mas, ainda assim, também se sujeita aos reparos endereçados à concepção clássica, no sentido de que nenhuma dessas duas concepções fornece um conceito “positivo” de danos morais. Não indicam seus pressupostos e requisitos, aludindo apenas aos efeitos não patrimoniais (dor, sofrimento, tristeza, frustração, etc.), deixando demasiada margem para arbítrio na sua identificação.

Uma tentativa de fornecer parâmetros modernos e mais objetivos, afinada com o movimento da constitucionalização do Direito Civil,

é aquela que vincula os danos morais à cláusula geral/princípio da tutela da dignidade humana e dos direitos de personalidade, que será analisada a seguir.

Concepção do Direito Civil-Constitucional

Mais recentemente, juristas afinados com o movimento da constitucionalização do Direito Civil, que procura fazer uma interpretação do sistema jurídico privado à luz dos princípios e valores contidos na Constituição Federal, procuraram vincular os danos morais à violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana e dos seus direitos de personalidade.⁴ Ou seja, danos patrimoniais ocorreriam sempre que fosse ofendida a dignidade humana, o ser humano e seus direitos de personalidade. Dentre quem pensa assim, destacam-se Maria Celina Bodin de Moraes⁵ e Paulo Netto Lobo⁶.

Dano moral, para essa concepção, seria aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos da personalidade, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza a pessoa, tal como a liberdade, a honra, a reputação, o nome, a imagem etc. (**danos morais objetivos**).

Para Maria Celina, o dano também seria considerado moral quando origina dor, sofrimento, angústia, tristeza ou humilhação à vítima – o que configuraria, então, os **danos morais subjetivos** –, com uma tal intensidade que possa facilmente se distinguir dos aborrecimentos e dissabores do dia a dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.

Sérgio Cavaliéri Filho⁷ distingue o **dano moral em sentido estrito** e o em **sentido amplo**. Em **sentido estrito**, caracterizar-se-ia o dano moral como violação do direito à dignidade humana (independentemente de dor, sofrimento ou percepção pessoal do dano, como é o caso de atentado à dignidade de doentes mentais, pessoas em estado vegetativo, crianças de tenra idade etc.). Já em **sentido amplo**, caracterizar-se-ia o dano moral como violação dos direitos da personalidade, envolvendo a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, convicções políticas, religiosas, ideológicas, direitos autorais etc., ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Danos imateriais no Direito Comparado

Analisando-se a questão dos danos imateriais no Direito Comparado, por vezes se tem a sensação de uma “guerra de etiquetas”, pois as mesmas situações fáticas são protegidas em lugares diversos sob rótulos diferentes.

Os danos morais puros – aqueles que envolvem dor, sofrimento, vexame, humilhação – são reconhecidos em todos os ordenamentos jurídicos. Como costumam referir-se à jurisprudência italiana, eles representam uma “transitória perturbação do estado de ânimo da vítima”, não acarretando reflexos externos na vida do lesado. Na Itália, são chamados de *danni soggettivi*, na França de *dommage moral*, *Schmerzensgeld* (que, emblematicamente, significa, em tradução literal, “dinheiro da dor”) no Direito germânico e, no ambiente da *Common Law*, enquadram-se no conceito de *pain and suffering*.

Os danos imateriais sofreram vivaz oposição ao longo da história da responsabilidade civil, em todas as experiências jurídicas. Já no Direito romano afirmava-se que “[...] o corpo de um homem livre não é passível de estimação”.⁸ Com base nessa ideia, defendia-se que o reconhecimento de danos morais representaria uma espécie de patrimonialização da pessoa humana.

Aos poucos, tal entendimento foi sendo abandonado, em alguns países há mais tempo (na França, por exemplo, o primeiro acórdão que reconheceu danos morais data de 1833 – *Cour de Cassation, Ch. Réun.*, 25 de junho de 1833) – ao passo que, no Brasil, somente com a Constituição de 1988 é que se passou a acolher, de forma generalizada, a plena compensabilidade dos danos imateriais, ainda que em várias décadas antes já se identificavam jurisprudencialmente (além de algumas previsões legais específicas, como na Lei de Imprensa, por exemplo) certos casos de reparação dos danos morais.

Ao lado dos danos morais puros, porém, reconhecem-se outras espécies de dano, cada uma delas com seus requisitos ou pressupostos. Aqui, nem sempre a dor, o sofrimento, a humilhação estão presentes. Assim, encontram-se as seguintes figuras: *Danos à imagem (imagem-retrato; imagem-atributo); uso indevido do nome; danos à intimidade/privacidade; droit a l’oubli, right to be forgotten, diritto all’oblio (direito ao esquecimento); danos biológicos (ou danos à integridade psicofísica); danos*

existenciais; danos à esfera sexual; danos ao projeto de vida; loss of amenities of life / préjudice d'agrément (perda das amenidades da vida); nervous shock; infliction of mental distress; prenatal injuries; wrongful conception; wrongful birth; wrongful life; mobbing; bullying; stalking, dentre outras.

À medida, porém, que a sensibilidade dos juristas procura identificar novos danos indenizáveis, em razão da violação de direitos ou interesses legítimos das vítimas, uma reação em sentido contrário começa a ser perceptível em várias tradições jurídicas. Isso porque foi detectado que a multiplicação dos danos morais reparáveis propiciou um certo abuso por parte de supostas vítimas, especialmente em uma era propensa a vitimizações. Esse sentimento é traduzido por expressões que passaram a ser conhecidas como “loteria dos danos”⁹ e “precificação das lágrimas”.¹⁰

Essa tendência de alargamento dos danos imateriais vem sendo combatida modernamente não só por alguns juristas, mas principalmente por psicanalistas, filósofos, antropólogos, que nela identificam um regresso a tempos arcaicos em que se pretendia encontrar uma causa (e, conseqüentemente, um responsável) para toda e qualquer desgraça. Sustentam eles que frustrações, sofrimentos, dores e aflições são sentimentos naturais e indissociáveis da experiência humana, juntamente com a alegria, a felicidade, o sucesso e o bem-estar. Pretender negar aqueles sentimentos negativos, ansiando por transferi-los, pela via da responsabilidade civil, para outrem, não seria algo sempre factível ou necessariamente desejável, pois a responsabilidade civil não tem por função fazer desaparecer a infelicidade e a miséria do mundo e menos ainda a de tornar as pessoas felizes.¹¹ Nessa mesma senda, famoso acórdão da Corte de Cassação italiana (n.º 26.972), de novembro de 2008, representou um freio à expansão dos danos indenizáveis no Direito italiano. Naquela ocasião foi dito que “[...] não é mais possível invocar direitos completamente imaginários, como o direito à qualidade de vida, ao estado de bem-estar, à serenidade: em suma, o direito de ser feliz”. Subrepticamente, o direito à busca da felicidade (*pursuit of happiness*) converteu-se em direito à felicidade.¹²

Para o presente estudo, serão destacados apenas os danos existenciais, de origem italiana, mas também reconhecidos em outros países, embora nem sempre com esse nome.

No Direito brasileiro, a única obra monográfica sobre o tema é de Flaviana Rampazzo Soares,¹³ que, além de abordar a questão no Direito Comparado, reproduz e analisa expressiva jurisprudência brasileira que se enquadra nessa figura, embora normalmente não utilizando essa nomenclatura. Trata-se de obra imprescindível para o leitor brasileiro interessado no tema.

Danos existenciais (*danni esistenziali*)

Os danos existenciais surgiram na Itália, como uma espécie de resposta doutrinária-jurisprudencial à limitação legislativa dos danos extrapatrimoniais. Como se sabe, o *Codice Civile* italiano, de 1942, possui duas importantes disposições a respeito da responsabilidade civil: o art. 2.043 (“*Art. 2.043. Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”) e o art. 2.059 (“*Art. 2.059. Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*” (*Cod. Proc. Civ.* 89; *Cod. Pen.* 185, 598).

O primeiro desses artigos foi sempre interpretado como o substrato legal da responsabilidade civil por danos materiais. Já o art. 2.059 era interpretado como a base legal da responsabilidade civil por danos não patrimoniais – equivalentes, *grosso modo*, aos nossos danos morais. A diferença entre o nosso sistema e o deles, quanto aos danos “morais”, consiste em que o código italiano adotou um regime de “tipicidade”, referindo que só haveria responsabilidade civil nos casos previstos na lei, especialmente a lei penal (o art. 185, segunda parte, do Código Penal italiano sempre constituiu a fonte normativa mais substancial para tais condenações, ao prescrever que “Todo o crime que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial, obriga o culpado, ou as pessoas que, segundo a lei civil, respondam por ele, a repará-lo”).

Diante de tal arcabouço legislativo, havia enorme dificuldade de enquadrar, juridicamente, responsabilidade civil por danos imateriais (“morais”) derivados de ilícitos meramente civis (ou seja, não penais).

Na década de 70, por iniciativa de dois magistrados genoveses (Monetti e Pellegrino), iniciou-se uma reinterpretação do sistema de responsabilidade civil italiana, de forma a se permitir a indenização também dos chamados danos biológicos. A interpretação era a se-

guinte: como a Constituição italiana garantia o direito à saúde (art. 32: “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo*”) como um dos direitos fundamentais do cidadão italiano, entendia-se que, se a integridade física de alguém fosse lesada, estar-se-ia ferindo o próprio direito subjetivo constitucional à saúde. Isso constituiria um “dano injusto”, a teor do art. 2.043 do C.C., que garantiria uma indenização, independentemente da presença de um crime. O *leading case* desse novo tipo de dano foi a decisão do *Tribunale di Genova*¹⁴ no caso *Rocca c. Ferrarese*, proferida em 25 de maio de 1974 (*Giurisprudenza Italiana*, 1975, I, 2, 74).

Em sua concepção originária, a noção de *dano biológico* permitia a compensação pecuniária de qualquer lesão à integridade física e psíquica de uma pessoa, independentemente de outras consequências de ordem patrimonial e moral.¹⁵

A jurisprudência italiana logo abraçou tal tese, que foi acolhida por toda a magistratura, inclusive da Corte de Cassação (ao julgar o caso *Ferrante c. Lisi*, em 1981) e da Corte Constitucional (com os casos *Repetto c. AMT di Genova* e *Saporito c. Manzo*, julgados em 1986), com apoio da doutrina.

A noção de dano biológico foi paulatinamente sendo ampliada, de forma a abranger não só a integridade física, como também psíquica e distúrbios de toda a natureza, inclusive danos à vida de relação, somatizações diversas, danos estéticos, danos à esfera sexual etc. Ou seja, adotou-se uma concepção difusa e poliforma de “saúde”.

Em 2003, porém, a Corte de Cassação (Decisões n.º 8.827 e 8.828, julgadas em 31-5-2003) e a Corte Constitucional (Decisão n.º 233, julgada em 11-7-2003) consolidaram uma evolução jurisprudencial, no sentido de fundamentar a indenização dos danos biológicos com base no art. 2.059 do CC (ou seja, danos não patrimoniais) e não mais no art. 2.043 do CC (danos materiais), dando àquele dispositivo codificado uma interpretação em conformidade com a Constituição.

Essas decisões proferidas no ano de 2003, pelos dois mais importantes tribunais italianos, são o resultado de uma tentativa de ressystematização de um tema que havia crescido de forma desordenada. De fato, sob a rubrica de “danos biológicos”, estavam sendo indenizados

os mais variados tipos de danos imateriais, que nada mais tinham a ver com o conceito naturalístico de danos “biológicos”. Tal evolução jurisprudencial, na verdade, ocorrera na sequência de uma valorização da pessoa humana, fruto de uma leitura constitucionalizada do Direito Privado. Como consequência, passou-se a valorizar os direitos de personalidade, cuja violação veio a ser considerada “dano à pessoa”, confluindo de forma desordenada no âmbito dos danos biológicos. Ou seja, na ânsia de oferecer uma tutela civil mais efetiva aos direitos de personalidade, e considerando a estreiteza do sistema codificado italiano a respeito, a solução prática encontrada foi a de considerar como dano biológico também as ofensas a quase todos os direitos de personalidade.

Mas essas decisões citadas (aquelas proferidas pelos tribunais superiores, em 2003) foram também importantíssimas porque consolidaram o reconhecimento, pelas mais altas instâncias judiciais italianas, dos danos existenciais, que já vinham sendo identificados desde a década anterior.

De fato, deve-se à chamada Escola Triestina (da Universidade de Trieste/Itália) a sua origem, na década de 90. Paolo Cendon, professor daquela Universidade, juntamente com a professora Patrizia Ziviz, analisando a jurisprudência sobre danos biológicos, identificaram vários casos que, a rigor, não poderiam ser decididos sob aquele rótulo. Em artigos doutrinários escritos para a *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, nos anos de 1993 e 94, cunharam a expressão *danno esistenziale* para agrupá-los. Fundamental, também, foi o Congresso que ambos os professores organizaram em novembro de 1998, na Universidade de Trieste, tendo como tema específico os danos existenciais.

Já a partir da metade da década de 90, a jurisprudência italiana começou a adotar tal nomenclatura, abandonando a classificação tripartida dos danos indenizáveis, usada pela Corte Constitucional italiana, na famosa Decisão n.º 184, de 1986, em que haviam sido identificados, no sistema italiano, três tipos de danos – danos patrimoniais, morais e biológicos –, para adotar uma classificação quádrupla, segundo a qual, ao lado dos danos patrimoniais, haveria um gênero de danos não patrimoniais, que abrangeria as espécies de danos morais subjetivos, danos biológicos e danos existenciais.

A bem da verdade, já em 1988,¹⁶ sob outra denominação, passou-se a reconhecer jurisprudencialmente a chamada *lesão da serenidade familiar* (*danno alla serenità familiare*). Naquele julgamento, foi referido que “[...] quem quer que altere, em medida relevante, o equilíbrio familiar, lesa um direito subjetivo reconhecido como tal a cada um dos componentes da formação social e familiar”.¹⁷

Naquele caso, uma criança, por falha imputável a outrem, havia nascido com lesões cerebrais permanentes, o que acarretaria uma necessidade diuturna de cuidados intensos por parte dos familiares.

Em sua já citada Decisão n.º 233, de 2003, a Corte Constitucional italiana identificou e distinguiu os três danos não patrimoniais da seguinte forma: “[...] **dano moral subjetivo** seria a transitória perturbação do estado de ânimo da vítima; **dano biológico** em sentido estrito seria a lesão do interesse, constitucionalmente garantido, à integridade psíquica e física da pessoa, medicamente comprovada”; ao passo que o **dano existencial** seria o “[...] dano derivado da lesão a outros interesses de natureza constitucional inerentes à pessoa”.

Noção mais completa e descritiva de danos existenciais foi fornecida pela Corte de Cassação, na Decisão n.º 6.572, proferida em 24 de março de 2006, pelo seu órgão máximo na jurisdição civil (*Sezione Unite*), em que se afirmou que

[...] por dano existencial entende-se qualquer prejuízo que o ilícito [...] provoca sobre atividades não econômicas do sujeito, alterando seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e privando-o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo. Por outro lado, o dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através da prova de escolhas de vida diversas daquelas que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.¹⁸

Além da distinção entre **dano moral subjetivo** (caracterizado pela presença da dor e sofrimento internos, sem reflexos externos na vida da pessoa) e **dano existencial** (caracterizado sempre pelas consequências **externas**, na vida da vítima, em razão da alteração – introdução de um *non facere*, ou de um *facere* – de seus hábitos de vida

e forma de se relacionar com os outros, prejudicando sua realização pessoal e comprometendo sua capacidade de gozar plenamente sua própria vida em todas as suas potencialidades), passou-se a restringir os **danos biológicos** à presença de uma lesão física, psíquica ou um comprometimento da saúde, pericialmente identificados.

Um dos casos mais emblemáticos para identificação dos danos existenciais foi julgado pela Corte de Cassação. Trata-se da citada Decisão n.º 8.827, julgada em 31 de maio de 2003. Em razão de erro médico durante um parto cesáreo, a criança nasceu tetraplégica e com atrofia cerebral, destinada a viver irreversivelmente em estado vegetativo, sem a menor capacidade de movimento, de compreensão e de interação.

Facilmente identificável, nesse caso, os danos patrimoniais sofridos pelos pais (o custo ingente dos cuidados especiais e permanentes que por toda a vida teriam que ser dedicados àquele ser, incapaz de viver de forma minimamente autônoma) e os danos biológicos que afetaram gravemente a vida do filho. Presentes, também, do lado dos genitores, os danos morais subjetivos, decorrentes da dor e intensa frustração das expectativas positivas que acompanharam toda a gestação de um ser humano esperado e amado por antecipação, mas que, por falha médica, nasceu completamente paralisado, mentalmente prejudicado e sem possibilidade de interação afetiva.

Mas o que também foi reconhecido, no caso, foi a presença de sérios danos existenciais para o casal, pois, além da dor intensa, porém transitória, decorrente do nascimento naquelas circunstâncias, o casal teve completamente alterada sua rotina de vida, tendo em vista a necessidade de cuidar permanentemente de um filho incapaz de vida autônoma e necessitado de cuidados diuturnos, sem descanso. É facilmente imaginável como tal evento transtornou, de forma indelével, a rotina do casal, que, além de não ter o retorno da troca afetiva da interação pais-filho, teve que renunciar à maior parte de suas atividades sociais, culturais, de lazer, para poder cuidar do filho.

Ou seja, além dos evidentes danos patrimoniais, dos danos biológicos do filho, e dos danos morais (dor e sofrimento internos), os pais sofreram um específico tipo de dano, denominado, na Itália, de dano existencial.

Outro exemplo de danos existenciais poderia ser o da pessoa que fica privada da possibilidade de manter relações sexuais normais com seu cônjuge/companheiro, em razão de danos físicos (paraplegia ou tetraplegia, por exemplo) sofridos pelo seu parceiro, danos esses imputáveis a terceiros. Não há dúvidas de que o cônjuge pessoalmente vitimado sofreu danos biológicos, morais e existenciais também. Mas seu parceiro, que nada sofreu fisicamente, passou a ter alterada, para pior, uma de suas dimensões de vida, qual seja, a da sensualidade. Sofreu, portanto, danos existenciais também. Essa espécie de dano existencial costuma ser chamada de dano à esfera da sexualidade.¹⁹

Gregor Christandl²⁰ caracteriza tais danos como sendo aqueles em que incidem repercussões negativas sobre o *fazer* cotidiano da vítima, ou seja, sobre todas as atividades por meio das quais o sujeito lesado costuma realizar sua própria personalidade. De um lado se encontram todas as atividades que o indivíduo não mais poderá desenvolver ou poderá desenvolver somente de maneira limitada. Por outro lado, inserem-se aquelas atividades que o indivíduo deverá enfrentar por causa do evento danoso e que, portanto, lhe são impostas pelas modificações verificadas em sua vida. Exemplifica o citado autor com o não mais poder desenvolver uma atividade profissional ou atividades esportivas e de passatempo que anteriormente exercia, a necessidade de abandonar hábitos de vida e a correspondente e inevitável mudança do estilo de vida, que constituem verdadeiros danos à esfera pessoal e por isso devem ser enquadrados no âmbito dos danos à pessoa.

Paolo Cendon,²¹ em obra por ele dirigida, indica uma enorme variedade de danos que se enquadrariam no rótulo de **danos existenciais: na esfera física**: malformação do feto, lesões neurológicas, incapacidade deambulatoria, cegueira, surdez, mudez, infecção pelo vírus HIV, mutilações sexuais; **na esfera psíquica**: lesão à saúde mental, traumatismos, falsos diagnósticos, medo de contágio, estresse de estar em situação de perigo etc.

Em razão de abusos detectados no âmbito dos pleitos de danos imateriais, com a identificação de muitas demandas frívolas, a Corte de Cassação, na decisão n.º 26.972, proferida em novembro de 2008, trouxe novidades para o setor, pois visou a colocar um freio em uma desmesurada ampliação da noção de danos existenciais.²² Tal decisão

restringe a extensão da noção de danos existenciais, ao afirmar que tal situação não configura um dano autônomo, mas sim uma espécie de dano moral, reparável sempre que violar um direito fundamental da pessoa.²³ Nega-se a configuração de danos indenizáveis a meros incômodos ou dissabores.

Tal tendência restritiva vem sendo observada na Corte de Cassação italiana desde então, como se percebe pela leitura do relatório sobre a jurisprudência da corte, nesse setor, no ano de 2011,²⁴ com base no qual se baseiam os próximos parágrafos.

No referido relatório, refere-se, por exemplo, à Decisão de 27 de abril de 2011, n.º 9.422, da Terceira Seção Cível, na qual se afirmou que o gozo do tempo livre não constitui um direito fundamental da pessoa. No caso, o autor da demanda pedia indenização por danos morais contra a Telecom, em razão de ter ficado sem poder acessar suas linhas telefônicas durante dois dias, tendo perdido muito tempo para tentar resolver o problema. Sua pretensão foi rejeitada.

Por outro lado, confirmou-se o abandono definitivo da velha distinção entre *danno-evento* e *danno-consequenza*, afirmando-se que, para pretender a reparação de dano não patrimonial, não basta alegar e provar a lesão a um direito inviolável: é necessário que a vítima prove ter efetivamente sofrido um prejuízo (Sezione Civile 3, Sentenza n.º 10.527, de 13 de maio de 2011; Sezione Civile 3, Sentenza n.º 13.614, de 21 de junho de 2011). Nesse último caso, um adolescente teve negada a matrícula regular em seu colégio, de forma indevida, tendo a regularização ocorrido com quatro meses de atraso. Todavia, como o rapaz, de fato, havia frequentado as aulas e não teve efetivo prejuízo, sua pretensão foi desacolhida.

A Corte de Cassação, em resumo, abandonou a “lógica das etiquetas”, segundo a qual os danos não patrimoniais seriam típicos e preestabelecidos (dano biológico, moral, existencial, à vida de relação etc.). O que releva para a reparação dos danos não são os “nomes” dados aos prejuízos, mas sim a sua efetiva subsistência e consistência: assim, para o fim de estabelecer se a reparação não foi duplicada ou subestimada, não é importante o nome dado pelo julgador ao dano lamentado pelo autor (“biológico”, “moral”, “existencial”), mas unicamente o concreto dano levado em consideração pelo juiz.

Também na França se reconhecem hipóteses que se enquadram na noção italiana de danos existenciais, embora normalmente a eles se costuma referir com outra nomenclatura. Na proposta de unificação da nomenclatura dos danos não patrimoniais feitas por Jean-Pierre Dintilhac,²⁵ podem-se identificar danos existenciais nas figuras do “*préjudice d'établissement*”, do “*préjudice d'accompagnement*”, dos “*préjudices extra-patrimoniaux exceptionnels*”, dos “*préjudices extrapatrimoniaux évolutifs*”, e do “*préjudice d'agrément*”, dentre outras.

No chamado “*préjudice d'établissement*”, busca-se indenizar a perda de esperanças ou de toda a possibilidade de realizar um projeto de vida “normal” em razão da gravidade de um *handicap* permanente que incide sobre a vítima após a consolidação das lesões: trata-se, por exemplo, da perda da chance de se casar, de formar uma família, de criar os filhos – em suma, da alteração dos projetos de vida da vítima, que se vê constrangida a efetuar certas renúncias no plano familiar.

Quanto ao chamado “*préjudice d'accompagnement*”, trata-se de reparar o dano moral sofrido pelas pessoas muito próximas à vítima direta, durante alguma doença traumática que tenha acometido esta, antes de sua morte. Procura-se compensar as profundas alterações da rotina de vida que sofrem parentes próximos, em razão de graves acontecimentos que atingem diretamente um ente querido, com o qual convivem e estão ligados efetiva e afetivamente. Envolve cancelamento de compromissos, de viagens, mudança de rotina para cuidar de enfermo, envolver-se com assuntos antes dirimidos pela vítima direta etc.

A outra figura de danos, identificada no referido relatório como “*préjudices extra-patrimoniaux exceptionnels*”, refere-se aos danos decorrentes da necessidade de profunda alteração das condições de existência, dos quais são vítimas pessoas muito próximas da vítima direta, que se torna dependente de cuidados constantes e especiais, quer em ambiente hospitalar, quer em casa, após a consolidação das lesões. Não se trata pura e simplesmente de indenizar automaticamente pessoas com parentesco legalmente estabelecido, mas sim pessoas que demonstram uma proximidade afetiva real com a vítima e que sua vida restou profundamente alterada pelos eventos. Inclui-se, nessa noção, o dano à esfera da sensualidade, em razão de patologias que atingiram o parceiro.

Os "*préjudices extrapatrimoniaux évolutifs*" correspondem aos danos ligados a patologias evolutivas, notadamente às incuráveis, como a doença de Creutzfeld-Jakob, ou de contaminações suscetíveis de evoluir e cujo risco de evolução constitua em si mesmo um dano distinto e autônomo, em relação à eventual superveniência futura.

O "*préjudice d'agrément*" (dano do lazer) visa a reparar a impossibilidade, para a vítima, de continuar a praticar regularmente uma atividade específica, esportiva ou lúdica. Deve ser apreciado concretamente, tendo em vista os parâmetros individuais da vítima (idade, nível socioeconômico, vida pregressa). Há farta jurisprudência a respeito.²⁶

Muriel Fabre Magnan, da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), em interessante e crítico artigo sobre danos existenciais,²⁷ critica a largueza com que a jurisprudência francesa concede indenizações por danos extrapatrimoniais. Cita os casos de indenizações concedidas ao proprietário do cavalo de corrida Lunus, morto por eletrocussão por falha alheia, ou pela morte de um cão de estimação. Uma simples angústia chega a ser objeto de indenização: foi o caso de um vizinho angustiado pela presença de uma antena de telefonia móbil próxima à sua casa, ou de um paciente que tomou conhecimento de que uma sonda implantada em seu corpo poderia ser defeituosa, ainda que ele não tenha sofrido qualquer dano real. A partir desses casos, a Corte de Cassação francesa identificou um novo tipo de dano autônomo, denominado de "*préjudice d'anxiété*" (dano de ansiedade), aplicável inclusive aos empregados que se viram expostos durante muito tempo aos efeitos do amianto e que se diziam angustiadados pela ideia de saberem que uma doença ligada àquela exposição poderia um dia vir a se desenvolver, estando compelidos a fazerem exames regulares de precaução.²⁸

Será analisada, agora, a aplicabilidade da noção de danos existenciais no Direito Brasileiro de Família.

PARTE II - O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO DE FAMÍLIA

Nos últimos anos, o Direito brasileiro tem experimentado uma grande evolução no âmbito da responsabilidade civil com o reco-

nhecimento de novos danos. Houve um amplo debate a respeito do reconhecimento da responsabilidade civil pelo dano moral e também pela incorporação de outras formas autônomas de dano, como foi o caso do dano existencial.

Essa evolução fez surgir também o debate a respeito da banalização do dano moral, o que contribui para o crescimento do discurso da cautela no reconhecimento de danos e, por consequência, para a formação de uma corrente no Direito que passou a repudiar o reconhecimento de dano moral nas relações familiares.

Porém, algumas situações merecem análise criteriosa e, embora exista o temor da banalização de ações indenizatórias nas relações familiares, pelo que tem se convencido chamar monetarização do afeto ou do amor, é preciso também perceber que nas relações familiares pode ocorrer a violação dos direitos da personalidade e da dignidade humana.

Essas situações não podem ficar sem amparo jurídico sob o argumento do risco da monetarização das relações familiares, tendo em vista que a responsabilidade civil serve como uma forma não só de reparar a vítima, mas tem a função dissuasória ou exemplar. Assim, as ações indenizatórias de danos decorrentes de relações familiares serviriam também para reforçar a importância de preservar e respeitar os laços familiares, sobretudo tendo em conta os reflexos do abandono afetivo.²⁹

Essa orientação serve ainda para demonstrar que os direitos fundamentais, os direitos da personalidade e a dignidade humana devem ser respeitados também nas relações familiares, ainda mais considerando os danos sofridos pela vítima e também os meios de defesa que ela dispõe.

Em algumas situações, a família, em vez de oportunizar amparo, afeto, segurança e um ambiente saudável, passa a ser uma referência de humilhação, maus-tratos, cárcere privado e profunda dor, o que leva o indivíduo a experimentar os piores danos.

Nesse sentido, o objetivo desta segunda parte é demonstrar que, pela característica própria das relações familiares, em que os vínculos são mais estreitos e próximos, não é qualquer desconforto que pode gerar a indenização. E é por esse motivo que o dano existencial pode

ser invocado como um dos fundamentos para justificar a indenização dos danos sofridos no âmago e em razão das relações familiares.

O reconhecimento de indenização por dano moral em decorrência das relações familiares: posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema

Como visto acima, é grande o apelo na doutrina e maior ainda na jurisprudência para que não se considere viável a indenização aos danos morais ou extrapatrimoniais originários das relações familiares.

Esses danos podem ser decorrentes de rompimento de casamento ou união estável, de abandono paterno filial, de alienação parental e também de maus-tratos (físicos ou psicológicos) dentro do seio familiar (não só entre pais e filhos, mas também, lamentavelmente, difusos nas relações entre marido e mulher, a julgar pelas estatísticas relativas à incidência da Lei Maria da Penha).³⁰

No que concerne ao abandono paterno filial, o STJ tinha firmado posição negando a possibilidade de fixar a indenização. Isso pode ser visto nas decisões proferidas no Recurso Especial n.º 514.350 - SP (2003/0020955-3),³¹ e no Recurso Especial n.º 757.411 - MG (2005/0085464-3).³²

Em maio de 2012, em importante e polêmica decisão de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o STJ decidiu que "[...] não existem restrições para o reconhecimento da responsabilidade civil e consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família" e, em virtude disso, determinou a imposição de indenização decorrente do abandono afetivo.

Esse posicionamento é inédito no STJ e, ainda que não se possa ter como orientação consolidada naquela Corte de Justiça, certamente influenciará largamente as instâncias inferiores da Justiça brasileira, especialmente a jurisdição de primeiro grau. Tenha-se presente, porém, que essa ainda não é a posição majoritária dos Tribunais de Justiça Estaduais, que têm sido no sentido de não acolher o pedido de indenização decorrente de abandono afetivo, como se pode ver dos julgamentos que seguem:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Almejado ressarcimento pelos sofrimentos experimentados em razão de abandono afetivo - Ausência de ato ilícito - Ninguém é obrigado a amar ninguém - Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido (Apelação Cível 35357420078260168 SP 0003535-74.2007.8.26.0168, Relator: Percival Nogueira, Data de Julgamento: 17/02/2011, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/02/2011).

DANOS MORAIS - Pleito fundado em abandono afetivo - Reconhecimento voluntário da paternidade pelo réu, no âmbito de ação própria, quando a autora já era maior de idade - Não caracterização de danos morais - Impossibilidade de se impor o dever de amar, bem como descabimento em traduzir tal sentimento em obrigação pecuniária - Apelo desprovido (Apelação Cível 2849850620098260000 SP 0284985-06.2009.8.26.0000, Relator: Sebastião Carlos Garcia, Data de Julgamento: 08/09/2011, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/09/2011,).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA.- A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor.- Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização (Apelação Cível 102510802614140011 MG 1.0251.08.026141-4/001(1), Relator: NILO LACERDA, Data de Julgamento: 29/10/2009, Data de Publicação: 09/12/2009.

A análise das decisões acima demonstra que o posicionamento dominante é no sentido da impossibilidade de tal indenização. O argumento básico reside na afirmação de que o art. 186 do Código Civil exige a configuração de uma ilicitude, não se podendo, porém, considerar ilícito o fato de o genitor não amar seu filho, tendo em vista que isso é mero ato de liberalidade do genitor, já que não há previsão legal de que os pais devem amar os filhos. Assim, se inexistente a previsão da obrigação de amar os filhos, não existe contrariedade ao direito por não amá-los. Por consequência, não há o que indenizar.

Esse argumento é muito bem explorado no REsp n.º 757.411. O ministro Aldir Passarinho salienta ainda que, no âmbito do Direito de Família, existem outras sanções para o abandono afetivo. A perda do “pátrio poder” é uma delas. No mesmo julgamento, o ministro César

Asfor Rocha repudia a tentativa de quantificar o amor para efeito de conceder a indenização. Quanto de amor precisa o pai dar ao filho para que afaste o risco de ser obrigado a indenizá-lo pela sua falta?

A posição apresentada nas decisões anteriores vem ao encontro da doutrina da imunidade ressarcitória nas relações familiares.³³ Essa orientação, porém, não pode prosperar tendo em vista a necessidade de se discernir quais seriam os “[...] danos próprios das sanções previstas no direito de família, e quais seriam as violações que vulneram a relação em família, que devem ser objeto de ressarcimento”.³⁴ Assim, quando há uma lesão a um direito (da personalidade, ou fundamental, que possa caracterizar um dano à pessoa), esse dano merece ser reparado, e não pode ficar de fora da apreciação judicial, como já foi decidido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em recente e importante decisão que alertou sobre o risco da negativa de jurisdição.³⁵

Porém, o raciocínio que pode levar à concessão de uma indenização não passa por se considerar a violação a um suposto “dever de amar” e sim que o abandono paterno filial pode comprometer o pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano e, nesse sentido, violaria os direitos da personalidade (e não é demais referir: violaria a dignidade da pessoa humana). É isso que justificaria a indenização.

Essa orientação é defendida pela doutrina nacional que alerta que os arts. 227 da CF e 15 e 19 do ECA dispõem que é dever não somente do Estado mas também da família garantir à criança e ao adolescente inúmeros direitos, como a dignidade, o desenvolvimento psíquico e a convivência familiar.³⁶

Portanto, o que se está violando não é o dever de amar em si e sim os direitos da personalidade e da dignidade humana protegidos civil e constitucionalmente.

Não é demais advertir que, para se defender a possibilidade de indenização, é necessário haver o abandono afetivo, a violação da personalidade ou da dignidade e que em decorrência disso se vislumbre a existência de um dano (dano à pessoa), sem o qual não se poderá falar em incidência da responsabilidade civil. Isso porque, para que “[...] surja o dever de indenizar, há de existir a prática de ato que prejudique outros”.³⁷ Assim, é importante salientar que não se quer defender aqui

a banalização das ações indenizatórias nas relações familiares que, por guardarem característica particularizada, por vezes acabam absorvendo certas lesões que não seriam toleradas fora da relação familiar. Esse aspecto deve ser frisado: não é qualquer desconforto que pode levar à compensação econômica, mas sim somente situações objetivamente graves, que nada tenham a ver com idiosincrasias individuais, carências psicológicas exacerbadas. E isso traz à tona a discussão a respeito do dano existencial no âmbito das relações familiares.

Além do abandono paterno filial, há outras situações debatidas a respeito da incidência da responsabilidade civil nas relações familiares. Entre elas, está a possibilidade de indenização nas relações conjugais.

A esse respeito impende referir importante decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao reconhecer a viabilidade da indenização por dano moral em virtude de dano provocado a ex-cônjuge que sofreu violência psíquica e física.³⁸

O caso é chocante porque narra os maus-tratos sofridos por uma mulher que, desde menina, sofreu violência física, sexual e psicológica por aquele que em primeiro lugar seria seu pai adotivo (a mãe biológica havia trocado a menina por alimentos!) e depois assumiu o papel de marido, em razão de casamento contraído quando ela completou 25 anos de idade.

A menina, além de abusada, foi mantida em cárcere privado, sem nunca ter contato com a sociedade, nunca ter frequentado a escola, nunca ter saído do pátio da casa, nunca ter recebido atendimento médico.

A decisão é importante porque analisa o caso descrito considerando viável a indenização, embora reconheça que há resistência em se admitir a indenização por danos morais no âmbito das relações familiares. Além disso, o caso é impactante porque o acórdão refere que, ainda que seja deferida a indenização, não há “[...] valor suficiente para recompor as lesões psíquicas ou reparar os traumas e sofrimento vivido pela autora desde criança (‘uma vida perdida’).”

A indenização teve como fundamento a violação dos direitos da personalidade referindo que o caso “[...] extrapola tudo o que se possa cogitar em termos de dano à pessoa, caracterizando dano moral mesmo que abstraída a conjuntura familiar em que foi praticado”.

Para reforço do conteúdo da sentença, cabe transcrever trecho que resume a perplexidade do relator com o caso em si, tendo em conta os danos que a vítima sofreu:

Palavras são insuficientes para traduzir a exata dimensão do comportamento perverso, cruel e intimidatório do apelante, bem como da violência, física e psíquica, a que MARLENE foi reiteradamente submetida, a ponto de, como disse o médico do Hospital Psiquiátrico São Pedro, **ter sua vida roubada !** (grifos no original)

A indenização decorrente de dano extrapatrimonial já foi objeto de reconhecimento no STJ, podendo ser citados dois julgados nos quais se entendeu possível formular o pedido de indenização por dano moral, mesmo decorrente de relações familiares, como se vê nos trechos transcritos a seguir:

Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento.

1. [...]

2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação.

3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais (REsp 37051 / SP RECURSO ESPECIAL 1993/0020309-6, Ministro NILSON NAVES, T3 - TERCEIRA TURMA, julg. em 17/04/2001).

[...] RENÚNCIA A ALIMENTOS - PEDIDO INDENIZATÓRIO - COISA JULGADA - INEXISTÊNCIA - PEDIDO INDENIZATÓRIO - POSSÍVEL CONTRA EX-CÔNJUGE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

[...]

- A renúncia a alimentos em ação de separação judicial não gera coisa julgada para obviar ação indenizatória decorrente dos mesmos fatos, que, eventualmente, deram causa à dissolução do casamento.

- A possibilidade jurídica do pedido é apurada em tese. Assim, pedido impossível é aquele juridicamente incompatível com o Ordenamento

Jurídico. Não há proibição no direito pátrio para pedido indenizatório - por danos materiais ou morais - contra ex-cônjuge por eventual ato ilícito ocorrido na constância do casamento.

(REsp 897456 / MG RECURSO ESPECIAL 2003/0221572-5 Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS T3 - TERCEIRA TURMA 14/12/2006).

A esse respeito também é importante referir que o fato de não haver previsão legal específica a respeito da ação indenizatória dos danos decorrentes do Direito de Família não é impeditivo para a indenização, já que nosso sistema jurídico se insere no regime francês da atipicidade, não se exigindo uma prévia catalogação legal dos bens ou interesses tutelados pela responsabilidade extracontratual. No mesmo sentido, tratando especificamente dos danos morais no âmbito familiar, posiciona-se Graciela Medina, para quem também não há necessidade de tipificação para imputação da responsabilidade civil no âmbito do Direito Argentino.³⁹

Outra situação em que também se reconheceu a possibilidade de indenização é o caso julgado recentemente pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Tratava-se de caso de destituição do poder familiar dos pais que tentaram “devolver” um dos filhos adotivos. Os pais haviam adotado um casal de crianças e, depois de alguns anos de convivência, tentaram devolver o menino.⁴⁰

A decisão é interessante porque trata da possibilidade de indenização aos filhos tendo em vista os danos que sofreram no período em que ficaram em companhia dos pais adotivos.

O caso é muito relevante para este artigo porque trata da viabilidade de indenização nas relações familiares, tendo em conta o tratamento que é dado pelos pais aos filhos. No caso concreto, houve a adoção de um casal de crianças. Veio à tona o fato de que o desejo real dos pais adotivos era adotar apenas a menina, tendo eles adotado também o menino, por ter sido essa uma condição para o deferimento da adoção, a fim de não se separarem os irmãos. O menino nunca foi querido pelo casal e passou a ser vítima de “violência emocional”.⁴¹ O caso é chocante porque havia discriminação entre os filhos adotivos e entre esses e o filho biológico do casal. Este recebia um tratamento visivelmente melhor que os filhos adotivos; a filha adotiva, por sua

vez, era tratada melhor que o filho adotivo, sofrendo este maus-tratos, chegando a afirmar que preferia morrer do que ficar naquela família. Ou seja, o menino era duplamente discriminado.

Em virtude dos danos que os filhos adotivos sofreram, houve a destituição judicial do poder familiar sobre os filhos adotivos, depois que os pais tentaram devolver o menino. A decisão descreve os danos sofridos pelos filhos adotivos, em especial o menino, tendo determinado uma indenização aos filhos pelos danos que sofreram e pelo fato de que agora, por contarem com idade mais avançada, teriam dificuldade de serem novamente adotados.

Essa decisão também é importante porque incorpora os argumentos apresentados pela doutrina, no sentido de fundamentar a responsabilidade civil pela violação dos deveres parentais, considerando que a relação entre pais e filhos é caracterizada pelo desequilíbrio que ocorre “[...] entre pessoas em situação essencialmente desigual, uma das quais é vulnerável e dependente [além disso na] relação parental, o vínculo é tendencialmente indissolúvel”. Por tal motivo, parte da doutrina considera que a responsabilidade civil nas relações familiares estaria restrita às relações de parentalidade, tendo em conta que o princípio da solidariedade e da integridade psicofísica das crianças e adolescentes poderia justificar o dano moral nos casos de abandono.⁴²

Essa visão, no entanto, não é unânime, verificando-se que a maior parte da doutrina que aborda a matéria considera viável a indenização por certos danos decorrentes do divórcio e separação, em razão de cometimento de “[...] ilícito absoluto ou infração à regra do Direito de Família, a) por fato ocorrido na convivência do casal, com infração aos deveres do casamento, ou b) por dano decorrente da separação ou do divórcio, aceitas as restrições que a peculiaridade da relação impõe”.⁴³

Assim, percebe-se que a matéria encontra as mais variadas vertentes tanto na doutrina como na jurisprudência.

A configuração do dano existencial como uma das possibilidades de reconhecimento de dano nas relações familiares

O exame das decisões referidas no item anterior serve para demonstrar que existe resistência para o reconhecimento da indenização

nas relações familiares. Quando a resistência é quebrada, em razão das peculiaridades e gravidade do caso, a responsabilidade civil é invocada sob a denominação genérica de dano moral.

Talvez aqui resida parte da justificativa para a resistência ao reconhecimento da responsabilidade aquiliana. Usar o termo “*dano moral*” para abordar a questão talvez não seja a melhor técnica. Isso porque as relações familiares são muito particularizadas e, por sua natureza, são inevitavelmente acompanhadas, em determinados momentos, por frustrações, angústias, rancores, desconfortos afetivos. Por isso, tende-se a negar a configuração de danos morais, por se entender que tais sentimentos negativos são “danos” inerentes às relações familiares.

Por esse motivo, a identificação de espécies autônomas de dano, como é o caso do dano existencial, pode servir para que se consiga fundamentar a ação indenizatória sem cair no discurso da banalização do dano moral.⁴⁴

Esse argumento já havia sido utilizado pela jurisprudência italiana, com a Decisão n.º 7.713, proferida em 7 de junho de 2000, pela Suprema Corte Italiana, que foi a primeira a reconhecer a indenizabilidade do dano existencial como uma espécie de dano extrapatrimonial. O processo tratava de indenização decorrente de violação dos deveres familiares num caso em que o pai foi acionado por intencionalmente não ter prestado sustento adequado ao filho, já que somente pagou os alimentos devidos ao filho anos depois de seu nascimento e somente depois de intervenção judicial para tal fim. A Corte se posicionou no sentido de que a Constituição italiana garante os valores pessoais e impõe indenização a quem impede a atividade realizadora da pessoa humana.^{45 46}

Interessante referir que a ação já tinha sido ajuizada na esfera penal por abandono material do filho menor (o delito correspondente, em italiano, é de violação das obrigações de assistência familiar – arts. 570, n. 2, Código Penal). O réu foi absolvido do crime tendo em conta o fato de que a criança sempre fora sustentada pela mãe e por isso não seria considerada realmente necessitada. Em virtude disso, foi ajuizada a ação indenizatória contra o pai pelo ressarcimento dos danos sofridos. A ação indenizatória foi julgada procedente, ainda que o réu tivesse alegado em sua defesa ter sido absolvido do crime de abandono e ter efetivamente pago a pensão alimentícia.⁴⁷

A decisão foi importantíssima para o desenvolvimento da matéria, tendo em vista que configurou o dano existencial como uma espécie própria de dano, distinta do dano moral puro e não condicionada ao ilícito penal.

Seria conveniente que a orientação de caracterizar o dano existencial como espécie de dano autônomo à pessoa⁴⁸ fosse seguida no ordenamento brasileiro, para que se evite o discurso, muitas vezes passional, da inviabilidade de incidência da responsabilidade civil nas relações familiares. Também serve de argumento para demonstrar que assim como nas demais relações, nas relações familiares também pode incidir a indenização.

Porém, é importante referir que a gravidade da ofensa é importante para que se configure o dano existencial.

Assim, para as situações nas quais não se conseguiria justificar a indenização por dano moral, pela sua transitoriedade, poder-se-ia utilizar o dano existencial, o que trará uma abertura das hipóteses de compensabilidade para os danos extrapatrimoniais,⁴⁹ seguindo a visão doutrinária italiana que divide as possibilidades de dano em patrimoniais (danos emergentes e lucro cessante) e não patrimoniais (subdivididos em dano biológico, dano existencial e dano moral).⁵⁰

Importante referir que não existe um dever de amor, mas há o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, conforme disposto no art. 22, do ECA, o dever de dirigir-lhes a criação e a educação (art. 1.634, I, CC) e tê-los em sua companhia e guarda (art. 1634, II CC), "[...] deveres que somente em uma visão reducionista poderiam ser compreendidos de forma exclusivamente patrimonial, a resultar apenas na obrigação de arcar com os custos da criação dos filhos."⁵¹

Assim, a ação por abandono afetivo é fundada no dever dos pais de educar e criar seus filhos e por isso se pode concluir pelo merecimento de tutela em abstrato. O legislador impõe deveres de comportamento dos pais em face dos filhos, cujo descumprimento pode vir a lhes causar danos existenciais. Nesse caso, não é necessário nem mesmo se falar em ponderação de interesses, porque o próprio legislador já procedeu a essa ponderação quando determinou os deveres com os filhos⁵².

Essa orientação também é seguida por Paulo Netto Lôbo, que defende que a responsabilidade civil nas relações familiares não deve ser encarada como matéria ligada intrinsecamente ao Direito de Família, mas como matéria de Direito Civil em geral, de modo que a “[...] ofensa física e a ofensa moral devem ser objeto de reparação civil segundo as regras comuns”. Assim, de acordo com o autor, “[...] se antes do divórcio houve danos materiais ou morais de um cônjuge contra outro, ou se os atos cometidos por cônjuge ou companheiro lesarem direitos da personalidade do outro, nada há que diferencie da responsabilidade civil comum”.⁵³

Essa noção é importantíssima para o desenvolvimento da matéria, tendo em conta que o que fundamenta a responsabilidade civil é a violação aos direitos da personalidade e por isso é necessário perceber que o tratamento da matéria deve ser deslocado para o âmbito do Direito Civil, o que talvez contribua para minar a resistência passional ao reconhecimento da responsabilidade civil em certos danos decorrentes das relações familiares.

O tratamento da matéria não pode ser visto somente com base no Direito de Família, até porque “[...] a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar, dependendo a incidência das regras da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família da efetiva prática de um ato ilícito”,⁵⁴ não sendo demasiado insistir que deve existir concomitantemente a ocorrência de um dano grave o suficiente para caracterizar um verdadeiro dano existencial.

Assim, por exemplo, o adultério por si só não é fato ensejador de reparação indenizatória, apesar da compreensível dor sofrida pelo cônjuge traído. Também a falta de afeto, de amor, de carinho, por si só não implicaria uma responsabilização civil, pois isso conduziria a uma patrimonialização das relações familiares. Riscos de decepções e frustrações são inerentes às relações familiares e, por esse motivo, podem levar ao rompimento do vínculo familiar, mas não ensejam, isoladamente, uma pretensão indenizatória.⁵⁵

E é nessa esteira de pensamento que se pretende utilizar o dano existencial como fundamento da responsabilidade civil nas ações indenizatórias nos danos decorrentes de relações familiares, demonstrando

que não é qualquer desconforto que poderá ser caracterizado como dano, mas somente os danos efetivamente sérios, capazes de alterar, para pior, as condições da existência do lesado.

Aliado a esse argumento, é importante notar que o CC de 2002 inovou o ordenamento brasileiro ao substituir a expressão pátrio poder por poder familiar. Esta última expressão é muito mais utilizada no interesse da família (é um poder-dever), do que no interesse de quem o exerce.⁵⁶

O poder familiar previsto no CC de 2002 deixou de ser "[...] um conjunto de competências do pai ou dos pais sobre os filhos para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres, a que não se pode fugir [...]"⁵⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modesto objetivo deste trabalho era apenas o de contribuir para a discussão de relevante tema, qual seja, a necessidade ou possibilidade de aplicação da noção de danos existenciais no Direito brasileiro, especialmente no âmbito do Direito de Família.

Foi visto que após um curto período de rápida expansão e acolhimento de tal noção no Direito italiano, tal espécie de dano acabou sendo afastada como espécie autônoma, por notória decisão da mais alta jurisdição ordinária italiana, em novembro de 2008, como resposta a uma expansão desenfreada desta *fattispecie* de dano.

As críticas a uma noção alargada de danos extrapatrimoniais também começam a ser percebidas de forma clara no Direito francês.

Embora concordemos com a crítica a uma aplicação forçada e desenfreada a supostas hipóteses de danos existenciais, dentre outras espécies de danos extrapatrimoniais, ponderamos que nosso sistema legal é bastante diverso do sistema italiano a respeito dos danos extrapatrimoniais. Enquanto aquele sistema se inclui no regime da semitipicidade dos danos extrapatrimoniais, pois o art. 2.059 do *Codice Civile* (de forma similar ao que ocorre no Direito alemão) somente reconhece danos morais reparáveis quando expressamente previstos em lei, especialmente a lei penal, nosso ordenamento jurídico (Constituição e Código Civil) admite a plena e geral compensabilidade dos danos ditos morais ou extrapatrimoniais.

Por outro lado, a responsabilidade civil não pode ser utilizada preponderantemente para a proteção dos direitos e interesses puramente patrimoniais. No momento em que nossa Constituição claramente coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, dispõe sobre extensa lista de direitos fundamentais e de direitos de personalidade, há que se perceber que o valor do ser se sobrepõe ao valor do ter. Assim, toda tutela possível ao ser humano e a seus direitos existenciais deve ser conferida. Sempre que houver uma ofensa aos direitos mais caros ao ser humano, deve o direito dar uma eficiente resposta, penal, administrativa ou civil. O direito da responsabilidade civil pode ser parte dessa resposta.

Nesse sentido, a identificação clara dos pressupostos da invocabilidade dos danos existenciais pode contribuir para, eliminando os riscos de excesso, garantir uma maior e mais eficiente proteção do ser humano, objetivo maior de nosso ordenamento constitucional.

NOTAS

- 1 SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em droit français civil, administratif, professionnel, procedural**: conséquences et aspects divers. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939. t. II, n. 525.
- 2 *Ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 172.720, em 6 de fevereiro de 1996, o ministro Marco Aurélio, da 2ª Turma do STF, referiu que o dano moral reparável seria identificado pelos “[...] sentimentos de desconforto, constrangimento, aborrecimento e humilhação”, em decorrência do extravio de bagagem em viagem ao exterior, fato esse que acarretaria “transtornos imensos”. Na mesma ocasião, o ministro Francisco Rezek afirmou que, para a caracterização do dano moral, “[...] não é necessária uma agressão à personalidade moral do ser humano”.*
- 3 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II. p. 414 e seg.
- 4 PONTES DE MIRANDA pode ser considerado precursor dessa corrente, ao referir que “[...] dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”. In: **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. tomo XXVI, § 3.108, p. 30.
- 5 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 156 e seg.
- 6 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 6, p. 79-97, 2001.
- 7 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 88 e seg.
- 8 Digesto, 9, 3, 7.
- 9 Aludo, aqui, ao famoso livro do professor inglês ATIYAH, P. S. **The damages lottery**. Oxford: Hart Publishing, 2000 (a primeira edição é de 1997).
- 10 Expressão referida pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne) Muriel Fabre-Magnan, em seu interessante artigo *Le dommage existentiel*, acessado no site www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/le-dommage-existential-2010-10-26, em 8 de outubro de 2012.

- 11 Essas reflexões e alusões também são encontradas no já citado artigo do professor Muriel, acima referido.
- 12 Como consta da Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776: “Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a **busca da felicidade**” – na tradução de Fábio Konder Comparato, **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 91.
- 13 SOARES, Fláviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- 14 Lembrando que a expressão *Tribunale*, na estrutura judiciária italiana, refere-se a um órgão judiciário de primeiro grau, não se equiparando aos Tribunais na estrutura judiciária brasileira. O equivalente ao nosso Tribunal de Justiça é denominado, na Itália, de Corte d’ Appello.
- 15 POGLIANI, Mario, Le complesse vicente del danno biologico. In: PAJARDI, Daniela (Org.). **Danno biologico e danno psicologico**. Milano: Giuffrè, 1990. p. 14.
- 16 *Caso Sanna e D’Angelo c. Arbia*, julgado pelo *Tribunale di Milano*, em 18 de fevereiro de 1988, publicado na *RCP*, 1988, p. 454, e na *NGCC*, 1989, I, p. 152. Outro caso de *danno alla serenità familiare* foi julgado pelo *Trib. Avezzano*, em 31 de março de 1993, *caso Buffone c. Boccabella*.
- 17 MONATERI, Pier Giuseppe. *Trattato di diritto civile*. In: SACCO, Rodolfo (Org.). **Le fonti delle obbligazioni: la responsabilità civile**. Torino: Utet, 1998. p. 496 e 303.
- 18 *Tradução livre da reprodução parcial do acórdão, colacionada por Gregor Christandl, em sua obra La risarcibilità del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 326.
- 19 Na França, é chamado de préjudice sexuel e se refere a todos os danos concernentes à esfera sexual. Segundo o Relatório Dintilhac, encomendado pelo Ministério da Justiça Francesa, com vista à uniformização da nomenclatura dos danos extrapatrimoniais, costuma-se distinguir três tipos de danos à esfera sexual:
- a) o prejuízo morfológico que afeta diretamente os órgãos sexuais primários e secundários, como resultado da lesão sofrida;
 - b) o dano relativo ao ato sexual em si, em razão da perda do prazer ligado ao relacionamento íntimo (perda ou diminuição da libido, perda da capacidade física de realizar o ato, perda da capacidade de atingir orgasmos);
 - c) o dano ligado à impossibilidade ou dificuldade de procriar.
- Esses danos devem ser apreciados em concreto, levando-se em consideração os parâmetros pessoais de cada vítima.
- 20 CHRISTANDL, Gregor. **La risarcibilità del danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2007. p. 77.
- 21 CENDON, Paolo (Dir.). **Trattato breve dei nuovi danni: il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali**. Padova: Cedam, 2001.
- 22 Como o pleito de uma noiva em razão de ter quebrado o salto de seu sapato durante a cerimônia de casamento, ou o de uma mulher em razão de um corte equivocado de cabelo, ou de uma espera estressante no aeroporto, ou o fato de ter perdido de assistir a uma partida de futebol na televisão em razão de corte de luz. Também foi negada indenização pelo alegado dano moral decorrente da morte de um animal (cavalo de corrida), ao qual o autor era muito chegado, na medida em que, afirmou-se, a constituição não protege o vínculo existente entre um homem e um animal.
- 23 Tal orientação restou sedimentada na jurisprudência mais recente, em que se tem reafirmado que não é possível a identificação de subcategorias dentro da categoria “omnicomprensiva” dos danos não patrimoniais – a não ser com o propósito meramente descritivo. Nesta entram tanto o dano biológico, que abrange os danos à vida de relação e o estético, quanto o dano moral subjetivo (Sezione Civile 6 - III, Ordinanza n. 15414, de 13 de julho de 2011; Sezione Civile 3, Sentenza n.º 6750, de 24 de março de 2011).
- 24 Acessível no site <http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Rassegna%20civile%202011.pdf>, no qual se pode ler especialmente a Segunda Parte, intitulada “I Diritti Fondamentali e la Responsabilità”, com destaque para o capítulo sobre “La selezione e la vocazione universale dei diritti fondamentali”, de autoria de Francesco Cirillo, bem como para o capítulo escrito por Marco Rossetti, sobre “La lesione dei diritti fondamentali e il risarcimento del danno non patrimoniale”.

- 25 Os textos legais franceses – como em quase todos os demais países – não fazem referência aos tipos de danos indenizáveis. Ou simplesmente referem “dommage” – como o Código Civil – ou fazem referência genérica a “des chefs de préjudices” – como a Lei “Badinter” de 1985, sobre os acidentes de circulação, ou a lei de 4 de março de 2002 sobre os acidentes médicos. Assim, não há uma lista dos prejuízos indenizáveis no direito francês. Coube, então, à jurisprudência identificar algumas espécies de danos indenizáveis, batizando-os. O último deles foi o “préjudice d’anxiété”, ou dano da ansiedade (Corte de Cassação, Câmara Social, decisão de 11 de maio de 2010, nº09-42.241).
Tal situação sempre foi fonte de incertezas, razão pela qual muitos estudos foram feitos para tentar uniformizar a nomenclatura e os tipos de danos indenizáveis. Desses estudos, dois se destacaram, pois foram apresentados relatórios encomendados pelo Ministério da Justiça: Um primeiro relatório foi apresentado em junho de 2003, pelo grupo de trabalho dirigido pela professora Lambert-Faivre.
Um segundo relatório foi apresentado em outubro de 2005, pelo grupo de trabalho dirigido pelo professor Jean-Pierre Dintilhac, presidente da Segunda Câmara Cível da Corte de Cassação. Em ambos os casos, a ideia é apresentar uma lista exhaustiva de danos indenizáveis.
O relatório Dintilhac pode ser acessado pelo site: <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/elaboration-dune-nomenclature-des-prejudices-corporels-11945.html>.
- 26 Corte de Cassação, Ass. Plén., 19 de dezembro de 2003, Bull. 2003; Ass. Plén., nº 8, p. 21, pourvoi nº 02-14.783 e Corte de Cassação, 2ª Câmara Cível, decisão de 3 de junho de 2004, Bull. 2004, II, nº 276, p. 235, pourvoi nº 02-14.920, dentre outros.
- 27 FABRE-MAGNAN, Muriel. **Le dommage existentiel**. Disponível em : <www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/le-dommage-existential-2010-10-26>. Acesso em: 8 out. 2012.
- 28 Corte de Cassação, Seção Social, com vários acórdãos julgados no dia 11 de maio de 2010: nº 09-42241 a nº 09-42257, publicados também na *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, ano 2010, p. 564, com nota de P. Jourdain.
- 29 A esse respeito aconselha-se a consulta de interessante artigo do desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, intitulado Indenização por abandono afetivo, disponível no site http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/Indenizacao.pdf, consulta em 10 de dezembro de 2011.
- 30 A esse respeito aconselha-se a obra MEDINA, Graciela. Daños en el derecho de familia. Segunda edición actualizada, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- 31 “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que “A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária” (Resp nº 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29-11-2005). II. Recurso especial não conhecido (Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgamento em 28-4-2009)”.
- 32 “RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julg. em 29 de novembro de 2005)”.
- 33 MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano IX, n. 13, p. 5-29, dez./jan. 2010, (p. 13).
- 34 Idem, ibidem, p. 14.
- 35 “APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. GUARDA. ALIMENTOS. DANO MORAL. SENTENÇA PARCIAL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. MANUTENÇÃO. ART. 285-A DO CPC. INAPLICABILIDADE. 1) [...] Não obstante as ponderações realizadas acerca da quebra dos deveres conjugais e da imputação de culpa para fins indenizatórios, na decisão pela improcedência do pedido não foram minimamente

- ponderados os argumentos postos em juízo pela demandante. [...], não se podendo olvidar, outrossim, que as questões afetas ao direito de família são singulares e, por isso, merecem exame particularizado, sob pena de, ainda que por via oblíqua, acarretar em negativa de jurisdição. [...] APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA (Apelação Cível n.º 70044520245, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 27-10-2011)”.
- 36 SKAF, Samira. Possibilidade legal de concessão de dano moral aos filhos abandonados afetivamente pelos pais, frente ao cometimento de ato ilícito. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano XI, n. 13, p. 93-118 (p. 105), dez./jan. 2010.
- 37 VIEIRA, Cláudia Stein Vieira. A relação jurídico-afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilização civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes (Coord.). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 47.
- 38 APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. ALIMENTOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABUSO E VIOLÊNCIA PSÍQUICA E FÍSICA. GRAVIDADE DOS DANOS SUFICIENTEMENTE PROVADOS. VALOR DA CONDENAÇÃO E VERBA ALIMENTAR MANTIDOS NO PATAMAR POSTO NA SENTENÇA. 1. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A gravíssima situação dos autos, em que a autora, desde menina (a partir dos 8 anos de idade), foi submetida à violência física e sexual, tendo, aos 25 anos, se casado com o agressor, configura à saciedade, dor, vexame, sofrimento e humilhação que, fugindo à normalidade, interferiram intensamente no comportamento psicológico da apelada, gerando sério desequilíbrio em seu bem-estar. 2. É certo que a jurisprudência em geral – e muito particularmente a deste Tribunal – é justificadamente recalcitrante em deferir danos morais no âmbito das relações familiares, dadas as peculiaridades que as cercam. O caso, porém, extrapola tudo o que se possa cogitar em termos de dano à pessoa, caracterizando dano moral mesmo que abstraída a conjuntura familiar em que foi praticado. 3. VALOR DA CONDENAÇÃO. A intensidade do dano e seqüelas emocionais, justificam a quantia – não obstante não haver valor suficiente para recompor as lesões psíquicas ou reparar os traumas e sofrimento vivido pela autora desde criança (“uma vida perdida”). [...] NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70042267179, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14/07/2011)”.
- 39 MEDINA, Graciela. **Daños en el derecho de familia**. Segunda edición actualizada, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 27.
- 40 “APELAÇÃO CÍVEL. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO. PAIS ADOTIVOS. AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADOÇÃO DE CASAL DE IRMÃOS BIOLÓGICOS. IRRENUNCIABILIDADE E IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. ADMISSIBILIDADE, SEM PREJUÍZO DA INCIDÊNCIA DE SANÇÕES CIVIS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 166 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERDA DO PODER FAMILIAR EM RELAÇÃO AO CASAL DE IRMÃOS ADOTADOS. DESCONSTITUIÇÃO EM FACE DA PRÁTICA DE MAUS-TRATOS FÍSICOS, MORAIS. CASTIGOS IMODERADOS, ABUSO DE AUTORIDADE REITERADA E CONFERIÇÃO DE TRATAMENTO DESIGUAL E DISCRIMINATÓRIO ENTRE OS FILHOS ADOTIVOS E ENTRE ESTES E O FILHO BIOLÓGICO DOS ADOTANTES. EXEGESE DO ART. 227, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, C/C ART. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º E ART. 47, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, C/C ART. 1.626, 1.634, 1.637 E 1.638, INCISOS I, II E IV, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS CIVIS DA ADOÇÃO. AVERBAÇÃO DO JULGADO À MARGEM DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO DOS MENORES. PROIBIÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE DE OBSERVAÇÃO. EXEGESE DO ART. 163, § ÚNICO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL CAUSADO AOS MENORES. ILÍCITO CIVIL EVIDENCIADO. OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR PECUNIARIAMENTE OS INFANTES. APLICAÇÃO DO ART. 186 C/C ART. 944, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. JUROS MORTUÓRIOS. MARCO INICIAL. DATA EM QUE A SEQUÊNCIA DE ILICITUDES ATINGE O SEU ÁPICE, MATIZADA, NO CASO, PELO ABANDONO DO FILHO ADOTADO EM JUÍZO E SUBSCRIÇÃO DE TERMO DE RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. EXEGESE DO

ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL EM INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM O ART. 407 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. PERTINÊNCIA ENTRE O PEDIDO E O PRONUNCIADO. NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS CLÁSSICAS EM SEDE DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MITIGAÇÃO DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍTIMAS QUE, NA QUALIDADE DE IRMÃOS BIOLÓGICOS E FILHOS ADOTIVOS DOS RÉUS MERECEM RECEBER, EQUITATIVAMENTE, A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELOS DANOS IMATERIAIS SOFRIDOS [...].

- A adoção é medida irrevogável e irrenunciável, assim como o é a filiação biológica, sendo impossível juridicamente a prática de qualquer ato dos pais buscando atingir tal desiderato. Por outro lado, por aplicação analógica do art. 166 do ECA, os pais podem renunciar ao poder familiar, sem prejuízo da possibilidade de decretação pelo Estado-juiz da sua suspensão ou extinção pelos motivos elencados nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638, todos do Código Civil, combinados com os dispositivos do Estatuto específico que dispõe também sobre a matéria. Assim, considera-se inexistente o 'termo de declaração de renúncia ao poder familiar' firmado pela genitora dos menores, notadamente no que concerne à prática do malsinado ato, por instrumento de mandato, na qualidade de procuradora representante de seu marido, cidadão estrangeiro que se encontrava no exterior para a realização de curso de pós-graduação. Destarte, se a lei veda a adoção por procuração (ECA, art. 39, 2º), *mutatis mutandis*, estaria igualmente proibida a sua desconstituição ou poder familiar por instrumento de mandato. Assinala-se, por oportuno, a tomada de vulto em todo o território nacional da infeliz prática de situações idênticas ou semelhantes a que se examina neste processo, atos irresponsáveis e de puro desamor de pais adotivos que comparecem aos fóruns ou gabinetes de Promotores de Justiça para, com frieza e desumanidade, 'devolver' ao Poder Público seus filhos, conferindo-lhes a vil desqualificação de seres humanos para equipará-los a bens de consumo, como se fossem produtos suscetíveis de devolução ao fornecedor, por vício, defeito ou simples rejeição por arrependimento. E, o que é mais grave e reprovável, a desprezível prática da 'devolução' de crianças começa a assumir contornos de normalidade, juridicidade, legitimidade e moralidade, em prol do pseudo benefício dos infantes. O Poder Judiciário há de coibir essas práticas ignóbeis e bani-las do nosso contexto sócio-jurídico de uma vez por todas. Para tanto, há de, exemplarmente, punir os infratores das lei civis, destituindo-os do poder familiar e condenando-os pecuniariamente pelo ilícito causador de danos imateriais a crianças e adolescentes, vítimas já marcadas pela própria existência desafortunada que se agrava com os atos irresponsáveis de seus adotantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal de seus agentes. Frisa-se, ainda, que a inserção de crianças e adolescentes em famílias substitutivas objetiva atender primordialmente os interesses dos menores (art. 1.625, CC) e não as pretensões dos pais, mesmo que altruísticas, em que pese não raramente egoísticas.

Castigar imoderadamente os filhos, humilhá-los e desqualificá-los no seio familiar e publicamente, ameaçá-los com castigos e malefícios diversos, inclusive a 'desconstituição' da adoção, o abuso de autoridade, violência psicológica, desamparo emocional e a conferição de tratamento desigual entre os irmãos adotados, e, entre estes e o filho biológico do casal adotante, entre outras práticas vis, são suficientes para ensejar a destituição do poder familiar com fulcro no art. 1.637 c/c art. 1.638, incisos I, II e IV do Código Civil, e art. 18 c/c art. 24 do ECA, na exata medida em que o instituto jurídico da adoção confere aos adotados idêntica condição de filho, com os mesmos direitos e qualificações, segundo regra insculpida na Lei Maior (art. 227, § 7º), art. 1.626 do Código Substantivo Civil e art. 20 do ECA. Assim, a prática desses atos que dão ensejo à perda do poder familiar sobrepõem-se ao eventual desinteresse posterior dos réus à renúncia formulada. Sem dúvida, os pais têm o condão de, em tempo hábil, desistir da renúncia ao poder familiar eventualmente por eles formulada ou assentida. Todavia, serão destituídos do poder familiar pela prática de outros atos graves, como sucede no caso em exame.

[...]

A perda do poder familiar não extingue os demais vínculos civis decorrentes da adoção, inclusive os sucessórios, mantendo-se os infantes na condição de filhos dos adotantes

(CF, art. 227, § 7º c/c CC, art. 1.626 c/c e ECA, art. 41). CF, art. 227, §7º, CC, art. 1.626, ECA, art. 41, VI).

A prática de atos que dão ensejo à desconstituição do poder familiar é causadora, por ação ou omissão, de danos imateriais aos infantes (na hipótese, casal de irmãos) que experimentam sofrimentos físicos e morais, decepções e frustrações por não encontrarem um lar substitutivo capaz de proporcionar-lhes amor, harmonia, paz e felicidade. In casu, agrava-se o dano das infelizes crianças a circunstâncias de procederem de família cujos genitores biológicos já haviam sido destituídos, igualmente, do poder familiar, sendo que residiam em abrigo especializado enquanto aguardavam, esperançosamente, pela adoção que ora se frustra. Por essas razões, acertada a formulação de pedido condenatório do Ministério Público e o seu acolhimento pela magistrada sentenciante, por danos morais, em face dos atos praticados pelos réus contra seus filhos menores, servido a providência como medida punitiva e profilática inibidora, além de compensar pecuniariamente as vítimas do ilícito civil, tendo a quantia estabelecida observado bem a extensão do dano e a qualidade das partes, em sintonia com princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O dano moral, na qualidade de ilícito civil de natureza imaterial, há de ser compensado pecuniariamente, nos termos do disposto no art. 186 do Código Civil, tendo-se como balizamento para a quantificação a extensão do dano sofrido pelas vítimas. Por sua vez, os juros haverão de incidir desde a data em que o ilícito foi praticado, segundo regra definida no art. 398 do Código Civil que, praticamente, repete na íntegra as disposições contidas no art. 962 do revogado Código de 1916 [...].

(208057 SC 2011.020805-7, Relator: Joel Figueira Júnior, Data de Julgamento: 20/09/2011, Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina)”.

- 41 Termo utilizado na decisão proferida em Primeiro Grau.
- 42 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família?: conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 201.
- 43 AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. **Responsabilidade civil no direito de família**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1335/Responsabilidade_Civil_20no_20Direito.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 dez. 2011.
- 44 Essa posição já foi defendida pela autora no artigo: WESENDONCK, Tula. O dano existencial na jurisprudência italiana e brasileira: um estudo de direito comparado. **Revista da Ajuris**, ano 38, n. 124, dez. 2011.
- 45 CHRISTANDL, Gregor. **La risarcibilità del danno esistenziale**. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 242 - 244.
- 46 A indenização por abandono afetivo também foi objeto de julgado em decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, “[...] reconhecendo que o abandono paterno (não necessariamente o abandono financeiro, mas no sentido de ausência física e afetiva) representa afronta da dignidade humana e, assim, pode gerar dano extrapatrimonial passível de ser indenizado” (SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 81).
- 47 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, v.6, n. 24, p. 21-53, out./dez. 2005.
- 48 CHRISTANDL, Gregor. **La risarcibilità del danno esistenziale**. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 282.
- 49 CENDON, Pablo; ZIVIZ, Patrizia. Vencedores y vencidos (... Después de la Sentencia n.º 233/2003 de la Corte Constitucional). In: PUERTAS, Carlos Alberto; JAÉN, María Elisa Zapata; GONZALES, Carlos Augusto. **Persona, derecho y libertad: nuevas perspectivas**. Lima: Montiversa Editora Jurídica, 2009. p. 297.
- 50 Idem, ibidem, p. 306.
- 51 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed, São Paulo: Atlas, 2011. p. 180.
- 52 Idem, ibidem, p. 181.

- 53 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e responsabilidade**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 22.
- 54 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 88.
- 55 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 89-90.
- 56 A esse respeito, importante consultar: REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- 57 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e responsabilidade**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 21.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. **Responsabilidade civil no direito de família**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1335/Responsabilidade_%20Civil_%20no_%20Direito.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 dez. 2011.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, v. 6, n. 24, out./dez. 2005.

ATIYAH, P. S., **The damages lottery**. Oxford: Hart Publishing, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CENDON, Pablo; ZIVIZ, Patrizia. Vencedores y vencidos (... Después de la Sentencia n.º 233/2003 de la Corte Constitucional). In: PUERTAS, Carlos Alberto; JAÉN, Maria Elisa Zapata; GONZALES, Carlos Augusto. **Persona, derecho y libertad: nuevas perspectivas**. Lima: Montiversa Editora Juridica, 2009.

CENDON, Paolo (Dir.), **Trattato breve dei nuovi danni: Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali**. Padova: Cedam, 2001.

CHRISTANDL, Gregor. **La risarcibilità del danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II.

DINTILHAC, Jean- Pierre. **Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels**. Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/elaboration-dune-nomenclature-des-prejudices-corporels-11945.html>>. Acesso em: 8 out. 2012.

FABRE-MAGNAN, Muriel. **Le dommage existentiel**. Disponível em : <www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/le-dommage-existential-2010-10-26>. Acesso em: 8 out. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JOURDAIN, P. Corte de cassação, seção social, acórdãos julgados no dia 11 de maio de 2010: n.º 09-42241 a n.º 09-42257, publicados na **Revue Trimestrielle du Droit Civil**, ano 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e responsabilidade**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 6, 2001.

MADALENO, Rolf. Responsabilidade Civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano XI, n. 13, p. 5-29, dez./jan 2010.

MEDINA, Graciela. **Daños en el derecho de familia**. Segunda edición actualizada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

MONATERI, Pier Giuseppe. Trattato di diritto civile. IN: SACCO, Rodolfo (Org.). **Le fonti delle obbligazioni**: la responsabilità civile. Torino: Utet, 1998. v. III.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família?: conjugali-
dade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da
Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência
familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro:
Forense, 2006.

POGLIANI, Mario. Le complesse vicente del danno biológico. In: PA-
JARDI, Daniela (Org.). **Danno biologico e danno psicologico**. Milano:
Giuffrè, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito
privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. tomo XXVI, § 3.108, p. 30.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. São Paulo: Sa-
raiva, 1999.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Indenização por abandono afetivo**. Dis-
ponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/
Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/Indenizacao.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/Indenizacao.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2011.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em droit fran-
çais civil, administratif, professionnel, procedural: conséquences et
aspects divers**. Paris: 1939. t. II, n. 525.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade
civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed.
São Paulo: Atlas, 2011.

SKAF, Samira. Possibilidade legal de concessão de dano moral aos
filhos abandonados afetivamente pelos pais, frente ao cometimento
de ato ilícito. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**,
Belo Horizonte, n. 13, p. 93-118, dez./jan. 2010.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano exis-
tencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIEIRA, Cláudia Stein. A relação jurídico-afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilização civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

WESENDONCK, Tula. O dano existencial na jurisprudência italiana e brasileira: um estudo de direito comparado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 124, p. 327-356, dez. 2011.

Artigo recebido em: 10-12-2012

Aprovado em: 2-1-2013