



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INCIDÊNCIA DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Suzane Emanuele Pio de Melo Silva

Rio de Janeiro
2019

SUZANE EMANUELE PIO DE MELO SILVA

A INCIDÊNCIA DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

A INCIDÊNCIA DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Suzane Emanuele Pio de Melo Silva

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – O Direito de Família vem evoluindo de forma significativa de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade, devendo o Direito estar sempre atento em relação a essas mudanças para que novos institutos possam ser tutelados do modo mais justo e equânime para as partes. A aferição do dano moral por abandono afetivo se submete a um grau elevado de subjetividade, havendo dificuldade pelo aplicador do Direito em delimitar a sua existência e extensão. A essência desse trabalho é esclarecer alguns dos principais pontos que tornam essa questão complexa e apresentar a melhor orientação para cada uma delas.

Palavras-chave – Direito de Família. Dano moral. Abandono afetivo. Incidência. Prazo prescricional. Provas.

Sumário – Introdução. 1. A possibilidade de a ausência de afeto ser considerado um ato ilícito ensejador de dano moral quando na concepção humana o afeto é um ato voluntário. 2. A hipótese de a legitimidade para a propositura da ação indenizatória se restringir aos adultos e não apenas às crianças e adolescentes. 3. A abordagem do dano moral por abandono afetivo diante da dificuldade de valoração dos fatos e das provas elencadas nos autos por quem alega o dano. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, busca-se esclarecer alguns pontos sobre o tema do dano moral por abandono afetivo que ainda pouco foram discutidos e esclarecidos no mundo jurídico.

A evolução da sociedade trouxe diversas mudanças no mundo jurídico, em especial no Direito de Família. Antigamente o conceito de família era bastante delimitado, havia um conceito estritamente patriarcal. Entretanto, com as mutações oriundas das relações humanas, abriram-se diversas interpretações para o conceito de família.

A prole era considerada um “bem” da família, mas que, porém, atualmente verificam-se diversos casos de abandono dos filhos em razão da desestruturação do núcleo familiar.

No caso precisamente do abandono afetivo que se converge na negligência com os filhos, esta é causada especialmente pela preterição de uma família em detrimento de outra ou até mesmo por egoísmo do ser humano.

Um dos fatos que vem sendo frequentemente verificado é o filho preterido em razão de um novo matrimônio de um dos cônjuges, e que em decorrência sofre grande abalo psicológico no que tange ao constrangimento perante o círculo social e familiar. Muitos desses indivíduos que sofrem esse trauma apresentam problemas de desenvolvimento pessoal no futuro, sendo evidente a dificuldade de manutenção de relações próximas com as pessoas.

A valoração jurídica desse tipo de dano (sofrimento) parece ser extremamente difícil do ponto de vista do magistrado, ao ter que analisar toda essa questão que é apresentada de forma exclusivamente subjetiva, e assim, adequar a pretensão da vítima de abandono afetivo à um fundamento jurídico sólido e de certa forma objetivo.

Atualmente o debate sobre a incidência do dano moral por abandono afetivo, apesar de haver entendimentos da doutrina e jurisprudência no sentido favorável, ou seja, acerca de sua possibilidade, ainda há resistência na aplicação deste instituto em razão de muitos entenderem que não se enquadraria em um conceito de ato ilícito.

No capítulo 1, será abordada a hipótese de a ausência de afeto ser um legitimador da incidência do dano moral por abandono afetivo, de forma que, por se tratar de um assunto de bastante complexidade e subjetividade, deve o aplicador do Direito ter certos cuidados na delimitação da ocorrência.

No capítulo 2, será tratado o ponto da legitimidade para a propositura da ação indenizatória cabível, sendo de suma importância para a evolução do Direito de Família, já que atualmente restringem-se a apenas crianças e adolescentes, isto é, está vinculada ao exercício do poder familiar.

Contudo, por se tratar de um tema bastante amplo, a legitimidade tratada neste trabalho estende-se para além da hipótese da pessoa sob o poder familiar, apontando a possibilidade de um jovem adulto ou adulto também ser parte legítima para pleitear a reparação.

Ademais, abordar-se-á sobre o prazo prescricional que ainda precisa de vasto debate em razão do olhar diretamente a um só aspecto (poder familiar), havendo a necessidade de ampliação dessa visão para que se possa ampliar o aspecto temporal para os indivíduos que jamais tiveram a tutela do Poder Judiciário devido ao fato de o instituto ser relativamente novo no mundo jurídico.

Por fim, o capítulo 3, será abordada a questão sobre as provas que também gera um grande debate, haja vista a dificuldade em relação à ponderação das provas apresentadas e muitas vezes a ausência delas pelo decurso de longo prazo.

A elaboração do presente artigo foi baseada em interpretação de norma constitucional e infraconstitucional (Código Civil) em razão da ausência de disposição expressa da legislação pátria sobre a hipótese de incidência. Além disso, foram utilizados julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, além de artigos e doutrina tratando direta ou indiretamente sobre os pontos propostos, a fim de aprimorar o estudo sobre o tema.

Dessa forma, todas essas questões devem ser discutidas e examinadas a fim de auxiliar o aplicador do Direito no seu ofício de prestar o melhor auxílio jurídico.

A presente pesquisa será elaborada pelo método de pesquisa exploratória, havendo a abordagem sobre determinados pontos do tema proposto, por meio de análise da jurisprudência, artigos e livros, a fim de esclarecer alguns pontos controvertidos e importantes para o adequado entendimento do caso.

A abordagem desta pesquisa será realizada de forma qualitativa, com o intuito de averiguar os pontos determinados do tema proposto com base na leitura dos documentos mencionados.

1. A AUSÊNCIA DE AFETO COMO UM ATO ILÍCITO ENSEJADOR DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO E A CONCEPÇÃO HUMANA DE QUE O AFETO É UM ATO VOLUNTÁRIO

A ausência de afeto como um ato ilícito ensejador do dano moral por abandono afetivo é um assunto relativamente novo e que vem sendo objeto de muitas controvérsias no mundo jurídico, em especial aos aplicadores do Direito, já que se trata de um tema extremamente subjetivo.

Na concepção humana, entende-se o sentimento como um ato voluntário, natural e gratuito, não podendo ser considerado espontâneo quando eivado de coação, simulação, deslealdade ou com qualquer outra característica que ludibrie o receptor, estando sujeito à caracterização de ilícito e à consequente responsabilização civil quando gerador de danos de ordem psíquica.

Neste sentido, é perceptível que ninguém é obrigado a demonstrar afeição por uma pessoa, ou ainda, fingir esse sentimento para tão somente agradar outrem. O ser humano deve ser livre para sentir, tendo apenas o dever de respeitar o próximo, de forma que a ausência de afeto não gere consequências devastadoras à outra pessoa.

Em um primeiro momento, não se verifica qualquer dificuldade em se abster de praticar a conduta forçada, já que é inerente ao ser humano a espontaneidade, ligada à própria boa-fé. O problema ocorre, porém, quando se trata de relações próximas, como a relativa ao âmbito familiar, especialmente a decorrente do vínculo de filiação.

O ordenamento jurídico pátrio impõe uma série de deveres de observância obrigatória aos pais, estando o abandono afetivo diretamente ligado¹ ao descumprimento de tais obrigações e que podem ser totais ou parciais.

A ausência de afeto por si só não é e não pode ser considerada um fato ilícito e punível.² Entretanto, essa afirmativa merece certa ponderação e maior destaque nas relações familiares.

É notória a ocorrência de diversos litígios nas relações de cônjuges e/ou companheiros, que influenciam demasiadamente no meio externo de convívio, e consequentemente, atingem os próprios filhos do casal, sendo estes considerados as maiores vítimas desses conflitos.

Em virtude da situação presumida de vulnerabilidade das crianças e adolescentes, muitos acabam sofrendo demasiadamente com o abandono de um dos pais, sendo preteridos em razão de um novo matrimônio ou, até mesmo, por egoísmo.

As consequências advindas do abandono repentino e injustificado, muitas vezes, refletem por toda a vida de uma pessoa, sendo que o atingimento da maioridade não cessa de forma automática as dores psíquicas e os traumas vividos. Não há injustiça moral maior do que permitir que um indivíduo, seja criança, adolescente ou um adulto sofra pelo abandono afetivo de quem deveria prover todo o amor do mundo.

Assim, todo e qualquer abandono afetivo que possa gerar consequências graves e irremediáveis merece absoluto amparo jurídico, a fim de corroborar a responsabilização civil do genitor ou genitora e o consequente dever de indenizar.

Nota-se que os requisitos genéricos da responsabilidade civil aplicam-se ao Direito de Família e, por conseguinte, no presente tema objeto de análise, já que o dever de indenizar é inerente ato ilícito propriamente dito, tendo esta consequência um caráter universal.

Neste sentido, cabe trazer à baila a definição sobre o dever de indenizar, formulada por Sérgio Cavalieri Filho³, e que pode se adequar perfeitamente no âmbito do Direito de

¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 871.

² SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno – filial*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf Acesso em 09 jun. 2019.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.16.

Família:

Sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mas nunca a lei indicou qual seria essa obrigação. Agora o Código diz – aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.

A responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família⁴ acaba não sendo restrita ao vínculo marido e mulher ou companheiro e companheira, de modo que independe se os pais eram casados, se mantinham uma relação extraconjugal ou se a relação era não eventual, restringindo-se a responsabilidade, na hipótese deste trabalho, na relação própria entre pais e filhos.

É notório o dever constitucional, conforme o artigo 227 da Constituição Federal⁵, de ambos os pais em zelarem pela criação dos filhos, fornecendo-lhes, além de todo o amparo material, as mínimas condições de dignidade para que possam se desenvolver físico e psicologicamente de forma adequada. Tais obrigações são decorrentes do próprio poder familiar que não deve ser mitigado sob nenhuma circunstância à criança ou o adolescente em desenvolvimento.

Nota-se que, além do dever de sustento e guarda dos pais perante os filhos, há outros deveres inerentes ao poder familiar, tais como o carinho, o zelo, a atenção e outras atitudes que fogem do âmbito material, que merecem maior atenção dos aplicadores e estudiosos do Direito, já que a ausência destes podem gerar consequências irreparáveis ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Assim, não há óbice para a caracterização do ilícito a ausência do dever de indenizar, devendo ser ponderado caso a caso, evidenciados os danos psíquicos da vítima.

Outro ponto em discussão sob a análise desse instituto é a caracterização da natureza jurídica do dever de indenizar em decorrência do abandono afetivo.

As Turmas do Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram algumas vezes sobre o tema, e inclusive, houve julgamentos de uma mesma Turma (4ª Turma) nos quais houve divergências em suas conclusões, o que corrobora a existência de controvérsia sobre o tema.

⁴ TARTUCE, Flávio. *Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia> Acesso em: 17 set. 2018.

⁵BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 jun. 2019.

Em sede de julgamento do Recurso Especial (REsp nº 1579021/RS)⁶, foi discutida a possibilidade da incidência de dano moral por abandono afetivo, na qual a decisão foi no sentido negativo em razão da efetiva prestação do dever material, guarda e educação, sendo este fato considerado desestimulador da indenização requerida pela alimentada. Logo, conclui-se nesta hipótese que o dano moral por abandono afetivo seria suprimido em decorrência da prestação de alimentos, assumindo um caráter meramente patrimonial.

No julgamento supracitado, houve um voto vencido em sentido contrário do Ministro Marco Buzzi, no qual proferiu o seguinte entendimento:

Com o escopo de demonstrar a possibilidade de compensação dos danos decorrentes do abandono afetivo parental, ressalta-se que, muito embora não se possa conceber o sentimento do amor como fruto de um dever, há, no seio da família, determinados cuidados, zelos e providências, voltadas ao interesse e bem estar da prole – vulgarmente denominados ou identificados como elementos da mensuração do que se alude como amor entre pai e filhos -, possíveis, portanto, de caracterização como dever jurídico.

Por outro lado, no julgamento do REsp nº 1087561/RS⁷ houve outro entendimento, inclinando-se em um sentido mais axiológico do dano:

[...] O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.

Nota-se que o entendimento supracitado denota um caráter afetivo e moral à indenização devida em tais hipóteses, não restringindo-se apenas à efetiva prestação de alimentos.

Dessa forma, embora haja controvérsias sobre as hipóteses de cabimento do dano moral por abandono afetivo e os conflitos existentes nas jurisprudências dos Tribunais do país, o pensamento predominante é sobre o cabimento, havendo a necessidade de delimitações sobre os demais aspectos do tema a fim de fomentar uma segurança maior sobre a resposta do tema.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1579021/RS*. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=dano+moral+abandono+afetivo&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 17 set. 2018.

⁷ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1087561/RS*. Relator: Raul Araújo. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69004720&num_registro=200802013280&data=20170818&tipo=5&formato=PDF Acesso em: 09 jun. 2019.

2. A LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA E A EXTENSÃO AOS ADULTOS E NÃO APENAS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A legitimidade ativa para a propositura da ação indenizatória de dano moral por abandono afetivo é um ponto de suma importância para a adequada compreensão do trabalho ora proposto. A priori, remete-se à ideia de que crianças e adolescentes são partes legítimas para figurar no polo ativo da referida ação, por estarem sob o poder familiar de seus pais.

A presunção de legitimidade de crianças e adolescentes ocorre em decorrência de toda a proteção conferida a estas no ordenamento jurídico pátrio, seja a partir do artigo 226 e seguintes da Constituição Federal⁸ e/ou pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)⁹, sendo estas sujeitos de direitos e pessoas em fase de desenvolvimento.

Nesse sentido, crianças e adolescentes estão inseridas em estado de vulnerabilidade, devendo ser observados os princípios mais importantes inerentes à máxima proteção destas, como o princípio da proteção integral, do melhor interesse e o da prioridade absoluta, no afã de preservar todo o processo de crescimento delas.

Não há dúvidas de que em razão da menoridade e por estar sob o poder familiar de seus pais, a legitimidade ativa das crianças e dos adolescentes se justifica.

Entretanto, a situação se altera em decorrência da cessação da menoridade, passando, a partir de então, incidir o prazo prescricional, ressalvado o direito de que a criança ou o adolescente pode, a qualquer momento durante a menoridade, por meio de representação do outro genitor ou responsável ingressar com a referida ação.

A prescrição tem íntima relação com a legitimidade ativa, já que de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1298576)¹⁰, o início do prazo prescricional ocorre quando do término/cessação do poder familiar, isto é, com o advento da maioridade. Cabe também lembrar que a cessação do poder familiar também ocorre quando há a emancipação.

Neste viés, cabe ressaltar o artigo 197, II, do Código Civil¹¹, o qual preceitua que não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes, de modo a justificar o prazo inicial como

⁸Idem. op. cit., nota 5.

⁹ Idem. *Lei nº 8.069/90*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 09 jun. 2019.

¹⁰ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1298576*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271298576%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271298576%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271298576%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271298576%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹¹ Idem. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 09 jun. 2019.

sendo a cessação do poder familiar.

O dano moral por abandono afetivo não deve ser considerado apenas como um simples fato ocorrido em determinado momento da vida do indivíduo. É necessária uma análise pormenorizada de modo a analisar as características da forma em que ocorreram os fatos, as pessoas envolvidas (tanto dentro da relação parental como as pessoas ao redor que presenciaram os fatos), a adequada identificação do início da situação e se esta perdura até o presente momento, bem como as consequências advindas e o contexto da situação envolvida.

Nota-se que individualizar toda a ocorrência dos fatos não é um trabalho de fácil realização pelo magistrado, havendo a imprescindibilidade de auxílio profissional, especialmente no âmbito da psicologia jurídica, que devem ser associados com o teor das provas produzidas e das testemunhas arroladas.

A apuração correta e devida é imprescindível para que se possa identificar o marco inicial da ocorrência do dano moral e o período o qual todo o dano foi suportado, ou no caso, se ainda está sendo suportado.

Conforme salientado anteriormente, o prazo prescricional entre ascendentes e descendentes não corre durante a vigência do poder familiar. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1579021)¹² se inclina no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação indenizatória por abandono afetivo é de 3 (três) anos.

Seguindo este raciocínio, quando cessa poder familiar em decorrência da maioridade, o jovem adulto teria mais 3 anos para ingressar com a ação, e, por conseguinte, o emancipado teria o prazo de 3 anos a contar da data da emancipação.

Entretanto, o problema surge em virtude da natureza e da extensão do dano, a qual ponderação não deve ser feita limitando-se tão somente no referido prazo prescricional, pois a lesão suportada em razão de um abandono afetivo decorrente de um vínculo de filiação é demasiadamente complexa, podendo ter efeitos permanentes na vida de uma pessoa.

O atingimento da maioridade ou a emancipação, por si só não faz com que o indivíduo ingresse em uma esfera intocável, e que pelo fato de já ser um adulto ou ser considerado apto para os atos da vida civil, há de suportar toda e qualquer dor proveniente de abandono afetivo por um ou ambos os seus pais.

O término do poder familiar não extingue o vínculo parental, de modo que o que passa a haver é tão somente a ausência de obrigação (*lato sensu*) de prestar os alimentos,

¹² *Idem. op. cit.*, nota 6.

presumindo-se que o adulto poderá se sustentar. Nesse ponto influi toda a questão financeira, mas e a psicológica, se findaria com a maioridade?

De acordo com a percepção humana, o abandono afetivo gerador do dano moral pode perpetuar no íntimo do indivíduo por tempo indeterminado, o que envolve um grau elevado de subjetividade, e conseqüentemente, se torna um desafio para o magistrado apurar a real expansão do dano no caso concreto.

Para uma aproximada elucidação da questão, há de ser novamente mencionada a questão do prazo prescricional, que para ampla jurisprudência seria o prazo trienal. Entretanto, por tudo que já foi exposto, o mais correto seria a extensão desse prazo, em virtude da complexidade que envolve a matéria, além de que o dano pode ter seus efeitos permanentes.

Apesar de vasto entendimento no sentido da aplicação do prazo trienal, cabe destacar o entendimento do ilustre professor Flávio Tartuce¹³, a respeito do prazo prescricional da referida ação, entendendo pela imprescritibilidade:

Com o devido respeito às posições expostas, entendo que, em casos de abandono afetivo, não há que se reconhecer qualquer prazo para a pretensão, sendo a correspondente demanda imprescritível. Primeiro, pelo fato de a demanda envolver Direito de Família e estado de pessoas, qual seja a situação de filho. Segundo, por ter como conteúdo o direito da personalidade e fundamental à filiação. Terceiro, porque, no abandono afetivo, os danos são continuados, não sendo possível identificar concretamente qualquer termo *a quo* para o início do prazo.

Ocorre que a imprescritibilidade da pretensão indenizatória em tal caso poderia atrair a denominada insegurança jurídica, já que possivelmente haveria muitas hipóteses de ser perquirido apenas o aumento de patrimônio em detrimento da real intenção com o cabimento da referida demanda, que é amenizar as conseqüências do dano de certa forma.

Todavia, a solução proposta pelo professor Flávio Tartuce¹⁴ sobre a imprescritibilidade é a forma mais apropriada de procurar efetivar os direitos personalíssimos do indivíduo que sofre com a perpetuação das conseqüências do abandono afetivo praticado por um ou ambos os seus genitores.

Assim, a legitimidade ativa para a propositura da ação indenizatória por abandono afetivo não deve restringir-se somente àqueles submissos ao poder familiar de seus pais, mas também àqueles que ainda sofrem em virtude das condutas praticadas por seus genitores, sejam elas praticadas antes da maioridade ou após esta, incluindo-se desta forma, os adultos

¹³ TARTUCE, Flávio. *Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI264531,71043-Do+prazo+de+prescricao+aplicavel+aos+casos+de+abandono+afetivo>>. Acesso em: 13 fev. 2019

¹⁴ *Ibidem*.

que se sentirem lesados.

O indivíduo não pode ser considerado um ser de transformação instantânea, isto é, enquanto está sob o poder familiar de seus genitores, sofre o dano moral por abandono de algum deles (ou dos dois), e depois da maioridade, passa a conseguir ter aptidão para ignorar as consequências das condutas praticadas. Isso, absolutamente não se demonstra ser razoável com o ser humano.

A questão é demasiadamente subjetiva para que a própria lei imponha um limite temporal, devendo-se analisar minuciosamente caso a caso, e contar com a razoabilidade do magistrado.

3. A ABORDAGEM DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO DIANTE DA DIFICULDADE DE VALORAÇÃO DOS FATOS E DAS PROVAS ELENCADAS NOS AUTOS POR QUEM ALEGA O DANO

Há muita controvérsia acerca do plano probatório aplicado a este tema, já que para muitos, se trataria de algo de impossível constatação e de aferição no decorrer do tempo, por ter íntima relação com o plano da subjetividade de quem alega ter sofrido o dano.

Entretanto, conforme já salientado anteriormente, o dano moral por abandono afetivo realmente existe, sendo reconhecido em várias casos levados à tutela do Poder Judiciário, sendo, portanto, um fato verídico na vida de diversas pessoas, além de ter grande relevância para o mundo jurídico nos últimos anos diante da constante evolução do Direito de Família, e especialmente quando se trata do campo das provas.

O ordenamento jurídico brasileiro consagra, em seu artigo 5º, LV da Constituição Federal¹⁵, a garantia para todos à ampla defesa e ao contraditório, com os meios e recursos à ela inerentes, de modo que o âmbito probatório deverá ser o mais extenso o possível, a fim de atingir o fim almejado, ora a comprovação das alegações elencadas nos autos.

Neste viés, assim como no exercício da ampla defesa, o oferecimento de provas também poderá ocorrer no momento do contraditório, quando a parte sentir a necessidade de por algum meio probatório, refutar as alegações e/ou provas da parte contrária.

Outrossim, não há dúvidas de que há de ser observada a extensão da produção de provas no que tange ao rito processual adotado. Isto, pois, apesar de haver a ampla defesa e o contraditório, há disposições legais que podem limitar a produção de provas, como, por

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 5.

exemplo, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis¹⁶.

Além disso, conforme a complexidade do tema e a dificuldade de valoração dos fatos e das provas anexadas, o rito ordinário é a melhor alternativa, pois neste não há limitação para a produção dos meios de prova, desde que admitidas em Direito.

A corroborar a importância da garantia à produção de provas no curso de um processo, cabe destacar o entendimento de Alexandre Freitas Câmara¹⁷:

Pode-se afirmar que a prova *é a alma do processo de conhecimento*. É que só através das provas o juiz poderá reconstruir os fatos da causa e, com isso, produzir uma decisão que – construída através da participação em contraditório de todos os atores do processo – seja a correta para o caso deduzido. É através da atividade de produção e valoração da prova, portanto, que o processo de conhecimento poderá adequadamente produzir os resultados que dele são esperados.

Acerca dos meios de provas a embasar uma ação indenizatória por dano moral afetivo, há diferentes graus de valoração das cargas probatórias de acordo com uma prova e outra.

A prova testemunhal, sem dúvidas, tem uma grande relevância para o deslinde da pretensão relativa ao tema proposto.

Com a prova testemunhal, pode ser verificada com precisão a autenticidade dos fatos narrados, já que se presume que as testemunhas arroladas estão em situação próxima com a realidade dos fatos narrados pela parte.

Importante salientar sob essa ótica que as testemunhas arroladas nos autos da ação indenizatória por abandono afetivo necessariamente tem que ter algum grau de proximidade com a vítima do dano a fim de que se possa corroborar os fatos, porém, é necessário que não haja qualquer interesse na causa, sob pena de se configurar a suspeição nos termos do artigo 447, §3º, do Código de Processo Civil¹⁸.

Cabe ressaltar que ainda que a vítima do dano moral por abandono afetivo tenha apenas pessoas próximas que tenham um grau de intimidade que se possa aferir que se trata de amigo íntimo, tais pessoas poderão ser ouvidas como meros informantes, não havendo prejuízo no tocante ao conteúdo a ser narrado, cabendo frisar que a convicção será a do magistrado quando decidir a lide.

¹⁶ Idem. *Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p.228.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 13.105/15*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 09 jun. 2019.

Um dos princípios que devem reger a fase probatória nos autos é o princípio da verdade real, devendo ser fornecida à parte todos os meios lícitos a fim de comprovar as suas alegações. A ausência de oportunidade neste sentido somente acarretaria em um sentimento de inferioridade maior à tais pessoas, em virtude da alta complexidade e subjetividade que circundam a causa.

Não há controvérsia de que com a prova testemunhal, há extrema facilidade de comprovação dos fatos alegados, que em conjunto com o depoimento pessoal da parte, pode-se levar a certeza de que ocorreu o fato que originou o dano, ou ainda, esclarecer dados não conhecidos, complementar ou afastar a pretensão de quem alega.

O problema ocorre, porém, quando se trata de outros meios probatórios.

A prova documental não é sempre relevante sob essa ótica, já que esta muitas vezes, pode não refletir a veracidade dos fatos, como, por exemplo, a extração de meia conversa das partes, um documento forjado ou uma declaração realizada com vícios de vontade.

Cabe acrescentar sobre a prova documental é que muitas vezes esta somente é obtida após longo decurso do tempo, como, por exemplo, um indivíduo que sofre dano moral há muito tempo e somente consegue meios probatórios de forma recente, já que conforme mencionado anteriormente se trata de um instituto relativamente novo no ordenamento jurídico, não sendo comum há alguns anos atrás.

Contudo, quando a prova documental for legítima, pode-se acrescentar ao rol de provas e conseqüentemente a narrativa dos fatos, passando a ser considerada, muitas vezes, uma prova inequívoca frente aos fatos alegados na peça inicial.

Em relação às provas realizadas por meio de mídia digital, isto é, relativa às gravações de vídeos, áudios e etc., podem ocorrer obstáculos por haver a possibilidade de esbarrar na questão de (i)licitude da prova em virtude da origem de sua obtenção.

Sob essa ótica, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (RE nº 583.397 RJ¹⁹) e o Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 19.136 MG²⁰) admitem a gravação clandestina, ocorrida quando um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro realiza a gravação de uma conversa telefônica, e desde que o conteúdo não seja secreto ou haja dever legal de

¹⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 583.397 RJ* Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+583937%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+583937%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ag3r5jr>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

²⁰ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 19.136 MG* Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=RHC+19.136&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

sigilo, sendo considerada prova lícita em tal caso.

Entre tantos meios de produção de provas, outro ponto que deve ser aprofundado é a questão do laudo médico, sendo este um meio probatório documental, mas dotado de um critério especializado, por envolver profissionais da saúde que estão de certa forma, no exterior da controvérsia tratada.

Neste sentido, a utilização de laudos médicos é imprescindível para comprovar a evolução do dano, tendo enorme carga probatória para a comprovação do dano, especialmente quando oriundo de médico que já acompanha a parte ao longo de um grande período.

Insta salientar que o laudo médico pode ser utilizado em conjunto com o pedido de eventual perícia judicial formulado pelas partes.

Todavia, a perícia judicial não será capaz de adentrar com precisão na ocorrência dos fatos, porém, poderá fornecer como um meio complementar de aferir a veracidade do conteúdo do laudo médico.

O ramo da psicologia está estritamente ligado a este momento processual, pois essencial para esclarecer quaisquer obscuridade no campo subjetivo do autor.

Nota-se que a força probatória do laudo médico em conjunto com os outros meios de provas produzidos nos autos, inclusive, com o depoimento pessoal das partes é que será capaz de identificar a ocorrência do ato ilícito gerador do dano.

Além disso, a ocorrência do dano não está diretamente ligada ao fornecimento do afeto, tendo este aspecto um grau puro de subjetivismo, passando a ser desafio para o magistrado efetuar a medição do *quantum* de dano foi suportado pelo autor e a devida reparação do dano com as provas elencados nos autos.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de dificuldade em constatar a incidência do dano moral por abandono afetivo em determinados casos. O problema encontrado esbarra no campo subjetivo do operador do Direito que encontra certa dificuldade para visualizar o dano sofrido diante da narrativa de terceiro.

Muitos defendem que a ausência de afeto não seria um fato ensejador de dano moral, já que não se poderia determinar a obrigação do ser humano em ter afeto por terceiro. Entretanto, a relação humana bastante complexa nesse ponto, devendo o operador do Direito sempre olhar para os dois lados e tutelar o bem jurídico violado da melhor forma possível.

Em relação ao campo da prescrição, este ainda é um tanto controvertido, havendo opiniões em sentidos diversos, como, por exemplo, no sentido da limitação da incidência do dano durante o poder familiar e por outro lado, a imprescritibilidade. Certo cuidado deve ser tido em razão da insegurança jurídica que pode apresentar-se caso venham decisões judiciais conflitantes.

No âmbito das provas, o ordenamento jurídico pátrio permite a ampla produção de provas, devendo esta prerrogativa ser utilizada o máximo pelas partes a fim de comprovar os seus fatos, além de auxiliar o juízo no seu convencimento.

Ficou evidente, por essas razões, que a preocupação deste pesquisador foi abordar os principais pontos ainda controvertidos, chegando ao entendimento de que o dano moral por abandono afetivo realmente existe e pode atingir diversas pessoas com idades diferentes, não limitando a sua incidência durante o poder familiar dos pais.

A relação no Direito de Família é tão complexa, já que envolve sentimentos do ser humano que não podem ou devem ser menosprezados. Logo, impor uma limitação na incidência desse tipo de dano seria violar o direito de reparação consagrado na Carta Magna.

Outro ponto a constatar é que para a adequada e mais precisa análise do instituto devem-se contar com os auxiliares da Justiça, além de terceiros que tenham proximidade com o caso, a fim de primar pela cooperação no momento de proferir uma decisão judicial.

O Direito deve estar sempre atento para os minuciosos detalhes que possam surgir sobre o tema, além de a jurisprudência ser mais flexível com aqueles outros indivíduos que não estão mais no poder familiar de seus pais, mas que, porém, ainda sofrem ou passaram a sofrer em virtude de algum fato ocorrido e que gerou o dano moral por abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 8.069/90*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. *Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.105/15*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1579021/RS*. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Disponível: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=dano+moral+abandono+afetivo&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1087561/RS*. Relator: Raul Araújo. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69004720&num_registro=200802013280&data=20170818&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1298576*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271298576%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271298576%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271298576%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271298576%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 583.397 RJ* Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+583937%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+583937%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ag3r5jr>>. Acesso em: 27 fev. 2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 19.136 MG* Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=RHC+19.136&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p.228.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 871.

SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno – filial*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf> Acesso em: 09 jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI264531,71043-Do+prazo+de+prescricao+aplicavel+aos+casos+de+abandono+afetivo>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. *Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliasSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>> Acesso em: 17 set. 2018.