



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

AINAH HOHENFELD ANGELINI NETA

**REPERCUSSÕES DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER
CONSTITUCIONAL DE CONVIVÊNCIA PARENTAL NO
DIREITO DE FAMÍLIA: UM ESTUDO SOBRE A
POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO**

Salvador
2015

AINAH HOHENFELD ANGELINI NETA

**REPERCUSSÕES DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER
CONSTITUCIONAL DE CONVIVÊNCIA PARENTAL NO
DIREITO DE FAMÍLIA: UM ESTUDO SOBRE A
POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, inserida na linha de pesquisa Direito das Relações Sociais na Contemporaneidade, área de concentração Relações Sociais e Novos Direitos.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho

Salvador
2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

AINAH HOHENFELD ANGELINI NETA

**REPERCUSSÕES DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER
CONSTITUCIONAL DE CONVIVÊNCIA PARENTAL NO
DIREITO DE FAMÍLIA: UM ESTUDO SOBRE A
POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, inserida na linha de pesquisa Direito das Relações Sociais na Contemporaneidade, área de concentração Relações Sociais e Novos Direitos.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho

A Banca Examinadora considerou APROVADA a dissertação defendida.

Professor Rodolfo Pamplona Filho – Doutor PUC/SP – Orientador

Universidade Federal da Bahia - UFBA

Professora Roxana Cardoso Brasileiro Borges - Doutora PUC/SP

Universidade Federal da Bahia - UFBA

Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka – Doutora USP

Universidade de São Paulo - USP

A meu pai (*in memoriam*) e a minha mãe, por sempre acreditarem que era possível.

A meus filhos, Rudá e Maiara, que fazem tudo valer a pena.

AGRADECIMENTOS

Será difícil limitar nestas linhas tantas pessoas que fizeram parte da minha trajetória e que contribuíram para este passo de agora...

Inicialmente preciso agradecer a minha família originária, base da minha formação e sem a qual eu não estaria aqui. Mãe, obrigada por sempre compartilhar dos meus sonhos e me ajudar a realizá-los. Sem você certamente teria sido muito mais difícil esta jornada. Pai, sei que esteve ao meu lado em toda essa caminhada.

À minhas irmãs queridas, Ana e Ainara, pelo apoio e torcida.

Agora um agradecimento especial à família que formei: meu marido, Walter Jorge, e meus filhos, Rudá e Maiara. Obrigada pela paciência em todos os meus momentos de ansiedade e pela compreensão com a minha ausência. Meus filhos, vocês são a minha fortaleza e me nutrem com o mais profundo amor que se pode ter.

À minha sócia Ana Beatriz, irmã que a vida me permitiu escolher, companheira de tantas batalhas. Amiga, você tornou possível a concretização desse sonho e nunca me permitiu duvidar dele. Obrigada!

A toda equipe do Angelini e Pereira Advogados Associados, pelo apoio incondicional.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho, pessoa humana de grande generosidade, além de professor atencioso e compreensivo. Foi uma grande honra ter sido sua orientanda!

Aos funcionários do PPGD-UFBA, especialmente Luiza, Jovino e Graça, pela paciência e presteza.

Aos meus colegas da turma de Fundamentos de Direito Civil: Aninha, Thacio, André, e Ricardo, pelo companheirismo neste período e pelos debates que contribuíram para a realização deste trabalho.

À Profa. Dra. Roxana Borges, pela afetuosidade e generosidade. Professora, certamente algumas de nossas discussões em sala estão presentes aqui.

Um agradecimento especial a Profa. Msc. Beatriz Lisboa Pereira, pelas lúcidas contribuições na formatação do projeto que culminou nesta dissertação, bem como pelo acervo bibliográfico que me permitiu uma melhor compreensão do Direito. Tia, obrigada!

Às “Super-Amigas” Margarete Neves, Elizabeth Matos e Marcia Misi que, ao lado de Ana Beatriz, sempre me ajudaram a instigar o intelecto e a não controlar as inquietudes.

À UNEB – Universidade do Estado da Bahia – Campus XIX. Agradeço ao DCHT por toda a compreensão durante a realização deste mestrado. Aos colegas, em especial às professoras Mariana Moura, Maria Paula Ávila, Ana Livia e Kadja Parente, pela força e torcida.

Aos meus alunos queridos, que tanto têm me ensinado nestes mais de dez anos de docência.

Enfim, obrigada!!

A Criança Nova que habita onde vivo
Dá-me uma mão a mim
E a outra a tudo o que existe
E assim vamos os três pelo caminho que houver,
Saltando e cantando e rindo
E gozando o nosso segredo comum
Que é o de saber por toda parte
Que não há mistério no mundo
E que tudo vale a pena.

(Fernando Pessoa)

RESUMO

Esta dissertação defende a possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência parental, partindo do pressuposto de que não há dever jurídico desprovido de sanção pela sua inobservância. Neste sentido, depois de superada a discussão sobre a possibilidade de indenização para danos extrapatrimoniais, a doutrina hoje se depara com a ampliação dos direitos subjetivos e, em consequência, dos interesses existenciais merecedores de tutela, como é o caso das questões que envolvem as relações familiares. A nova compreensão de família, propiciada pela Constituição Federal de 1988, considerada como um espaço de realização da dignidade humana, impõe aos seus membros a observação de verdadeiros direitos-deveres, inspirados nos princípios da igualdade, da solidariedade, da convivência familiar, entre outros. O descumprimento desses deveres pode gerar dano aos sujeitos envolvidos nas relações familiares, sobretudo nas relações paterno-filiais. Assim, num primeiro momento, será apresentada uma compreensão da família contemporânea, a partir da contribuição da Sociologia, da Antropologia, da História e do próprio Direito. Em seguida, apresenta-se uma análise do tratamento da família pelo direito brasileiro, desde as Ordenações Filipinas até o presente momento, para se entender o alcance dos deveres impostos pela nova ordem constitucional aos membros da família, sobretudo aos pais em relação aos filhos. Depois, se buscará demonstrar que a sanção é dimensão essencial da norma jurídica, e que, por isso mesmo, não é possível imaginar a existência de deveres desprovidos de consequências sancionatórias. E por fim, se demonstrará que, sendo o dever de convivência parental um dever juridicamente estabelecido, a responsabilidade civil é uma resposta possível em caso de seu descumprimento. A pesquisa utilizou recursos bibliográficos, buscando auxílio em autores nacionais e estrangeiros, como também documentais, especialmente a análise da jurisprudência dos tribunais pátrios, que, em muitos casos, já reconhece a incidência da responsabilidade civil nas relações familiares, bem como a possibilidade de indenização em caso do descumprimento do dever de convivência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família. Responsabilidade Civil. Deveres jurídicos. Dever de convivência parental. Sanção.

ABSTRACT

This thesis advocates the possibility of compensation for breach of parental interaction duty, grounded on the assumption that there is no legal duty devoid of sanction for failure to comply. In this sense, after overcoming the discussion about the possibility of compensation for non-material damages, the doctrine nowadays is faced with the expansion of subjective rights and as a consequence, the expansion of existing interests that deserve tutelage, such as issues involving family relations. The new understanding of family, provided by the Federal Constitution of 1988, considered it as a space for the realization of human dignity, requiring that its members observe factual rights and duties, inspired by the principles of equality, solidarity, family life, among others. Failure to comply with these duties can generate damage to the subjects involved in family relationships, particularly in paternal-filial relationship. Hence, at first, this thesis offers a revision of the concept of contemporary family, drawing contributions from sociology, anthropology, history and law itself. Then we present a family treatment analysis according to Brazilian law, since the Felipeans Ordinances to the present days, in order to understand the scope of the duties imposed by the new constitutional order to family members, especially fathers vis-à-vis their children. Then we will try to demonstrate that sanction is an essential dimension of the juridical norm, and therefore, it is not possible to imagine the existence of duties devoid of punitive consequences. And finally, it will be demonstrated that, since the parental interaction is a legally established duty, civil liability is a possible response in the event of noncompliance. This research was developed based on a review of national and international literature on the subject as well as archival research, especially the analysis of Brazilian tribunal jurisprudence.

KEYWORDS: Family Law. Tort Law. Legal duties. Duty of parental cohabitation. Sanction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Resp.	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	17
2.1 Família: em busca de um conceito.....	17
2.1.1 Aspectos sócio-antropológicos.....	17
2.1.2 Uma visão histórica.....	22
2.2 Família em crise?	27
2.2.1 Modernidade e pós-modernidade.....	28
2.2.2 A família contemporânea	31
2.3 A família e o Direito.....	34
2.3.1 Tentativa de conceituação.....	34
2.3.2 Natureza jurídica.....	38
2.4 Família e parentalidade.....	40
2.4.1 Parentalidade: um conceito.....	40
2.4.2 Relações parentais e o Direito.....	42
3. A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	45
3.1 Da família patriarcal e matrimonializada às múltiplas formas familiares.....	45
3.1.1 A família no Direito brasileiro: aspectos históricos.....	45
3.1.2 O processo de constitucionalização do Direito Civil.....	50
3.1.3 A família pós-Constituição de 1988.....	53
3.2 Os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família.....	55
3.2.1 Princípios X regras.....	56
3.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	59
3.2.3 Princípio da solidariedade.....	62
3.2.4 Princípio da igualdade.....	65
3.2.5 Princípio da liberdade ou da intervenção mínima do Estado no Direito de Família.....	68
3.2.6 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	70
3.2.7 Princípio da convivência familiar.....	74
3.2.8 Princípio da afetividade.....	76
3.3 Os deveres impostos pela nova ordem constitucional aos membros da família...79	79
3.3.1 A solidariedade familiar como dever jurídico.....	80
3.3.2 O dever de cuidado como decorrência da convivência familiar.....	84
3.4 Laços conjugais rompidos e deveres parentais.....	88
3.4.1 Alienação parental: o instrumento da vingança.....	89
3.4.2 A guarda compartilhada como instrumento de efetivação da solidariedade familiar.....	93
4. A SANÇÃO COMO DIMENSÃO ESSENCIAL DA NORMA JURÍDICA.....	97
4.1 Norma jurídica e sanção.....	98
4.1.1 Conceito de norma jurídica.....	98
4.1.2 Norma e dever jurídico.....	104
4.1.3 Sanção e coação.....	108

4.1.4	A relação entre sanção e norma jurídica.....	111
4.2	A Responsabilidade Civil e as sanções jurídicas.....	115
4.2.1	Revisão da teoria geral da responsabilidade civil	115
4.2.1.1	Conceito e classificação.....	115
4.2.1.2	A responsabilidade civil na contemporaneidade.....	125
4.2.2	Responsabilidade civil como sanção.....	129
4.3	A Responsabilidade Civil como consequência do descumprimento de deveres no campo do Direito de Família.....	135
5.	O DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA PARENTAL COMO UM ILÍCITO CIVIL PASSÍVEL DE REPARAÇÃO.....	145
5.1	Violação do dever de convivência parental: um ilícito civil.....	145
5.1.1	O ilícito civil.....	145
5.1.2	A violação do dever de convivência parental.....	153
5.2	A perda do poder familiar como sanção inócua.....	162
5.3	A possibilidade de reparação civil como consequência da conduta ilícita do genitor faltoso.....	166
5.3.1	Configuração da responsabilidade subjetiva: conduta, dano e nexo de causalidade.....	170
5.3.1.1	O dano.....	171
5.3.1.2	A conduta.....	177
5.3.1.3	O nexo de causalidade.....	183
5.3.2	A indenização.....	185
5.4	Avanços legislativos e jurisprudenciais.....	188
6.	CONCLUSÃO.....	194
7.	REFERÊNCIAS.....	200

1. INTRODUÇÃO

As relações familiares na contemporaneidade são marcadas pela complexidade e pela diversidade. E isso se dá mesmo em função de transformações profundas que a humanidade atravessa nestes últimos tempos e se estende a praticamente todos os setores da vida social e pessoal, envolvendo uma singular crise de valores. Esta é uma época marcada por um acelerado ritmo de mudanças, sendo essas tão abrangentes que parecem indicar uma total reorganização da humanidade¹.

Justamente por isso, as relações sociais na contemporaneidade tem sido alvo de profundas reflexões que procuram compreender as mudanças que vem se processando no paradigma vigente até meados do século passado, o que, obviamente, também inclui as relações familiares.

O modelo familiar preponderante até boa parte do século XX, qual seja, a família patriarcal e matrimonializada, já não reflete mais a realidade das famílias na atualidade.

No campo do Direito, essas mudanças repercutem como desafios a exigir do jurista a compreensão do fenômeno e uma reflexão sobre as formas de intervenção estatal nesse novo ambiente familiar.

A Constituição Federal de 1988 foi responsável no Brasil pela nova roupagem legal do Direito de Família, instituindo princípios conformadores do ordenamento jurídico e aplicáveis também nas relações familiares, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade.

A partir dos novos ditames constitucionais, a família perdeu seu caráter institucional e passou a ser compreendida como espaço ideal de realização da dignidade de seus membros. Para tanto, se impõem aos sujeitos da família um conjunto de deveres a serem observados, como, no caso das relações parentais, o dever de assistência material e moral, o dever de cuidado, de convivência, e no caso das relações conjugais, o dever de assistência e solidariedade.

¹ OLIVEIRA, José Guilherme Couto de. **A crise de valores na pós-modernidade**. Disponível em <http://www.libertas.com.br/site/index.php?central=conteudo&id=3312>. Acesso em 30.01.2013.

No presente trabalho, pretende-se discutir as possíveis repercussões jurídicas para o descumprimento de tais deveres, sendo enfrentada a questão a partir da aplicação da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família.

Vale dizer que o tema da incidência da responsabilidade civil no direito de família tem suscitado intensos debates entre os juristas, como alias aconteceu com outros temas na mesma linha, a exemplo da polemica sobre a possibilidade de indenização do dano moral.

No entanto, com o processo de ampliação do reconhecimento dos direitos subjetivos, o instituto da responsabilidade civil tem sido compreendido como importante instrumento de sanção para os casos de inobservância dos deveres juridicamente impostos, seja nas relações contratuais ou extracontratuais. Até mesmo porque as violações aos deveres exigem resposta do ordenamento, sendo a responsabilidade civil às vezes a única resposta possível no caso concreto.

E a tradição brasileira tem mostrado que a força simbólica do Direito colabora na assimilação pela sociedade de novos padrões de conduta. Desse modo o estudo jurídico da família em transformação e da função paterna, com seus deveres e implicações decorrentes, adquire forte relevância no direito das relações sociais na contemporaneidade, tratando-se de tema ainda objeto de divergências na reflexão doutrinária e na compreensão jurisprudencial.

Sob esse último aspecto, a jurisprudência pátria, na última década, tem se debruçado sobre a questão, sem ter encontrado, ainda, um eixo comum, pois as decisões, em primeira e segunda instância, ora reconhecem ora afastam a responsabilidade civil como consequência jurídica do descumprimento do dever de convivência parental.²

No entanto, em decisão recente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade sim de responsabilização por dano moral em caso de descumprimento do dever de convivência³, criando, dessa maneira, um importante precedente para essa temática tão controvertida no direito brasileiro. E valer dizer que neste caso o STJ

² BRASIL, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7. Câmara cível. Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01.04.2004. Relator Unias Silva. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 29.01.2013; BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2. Vara cível da Comarca de Capão da Canoa/RS. Processo Cível n. 141/1030012032-0, de 15.09.2003. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em 29.01.2013; BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, 31. Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP. Ação Indenizatória n. 01.036747-0, de 05.06.2004. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 151-160, ago-set. 2004.

³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 1.159.242 - SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria, DJU de 10.15.2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 29.01.2013.

reconheceu a existência dos elementos definidores da responsabilidade civil, quais seja, ato ilícito (caracterizado pelo descumprimento de um dever jurídico), dano e nexo de causalidade.

E é neste sentido que se pretende neste trabalho compreender os contornos da responsabilidade civil no direito de família, especificamente a possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência parental, partindo do pressuposto que não há dever jurídico desprovido de sanção pela sua inobservância.

Por outro lado, do ponto de vista da realidade vivida no Estado da Bahia, a atuação na advocacia nas Varas de Família e como professora nos Núcleos de Prática Jurídica – em que são prevalentes, com maioria absoluta, as demandas relacionadas ao Direito de Família – fizeram a autora vivenciar os dilemas e desafios relacionadas ao modo como o Direito deve incidir sobre as relações parentais.

Os casos atendidos no escritório ou nos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades intensificaram a reflexão sobre a necessidade de um estudo sobre as consequências jurídicas do descumprimento do dever de convivência nas relações parentais, considerando essa nova compreensão da função paterna cuja assimilação pela população vem sendo feita gradativamente como demonstram as estatísticas do Censo Demográfico do IBGE, com projeções para 2020, que aponta um crescente aumento das situações de “pais com filhos”⁴.

Assim, este trabalho é uma breve reflexão a respeito da aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, como forma de sanção em caso de descumprimento dos deveres introduzidos pela Constituição de 1988, especialmente o dever de convivência estabelecido para os pais em relação aos seus filhos.

Para tanto, o trabalho foi estruturado segundo plano de trabalho estabelecido no Projeto de Dissertação, de modo a atender os objetivos ali especificados.

Assim, no Capítulo 2, intitulado “A formação da família contemporânea”, se buscará entender os atuais contornos da família, através dos olhares da Sociologia, da Antropologia da História e do próprio Direito, que implicam na redefinição das relações familiares e dos papéis historicamente exercidos por seus membros, de modo que seja possível melhor situar o alcance do Direito sobre tais relações.

⁴ As estatísticas sobre a composição familiar da população brasileira indicam pais com filho em percentual de 1,8% em 2000, 2,2% em 2010 e 2,3% em 2020, sendo as projeções do demógrafo José Eustáquio Alves (in Folha de São Paulo, edição de 25/12/2012, Caderno C, p.10).

No Capítulo 3, denominado “A família no direito brasileiro”, a intenção é compreender o tratamento dado pelo ordenamento jurídico pátrio à família, desde sua concepção nuclear e matrimonializada até as múltiplas formas familiares reconhecidas após o advento da Constituição de 1988. Neste ponto, o destaque é para a mudança paradigmática operada pela Carta constitucional, que passou a tratar a família na sua dimensão instrumental, ou seja, como espaço ideal de realização da dignidade de seus membros, estabelecendo um rol de deveres jurídicos a serem observados pelos sujeitos das relações familiares.

Já no Capítulo 4, “A sanção como dimensão essencial da norma jurídica”, defende-se que os deveres juridicamente estabelecidos não podem ficar desprovidos de sanção, até mesmo porque a sanção é aqui compreendida como uma vertente fundamental da norma jurídica. Nesse diapasão, discute-se sobre as possíveis repercussões para o descumprimento de deveres no campo do direito de família, despontando a responsabilidade civil como uma resposta possível para sancionar a inobservância de tais deveres.

Por fim, no Capítulo 5, nomeado “O descumprimento do dever de convivência parental como um ilícito civil passível de reparação”, é que se discutirá especificamente a incidência da responsabilidade civil nas relações parentais, especialmente nas situações que impliquem em abandono parental, ou seja, a ausência injustificada paterna/materna na vida dos filhos e os danos decorrentes dessa conduta.

Como se pode ver, este trabalho tem forte caráter interdisciplinar, como não poderia deixar de ser nas discussões que envolvem o Direito de Família e a Responsabilidade Civil na atualidade, perpassando ainda sobre a Teoria Geral do Direito, o que implicou em pesquisa bibliográfica contemplando autores nacionais e estrangeiros, de áreas diversas. Além dos livros e artigos, impressos e digitais, recorreu-se também à pesquisa documental, através da jurisprudência nacional, para que fosse possível ilustrar os contornos do debate nos tribunais pátrios a respeito da incidência da responsabilidade civil nas relações parentais.

A opção metodológica foi pelo método dedutivo, como normalmente ocorre nas pesquisas jurídicas. Dessa maneira, partiu-se do geral, ou seja, da afirmação de que os deveres jurídicos não podem ser desprovidos de sanção, para o particular, delimitado na assunção da responsabilidade civil como sanção possível para os casos de inobservância dos deveres parentais.

A construção normativa do trabalho, no que concerne à sua apresentação gráfica, citações, referências e elementos pré e pós-textuais foi realizada a partir do que estabelece a

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, bem como o Manual de Estilo Acadêmico das professoras Nídia M. L. Lubisco, Sônia Chagas Vieira e Isnaia Veiga Santana.

Por fim, é preciso que se diga que os limites de um trabalho acadêmico não permitem por vezes o aprofundamento de algumas questões ao longo da jornada, para angústia desta pesquisadora, o que por certo será feito em momento posterior de pesquisa. Aliás, o que parece certo é que a busca pelo conhecimento só traz a certeza que muito longe ainda se esta dele.

2. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

2.1 Família: em busca de um conceito

A família é fenômeno que desperta o interesse de diversos campos das ciências, tal a sua importância para a humanidade. Neste sentido, a família pode ser compreendida como manifestação cultural, como instituto social ou mesmo como fenômeno natural ao homem.

Para entender os atuais contornos da família que implicam na redefinição das próprias relações familiares e dos papéis historicamente exercidos por seus membros e, sobretudo, o alcance do Direito sobre tais relações, faz-se necessário, em breve introito, tentar compreender os diferentes olhares da Ciência sobre a família.

2.1.1 Aspectos sócio-antropológicos

A complexidade da família enquanto agrupamento social não permite o estabelecimento de um conceito único e fechado, sobretudo a partir das variadas compreensões sobre família na Ciência.

Na perspectiva sociológica, os estudos de Durkheim sobre família⁵ ressaltam a necessidade de se considerar os aspectos naturais deste fenômeno. Assim, as “pesquisas sobre a família devem ser enfrentadas com um ‘sentimento profundo de sua complexidade’, mas é preciso não esquecer que ‘estamos na presença de fenômenos naturais, por conseguinte

⁵ Estes estudos podem ser vistos em alguns de seus textos mais conhecidos. “Poder-se-ia citar, possivelmente, *La prohibition de l'inceste et ses origines (L'Année Sociologique, Première Année, 1896-97:1-70)* e as discussões contidas em *O Suicídio*. [...] É na coletânea *Textes (1975a-c)*, organizada por Victor Karady, que vamos encontrar o maior repositório dos escritos de Durkheim sobre a família, publicados em lugares diversos, e, no índice remissivo, referências abundantes ao assunto em outros tipos de textos.

O básico dos escritos de Durkheim sobre a família pode ser subdividido em três títulos: 1. Memórias originais (para conservar o título de uma das partes da *Année Sociologique*); 2. Cursos; e 3. Análises (também uma parte da *Année*). Estes podem ser considerados os mais importantes. Contudo, não deve ser esquecido que, em outros locais, inclusive em *O Suicídio*, vamos encontrar o tema servindo para ilustrar a exposição ou o debate.” (SOUTO MAIOR, Heraldo Pessoa. **Durkheim e a família: Da “Introdução à Sociologia da Família” à “Família Conjugal”**. Revista ANTHROPOLÓGICAS, ano 9, volume 16(1): 7-30 (2005). Disponível em <http://www.revista.ufpe.br/revistaanthropologicas/index.php/revista/article/view/47/44>. Acesso em 10.11.2014.)

sujeitos a leis”⁶. Durkheim ressalta ainda o caráter institucional da família e daí a importância de sua compreensão para os sociólogos, já que é objetivo da sociologia, “[...] fazer compreender as instituições sociais presentes de maneira que nós possamos entrever o que elas são destinadas a ser e o que nós devemos querer que elas sejam.”⁷

Neste sentido, a análise a ser feita deverá compreender “um sistema de relações cujo conjunto constitui a vida da família”⁸. Essas relações, segundo Durkheim, seriam compostas por:

[...] para começar, as pessoas e os bens; depois, entre as pessoas, ter-se-ia que levar em consideração, além dos esposos e os filhos, o grupo geral dos consangüíneos, os ancestrais em todos os graus; isto que resta em uma palavra da antiga *gens* cuja autoridade era antigamente tão poderosa e que, ainda agora, intervém no círculo restrito da família propriamente dita. Há enfim o Estado que, ele também, em casos determinados, vem se misturar à vida doméstica e torna-se mesmo todos os dias um fator importante dela. Isto feito, procuraríamos como esses elementos funcionam, isto é, que relações as unem umas com as outras.⁹

Outros estudos sociológicos vão trazer para a família a ideia de funcionalidade. Trata-se da teoria funcionalista, que se originou nos Estados Unidos na década de 1950, mas que teve grande influência na Sociologia brasileira.¹⁰ “Segundo essa corrente, cujo maior expoente foi Talcott Parsons, a família é sobretudo uma agência socializadora, cujas funções concentram-se na formação da personalidade dos indivíduos.”¹¹

Em contraposição à teoria funcionalista, tem-se os estudos sociológicos da Escola de Frankfurt, especialmente de Adorno e Horkheimer, que, embora também considerem a família como “agência socializadora e formadora da personalidade do indivíduo”, criticam “o papel conservador desse grupo social e o elemento de dominação nele presente, cujo mecanismo central esmagador da liberdade é a autoridade do pai sobre o filho.”¹²

Já na linha materialista, os grupamentos familiares são vistos como resultantes de uma determinação econômica, espelhando um primeiro conflito de classes, que é aquele estabelecido entre homem e mulher, e representando, assim, “um quadro em miniatura das

⁶ SOUTO MAIOR, Heraldo Pessoa. *Op. cit.*

⁷ DURKHEIM, Emile *apud* SOUTO MAIOR, Heraldo Pessoa, *Op. Cit.*

⁸ DURKHEIM, Emile *apud* SOUTO MAIOR, Heraldo Pessoa, *Op. Cit.*

⁹ DURKHEIM, Emile *apud* SOUTO MAIOR, Heraldo Pessoa, *Op. Cit.*

¹⁰ BRUSCHINI, Cristina. **Uma abordagem sociológica de família.** Disponível em http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/rev_inf/vol6_n1_1989/vol6_n1_1989_1artigo_1_23.pdf. Acesso em 10.11.2014.

¹¹ BRUSCHINI, Cristina. *Op. cit.*

¹² BRUSCHINI, Cristina. *Op. cit.*

contradições e antagonismos em meio aos quais se move a sociedade, dividida em classes desde os primórdios da civilização, sem poder resolvê-los nem superá-los.”¹³

De todo modo, a família, na perspectiva sociológica, é considerada como uma das cinco maiores instituições sociais¹⁴, “que especificam os papéis sociais e os preceitos para o comportamento dos indivíduos. Ela é a responsável pelo controle da função reprodutora; pela socialização das crianças e por estratégias de segurança econômica de seus membros.”¹⁵

A partir do que foi dito acima, pode-se dizer que na Sociologia a família é vista como fenômeno natural e de socialização do homem, com algumas variações.

A antropologia, todavia, rebate essa ideia de naturalidade da família, para considerá-la em seu aspecto cultural.¹⁶ E justamente por ser a família um fenômeno cultural e social, que ela se faz presente de maneira universal na humanidade.¹⁷ Neste sentido, Claude Lévi-Strauss afirma que a “família, consistindo de uma união mais ou menos duradoura, socialmente aprovada, entre um homem, uma mulher e seus filhos, constitui fenômeno universal, presente em todo e qualquer tipo de sociedade.”¹⁸

A família é, portanto, um fenômeno presente em todas as sociedades humanas. No entanto, “as formas que ela reveste e as funções que ela preenche são extremamente variáveis no tempo e, para uma mesma época, de uma sociedade para outra. A família é portanto um fenômeno essencialmente cultural.”¹⁹

Com isso, a Antropologia, como já dito, visa superar a ideia de naturalidade do instituto família, ou seja, da família como um fenômeno natural, o que por muito tempo

¹³ ENGELS, Friederich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf. Acesso em 04.10.2014, p. 19.

¹⁴ Para a sobrevivência de uma sociedade, ela precisa: “Reproduzir sua população; Socializar seus membros; Produzir e distribuir bens e serviços; Manter a ordem através de algum governo; Oferecer algum tipo de sistema religioso.” Isso seria possível através das instituições sociais básicas: Família, Escola, Religião, Economia, Governo. (SILVEIRA, Maria Lucia. *Op. cit.*).

¹⁵ SILVEIRA, Maria Lucia. *Op. cit.*

¹⁶ “[...] família é palavra que não oferece um conceito fechado – nem para a antropologia, nem para o direito –, mas que pode ser estudada como uma noção processual, dinâmica, visto que é uma instituição cultural e, por isso, modifica-se geográfica e historicamente.” (LIMA E BRITO, Laura Souza. *Op. cit.*, p. 78)

¹⁷ “Em todas as sociedades humanas encontra-se uma forma qualquer de família. Sua posição, dentro do sistema mais amplo de parentesco, pode oscilar muito, desde um lugar central e dominante (sociedade ocidental) até uma situação de reduzida importância (povos ágrafos), que dão maior destaque ao grupo de parentesco, mais amplo do que a unidade representada pelo marido, mulher e filhos.” (MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. *Op. cit.*, p. 106).

¹⁸ LÉVI-STRAUSS, Claude. **A Família**. In: SHAPIRO, Harry L. (org.) *Homem, Cultura e Sociedade*, Ed. Fundo de cultura, 1956.

¹⁹ ÉTIENNE, Jean *apud* PEREIRA, Vera Alexandra Malheiro. **Crianças maltratadas em contexto familiar: O papel da Comissão e Proteção de Crianças e Jovens**. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/29306>. Acesso em 03.10.2014.

justificou o reconhecimento social e jurídico apenas da família nuclear – aquela formada por pai, mãe e filhos. Os diversos arranjos familiares hoje existentes refletem justamente este caráter cultural da família:

[...] atualmente, as pesquisas na área da demografia e da antropologia demonstram que, em nossa sociedade, na composição das unidades domésticas, a descrição de modelos familiares distintos do nuclear é numerosa em qualidade e quantidade. Dentre eles, tipicamente, as famílias constituídas por casais sem filhos, as famílias monoparentais e os domicílios ocupados por uma única pessoa.²⁰

Engels, citando Morgan, já reconhecia a mutabilidade da família: “‘A família’, diz Morgan, ‘é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado’”.²¹

Neste sentido, a família reflete o processo de evolução e desenvolvimento da sociedade, assumindo formatos diferentes no decorrer da história humana, mas, de toda forma, sempre presente “como matriz do processo civilizatório, como condição para a humanização e para a socialização das pessoas.”²²

Esta noção universal de família, do ponto de vista antropológico, foi reconhecida por Lévi-Strauss a partir da superação do tabu do incesto na história da humanidade²³. A antropóloga Cynthia Sarti, analisando a regra do tabu do incesto nos estudos de Lévi-Strauss como condição para compreensão do fenômeno família, afirma que:

A família é impensável sem a noção de troca e de reciprocidade. Deixar a família consanguínea, regra que se impõe com o tabu do incesto, significa a abertura para a troca e a comunicação com o outro, possibilidade da humanidade desenvolver-se culturalmente. Esta troca que funda a família é, ao mesmo tempo, o ato fundador da sociedade humana. Devemos a Lévi-Strauss um olhar sobre a família sob um ângulo que permite vê-la para além de suas próprias fronteiras biológicas e diante deste

²⁰ LIMA E BRITO, Laura Souza. *Op. Cit.*, p. 79.

²¹ ENGELS, Friederich. *Op. Cit.*, p. 4.

²² PETRINI, João Carlos. *Pós-modernidade e família: um itinerário de compreensão*. Bauru, SP: EDUSC, 2003, p. 65.

²³ “[...] a mera realidade de sua existência o que é misteriosamente necessário, enquanto que a forma sob a qual aparece não é de modo algum importante, pelo menos do ponto de vista de qualquer necessidade natural.” (LÉVI-STRAUSS, Claude *apud* SARTI, Cynthia A. “**Deixarás o teu pai e a tua mãe**”: notas para uma discussão sobre Lévi-Strauss e a família. GT05 – Família e Sociedade. XXIII Encontro Anual da ANPOCS (Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais). 19 a 23 de outubro de 1999. Caxambu – MG. Disponível em http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4917&Itemid=358. Acesso em 03.10.2014).

definitivo passo adiante, o da desnaturalização da família, qualquer hesitação configura um retrocesso.²⁴

O estudo de Lévi-Strauss foi, portanto, fundamental para a desmistificação do caráter meramente natural do fenômeno família. Na verdade, a proibição do incesto sempre ocupou as Ciências Sociais e a Antropologia, mas é Lévi-Strauss que tem o mérito de compreender este fenômeno para além da dicotomia que divide os fatos humanos em naturais e culturais:

O problema da proibição do incesto apresenta-se à reflexão com toda a ambigüidade que, num plano diferente, explica sem dúvida o caráter sagrado da proibição enquanto tal. Esta regra, social por sua natureza de regra, é ao mesmo tempo pré-social por dois motivos, a saber, primeiramente pela universalidade, e em seguida pelo tipo de relações a que impõe sua norma. [...] A proibição do incesto está ao mesmo tempo no limiar da cultura, na cultura, e em certo sentido - conforme tentaremos mostrar - é a própria cultura. Por enquanto, basta notar a dualidade de caracteres a que deve seu caráter ambíguo e equívoco. Em vez de explicar esta ambigüidade, os sociólogos preocuparam-se quase exclusivamente em reduzi-la.²⁵

Simone de Beauvoir, em interessante resenha sobre o livro “As estruturas elementares do parentesco” de Lévi-Strauss, esclarece justamente essa ideia de ambigüidade no fenômeno do tabu do incesto:

A importância deste fato [o enigma colocado pela proibição do incesto] e sua obscuridade resultam da situação única que ele ocupa no conjunto dos fatos humanos. Estes se dividem em duas categorias: os fatos da natureza e os fatos da cultura; certamente nenhuma análise permite descobrir entre eles o ponto de passagem. Mas eles se distinguem sob um critério seguro: os primeiros são universais; os segundos obedecem a normas. A proibição do incesto é o único fenômeno que escapa dessa classificação: pois ela aparece em todas as sociedades, sem exceção, e ao mesmo tempo é uma regra. [...] Na verdade, se a proibição do incesto é de tão grande interesse, é porque ela representa o momento mesmo da passagem da natureza para a cultura. [...] Podemos extrair daqui a maneira pela qual o homem, assumindo sua condição natural, define sua humanidade. Pela proibição do incesto se expressam e se realizam as estruturas fundamentais sobre as quais se funda a sociedade humana como tal.²⁶

Assim, a proibição do incesto, enquanto fenômeno natural – em razão do seu caráter universal -, mas, sobretudo, enquanto fenômeno cultural – como regra -, vai delimitar também

²⁴ SARTI, Cynthia A., *Op. Cit.*, 1999.

²⁵ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982, p. 50.

²⁶ BEAUVOIR, Simone de. **As estruturas elementares do parentesco, de Claude Lévi-Strauss**. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/campos/article/viewFile/9547/6621>. Acesso em 04.10.2014.

a ideia de família²⁷, que, para Lévi-Strauss, “interessa não pelo que ela diz sobre si mesma, mas sobre a sociedade, sobre aquilo que faz humano, portanto social, o ser humano.”²⁸ Vale esclarecer ainda que “Lévi-Strauss não se atém à família como grupo social concreto, a seus problemas específicos, mas ao que esta revela do mundo social, dentro da concepção estruturalista da sociedade como um sistema de relações.”²⁹

A família é símbolo, portanto, da aliança social, que permite a perpetuação da espécie e a socialização do homem, rompendo as barreiras da consanguinidade das relações endogâmicas. É espaço de troca por excelência. Pode-se dizer mesmo que “na existência da família, como aliança, está a possibilidade do ser humano se fazer social”, através do processo de comunicação, pois, conforme mais uma vez a lição de Cynthia Sarti,

O ser humano é comunicante, por excelência, e a troca está na base de toda forma de relação social. Neste sentido, as relações familiares, concebidas como relações de troca, são uma das formas de manifestação de um sistema global, os sistemas de comunicação, que, segundo sua concepção [de Lévi-Strauss], constituem a sociedade humana, “feita de indivíduos e de grupos que se comunicam entre si”.³⁰

Assim, seja na perspectiva sociológica, seja na antropológica, tem-se a família como espaço necessário e ideal para a formação/realização do sujeito, até mesmo em razão da condição neotêmica³¹ do ser humano, ou seja, por não possuir condições de existência plena de vida após o nascimento sem a assistência do grupo familiar.

2.1.2 Uma visão histórica

A família é elemento presente em praticamente todas as sociedades humanas, identificada já em muitos povos primitivos.

²⁷ “Se o primeiro progresso na organização da família consistiu em excluir os pais e filhos das relações sexuais recíprocas, o segundo foi a exclusão dos irmãos.” (ENGELS, Friederich. *Op. Cit.*, p. 7).

²⁸ SARTI, Cynthia A. *Op. Cit.*, 1999.

²⁹ SARTI, Cynthia A. *op. Cit.*, 1999.

³⁰ SARTI, Cynthia A. *op. Cit.*, 1999.

³¹ “Condição Neotêmica = despreparo do ser humano para sobreviver após o nascimento, devido ao despreparo do seu equipamento sensório-motor. ‘Prematuridade’ do filhote humano.” (SILVEIRA, Maria Lucia. *Op. Cit.*)

Na Antiguidade, percebe-se inicialmente a predominância de uma formação familiar não monogâmica, caracterizada por uniões em grupo, situação que pode ser observada em muitos povos antigos:

Em todas as formas de família por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe. Ainda que ele chame filhos seus a todos os da família comum, e tenha deveres maternais para com eles, nem por isso deixa de distinguir seus próprios filhos entre os demais. É claro, portanto, que em toda parte onde existe o matrimônio por grupos a descendência só pode ser estabelecida do lado materno, e, por conseguinte, apenas se reconhece a linhagem feminina. Encontram-se nesse caso, de fato, todos os povos selvagens e todos os povos que se acham na fase inferior da barbárie; ter sido o primeiro a fazer essa descoberta foi a segunda grande façanha de Bachofen. Ele designa o reconhecimento exclusivo da filiação materna e as relações de herança dele deduzidas com o nome de direito materno. Conservo essa expressão por motivo de brevidade, mas ela é inexata, porque naquela fase da sociedade ainda não existia direito, no sentido jurídico da palavra.³²

Observe-se que em tais sociedades pode-se reconhecer claramente um caráter matriarcal, nas quais as mulheres, pela certeza da descendência dos filhos, também controlavam de alguma maneira as questões sucessórias, ainda, por óbvio, incipientes naquele momento.

Dos casamentos em grupo, surgem os chamados matrimônios sindiásmicos³³,

Neste estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. O vínculo conjugal, todavia, dissolve-se com facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe.³⁴

Isso demonstra que a ideia de que a família patriarcal e monogâmica sempre existiu de forma dominante é equivocada, tendo servido apenas para a imposição de um modelo

³² ENGELS, Friederich. *Op. Cit.*, p. 8.

³³ “Um núcleo familiar que nasceu no limite que separa o estado selvagem da barbárie, não mais podendo juntar casamentos de irmão consanguíneos. Quando a família era formada por membros com laços consanguíneos.” (**Dicionário Informal**. Disponível em <http://www.dicionarioinformal.com.br/sindi%C3%A1smica/>. Acesso em 22.12.2014).

³⁴ ENGELS, Friederich. *Op. Cit.*, p. 10.

ideológico³⁵. Uma maneira, talvez, de “alertar” que aqueles que se afastassem desse modelo estariam “violando” o formato familiar sempre utilizado pela humanidade.

A fase monogâmica, base da família nuclear contemporânea, se desenvolve logo depois. Esta formação familiar, conforme mais uma vez, Engels:

Baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se, essa paternidade, indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos gens de seu pai. A família monogâmica diferencia-se do matrimônio sindiásmico por uma solidez muito maior dos laços conjugais, que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar sua mulher. Ao homem, igualmente, se concede o direito á infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume (o Código de Napoleão outorga-o expressamente, desde que ele não traga a concubina ao domicílio conjugal), e esse direito se exerce cada vez mais amplamente, à medida que se processa a evolução da sociedade. Quando a mulher, por acaso, recorda as antigas práticas sexuais e intenta renová-las, é castigada mais rigorosamente do que em qualquer outra época anterior.³⁶

De todo modo, é importante frisar que em muitos povos do mundo permanece ainda a formação de famílias por grupo, ou mesmo o formato das famílias sindiasmicas, conforme a poligamia fortemente presente em países do Oriente Médio e da África. Mas não se pode negar que o surgimento da família monogâmica é ponto fundamental para a compreensão dos contornos da família contemporânea, sobretudo sob o olhar ocidental.

Do ponto de vista histórico, é possível perceber também a formação da família antiga a partir do culto à religião. De acordo com Fustel de Coulanges:

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. [...] Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais.³⁷

³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

³⁶ ENGELS, Friederich. *Op. Cit.*, p. 16-17.

³⁷ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acesso em 03.10.2014, p. 35.

Os cultos pagãos, comuns na Roma antiga, eram realizados no âmbito familiar, sobretudo como forma de reverenciar os antepassados. O homem, que exercia de forma quase absoluta o *pátrio poder* sobre a mulher, os filhos e os escravos, normalmente também dirigia os cultos.³⁸ Essa era a “Gens” do mundo antigo, ou seja, “uma família indivisível, que se desenvolvia através dos tempos, perpetuando o culto e o nome de século a século.”³⁹

Mas é preciso ressaltar que essa família podia ser muito mais ampla do que as famílias modernas, abarcando grupos mais novos que ficavam ligados aos mais antigos. Na verdade, os escravos quando libertos ainda continuavam a reconhecer a autoridade do chefe da família, o que ajudava a formar, dentro da grande família, um grupo de famílias subordinadas, também chamada de clientela.⁴⁰

Portanto, a família dos tempos mais antigos com o ramo mais velho e os ramos mais novos, com servos e clientes, podia formar numeroso grupo de homens. A família graças a religião que lhe mantinha a unidade, graças ao seu direito privado, que a tornava indivisível, e graças as leis da clientela que retinha os servos, chegava a formar, com o tempo, uma sociedade ampla, tendo um chefe hereditário.⁴¹

De toda sorte, essa breve incursão histórica reforça o entendimento da família como fenômeno sociocultural e, como tal, atrelada ao processo de desenvolvimento humano. Tanto assim, que as três principais formas de matrimônio abordadas por Engels e acima indicadas correspondem justamente, ainda que de maneira aproximada,

[...] aos três estágios fundamentais da evolução humana. Ao estado selvagem corresponde o matrimônio por grupos, à barbárie, o matrimônio sindiásmico, e à civilização corresponde a monogamia com seus complementos: o adultério e a prostituição. Entre o matrimônio sindiásmico e a monogamia, intercalam-se, na fase superior da barbárie, a sujeição aos homens das mulheres escravas e a poligamia.⁴²

³⁸ “Por esse longo período da Antiguidade, família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados. Por essa razão, havia necessidade de que nunca desaparecesse, sob pena de não mais serem cultuados os antepassados, que cairiam em desgraça. Por isso era sempre necessário que um descendente homem continuasse o culto familiar.” (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 11ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 4).

³⁹ CRUZ, José de Ávila. **Família** – notícia histórica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros. **O Direito e a família**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 374.

⁴⁰ “Durante muito tempo o cliente foi um servidor ligado ao patrono, mas havia algo que lhe dava dignidade: era o fato de tomar parte no culto e estar vinculado à religião da família.” Vale esclarecer que “o vocábulo clientes tem sua origem na proteção dada pelo pater famílias àqueles que não tinham antepassados ilustres, acolhendo-os, e assim ficavam fazendo parte da família.” Hoje a palavra tem outro significado, ligada a relações profissionais. (CRUZ, José de Ávila. *Op. Cit.*, p. 375).

⁴¹ CRUZ, José de Ávila. *Op. cit.*, p. 375.

⁴² ENGELS, Friederich. *Op. Cit.*, p. 22.

A família sempre está associada, portanto, ao processo de desenvolvimento do homem, como primeiro espaço de trocas e de socialização do sujeito.

Até mesmo no campo da Biologia e da Psicologia Evolucionista, se busca uma explicação para o fenômeno família, tentando se responder a questão sobre se “machos e fêmeas nasceram para formar laços duradouros e mútuos”⁴³. Segundo Robert Wright, neste caso:

A resposta não poderia ser um sim incondicional para ambos os sexos. Contudo está mais próxima de um sim para os dois do que, digamos, no caso dos chimpanzés. Em toda cultura humana registrada pelos antropólogos, o casamento – seja monogâmico ou poligâmico, permanente ou temporário – é a norma, e a família é a célula de organização social. Os pais em todo o mundo sentem amor pelos filhos, e isso é muito mais do que pode dizer dos pais dos chimpanzés e chimpanzés-bonobo, por exemplo, que não parecem ter muita noção de quem são seus filhos. Tal amor leva os pais a ajudarem a alimentar e defender os filhos e a lhes transmitir ensinamentos úteis.⁴⁴

O que se percebe, nos mais diversos estudos, é que a espécie humana “encontra, no ambiente da família, não só os elementos favoráveis à sobrevivência, mas as condições essenciais para o desenvolvimento e a realização da pessoa.”⁴⁵

Como se viu, o predomínio da família monogâmica instala o modelo que impera até boa parte do século passado, sobretudo nas sociedades cristãs ocidentais, qual seja, a família matrimonializada, nuclear e patriarcal:

Fundada essencialmente no casamento, que, de situação de fato, foi elevado à condição de sacramento, tal modelo se tornou hegemônico na sociedade ocidental, passando da Antiguidade para a Idade Média, até chegar à Idade Moderna, marginalizando potencialmente outras modalidades de composição familiar.⁴⁶

No entanto, as profundas transformações vivenciadas pela humanidade - a partir do século XIX com a Revolução Industrial e no século seguinte com o movimento feminista - provocaram mudanças significativas na velha ordem familiar, colocando-se em xeque o

⁴³ WRIGHT, Robert. **O animal moral – Porque somos como somos**: A nova ciência da psicologia evolucionista. Tradução Lia Wylér. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 37.

⁴⁴ WRIGHT, Robert. *Op. cit.*, p. 37.

⁴⁵ PETRINI, João Carlos. *Op. cit.*, p. 65.

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. Cit.*, 2011, p. 50.

modelo matrimonializado e patriarcal até então predominante, o que teria gerado uma suposta “crise” na família contemporânea, como se passa a discutir abaixo.

2.2 Família em crise?

Divórcio, famílias múltiplas, uniões estáveis, uniões homoafetivas, multiparentalidade, famílias monoparentais.... São tantos novos arranjos familiares que o discurso sobre a existência de uma crise da família tem ganhado coro.⁴⁷ Isso porque se entendia como família apenas aquele modelo monogâmico, matrimonializado e patriarcal. As novas formas familiares refletem na verdade o processo de emancipação humana e de busca pela felicidade e realização, que não se resumem mais ao modelo “papai, mamãe, filhinhos”, mas deu lugar a múltiplas possibilidades.⁴⁸

Podemos observar que existe uma radical mudança na composição familiar, nas relações de parentesco e na representação de tais relações na família. Tal representação tem seu fundamento direto na transformação da configuração familiar e também nas relações sociais, ocasionando impacto profundo na construção da identidade de cada componente no interior da família. Essa construção da identidade irá rebater nas relações sociais ampliadas, não somente no seio familiar. Nesse contexto encontramos a “nova família”, que se caracteriza pelas diferentes formas de organização, relação e em um cotidiano marcado pela busca do novo. Os arranjos diferenciados podem ser propostos de diversas formas, renovando conceitos preestabelecidos, redefinindo os papéis de cada membro do grupo familiar.⁴⁹

⁴⁷ “A mais trágica dentre as crises que acometem a Humanidade neste século XXI é aquele que atingiu a família.” (NALINI, José Renato. **A tragédia familiar – reflexões sobre a falta de amor**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros. **O Direito e a família**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 35.) Orlando Gomes também defendia a existência de uma crise: “Perante a crise que envolve a família contemporânea, mais visível nos países industrialmente mais avançados, tomam-se de indignação os tradicionalistas mais ferrenhos, desejosos de sua restauração pela reimplantação do modelo pré-industrial, para tomar um paradigma. Outros se espantam coma desordem que se instalou na vida familiar, sem compreender que, em face nas mudanças na sociedade, e nos seus pressupostos culturais, a família perde a sua função e o seu poder de transmitir à geração mais nova os seus valores.” (GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 27).

⁴⁸ OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Recomeçar: família, filhos e desafios** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 236 p. ISBN 978-85-7983-036-5. Disponível em <http://books.scielo.org>.

⁴⁹ OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. *Op. cit.*

Na verdade, muitos modelos sociais passaram a ser questionados nesse processo de emancipação humana, na transição entre a Modernidade e a Pós-Modernidade, e a família se encaixa também neste contexto.

2.2.1 Modernidade e pós-modernidade

A humanidade atravessa uma crise multifacetada nestes últimos tempos que se estende a praticamente todos os setores da vida social e pessoal, envolvendo uma singular crise de valores. Esta é uma época marcada por um acelerado ritmo de mudanças, sendo essas tão abrangentes que parecem indicar uma total reorganização da humanidade⁵⁰.

Por isso é que se aponta a existência de uma verdadeira crise da Modernidade, ou, para alguns, uma crise na Pós-Modernidade. Na verdade, há um debate importante entre os defensores da existência de uma condição pós-moderna e os que acreditam que a modernidade ainda não se esgotou.

Pode-se entender por Modernidade a época em que o desenvolvimento do conhecimento humano passou a se basear na razão, especialmente na sua dimensão instrumental, e a ciência moderna, que surge a partir dos séculos XVI e XVII, passa a se integrar às esferas econômica, política, cultural e social⁵¹. Para Alan Touraine, além do elemento razão, caracteriza a Modernidade também a ideia de subjetividade, pois a “modernidade é refratária a todas as formas de totalidade, e é o diálogo entre a razão e o Sujeito, que não pode ser rompido nem terminado, que mantém aberto o caminho da liberdade.”⁵²

No entanto, especialmente a partir das décadas de 1970 e 1980, muitos autores passaram a afirmar que a modernidade estaria dando lugar à pós-modernidade, quando as grandes narrativas seriam rejeitadas e substituídas por teorias contingentes e localizadas.⁵³

⁵⁰ OLIVEIRA, José Guilherme Couto de. **A crise de valores na pós-modernidade**. Disponível em <http://www.libertas.com.br/site/index.php?central=conteudo&id=3312>. Acesso em 30.01.2013.

⁵¹ “Para Max Weber (1864-1920), a modernidade surge com a racionalização científica, para a qual teve papel destacado o Renascimento, e com o “desencantamento do mundo”, para o qual contribuiu em muito a Reforma Protestante.” (ALVES, José Eustáquio Diniz. **Modernidade e pós-modernidade**. Disponível em http://ww2.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/nm_5_modernidade_e_pos_modernidade_08dez09.pdf. Acesso em 15.11.2014).

⁵² TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis, Vozes, 1994, p. 394.

⁵³ Alguns autores trabalham com a ideia de uma crise na Modernidade. É o caso de Habermas. “Habermas e os que compartilham suas posturas consideram irrenunciáveis os ideais de desenvolvimento racional dos diversos

Assim, os grandes vetores da Modernidade, quais sejam, razão, sujeito, ordem, Estado, sociedade, já não teriam o mesmo sentido e importância na sociedade pós-moderna.

Há, ainda, outra análise que percebe a Pós-Modernidade como uma terceira fase do capitalismo ou capitalismo tardio, e que não se limitaria às áreas de literatura, arquitetura e artes plásticas, pois que se trata de uma realidade genuinamente histórica (e socioeconômica). Neste sentido, a Pós-Modernidade é encarada como “uma formação histórica capitalista, e como tal, numa visão crítica e dialética, é permeada de contradições produtivas e não-produtivas.”⁵⁴

A Pós-Modernidade representaria, assim, uma nova era para a humanidade, com uma reestruturação dos valores e conceitos até então estabelecidos:

Um novo mundo está tomando forma neste fim de milênio. Originou-se mais ou menos no fim dos anos 60 e meados da década de 70 na coincidência histórica de três processos independentes: revolução da tecnologia da informação; crise econômica do capitalismo e do estatismo e a conseqüente reestruturação de ambos; e apogeu de movimentos sociais culturais, tais como libertarismo, direitos humanos, feminismo e ambientalismo. A interação entre esses processos e as reações por eles desencadeadas fizeram surgir uma nova estrutura social dominante, a sociedade em rede; uma nova economia, a economia informacional/global; e uma nova cultura, a cultura da virtualidade real. A lógica inserida nessa economia, nessa sociedade e nessa cultura está subjacente à ação e às instituições sociais em um mundo interdependente.⁵⁵

De todo modo, embora não haja consenso entre os autores a respeito da passagem da Modernidade para a Pós-Modernidade, a grande maioria identifica uma profunda transformação vivenciada pela humanidade, sobretudo no último século, provocada por uma variedade de fatores, como indica Marshall Berman:

O turbilhão da vida moderna tem sido alimentado por muitas fontes: grandes descobertas nas ciências físicas, com a mudança da nossa imagem do universo e do lugar que ocupamos nele; a industrialização da produção, que transforma conhecimento científico em tecnologia, cria novos ambientes humanos e destrói os antigos, acelera o próprio ritmo de vida, gera novas formas de poder corporativo e

aspectos da vida social e o ideal da afirmação de sujeitos livres na história. Ponderam, todavia, que a sociedade moderna encontra-se na necessidade de uma profunda revisão crítica, para poder retomar os ideais que lhe deram origem, superando os impasses e as distorções ocorridos até o momento. (PETRINI, João Carlos. *Op. Cit.*, p. 29). Outros autores, a exemplo de Michel Foucault, Gilles Deleuze e Jacques Derrida, “consideram que a modernidade esgotou suas potencialidades históricas. [...] A realidade social, nessa visão, não existe como totalidade, mas é fragmentada, fluida, plural, oscilante, numa postura que, se não coincide totalmente, muito se aproxima do niilismo.” (PETRINI, João Carlos. *Op. cit.*, p. 30-31).

⁵⁴ ALVES, José Eustáquio Diniz. *Op. Cit.*

⁵⁵ CASTELLS, M. *apud* ALVES, José Eustáquio Diniz. *Op. Cit.*

de luta de classes; descomunal explosão demográfica, que penaliza milhões de pessoas arrancadas de seu habitat ancestral, empurrando-as pelos caminhos do mundo em direção a novas vidas; rápido e muitas vezes catastrófico crescimento urbano; sistemas de comunicação de massa, dinâmicos em seu desenvolvimento, que embrulham e amarram, no mesmo pacote, os mais variados indivíduos e sociedades; Estados nacionais cada vez mais poderosos, burocraticamente estruturados e geridos, que lutam com obstinação para expandir seu poder; movimentos sociais de massa e de nações, desafiando seus governantes políticos ou econômicos, lutando por obter algum controle sobre suas vidas; enfim, dirigindo e manipulando todas as pessoas e instituições, um mercado capitalista mundial, drasticamente flutuante, em permanente expansão. No século XX, os processos sociais que dão vida a esse turbilhão, mantendo-o num perpétuo estado de vir-a-ser, vêm a chamar-se “modernização”.⁵⁶

Neste cenário Zygmunt Bauman sustenta a existência de uma Modernidade Líquida, marcada por uma forte fluidez nas relações humanas, em que tudo parece consumir-se quase instantaneamente.⁵⁷ “Em razão disso, os relacionamentos humanos se tornaram precários, instantâneos, instáveis, fluidos: duram apenas o tempo necessário ao atendimento das necessidades imediatas.”⁵⁸

Essa desintegração do que é sólido caracteriza a modernidade ou o fim dela. Conforme Berman:

Ser moderno é encontrar-se em um ambiente que promete aventura, poder, alegria, crescimento, autotransformação e transformação das coisas em redor — mas ao mesmo tempo ameaça destruir tudo o que temos, tudo o que sabemos, tudo o que somos. A experiência ambiental da modernidade anula todas as fronteiras geográficas e raciais, de classe e nacionalidade, de religião e ideologia: nesse sentido, pode-se dizer que a modernidade une a espécie humana. Porém, é uma unidade paradoxal, uma unidade de desunidade: ela nos despeja a todos num turbilhão de permanente desintegração e mudança, de luta e contradição, de ambigüidade e angústia. Ser moderno é fazer parte de um universo no qual, como disse Marx, “tudo o que é sólido desmancha no ar”.⁵⁹

Este é um contexto em que tudo parece se esfacelar “numa incrível velocidade, e ao se desintegrar perde a conexão com aquilo ao qual pertencia. Por outro lado, tudo se articula em redes cada vez mais voláteis, e o pertencimento vai se tornando mais virtual e menos orgânico.”⁶⁰

⁵⁶ BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido se desmancha no ar: a aventura da modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, p. 16.

⁵⁷⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido** – Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

⁵⁸ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade** – os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 32.

⁵⁹ BERMAN, Marshall. *Op. Cit.*, p. 15.

⁶⁰ OLIVEIRA, José Guilherme Couto de. *Op. Cit.*

2.2.2 A família contemporânea

Neste cenário fluido e complexo, as relações sociais na contemporaneidade tem sido alvo de profundas reflexões que procuram compreender as mudanças que vem se processando no paradigma vigente até meados do século passado.

Tais mudanças têm repercutido intensamente nas relações familiares e sido alvo de reflexões e preocupações dos estudiosos da sociedade, nas diversas áreas de conhecimento:

Falar em família neste começo de século XXI, no Brasil como alhures, implica a referência a mudanças e a padrões difusos de relacionamentos. Com seus laços esgarçados, torna-se cada vez mais difícil definir os contornos que a delimitam. Vivemos uma época como nenhuma outra, em que a mais naturalizada de todas as esferas sociais, a família, além de sofrer importantes abalos internos tem sido alvo de marcantes interferências externas. Estas dificultam sustentar a ideologia que associa a família à idéia de natureza, ao evidenciarem que os acontecimentos a ela ligados vão além de respostas biológicas universais às necessidades humanas, mas configuram diferentes respostas sociais e culturais, disponíveis a homens e mulheres em contextos históricos específicos.⁶¹

O modelo de família burguesa oitocentista se dissolveu, vez que as condições da sociedade contemporânea não permitem mais que se sustente.⁶² O processo de emancipação feminina – tanto social, como sexual -, o reconhecimento dos sujeitos individuais e a diminuição do poder aquisitivo dos homens – em razão do achatamento de salários - abalaram as bases do casamento patriarcal.⁶³ Além disso, “a expansão de todos os meios de comunicação teve o efeito de explodir o isolamento até mesmo das famílias mais conservadoras, minando a condição que garantia a transmissão estável de valores e padrões de comportamento entre as gerações.”⁶⁴

Com isso, o modelo familiar até então predominante, qual seja, a família nuclear e matrimonializada, passou a dar lugar a múltiplos arranjos familiares:

⁶¹ SARTI, Cynthia. Famílias enredadas. In: Família, redes, laços e políticas públicas. ACOSTA, Ana Rojas e VITALE, Maria Amália Faller (org.). 5ª e. São Paulo: PUC SP Cedepe, Cortez editora, p.21.

⁶² KEHL, Maria Rita. **Em defesa da família tentacular.** Disponível em <http://www.mariaritakehl.psc.br/PDF/emdefesadafamiliatentacular.pdf>. Acesso em 30.01.2013.

⁶³ KEHL, Maria Rita. *Op. cit.*

⁶⁴ KEHL, Maria Rita. *Op. cit.*

De certa forma, a família desprivatizou-se a partir da segunda metade do século XX, não porque o espaço público tenha voltado a ter a importância que teve na vida social até o século XVIII, mas porque o núcleo central da família contemporânea foi implodido, atravessado pelo contato íntimo com adultos, adolescentes e crianças vindas de outras famílias. Na confusa árvore genealógica da família tentacular, irmãos não consanguíneos convivem com “padrastos” ou “madrastas” (na falta de termos melhores), às vezes já de uma segunda ou terceira união de um de seus pais, acumulando vínculos profundos com pessoas que não fazem parte do núcleo original de suas vidas.⁶⁵

Um fato ocorrido no final do século XX é emblemático para representar essa mudança paradigmática na família contemporânea. O casamento de contos de fadas de Lady Diana e do Príncipe Charles representava o ideal romântico de matrimônio e fortalecia no imaginário coletivo a ideia de família nuclear. O divórcio real⁶⁶ provocou um verdadeiro choque, não apenas para a comunidade britânica⁶⁷, como para boa parte da humanidade, pois simbolizava claramente e de maneira inequívoca – ora, se tratava da família real! –, que a família não era mais a mesma.

Diante de um cenário tão diverso e múltiplo, com mudanças tão profundas, é que se cogita que a família estaria em crise. No entanto, conforme Rodrigo da Cunha Pereira:

É natural que em meio um processo histórico, ainda vivenciado, tenhamos um olhar medroso e pessimista frente às mudanças. É compreensível que as coisas novas amedrontem, mas o processo é de evolução histórica e não de decadência. As turbulências do caminho são decorrências naturais do processo evolutivo civilizatório.⁶⁸

⁶⁵ KEHL, Maria Rita. *Op. cit.*

⁶⁶ “Desde que o príncipe William, da Inglaterra, anunciou seu noivado com a plebeia Kate Middleton, com quem namora há oito anos, o enlace é tratado pela imprensa – e pelos britânicos – como “o casamento do século”. O mesmo adjetivo era usado em 1981 para tratar do casamento de Charles e Diana, pais do príncipe. E, de fato, a festa do primogênito da rainha Elizabeth foi um evento para ficar na história. Um bilhão de pessoas em mais de setenta países acompanharam a cerimônia pela TV, no dia 29 de julho de 1981. O que parecia um conto de fadas, porém, terminou em lavagem de roupa suja em público, depois que o caso de Charles com Camilla Parker-Bowles, uma mulher casada, veio à tona. Os dois se separaram em 1992, após uma sequência de escândalos que alimentaram os tablóides de todo o mundo. O divórcio foi assinado em 1996.” (VEJA (2011). Charles e Diana: o conto de fadas que se tornou pesadelo. Disponível em <http://veja.abril.com.br/blog/acervo-digital/realeza/charles-e-diana-o-conto-de-fadas-que-se-tornou-pesadelo/>. Acesso em 13.12.2014).

⁶⁷ Lady Diane ficou reconhecida como figura carismática, que parecia ofuscar o brilho da Família Real britânica. Por isso não apenas o divórcio, como a sua morte posterior gerou grande comoção mundial. Para retomar o prestígio dos valores da Família Real, é curioso que a Rainha da Inglaterra tenha providenciado três meses após o falecimento da Lady Diana, uma grande comemoração de suas próprias bodas, fato inédito, vez que ela nunca tinha feito antes festa para nenhum aniversário de casamento dela. (Folha de São Paulo (1997). Elizabeth 2ª usa bodas para atrair súditos. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/11/20/mundo/6.html>. Acesso em 13.12.2014).

⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática** – 2. Ed. – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 14.

Tanto assim que a família, embora seja alvo de críticas e contestações ao longo da história⁶⁹, “ainda representa um abrigo diante das modalidades de desamparo que enfrentamos no presente”⁷⁰, por isso que muitas categorias sociais perseguem hoje o seu reconhecimento como entidade familiar - a luta dos homossexuais pelo direito ao casamento é um exemplo disso.⁷¹ Neste sentido, Giselda Hironaka afirma que:

[...] há uma imortalização na ideia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família, este *locus* que se renova sempre "como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social".⁷²

Assim, pode-se dizer que “a família mudou, mudaram os papéis familiares, mas não foi substituída por outra forma de organização molecular.”⁷³

Aliás, Maria Celina Bodin de Moraes chega mesmo a afirmar que:

Não se fala mais em crise ou em morte da família, expressões relativamente comuns até trinta anos atrás. A ideia de família experimenta, por assim dizer, um momento de esplendor, tendo-se tornado aspiração comum de vida, com o desejo generalizado de fazer parte de formas agregadas de relacionamento, baseadas no afeto recíproco, seja para obter um reconhecimento social, seja, até mesmo, para gozar de benefícios econômicos ou fiscais previstos em lei. Crise houve, mas não investiu contra a família em si; seu alvo era o modelo familiar único, absoluto e totalizante representado pelo casamento.⁷⁴

E Petrini complementa:

⁶⁹ A exemplo dos movimentos dos anos 1960, que contestavam o modelo familiar vigente em nome da liberdade sexual. “Também a influencia do pensamento marxista levou os grupos de esquerda a considerarem a família como o lugar de reprodução de uma mentalidade conservadora, contrária à militância política e à revolução. De modo semelhante, para boa parte da psicanálise, a família parecia marcada pela suspeita de desempenhar uma função disciplinadora, responsável por transmitir principalmente modelos e valores contrários à renovação da sociedade e à revolução sexual.” (PETRINI, João Carlos. *Op. Cit.*, p. 58).

⁷⁰ KEHL, Maria Rita. *Op. Cit.*

⁷¹ Elizabeth Roudinesco, citada por Maria Celina Bodin de Moraes, afirma que: “A família é atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições.” (MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade...** In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 171).

⁷² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento: regime de bens**. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Familia/Diversos_familia/doutrina%20-%20casamento%20regime%20de%20bens.doc. Acesso em 15.02.2015.

⁷³ KEHL, Maria Rita. *Op. Cit.*

⁷⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, 2006, p. 172.

A família encontra-se em constante mudança por participar dos dinamismos próprios das relações sociais. O processo social dos últimos séculos acelerou as mudanças, com conseqüências substanciais em todos os aspectos da convivência humana. A família, integrada nesse contexto, necessariamente passa por transformações de tal magnitude, que parece prestes a desaparecer.

[...]

Reagindo aos condicionamentos externos e, ao mesmo tempo, adaptando-se a eles, a família encontra novas formas de estruturação, que, de alguma maneira, a reconstituem, sendo reconhecida como uma estrutura básica permanente da experiência humana e social.⁷⁵

Assim, a família ainda persiste como primeiro espaço de socialização e de formação do sujeito, a demandar dos juristas profundas reflexões e inquietações, sobretudo com relação aos contornos da incidência do Direito sobre essas novas relações familiares.

2.3 A família e o Direito

2.3.1 Tentativa de conceituação

A noção de família para o Direito não coincide em todo com os conceitos apresentados por outros ramos das Ciências, vez que no Direito sempre se utilizou também de uma perspectiva econômica, ligada, sobretudo, à ideia de propriedade, para designar a família. Tanto assim que no Direito Romano a expressão família inicialmente se referia aos escravos de um determinado cidadão:

Em sua origem, a palavra família não significa o ideal - mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas do filisteu de nossa época; - a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. Famulus quer dizer escravo doméstico e família é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Nos tempos de Gaio, a família "id est patrimonium" (isto é, herança) era transmitida por testamento. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles.⁷⁶

⁷⁵ PETRINI, João Carlos. *Op. Cit.*, p. 60-61.

⁷⁶ ENGELS, Friederich. *Op. Cit.*, p. 15.

Conforme Paulo Lôbo, essa “foi a primeira forma de família fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, resultando no triunfo da propriedade individual sobre a compropriedade espontânea primitiva.”⁷⁷

E prossegue o mesmo autor afirmando que foi justamente a partir das concepções de família patriarcal e de propriedade privada que se assentaram “as bases da legislação sobre família, inclusive no Brasil.”⁷⁸

Ao lado da influencia dos aspectos econômicos para a conceituação da família pelo Direito, tem-se também a forte presença da Igreja Católica, que transformou o casamento em sacramento e tornou indissolúvel o vínculo matrimonial.

Na verdade, com o predomínio do cristianismo no Império Romano, foram alteradas as regras então praticadas com relação ao casamento, que permitia, inclusive, a realização do divórcio.

Para os romanos, o casamento era um estado de fato, que produzia efeitos jurídicos. Paralelo a ele, existia também a figura do *concubinatus*, que consistia em toda união livre entre homem e mulher não qual não ocorre a *affectio maritalis*, efeito subjetivo do casamento, que representava o desejo de viver com o parceiro para sempre. [...]

Com a decadência do Império Romano e o crescimento do Cristianismo, houve uma gradativa alteração do significado da família.

Se a família pagã romana era uma unidade com multiplicidade funcional, a família cristã se consolidou na herança de um modelo patriarcal, concebida como célula básica da Igreja (que se confundia com o Estado) e, por consequência, da sociedade.⁷⁹

Neste sentido, a *família natural* romana foi adaptada pela Igreja Católica, que transformou o casamento em instituição sacralizada e indissolúvel, e única formadora da família cristã, permanecendo tal modelo de estrutura familiar nuclear até hoje, conforme bem observado por Orlando Gomes:

Na organização jurídica da família hodierna é mais decisiva a influência do *direito canônico*. Para o cristianismo, deve a família fundar-se no *matrimônio*, elevado a *sacramento* por seu fundador. A Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por largo período histórico vigoraram, entre os povos cristãos, como

⁷⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil – famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

⁷⁸ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 8.

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. Cit.*, 2011, p. 50.

seu exclusivo estatuto matrimonial. Considerável, em conseqüência, é a influência do *direito canônico* na estruturação jurídica do grupo familiar.⁸⁰

No Brasil, a influência da Igreja também perdurou por muito tempo. Inicialmente, por intermédio mesmo das Ordenações Filipinas - legislação portuguesa que vigorou na época colonial e ainda durante o período imperial - que reconhecia como entidade familiar apenas aquela formada pelo casamento, o que depois foi confirmado pelo primeiro Código Civil brasileiro (1916).

De todo modo, a legislação pátria atual não apresenta um conceito único de família, embora a doutrina indique algumas acepções para o termo família. Maria Helena Diniz, por exemplo, indica três acepções: no *sentido amplíssimo*, no sentido lato e restrito:

No *sentido amplíssimo* o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1.412, §2º, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico. [...].

Na acepção “*lata*”, além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro) [...].

Na *significação restrita* é a família (CF, art. 226, §§ 1º e 2º) o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, arts. 1.567 e 1.716), e *entidade familiar* a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§3º e 4º, da Constituição Federal [...].⁸¹

Ainda segundo Maria Helena Diniz, a legislação brasileira, a partir dessas três acepções, “emprega a palavra *família* tendo em vista os seguintes critérios: o dos efeitos sucessórios e alimentares, o da autoridade e o das implicações fiscais e previdenciárias.”⁸²

Neste sentido, a depender do ramo do Direito, pode-se ter a aplicação de um conceito mais amplo ou mais restrito de família.

Já para Orlando Gomes, a família, em acepção *lata*, englobaria os descendentes de um ancestral comum, unidos por laços de parentesco, incluindo-se também os afins. Segundo este formato, a família seria composta então pelos cônjuges, prole, parentes colaterais (até certo grau), como tios, sobrinhos e primos, e os parentes por afinidade (sogro, genro, nora,

⁸⁰ GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, 2002, p. 40.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – direito de família – vol. 5. - 24ª ed. - São Paulo: Saraiva*, 2009, p. 9-10.

⁸² DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, vol. 5, 2009, p. 11.

cunhado). Já a família em concepção estrita abrangeria apenas os cônjuges e filhos menores.⁸³

Assim, Orlando Gomes afirma que, para fins legais,

*A grande família é admitida apenas para fins de sucessão e alimentos. À família em sentido estrito não se aplicam, na mesma extensão, as disposições legais pertinentes, porque os filhos se emancipam, liberando os pais dos deveres de criação, guarda e educação. O estatuto da família volta-se precipuamente para o grupo mais restrito, que é constituído pelo marido, mulher e filhos, que se acham sob o pátrio poder.*⁸⁴

A partir dessas observações, Orlando Gomes defende que a *família* é, juridicamente, “o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção.”⁸⁵

Observa-se, pois, a partir dessas conceituações que a intenção do legislador pátrio é considerar a família não apenas enquanto instituição jurídica, mas também valorizar a sua importância social, a partir das suas várias manifestações. Nesta esteira, Paulo Lôbo afirma que:

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).⁸⁶

Hoje, com as alterações trazidas pela Constituição Federal, a doutrina percebe um alargamento do conceito de família. Por isso, Gagliano e Pamplona afirmam que “*família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização de seus integrantes, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.*”⁸⁷

Dessa maneira, pode-se dizer que, para o Direito, a família seria uma organização social formada a partir de laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos.

⁸³ GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, 2002, p. 32.

⁸⁴ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 2002, p. 32.

⁸⁵ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 2002, p. 35.

⁸⁶ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 2.

⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. Cit.*, 2011, p. 43.

Vale dizer ainda que, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foram reconhecidas novas formas de constituição de família, que não apenas o casamento. Assim, a união estável e a família monoparental passaram a ser compreendidas como entidade familiar, a merecerem igual proteção do Estado, nos termos do art. 226 da Carta Magna.

Embora não previstas claramente no texto constitucional, as uniões estáveis entre casais homossexuais vêm tendo reconhecimento jurisprudencial, alargando ainda mais o rol de entidades familiares inicialmente descritos pela Constituição.⁸⁸

Dessa maneira, o novo panorama inaugurado com a Carta Constitucional de 1988 contribuiu para a ampliação do conceito de unidade familiar, que antes era delineado apenas pela “aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos”, baseado não apenas no casamento, e “inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.”⁸⁹

2.3.2 Natureza jurídica

De acordo com Orlando Gomes, existem três grupos de teorias que tentam definir a natureza jurídica da família: a teoria tradicional, que compreende a família como um núcleo ou grupo social; a teoria da subjetividade jurídica, que é na verdade uma variação da teoria da pessoa jurídica; e por fim a teoria do ordenamento autônomo, que acredita que a família, como autonomia coletiva, emite seu próprio direito, ou seja, a família seria uma “organização social à qual atribui a lei uma certa autonomia.”⁹⁰

A ideia de se atribuir personalidade jurídica à família já foi ventilada, entendendo-se

⁸⁸ O reconhecimento jurisprudencial das uniões entre casais homossexuais inicialmente se deu, sobretudo, no plano individual, a partir de controle de difuso de constitucionalidade feito nos casos concretos. Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4.277-DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, reconheceu a possibilidade de se estender os efeitos da união estável prevista no §3º do art. 226 da Constituição Federal às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 350.

⁹⁰ GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, 2002, p. 22.

que a família seria detentora de direitos extrapatrimoniais, como o nome, o poder familiar, e direitos patrimoniais, como o bem de família, mas, pela sua própria inconsistência conceitual, não ganhou adeptos.⁹¹ Assim, conforme Venosa:

Os pretensos direitos imateriais a ela ligados, o nome, o poder familiar, a defesa dos mortos, nada mais são do que direitos subjetivos de cada membro da família. Com maior razão, da mesma forma se posicionam os direitos de natureza patrimonial. A família nunca é titular de direitos. Os titulares serão sempre seus membros individualmente considerados.⁹²

Na verdade, nenhuma legislação do mundo corroborou deste entendimento, não havendo, pois, o reconhecimento da família como pessoa jurídica. De um modo geral, “as legislações continuam a ver na família aquele grupo social básico que a lei disciplina mediante a regulamentação da *posição jurídica* que, nele e para ele, assumem os seus membros.”⁹³

Também tem grande predominância no Direito a compreensão de família como instituição social:

Sob a perspectiva sociológica, família é uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos. Desse modo, como sociologicamente a família é sem dúvida uma instituição, o Direito, como ciência social, assim a reconhece e regulamenta. Recordemos que as instituições jurídicas são um universo de normas de direito organizadas sistematicamente para regular direitos e deveres de determinado fenômeno ou esfera social. Não sem muita controvérsia, esse o sentido da família como instituição jurídica.⁹⁴

No entanto, esta concepção institucional de família tem sido substituída após o advento da Constituição Federal de 1988, para uma ideia funcional da família, como espaço de desenvolvimento de seus membros.

Na verdade, esta nova concepção faz parte mesmo do movimento maior denominado de *repersonalização das relações civis*, “que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais”.⁹⁵ Há, pois, um deslocamento do enfoque essencialmente patrimonialista sempre presente no Direito Civil brasileiro, para um enfoque pautado pela dignidade da pessoa humana.

⁹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, 2011, p. 7.

⁹² VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, 2011, p. 8.

⁹³ GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, 2002, p. 22.

⁹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. Cit.*, 2011, p. 8.

⁹⁵ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 11.

Por isso a lição de Perlingieri de que “a família como formação social, como ‘sociedade natural’, é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa.”⁹⁶

De toda sorte, independente dos conceitos escolhidos, a grande questão hoje para o Direito é conseguir responder as diversas demandas que a família impõe neste novo século, com profundas alterações no modelo então conhecido, qual seja, da família nuclear e matrimonializada. Tais mudanças repercutem como desafios a exigir do jurista não só a compreensão do fenômeno, como também a reflexão e ponderação sobre as possibilidades e limites da intervenção do Estado no grupo até bem pouco tempo entendido por alguns como imune a esse tipo de interferência:

A necessidade desse controle resulta clara por contraste diante das doutrinas que sustentaram a “imunidade” da família e que são ligadas em vários modos àquelas antes criticadas porque orientadas a afirmar um autônomo e superior interesse da família. “Imunidade” significaria uma tendencial subtração das vicissitudes internas da família ao controle do Estado: o poder normativo do ordenamento jurídico, a sua força de afirmação dos valores sobre os quais se funda, paralisar-se-ia diante da família, vista como comunidade autônoma, em um certo modo portadora de uma própria subjetividade, corpo separado, ordenamento finalizado a si mesmo, originário em relação ao Estado.⁹⁷

Os caminhos da família e os possíveis efeitos jurídicos das novas conformações familiares são, portanto, as atuais inquietações das relações que se travam entre o Direito e a Família.

2.4 Família e Parentalidade

2.4.1 Parentalidade: um conceito

As relações parentais se referem àquelas relações estabelecidas entre pais e filhos no contexto familiar.

⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p.248.

O psiquiatra e psicanalista francês Paul-Claude Racamier foi quem usou “a nomenclatura em francês *parentalité*, traduzida, no Brasil, como parentalidade pela primeira vez, em 1961, nos trabalhos de pesquisa sobre psicose materna.”⁹⁸ Depois de um tempo esquecida, a expressão foi retomada em alguns trabalhos acadêmicos, sobretudo nas pesquisas sobre crianças separadas de seus pais na década de 1980, e depois utilizada de forma generalizada em projetos dirigidos a subsidiar políticas de proteção à família.⁹⁹

Houzel, citado por Araújo, informa que a parentalidade assume três dimensões: o exercício (dimensão da parentalidade que identifica os agentes da parentalidade, titulares de direitos e obrigações decorrentes dessa relação); a experiência (compreende as funções da parentalidade e os aspectos subjetivos do processo de parentalização) e a prática da parentalidade (que envolve as qualidades e o desempenho da parentalidade como um processo).¹⁰⁰

Há ainda o modelo de Hoghughi que apresenta onze dimensões da parentalidade, agrupadas em três grupos, a saber: “*Atividades parentais* (conjunto de atividades necessárias para uma parentalidade suficientemente adequada), *áreas funcionais* (principais aspectos do funcionamento da criança) e *Pré-requisitos* (conjunto de especificidades necessárias para o desenvolvimento da atividade parental).”¹⁰¹

Araújo ainda cita o modelo de Belsky “que estuda a influência dos aspectos sociais, históricos e individuais sobre as relações de parentalidade”, bem como o modelo desenvolvido por Kotchick e Forehand que procura examinar os fatores que exercem influência sobre a parentalidade, como a questão socioeconômica, a etnicidade, a cultura, enfim, ambiência da família.¹⁰²

Como se pode ver, existem diferentes visões a cerca da parentalidade nas Ciências, o que, assim como acontece em relação à família, dificulta a formulação de um conceito único a seu respeito.

Martin propõe três argumentos para explicar por que se fala em parentalidade: primeiro, refere-se à parentalidade como um meio nomear o *parente* ou aquela que ocupa o lugar (havendo o predomínio do discurso psicológico); o segundo, situa a parentalidade como um meio de dar conta das transformações na estrutura da família (predominam aqui o discurso social e o discurso jurídico); e o terceiro, toma a parentalidade como um meio de desenvolver um discurso na ordem pública

⁹⁸ ARAUJO, Hilda Ledoux Vargas de. **A parentalidade nas famílias neoconfiguradas. Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais E Humanidades.** Niterói RJ: ANINTER-SH/ PPGSD-UFF, 03 a 06 de Setembro de 2012, ISSN 2316-266X.

⁹⁹ TEPERMAN, Daniela. **Família, parentalidade e época: articulações possíveis.** In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira (orgs.). *Família e parentalidade – olhares da Psicologia e da História.* Curitiba: Editora Juruá, 2011, p. 160.

¹⁰⁰ ARAUJO, Hilda Ledoux Vargas de. *Op. cit.*

¹⁰¹ ARAUJO, Hilda Ledoux Vargas de. *Op. cit.*

¹⁰² ARAUJO, Hilda Ledoux Vargas de. *Op. cit.*

(estariam aqui incluídas as vertentes pelas quais o discurso social tem tratado a criança e seus direitos, os pais e as competências que lhe são supostas; assim como o discurso veiculado pelos trabalhadores envolvidos na proteção à infância, e o discurso presente nas publicações e programas televisivos voltados à educação de crianças e ao desempenho dos pais).¹⁰³

De toda sorte, a expressão parentalidade parece se adequar perfeitamente aos novos contornos das relações familiares, realçando a ideia de afeto e cuidado nas relações entre pais e filhos.¹⁰⁴

2.4.2 Relações parentais e o Direito

No Direito, o estudo da parentalidade está relacionado à análise das relações entre pais e filhos, e os direitos e deveres delas decorrentes.

O Código Civil brasileiro não utiliza a expressa parentalidade para tratar dessas relações, preferindo o usar o termo *filiação*¹⁰⁵, palavra que encontra sua raiz no vocábulo latino *filiatio* que, conforme Fujita, tem o “significado de descendência de pais a filhos”¹⁰⁶, e também de enlace, dependência. Vale dizer que quando se trata da relação em face do pai, chama-se paternidade, e perante a mãe, denomina-se maternidade.

Segundo Paulo Lôbo, “filiação é conceito relacional; é relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.”¹⁰⁷ Assim, o Direito brasileiro consagra a tese de filiação biológica e não biológica, atendendo às novas conformações familiares que têm por base o afeto.

Nas relações parentais tanto pais como filhos são titulares de direitos e deveres, em prol do pleno desenvolvimento da dignidade dos membros da família.

¹⁰³ TEPERMAN, Daniela. **Família, parentalidade e época:** articulações possíveis. In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira (orgs.). *Família e parentalidade – olhares da Psicologia e da História*. Curitiba: Editora Juruá, 2011, p. 160.

¹⁰⁴ “Acredita-se que o termo parentalidade permitiria dar conta das relações instituídas a partir dos novos laços familiares, relações que, no sistema de parentesco, não poderiam ser nomeadas.” (TEPERMAN, Daniela. *Op. cit.*, 2011, p. 160-161).

¹⁰⁵ Conforme art. 1.596 e seguintes do Código Civil.

¹⁰⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9.

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo. *Op. Cit.*, 2008, p. 192.

Os pais exercem sobre seus filhos o poder familiar¹⁰⁸ e possuem o dever constitucional de assisti-los, cria-los e educa-los, até que se tornem civilmente capazes. Registre-se que a Constituição Federal também impõe aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.¹⁰⁹

Assim, de acordo com essa estruturação, “o Direito de Família toma por base a filiação, para estudar as relações de parentesco entre pais e filhos, imprimindo a um e a outro, direitos e responsabilidades, a exemplo do dever recíproco a alimentos, do direito ao poder familiar, entre outros.”¹¹⁰

É importante assinalar que a Carta de 1988 pôs fim à nefasta discriminação que era feita pela legislação anterior, especialmente o Código Civil de 1916, entre as diferentes formas de origem da filiação, que tinha o intuito claro de privilegiar os filhos biológicos oriundos das relações matrimônias, em detrimento dos demais. Pode-se dizer, conforme Tepedino, “que a disciplina do Código Civil [de 1916], pela qual a tutela dos filhos estava vinculada à espécie de relação preexistente entre seus pais, respondia a uma lógica patrimonialista bem definida”¹¹¹, que visava a manutenção dos bens dentro da chamada *família legítima*.

A nova ordem constitucional impõe, portanto, a absoluta igualdade entre os filhos. É por isso que Paulo Lôbo afirma que a filiação é hoje conceito único, não mais admitindo adjetivações ou discriminações. Assim, já não é possível falar em filiação legítima ou ilegítima, natural ou adotiva.¹¹²

No entanto, é preciso ressaltar que apesar do novo tratamento constitucional proibir claramente qualquer tipo de discriminação em razão da origem da filiação, o Código Civil de 2002 ainda estabelece a presunção de paternidade apenas para os filhos oriundos de relações

¹⁰⁸ “O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos.” (LÔBO, Paulo. *Op. Cit.*, 2008, p. 268).

¹⁰⁹ Conforme Art. 229 da Constituição Federal: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01.12.2014).

¹¹⁰ ARAUJO, Hilda Ledoux Vargas de. *Op. cit.*

¹¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 392.

¹¹² LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 192.

matrimoniais¹¹³, impondo aos filhos havidos fora do casamento os caminhos do reconhecimento judicial ou voluntário.¹¹⁴

De toda sorte, para os fins deste trabalho, convém compreender as relações parentais, independente da origem da filiação, a partir do conjunto de direitos e deveres inerentes a pais e filhos, mas especialmente aos pais, tornando a família um espaço próprio para o exercício de direitos subjetivos, “sob a titularidade recíproca de pais e filhos, numa visão coordenada bilateral, na qual direitos subjetivos se conectam com deveres jurídicos.”¹¹⁵

¹¹³ Art. 1.597 do Código Civil de 2002: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.” (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014).

¹¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. VI: direito de família. 4º ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 282.

¹¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família** – elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 265.

3. A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Da família patriarcal e matrimonializada às múltiplas formas familiares

3.1.1 A família no Direito brasileiro: aspectos históricos¹¹⁶

A compreensão da família no Direito brasileiro sempre esteve ligada aos padrões morais indicados pelo direito privado do século XIX, pensado para o homem branco, chefe de família e proprietário.

O *Code Civil* de 1804 de Napoleão, que inaugura o processo de codificação do direito privado moderno¹¹⁷, tinha justamente este tom conservador, e baseava-se em dois pilares. O primeiro era “o direito absoluto da propriedade privada e os diferentes modos de sua aquisição; sua administração, sobretudo pelo chefe de família, e os meios de sua transmissão.”¹¹⁸ Já o segundo pilar do Código Napoleônico era a “família, cuja característica principal é a submissão ao poder do marido e pai.”¹¹⁹

No Brasil, o Direito Civil foi regulado por mais de três séculos pelas Ordenações Filipinas, legislação organizada “para o Portugal do século XVII”, o que impediu o país, na magistral lição de Orlando Gomes, de integrar o “movimento de renovação legislativa que empolgou as nações ocidentais no século XIX.”¹²⁰ É curioso observar que as Ordenações

¹¹⁶ Embora já se tenha estabelecido a relação entre Direito e Família no item 2.3 deste trabalho, quando se abordou uma certa perspectiva histórica dessa relação, agora será feita uma abordagem mais detalhada da evolução do conceito de família especificamente no direito brasileiro.

¹¹⁷ “O *Code Civil* é a culminação de vários séculos de evolução do direito Frances; [...] marcou a ruptura decisiva na gradual evolução do direito. Substituiu a variedade do antigo direito por um código único e uniforme para toda a França; aboliu o direito que estava anteriormente em vigor, em particular o direito consuetudinário e romano [...]; incorporou várias medidas ideológicas inspiradas pela Revolução de 1789; e tentou tornar supérfluo o papel tradicional do direito erudito, ao proibir o comentário doutrinário, na crença de que a nova legislação era clara e auto-suficiente.” (CAENEGEM, R. C. van. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. Revisão: Eduardo Brandão. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 1-2).

¹¹⁸ CAENEGEM, R. C. van. *Op. cit.*, p. 11.

¹¹⁹ CAENEGEM, R. C. van. *Op. cit.*, p. 11.

¹²⁰ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958, p. 7.

pensadas para Portugal “tiveram vida mais longa e influência mais decisiva no Brasil”, vez que se fizeram presentes também no processo de construção do primeiro Código Civil brasileiro, promulgado em 1916.¹²¹

Vale lembrar que este Código de 1916 começou a ser elaborado em 1899 por Clovis Beviláqua, tramitando por um longo tempo no Congresso até a sua promulgação. Neste período, o Brasil ainda era um país essencialmente agrário, dominado ainda por uma aristocracia rural, e a legislação civil certamente refletiria essa sociedade.¹²² Mais uma vez, conforme Orlando Gomes:

Até ter sido abolida a escravidão, pouco antes, por conseguinte, de ser iniciada a elaboração do Código Civil, a estrutura de nossa sociedade, no conceito de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, tem a sua base fora das cidades. A influência da organização social do Brasil-colônia faz-se sentir até o fim do século XIX, e é nos primeiros anos século XX que começa a discussão do projeto do Código Civil elaborado por CLÓVIS BEVILÁQUA. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial.¹²³

Outra inspiração importante dos autores do Código Civil de 1916 foi o *Code Civil* de Napoleão, sendo, portanto adotada uma concepção de família essencialmente patriarcal e patrimonialista, mas, sobretudo conservadora.

O marido era o chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da mulher. No exercício dessa atividade, cabia ao marido prover a manutenção da família. Clovis Beviláqua conceituava essa família do Código de 1916 como uma “associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito.”¹²⁴

Assim, a única família reconhecida era aquela formada pelo casamento, cujo vínculo, inclusive, era indissolúvel. Neste sentido, é interessante a defesa feita por Clovis Beviláqua com relação à proibição do divórcio no Brasil, refletindo de forma clara o pensamento conservador da sociedade da época:

¹²¹ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 1958, p. 14-15.

¹²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2011, p. 63.

¹²³ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 1958, p. 28.

¹²⁴ BEVILÁQUA, Clovis. Direito da Família. *apud* STEIN, Thais Silveira. **O estabelecimento da paternidade e a dignidade da pessoa nas relações familiares.** In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 560.

Se for concedido o divórcio a vínculo, facilitar-se-á o incremento das paixões animais, enfraquecer-se-ão os laços da família, e essa fraqueza repercutirá desastrosamente na organização social. Teremos recuado da situação moral da monogamia para o regime da poligamia sucessiva, que, sob a forma de poliandria, é particularmente repugnante aos olhos do homem culto.

A moral domestica deve ser extrema delicadeza, particularmente em relação aos filhos cuja educação se compromete, cujo espírito se conturba e cujos interesses não são escrupulosamente atendidos, quando os seus progenitores, esquecidos da sagrada missão que lhes é confiada, se deixam arrastar pelos desregramentos de conduta, sem procurar sequer disfarça-los aos olhos das cândidas criaturas que são fadadas a tomá-los por modelos, e em cujas consciências esses atos produzem necessariamente, um precipitado moral funestíssimo.

A cultura, a moral, o direito, todas as normas sociais são liames destinados a conter a animalidade humana, e a canalizar os impulsos individuais para os fins de conservação e do bem-estar sociais.

Sendo assim, não parece duvidosa a escolha entre um remédio que se acomoda perfeitamente a esses fins e um que os contraria, entre um recurso que não transforma os casais infelizes em seres ditosos, mas evita a propagação da úlcera, circunscrevendo-lhe ação corrosiva, e um expediente que, sobre as ruínas de uma família, ergue a possibilidade de outras ruínas, formando uma triste cadeia de matrimônios efêmeros, na qual se vai a dignidade ensombrando, a noção do dever apagando e a organização da família se dissolvendo.”¹²⁵

A “instituição” família estava assim acima de qualquer interesse, e deveria ser preservada ainda que isto representasse a infelicidade de seus membros.

Como apenas era reconhecida a família matrimonializada, todas as demais formas de constituição familiar eram negadas pelo Direito. Os filhos oriundos de relações não conjugais ganhavam o estigma da ilegitimidade e tinham direitos muitos limitados se comparados aos filhos “legitimamente” concebidos.

O Código de 1916 fechava os olhos, portanto, para uma realidade que já se fazia presente àquela época, qual seja, da existência de uniões sem casamento, que na maioria das vezes, também tinham prole. Conforme Venosa, “era um Código tecnicamente muito bem feito, mas que nascera socialmente defasado. Lembrando a magnífica obra de Gilberto Freyre, o Código Civil brasileiro de 1916 foi dirigido para a minoria da *Casa-Grande*, esquecendo da *Senzala*.”¹²⁶

Mas os tempos mudaram. E como mudaram.

O processo de industrialização no Brasil e a emancipação feminina no século XX alteraram as bases da família brasileira. As mulheres passaram a deixar os seus lares para

¹²⁵ BEVILÁQUA, Clovis *apud* GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 1958, p. 25-26.

¹²⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, 2011, p. 6.

contribuir no sustento doméstico, o que estabeleceu uma verdadeira reorganização da estrutura familiar.

A superação do modelo de uma sociedade eminentemente agrária também permitiu a alteração de alguns padrões morais, possibilitando uma maior flexibilização das relações familiares.

A legislação civil estampada no Código de 1916 não se coadunava há tempos com a realidade vivenciada pelos brasileiros.

Em razão disso, iniciou-se no Brasil um processo de descodificação do Direito Privado¹²⁷ - acompanhando uma tendência de outros países - entendendo-se justamente que o Código Civil então vigente já não conseguia contemplar as variadas demandas da sociedade brasileira. Conforme Gagliano e Pamplona Filho, esse fenômeno da descodificação foi

[...] marcado pela proliferação assustadora, à velocidade da luz, de estatutos e leis especiais que disciplinariam não só as novas exigências da sociedade industrializada, mas também velhas figuras que se alteraram com o decorrer dos anos, sob o influxo de novas ideias solidaristas e humanitárias, e que não poderiam ser plena e eficazmente reguladas por um Código ultrapassado e conservador.¹²⁸

Muitos desses novos estatutos legais passaram a ser compreendidos como verdadeiros microssistemas, contemplando matérias que não estavam no Código ou, ainda que estivessem, passavam a ser reguladas de maneira diferente.¹²⁹

Em direito de família, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) é um importante exemplo desse processo, vez que tal norma altera a condição da mulher casada prevista no

¹²⁷ “A codificação surgiu como um processo de unificação de regras (normas e princípios), de forma sistemática e racional, com a finalidade de reger a vida privada dos sujeitos de direito de forma plena e duradoura. Visava-se dar solução a todos os tipos de questões que pudessem surgir nas relações entre particulares. Contudo, com a evolução da sociedade, percebeu-se que isto não era possível, sobretudo nos dias atuais, uma vez que faltam aos códigos civis completude e generalidade. Sendo assim, o direito civil enfrenta uma fase de incontestável transformação, chamada de “crise do direito”, uma vez que suas características formais e materiais não mais possuem a clareza e nitidez necessárias, bem como não atendem à realidade e as exigências sociais. Essa constatação levou a críticas ao sistema de codificação a partir da segunda metade do século XX, bem como a um processo de constitucionalização do direito civil ou, para outros, de civilização do direito constitucional, o que gerou um abalo na clássica dicotomia entre direito público e privado.” (NICODEMOS, Erika. Codificação e descodificação: o direito civil e o Código Civil de 2002. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3765, 22 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25559>>. Acesso em: 25 out. 2014).

¹²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2011, p. 64.

¹²⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 86.

Código de 1916, inclusive lhe assegurando a plena capacidade civil, que era renegada pela legislação anterior.¹³⁰

Conforme a professora Roxana Borges:

Essas novas leis, ao regulamentar novos direitos ou atribuir novo formato e novo sentido a direitos já existentes, oferecem, num mesmo estatuto ou num mesmo espaço de regulamentação, regras que não são apenas de direito civil, mas também, como exemplo, regras de direito processual e de direito penal. São regulamentações multidisciplinares. Tais novos direitos ou novas situações de institutos presentes no Código Civil requerem uma disciplina que não se exaure meramente nos dispositivos de natureza civil, exigindo, para sua completa regulamentação, normas de outros ramos do direito, voltadas para um objetivo determinado, reunidas num mesmo diploma.¹³¹

Ainda com todas as críticas existentes ao modelo de codificação no direito privado¹³², foi iniciado um projeto de Código, para substituir o de 1916. O projeto foi apresentado em 1975, mas após uma série de percalços da burocracia do processo legislativo, foi definitivamente aprovado e sancionado em 10 de janeiro de 2002. Na verdade, uma das grandes dificuldades para aprovar o Projeto de 1975 foi a necessidade de adequá-lo aos novos parâmetros normativos introduzidos pela Constituição Federal de 1988.¹³³

De toda maneira, é obvio que um Código que se iniciou em 1975 já não poderia atender às demandas da sociedade do século XXI, marcada por um processo de transformação

¹³⁰ O art. do Código Civil de 1916 incluía a mulher casada entre os relativamente incapazes: “Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156). **II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.** III. Os pródigos. IV. Os silvícolas.” (grifos da autora). (BRASIL. Código Civil (1916). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 01.12.2014).

¹³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, p. 87.

¹³² Conforme a sempre lúcida lição de Orlando Gomes, “o mundo dos Códigos foi o mundo da segurança, na feliz observação de Natalino Irti, quando os valores do liberalismo podiam ser traduzidos numa sequencia ordenada de artigos, para ‘proteção das liberdades civis do indivíduo na sua vida privada contra as indébitas ingerências do poder político’. Desta necessidade de garantia – assinala o autor citado – nasceu a ideia da imutabilidade da legislação civil e da perenidade dos institutos jurídicos, principalmente a propriedade e o contrato. No mundo instável, inseguro e volúvel de hoje a resposta normativa não pode ser a transposição para um Código das fórmulas conceituais habilmente elaboradas no século passado, mas comprometidos com uma realidade extinta.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 71).

¹³³ O Relator do Projeto na Câmara dos Deputados, o dep. Ricardo Fiúza, ao verificar “as muitas arguições de inconstitucionalidade no projeto submetido à sua Relatoria e diante da impossibilidade, a princípio, de alterar o conteúdo do projeto (uma vez que não tinha sido objeto de emendas no Senado), conseguiu aprovar um projeto de resolução, alterando o Regimento Comum do Congresso Nacional e permitindo que o projeto pudesse sofrer adequações constitucionais e legais (Resolução CN 1/2000, de 3-1-2000), o que permitiu, na realidade, a sua revisão.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2011, p. 65).

profundo, como já visto no item 2 deste trabalho. Especialmente no que se refere à disciplina das relações familiares, o novo Código de 2002 já nasceu velho, incapaz de dar as respostas exigidas pela complexidade das novas conformações familiares. Neste sentido, “a despeito dos esforços de atualização [...], o fato é que necessárias questões não foram devidamente enfrentadas, a exemplo da *superação da culpa como paradigma jurídico, o tratamento da família monoparental e a união entre pessoas do mesmo sexo.*”¹³⁴ Em razão disso, após a promulgação da Constituição de 1988, boa parte da doutrina civilista começa a falar da necessidade de “constitucionalização” do Direito Civil, permitindo a leitura das normas civis a partir dos ditames da nova ordem constitucional.

3.1.2 O processo de constitucionalização do Direito Civil

O chamado processo de constitucionalização do Direito Civil, embora sofra críticas por uma parte da doutrina, na verdade apenas significa uma conformação das normas civis à nova dinâmica constitucional inaugurada em 1988.

É preciso lembrar que, como dito alhures, o Direito Civil brasileiro passou por grandes mudanças durante todo o século XX. A legislação civil então em vigor, o Código de 1916, havia sido pensada para regular todas as possíveis situações da vida privada, elegendo tipos que deveriam ser aplicados a tais situações.¹³⁵ O Código Civil era assim reconhecido como verdadeira Constituição do direito privado, inadmitindo-se interferências do direito público na esfera privada.

Conforme Gustavo Tepedino, em obra publicada ainda na vigência do Código de 1916:

Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria

¹³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2011, p. 66. No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin: “[...] o novo Código nasce excludente, como quanto ao debate sobre as uniões estáveis em sentido amplo, à família fraterna (entre irmãos ou irmãs), à filiação socioafetiva que poderia ter sido expressamente mencionada, para dar alguns exemplos.” (*Op. cit.*, p. 9).

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 3.

como o “mundo da segurança”. Segurança – e de se sublinha – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto à regras do jogo. Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo.¹³⁶

A ideia de onipresença do Código Civil de 1916 começou a ser quebrada em razão do contexto político e econômico vivenciado no Brasil a partir de meados do século XX, retratado pelo processo de industrialização, pela emergência dos movimentos sociais e pela ampliação das necessidades de consumo, o que culminou na necessidade de elaboração de leis extravagantes para regular as novas situações.

Essas leis especiais passaram a regular matérias até então disciplinadas exclusivamente pelo Código Civil, formando assim um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código.¹³⁷

Com isso, a ideia de unidade do Direito Civil parecia ter sido desfeita, fragmentando-se o sistema, que passaria a ser formado por múltiplos estatutos e leis especiais, paralelas ao Código.

No entanto, Tepedino alertava, ainda nos auspícios do Código de 1916, para o perigo de tal fragmentação, que permitiria “a convivência de universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão.”¹³⁸

Ocorre que a Constituição de 1988 cuida de estabelecer princípios e valores direcionados especificamente às relações privadas e ao Direito Civil, como, por exemplo, a propriedade, as relações familiares, as relações de consumo, direitos de personalidade, etc.

¹³⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 3.

¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 6.

¹³⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 12. Neste ponto, interessante também é a lição de Perlingieri, que destaca questão semelhante no direito italiano: “O ordenamento italiano constitui-se por leis e códigos que foram e são expressões de uma ideologia e de uma visão do mundo diversas daquelas que caracterizam a sociedade moderna, e, de qualquer modo, certamente diversas daquelas que estão presentes na Constituição da República. A questão da aplicabilidade simultânea de leis inspiradas em valores diversos (o Código Civil italiano, lembre-se, é de 1942: pertencia, portanto, ao ordenamento fascista; a Constituição, ao contrário, entrou em vigor em 1948) resolve-se somente tendo consciência de que o ordenamento jurídico é unitário. A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.” (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p.5).

Com isso, desloca-se “para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referencia antes localizado no Código Civil”, refazendo, dessa maneira, a unidade do sistema.¹³⁹

Nesse diapasão, de acordo com Paulo Lôbo,

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).¹⁴⁰

Dessa maneira, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito Civil brasileiro passou a ser repensado a partir dos ditames da nova Carta. É que as normas até então vigentes atendiam a valores e princípios que já não se coadunam com as demandas da sociedade contemporânea. Conforme Farias e Rosendal:

[...] o Código Civil não poderia, em face de sua posição hierárquica, promover com princípios estáveis as necessidades do homem moderno. É que o cidadão indiferenciado, que a Lei Civil de 1916 tomou por modelo, é, na pós-modernidade, cidadão qualificado e concreto, merecedor de proteção real. É o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, o deficiente físico, enfim, a pessoa humana! A Constituição da República, então, apresenta nova tábua axiomática, informando com princípios e normas as relações privadas, determinando, por conseguinte, as vigas de sustentação do sistema de direito privado, reunificando o sistema civilista.

[...]

Em linha de coerência com o que se afirma, é de se perceber que os problemas atuais (muito polêmicos e controversos) que permeiam a civilística reclamam solução a partir dos princípios constitucionais e da valorização existencial da pessoa humana.¹⁴¹

A nova perspectiva constitucional impõe, portanto, a chamada despatrimonialização ou repersonalização do Direito Civil, que implica justamente na revalidação da norma civil a partir da dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade atua como um novo valor conformador e se faz presente em todo o direito, “seja nas relações econômicas entre particulares, como um contrato, seja nas relações existenciais, como no direito de família e

¹³⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁰ LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/constitucionalizacao_paulo_lobo.pdf Acesso em 19.03.2014.

¹⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil** – teoria geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23.

nos direitos de personalidade, seja nas relações entre o indivíduo e o Estado, como no direito tributário e no direito penal.”¹⁴²

3.1.3 A família pós-Constituição de 1988

O Direito de Família, acompanhando todo o movimento vivenciado pelo Direito Civil em geral, também vem sendo drasticamente remodelado após o advento da Carta Magna de 1988, isto porque o modelo familiar até então conhecido também sofreu mudanças significativas. É certo que a família patriarcal e matrimonializada passou a dividir espaço com outras múltiplas formas familiares.¹⁴³ Também se observou a desinstitucionalização da família, ou seja, a família deixou de ser compreendida apenas como instituição, para ser concebida, sobretudo, como espaço de realização de seus membros.

Luiz Edson Fachin resume muito bem esse novo cenário:

O ente familiar não é mais uma única definição. A família se torna plural. Há realmente uma passagem intimamente ligada às modificações políticas, sociais e econômicas. Da superação do antigo modelo da “grande-família”, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.¹⁴⁴

Por isso é possível dizer que:

É o outro país que nasce e encontra uma diferente arquitetura jurídica com a nova Constituição brasileira e diversas leis posteriores, à luz dos desafios das perspectivas da família sem casamento e de um regime familiar aberto e fraterno, igualitário e

¹⁴² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, p. 83.

¹⁴³ “Famílias monoparentais, recompostas, binucleares, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, mães criando os filhos sem os pais por perto e vice-versa, casais sem filhos, filhos sem pais, meninos de rua e na rua; casais homossexuais, parentalidade socioafetiva, inseminações artificiais, útero de substituição... A lista dos diversos arranjos familiares é grande.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família** – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25).

¹⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, 2003, p. 305-306.

plural, sob a lei de igualdade ética e jurídica entre homem e mulher. Superando a unidade de fontes estatuída pelo casamento no regime codificado, o Código Civil cede espaço para a família constitucionalizada.¹⁴⁵

Enquanto o Código Civil de 1916 – vigente à época da promulgação da Carta de 1988 – apenas reconhecia como família aquela composição formada a partir do matrimônio, relegando quase ao abandono qualquer outra forma de organização familiar, a Constituição de 1988 passa a reconhecer, explicitamente, como entidade familiar também àquelas oriundas de uniões não formalizadas - as chamadas uniões estáveis¹⁴⁶ - bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, nomeada pela Constituição como família monoparental.¹⁴⁷

Além de ampliar o conceito de família, para incluir também as uniões estáveis e a família monoparental, a Constituição também impõe a superação da clássica compreensão de família como instituição, que sempre permitiu uma supervalorização da família em detrimento mesmo da dignidade de seus membros.

Tanto assim, que em nome da unidade da instituição família – que era apenas compreendida, ressalte-se, pela entidade formada pelos laços do casamento – os filhos adulterinos ou ilegítimos eram quase desprezados pela legislação pré-constitucional, por exemplo. Outros tantos absurdos eram permitidos também em nome dessa coesão, como o

¹⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. O direito de família gauche. In Revista Trimestral de Direito Civil, ano 2 (2002), v.9. Rio de Janeiro: Padma Editora, p.71.

¹⁴⁶ “Parece não restar dúvida, afinal, em cultura como a nossa, de que o núcleo familiar que se descortina contemporaneamente, mostra-se “*desintoxicado*” do rigor – quase obrigatório – da legitimidade. O modelo que era oferecido pelo legislador do século passado já não se oferta mais como “*único*” ou “*melhor*”, mesmo porque o descompasso gravado entre ele e a multiplicidade de modelos apresentados na “*vida como ela é*”, de tão enorme, já não admite a sobrevivência de outra saída que não esta, adotada, enfim, pelo legislador contemporâneo, de constitucionalizar relevantes inovações, entre elas, e principalmente, a desmistificação de que a família só se constitui a partir do casamento civilmente celebrado; a elevação da união livre, dita estável pelo constituinte, à categoria de entidade familiar; a consequência lógica de que, por isso, a união estável passou a realizar, definitivamente, o papel de geratriz de relações familiares, ela também; a verificação de que efeitos distintos, além dos meramente patrimoniais, estão plasmados nestas outras – e constitucionalmente regulamentadas – formas de constituição da família, hoje.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento: regime de bens.** Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Familia/Diversos_familia/doutrina%20-%20casamento%20regime%20de%20bens.doc. Acesso em 15.02.2015.)

¹⁴⁷ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01.12.2014).

total domínio da figura paterna, que dirigia com exclusividade a sociedade conjugal, bem como também exercia exclusivamente a autoridade sobre os filhos.¹⁴⁸

No entanto, a Constituição altera essa lógica, ao instituir no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República¹⁴⁹. Com este novo entendimento, a família, embora continue gozando da proteção do Estado, conforme *caput* do art. 226, não representa mais um fim em si mesma, não é mais compreendida em seu aspecto institucional, “passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.”¹⁵⁰

É certo que o Código Civil de 2002 reflete em seus dispositivos muitas normas constitucionais expressas, “como a que trata do princípio da igualdade; deixa, contudo, de espelhar avanço numa visão de mundo e de sistema. Deve, pois, ser a codificação de 2002 vista e lida à luz dos princípios constitucionais.”¹⁵¹

3.2 Os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família

Conforme visto acima, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova leitura para o Direito de Família no Brasil, superando velhas concepções e consagrando a ideia de pluralidade da família.

¹⁴⁸ “A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão – justifica-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula *máter* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal.” (TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 349-350).

¹⁴⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.” (BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01.12.2014).

¹⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 350.

¹⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 38.

Essa nova leitura perpassa necessariamente pela conformação dos princípios insculpidos direta ou indiretamente no texto constitucional às relações familiares, inundando o Direito de Família de uma hermenêutica constitucional voltada para os ideais de justiça. Até mesmo porque, embora muitas vezes se esqueçam disso os aplicadores do direito, é a justiça o que o Direito deve sempre buscar. E é por isso que, conforme Kholer *apud* Pereira:

Faz-se necessário, então, buscar nos “Princípios Gerais do Direito” as bases de compreensão e aplicação de um direito mais justo. Se uma lei não estiver em consonância com os princípios gerais do direito, os julgamentos não serão verdadeiramente justos. É que “a significação lógica das leis e a sua virtude plasmadora das relações sociais pode ir, e geralmente vai, muito além do que pensaram e previram os que a formavam.”¹⁵²

Na verdade, como bem leciona Fachin:

Ancorados nos princípios constitucionais, o Direito de Família *constitucionalizado* não deve ser como horizonte final o texto constitucional expresso. Por isso, sustentamos o direito para além do novo Código Civil. Os princípios constitucionais desbordam das regras codificadas e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz.¹⁵³

Pois bem, a Constituição Federal estabelece os seguintes princípios com aplicação no Direito de Família: dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança e do adolescente, que serão abaixo individualmente tratados. Antes, porém, por questão meramente didática, uma vez que não é o propósito deste trabalho, será feita breve diferenciação entre princípios e regras, confirmando-se a compreensão normativa dos princípios.

3.2.1 Princípios X regras

A norma jurídica disciplina a experiência social, através de um mandamento de dever ser. Trata-se de uma estrutura proposicional que enuncia uma forma de organização ou de conduta.

¹⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁵³ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, 2003, p. 39.

Segundo Karl Larenz, a norma jurídica sempre contém uma ordenação de vigência, ou seja, “o sentido como proposição normativa é colocar em vigência consequências jurídicas.”¹⁵⁴ E continua afirmando que “a estatuição de normas é um ato constitutivo, mediante o qual fatos e relações são conformados no plano do juridicamente vigente.”¹⁵⁵

Já Humberto Ávila afirma que:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo.¹⁵⁶

Neste sentido, as normas são compreendidas como normas-regras e normas-princípios,¹⁵⁷ distinguindo-se umas das outras por seu conteúdo semântico e, conseqüentemente, pelo modo de incidência e aplicação. De acordo com Paulo Lôbo, “a regra indica suporte fático hipotético (ou hipótese de incidência) mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva a sua incidência”¹⁵⁸, que pode ser confirmada pelo intérprete pela técnica da subsunção. Já o princípio indica “suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete.”¹⁵⁹

Para tornar mais clara a distinção entre regras e princípios, Ronald Dworkin afirma que:

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação

¹⁵⁴ LARENZ, Karl. Trad. e notas de José Lamego. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 358.

¹⁵⁵ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 358.

¹⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 30.

¹⁵⁷ Vale dizer que já vai há muito superada pela doutrina a discussão sobre se princípios são ou não normas. Neste sentido, convém transcrever Bobbio: “Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular cum comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?” (BOBBIO, Norberto. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1995, p. 158).

¹⁵⁸ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 34.

¹⁵⁹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 35.

jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão¹⁶⁰.

Esta distinção fica, no entanto, mais evidente em caso de conflitos: em conflito de regras, este só pode ser solucionado se introduzida uma cláusula de exceção de uma delas ou se declarada a invalidade de uma delas¹⁶¹.

Na existência de conflito entre princípios, este deve ser resolvido através do estabelecimento de uma relação de precedência entre os princípios relevantes, condicionada às circunstâncias do caso concreto. Neste sentido, entende-se que a precedência de um princípio significa que deve aplicar-se a consequência jurídica que ele estabelece. Segundo Alexy, “esto puede generalizar-se en una ley de colisión, según la cual las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad.”¹⁶²

É preciso esclarecer que, no entanto, se a consequência jurídica do princípio que tenha prioridade não se aplica na sua magnitude, esta lei de colisão sofre alterações. Desse modo, pode-se afirmar que a precedência de um princípio sobre o outro não é absoluta, mas condicionada às circunstâncias do caso concreto. A tarefa da otimização, conhecida também como ponderação de interesses, consiste, então, no estabelecimento correto destas relações de precedência¹⁶³. É por isso que Paulo Lôbo afirma que “sem a mediação concretizadora do Poder Judiciário, os princípios não se realizam nem adquirem a plenitude de sua força normativa.”¹⁶⁴

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 158).

¹⁶¹ “As regras são funcionalmente importantes ou não. Se duas regras estão em conflito uma delas não pode ser válida, e para determinar isso deve-se recorrer a razões que vão além das próprias regras. Este conflito pode ser regulado pelas próprias regras (especificidade, anterioridade, superioridade), ou ser decidido em prol da regra que se apóie em princípios mais importantes. Os princípios estão sujeitos a dimensão de peso ou importância.” (DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 41 e ss.).

¹⁶² **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia (Série de Teoría Jurídica u Filosofía del derecho n. 28), 2003.

¹⁶³ Segundo Dworkin, depois que o caso é decidido (com apelo ao princípio) podemos dizer que ele expressa uma regra particular que não existia antes do caso ser decidido (os tribunais usaram os princípios para justificar a adoção de uma nova regra). (DWORKIN, Ronald. *Op.cit.*, p. 41 e ss.). Também neste sentido Alexy: “como resultado de toda ponderacion iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta com caráter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso. (ALEXY, R. *Op. Cit.*, p. 98).

¹⁶⁴ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 34.

3.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é hoje compreendido como macroprincípio a conformar toda a ordem jurídica estabelecida. Na lição de Ricardo Maurício Soares,

Com o ressurgimento das teorizações sobre a justiça, na segunda metade do século XX, a filosofia do Direito, mediante a consolidação de um paradigma pós-positivista, passou a formular novas propostas de compreensão do significado de um direito justo, buscando compatibilizar as exigências de validade e legitimidade da ordem jurídica, mediante o delineamento de variadas alternativas teóricas, com destaque, dentro do paradigma neoconstitucionalista, para valorização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como alternativa de fundamentação e legitimação das opções hermenêuticas e decisórias.¹⁶⁵

Na mesma linha, Roxana Borges afirma que:

Uma vez que a dignidade humana é inserida no ordenamento por meio do art. 1º, III, da Constituição, o valor da dignidade da pessoa humana, torna-se, explicitamente, uma norma de dever-ser, com caráter jurídico e vinculante, não podendo mais ser considerado apenas um valor cujo caráter seria somente axiológico.¹⁶⁶

Dessa maneira, a proposta hermenêutica contemporânea exige a compreensão e aplicação do princípio da dignidade nas relações jurídicas, o que obviamente não afasta as relações familiares.

Mas o que significa mesmo dignidade da pessoa humana?

Para Kant, “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.”¹⁶⁷ Neste sentido, a pessoa humana é um ser valoroso em si mesmo, superior, na perspectiva kantiana, na ordem da natureza e das coisas. Este valor intrínseco do homem é

¹⁶⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

¹⁶⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 2007, p. 77.

dado pela dignidade. É por isso que qualquer ato que vise coisificar a pessoa ou equipará-la a um objeto fere violentamente o princípio da dignidade humana.¹⁶⁸

A dignidade humana repousa, portanto, na ideia de respeito irrestrito ao ser humano. Dessa forma a Constituição da República concebeu o homem como “centro de referência da ordem jurídica, que se humaniza e legitima imantada pelo valor que se irradia a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.”¹⁶⁹

Há, no entanto, uma preocupação da doutrina com a subjetividade da expressão, que acaba gerando interpretações contraditórias sobre a questão.¹⁷⁰ Embora a dignidade tenha ganhado conteúdo normativo no Brasil, ao ser elencada como princípio fundamental da República no art. 1º, III, da Carta Magna, é certo que também tem forte conteúdo axiológico. E justamente por conter valor é que a dignidade acaba se inserindo “no perigoso terreno da relatividade e subjetividade.”¹⁷¹

Neste ponto, Maria Celina Bodin de Moraes tenta estabelecer um critério para a aplicação do princípio da dignidade, desdobrando-o em outros princípios, como o da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. Assim, afirma que:

Esta decomposição serve ainda para demonstrar que, embora possa haver conflito entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um desses princípios, e, portanto, conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, assim como ocorre com a justiça, vem a tona no caso concreto, se bem feita aquela ponderação.¹⁷²

Em que pese a proposta da autora supracitada, o conteúdo da dignidade humana sofre de fato variações na concretude das múltiplas situações da vida humana. Isso porque, “a

¹⁶⁸ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 37.

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 60.

¹⁷⁰ “Os exemplos são muitos: invoca-se o princípio da dignidade para justificar a mudança de sexo e de nome de um transexual, mas este mesmo princípio é invocado para justificar o contrário; a adoção por homossexuais pode ter como invocação o princípio da dignidade e da igualdade de tratamento e, ao mesmo tempo, pode ser invocado para negar tal adoção; [...] o aborto legal, isto é, em casos de estupro e grave risco de saúde para a mãe – o feto pode ser expulso, sendo que em outras situações proíbe-se o aborto com base na dignidade da pessoa humana [...]” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 121.)

¹⁷¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 121.

¹⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

verdade sobre o valor da dignidade é relativa e é construída ideologicamente à medida em que as concepções subjetivas vão mudando.”¹⁷³

No Direito de Família, o princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente associado a atual concepção funcional da família. Segundo Lôbo, “a família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.”¹⁷⁴

O modelo familiar patriarcal, baseado na preponderância da vontade do *pater familiae* sobre a mulher e os filhos, não poderia comportar a inclusão da dignidade para todos os seus membros, já que “o espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública.” O que não é mais permitido pela ordem constitucional estabelecida a partir de 1988, marcada pela “garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar.”¹⁷⁵

Desse modo, conforme Paulo Lôbo,

Consumaram-se na ordem jurídica as condições e possibilidades para que as pessoas, no âmbito das relações familiares, realizem e respeitem reciprocamente suas dignidades como pais, filhos, cônjuges, companheiros, parentes, crianças, idosos, ainda que a dura realidade da vida nem sempre corresponda a esse desiderato.¹⁷⁶

É preciso destacar ainda a preocupação peculiar do texto constitucional com a dignidade da criança, membro mais vulnerável da família, ao estabelecer no art. 227 que é dever da família, ao lado da sociedade e do Estado, assegurar à criança, com absoluta prioridade, “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,” além de colocá-la a salvo de “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

¹⁷³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 122.

¹⁷⁴ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 39.

¹⁷⁵ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 38.

¹⁷⁶ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 39.

3.2.3 Princípio da solidariedade

A ideia da solidariedade como princípio jurídico é questão própria da contemporaneidade, resultado da superação do individualismo jurídico que predominou nos primeiros séculos da modernidade, e que tinha como foco os interesses meramente individuais e patrimoniais. Assim, é certo que “no mundo contemporâneo, tenta-se alcançar o equilíbrio entre o público e o privado e a interação entre os sujeitos, sendo a solidariedade o fundamento dos direitos subjetivos.”¹⁷⁷

Na verdade, conforme Paulo Lôbo, “a solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras.”¹⁷⁸

É a constatação da necessária interdependência das relações humanas, que foi absorvida pelo Direito através do princípio da solidariedade, e que antes disso era apenas compreendida como dever moral ou mesmo religioso de caridade ou de fraternidade.

A ideia de solidariedade como princípio foi trazida por Léon Bourgeois na obra “Ensaio de uma Filosofia sobre a Solidariedade” publicada na França em 1902 e de cunho notadamente sociológico, mas que influenciaram o direito público e privado no início do século XX. Especificamente no Direito Civil, a noção de solidariedade foi introduzida por outro francês, René Demogue em sua obra “As noções fundamentais do direito privado”, de 1911, tendo este aplicado a “solidariedade principalmente na afirmação da mais justa ‘repartição das perdas’, contribuindo para a progressiva evolução da responsabilidade civil, da culpa ao risco, além da afirmação, avançada para a época, de que ‘todo homem deve sempre ter direito a um mínimo de existência’.”¹⁷⁹

De toda sorte, a constatação da solidariedade como princípio impõe a compreensão de que não cabe apenas ao Estado, na velha lógica do contrato social, garantir o bem comum através da realização de políticas públicas, mas que os indivíduos são também responsáveis mutuamente por isso, pois, conforme Bourgeois, citado por Paulo Lôbo, “os homens já

¹⁷⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 224.

¹⁷⁸ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364>>. Acesso em: 26 dez. 2014.

¹⁷⁹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

nascem devedores da associação humana e são obrigados uns com os outros pelo objetivo comum.”¹⁸⁰

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 normatiza expressamente o princípio da solidariedade, ao dispor no art. 1º, III, que constituem um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

É preciso, no entanto, não confundir esta ideia de solidariedade com aquela estampada no Direito das Obrigações, que trata da solidariedade entre devedores – quando um dos devedores pode ser obrigado a pagar a dívida integralmente - e credores – quando um dos credores pode receber a totalidade da dívida.¹⁸¹ Este é um sentido restrito de solidariedade e que não se incorpora necessariamente com o entendimento de solidariedade pensado pelas Constituições sociais do século XX e retratado na Constituição brasileira de 1988.¹⁸²

Ainda assim, esclarece Caio Mário da Silva Pereira, que embora não se confunda o princípio da solidariedade constitucionalmente estabelecido com a solidariedade do Direito das Obrigações, certamente “há intercomunicação entre eles, levando em conta a necessidade do desenvolvimento social informado pelo vetor e valor máximo de tutela à pessoa humana, inserida no grupo real.”¹⁸³ E completa Flávio Tartuce, afirmando que “a fim de abranger ambas as construções, pode-se dizer que ser solidário significa responder por outrem na relação jurídica.”¹⁸⁴

O fato é que o princípio jurídico da solidariedade estabelecido pela Constituição de 1988 direciona e determina o conteúdo de outros princípios constitucionais e, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, conforma o próprio ordenamento jurídico.

Assim, tem-se “de um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente o grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades.”¹⁸⁵

¹⁸⁰ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

¹⁸¹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 41.

¹⁸² LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

¹⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Teoria geral das obrigações**. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2002, p. 79.

¹⁸⁴ TARTUCE, Flávio. **O princípio da solidariedade e algumas de suas aplicações ao direito de família – abandono afetivo e alimentos**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. v. 30 (out/nov 2012). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 7.

¹⁸⁵ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

No Direito de Família, o princípio da solidariedade está associado ao dever de cuidado e assistência mútua entre os membros da família e, de acordo com Paulo Lôbo, apresenta duas dimensões no plano das famílias: “a primeira, no âmbito interno das relações familiares, em razão do respeito recíproco e dos deveres de cooperação entre seus membros; a segunda, nas relações do grupo familiar com a comunidade, com as demais pessoas e com o ambiente que vive.”¹⁸⁶

Pode-se dizer mesmo que

A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos, inclusive na legislação infraconstitucional.¹⁸⁷

A aplicação do princípio da solidariedade no Direito de Família decorre também da compreensão do caráter instrumental da família, que impõe a seus membros determinados deveres que possibilitem a efetividade da dignidade de todos aqueles que compõem a entidade familiar. Na verdade, “para o desenvolvimento da personalidade individual é imprescindível o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social.”¹⁸⁸

A solidariedade no âmbito familiar deve ser entendida então como solidariedade recíproca entre cônjuges e companheiros, sobretudo quanto à assistência moral e material. Em relação aos filhos, a solidariedade implica no direito da “pessoa ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.”¹⁸⁹

Neste ponto, importante ressaltar a importância assumida hoje pelo cuidado – corolário do princípio da solidariedade - como valor jurídico, o que já tem sido reconhecido, inclusive, pelos tribunais pátrios,¹⁹⁰ e se faz presente “nos estatutos tutelares das pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, que regulamentam os comandos constitucionais sobre a

¹⁸⁶ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

¹⁸⁷ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

¹⁸⁸ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 40.

¹⁸⁹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 41.

¹⁹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. **1.159.242 - SP**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria, DJU de 10.15.2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 29.01.2013.

matéria.” Assim, “o cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta”¹⁹¹, o que será melhor abordado no item 3.3.2 deste trabalho.

3.2.4 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade insculpido na Constituição Federal de 1988 é responsável por mudanças paradigmáticas na família brasileira, ao estabelecer a igualdade entre cônjuges e companheiros na sociedade conjugal, bem como por extirpar a ideia de “legitimidade” familiar, ao igualar os filhos, independentemente de sua origem.¹⁹²

Desse modo, para o Direito de Família, o princípio da igualdade tem duas vertentes: a primeira com relação a igualdade de gênero, redesenhando os papéis de homens e mulheres na sociedade conjugal; e a segunda com relação aos filhos, impedindo discriminações entre estes.

Na perspectiva da igualdade de gênero, vale destacar o tortuoso caminho para o estabelecimento de igualdade entre homens e mulheres em todos os campos, inclusive no familiar. Na verdade, conforme destaca Rodrigo da Cunha Pereira, “a aplicação do princípio da igualdade pressupõe adentrar um pouco no complexo universo masculino e feminino que, entrelaçado aos fatores culturais e econômicos, construiu uma ideologia autorizadora da desigualdade dos gêneros sustentada em suposta superioridade masculina.”¹⁹³

¹⁹¹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

¹⁹¹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

¹⁹² “A legitimidade familiar constituiu a categoria essencial que definia os limites entre o lícito e o ilícito, além dos limites das titularidades de direito, nas relações familiares e de parentesco. Família legítima era a exclusivamente matrimonializada. Conseqüentemente, filhos legítimos eram os nascidos de família constituída pelo casamento, que determinavam por sua vez a legitimidade dos laços de parentesco decorrentes; os demais recebiam o sinete estigmatizante de filhos, irmãos e parentes ilegítimos. Após a Constituição de 1988, que igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos, a legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, pois apenas fazia sentido como critério de distinção e discriminação. Neste âmbito, o direito brasileiro alcançou muito mais o ideal de igualdade do que qualquer outro.” (LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 43)

¹⁹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 164.

O século XIX teria sido responsável pela exacerbação dessa desigualdade entre homens e mulheres, quando a propagação da ideia de fragilidade da mulher e, em consequência, a necessidade de sua “proteção” pelo homem ganha força¹⁹⁴. Aliava-se a isso o entendimento de que “a atuação das mulheres em arenas tradicionalmente masculinas era sinal de corrupção e desordem”, o que também alimentava “o pensamento de que a ação das mulheres no lar teria um efeito positivo na sociedade.”¹⁹⁵

No entanto, o movimento feminista do século XIX, seja inspirado nos ideais iluministas, seja inspirado pelas ideias individualistas do protestantismo, ou mesmo apoiado na “valorização das especificidades femininas desenvolvidas com a crescente hegemonia da ideologia burguesa e a filantropia”, começou a construir suas bases teóricas e suas bandeiras de luta,¹⁹⁶ que culminaram em um paulatino reconhecimento da igualdade de gênero durante a primeira metade do século XX.

No Brasil, este processo de reconhecimento encontra seu ápice com a Constituição Federal de 1988, que iguala “os direitos civis das mulheres aos homens, tanto na vida pública como na privada”¹⁹⁷, estabelecendo, como já dito acima, uma verdadeira mudança paradigmática nas relações de gênero no país e, em consequência, também nas relações familiares.

É preciso, porém, ressaltar que a conquista dessa igualdade formal, perante a lei, ainda não significa uma igualdade de fato, em razão de questões de ordem cultural e religiosa, que insistem em reservar à mulher um papel inferior na sociedade e na família.¹⁹⁸ Mas não se pode negar que o reconhecimento jurídico da igualdade entre homens e mulheres “constitui

¹⁹⁴ “Na virada para o século XIX, a comparação entre mulheres perfeitas e anjos tornou-se lugar comum. Ganham força as imagens polarizadas das diferenças entre homens e mulheres, feminino e masculino, da ‘evidência’ da incapacidade feminina e da ‘natural’ autoridade masculina, justificando discriminações e disparidades.” (PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. **Mulheres: Igualdade e especificidade**. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 267.)

¹⁹⁵ PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. *Op. cit.*, p. 267.

¹⁹⁶ PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. *Op. cit.*, 2003, p. 286.

¹⁹⁷ MORAES, Maria Lygia Quartim de. **Brasileiras: Cidadania no feminino**. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 504.

¹⁹⁸ Mesmo no Direito, há quem defenda o descabimento da igualdade formal entre homens e mulheres, sobretudo nas relações familiares. Neste sentido, Ives Gandra da Silva Martins: “O complexo de inferioridade que levou à criação dos movimentos feministas em todo o mundo tem levado a pretenderem juridicizar tal igualdade, mesmo em matéria na qual a realidade conjugal – e não o direito – é que determina quem é quem, isto é, quem de fato exerce a liderança nessa sociedade. [...] Por essa razão, a realidade – mais do que a legalidade – é que, na vida conjugal, determinará quem, por força de um caráter mais forte e dominante, exercerá, de fato, a chefia dessa sociedade.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A família na Constituição**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros (coords.) **O Direito e a família**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 15).

um passo importante para a continuação da dialética dos gêneros e das fundamentais diferenças do mundo masculino e feminino.”¹⁹⁹

No Direito de Família, essa igualdade significa a superação da figura do *pater familiae*, que previa a chefia da sociedade conjugal exclusivamente pelo homem, estabelecendo explicitamente a Constituição de 1988 no § 5º do artigo 226 que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Outro ponto importante para a concretização da igualdade de gênero nas relações familiares foi a criação do instituto da guarda compartilhada, que visa estabelecer uma divisão igualitária de responsabilidade sobre os filhos de pais separados, no claro intuito de evitar a sobrecarga da mulher no processo de educação dos filhos e ampliar o conceito de paternidade responsável e participativa, superando-se, assim, a histórica divisão de papéis entre homens e mulheres.

Com relação aos filhos, a igualdade trazida pela Constituição acaba com uma vergonhosa diferenciação entre filhos, que tinha como fundamento questões de ordem moral e patrimonial. A consagração da família matrimonializada pela legislação pré-Constituição de 1988 culminava também com o abandono de outras formas de organização familiar, criando a figura dos filhos “ilegítimos”. As origens de filiação não biológica – a adoção, por exemplo – também eram desprestigiadas pela legislação anterior.

Assim, haviam categorias distintas de filhos, que recebiam tutelas jurídicas também diversas. Tal situação foi banida pela Carta de 1988, que estabeleceu no § 6º do artigo 227 que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O princípio da igualdade inaugura, pois, um novo capítulo para o Direito de Família no Brasil, embora não signifique, por óbvio, a desconsideração das especificidades e diferenças de cada um, apenas afirma que tais diferenças não podem “legitimar tratamento jurídico assimétrico e desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família.”²⁰⁰

¹⁹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 168.

²⁰⁰ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 44.

3.2.5 Princípio da liberdade ou da intervenção mínima do Estado no Direito de Família

O princípio da liberdade em Direito de Família significa a possibilidade de livre constituição e extinção da entidade familiar, o livre planejamento familiar, a liberdade na condução e educação dos filhos menores – nos limites da dignidade destes, por óbvio.²⁰¹ Enfim, é a minimização da intervenção estatal na seara familiar, consagrada no art. 1.513 do Código Civil em vigor ao estabelecer que “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”.²⁰²

É preciso lembrar que a legislação anterior interferia de forma drástica e danosa nas relações familiares. Pelo Código Civil de 1916 não era permitido, por exemplo, a dissolução do vínculo conjugal, obrigando as pessoas a permanecerem ligadas, ainda quando não houvesse mais entre elas qualquer vínculo afetivo ou união de fato.²⁰³ Também não se reconheciam entidades familiares que não aquelas formadas exclusivamente pelo casamento, relegando a clandestinidade outras formas de constituição familiar, a exemplo da união estável, só reconhecida no Brasil após a Constituição de 1988. Essa regra prejudicava os filhos havidos fora do casamento, vez que se impunha uma série de restrições ao reconhecimento dessa prole.²⁰⁴ Era um cenário, pois, de sérias intervenções nas relações familiares.

O princípio da liberdade e da menor intervenção está diretamente relacionado ao princípio da autonomia privada, que também deve ser resguardado no âmbito do Direito de Família.²⁰⁵

De acordo com a professora Roxana Borges,

O conceito de autonomia privada, mais restrito, corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial. Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. [...]

²⁰¹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 46.

²⁰² BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.

²⁰³ Tal situação só foi alterada em 1977 após emenda constitucional que instituiu o divórcio no Brasil.

²⁰⁴ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 46.

²⁰⁵ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc. Acesso em 01.12.2014.

A autonomia privada traduz a liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato, de escolher, quando puder, a forma do ato. O maior campo de atuação da autonomia privada é o direito das obrigações, nas relações jurídicas patrimoniais, mas não exclusivamente.²⁰⁶

No entanto, ressalta a autora que “a autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem à autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais, como, por exemplo, transplantes, doação de esperma e óvulos, cessão de uso de imagem, da voz.”²⁰⁷

A autonomia privada pode ser entendida assim como o poder que a pessoa tem de auto-regulamentar os seus próprios interesses.

E pode-se dizer que com o processo de constitucionalização e despatrimonialização do direito civil²⁰⁸, ampliou-se ainda mais o âmbito de aplicação do princípio da autonomia privada, inclusive para as relações familiares.²⁰⁹

É neste sentido que Rodrigo da Cunha Pereira afirma que “no seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento da convivência. Desta órbita interna exsurtem disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente.”²¹⁰

No entanto, vale destacar que existe um espaço mínimo de intervenção estatal nas relações familiares, no intuito justamente de tutelar a família e estabelecer garantias para a entidade familiar e seus membros, até mesmo porque este princípio precisa ser ponderado ao lado dos demais princípios que regem o Direito de Família contemporâneo.²¹¹ Como afirma

²⁰⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, p. 47.

²⁰⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, p. 50.

²⁰⁸ Carmem Lúcia Silveira Ramos afirma que “Essa despatrimonialização do Direito Civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valorização qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana e distribuir as riquezas com maior justiça.” (*apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 181).

²⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 179. Neste mesmo sentido, Flávio Tartuce, ao afirmar que “A autonomia privada não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar. Quando escolhermos, na *escalada do afeto*²⁰⁹, com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente.” (**Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc. Acesso em 01.12.2014.)

²¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 179.

²¹¹ “Retornando ao art. 1.513 do Código Civil em vigor, é importante frisar que se deve ter muito cuidado na sua leitura. Isso porque, o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Entretanto, o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas.”²¹¹ Vale lembrar, também, que a Constituição Federal de

Perlingieri, “também as liberdades individuais são temperadas por deveres de solidariedade econômica, política e social; e certamente a solidariedade na família é dever de lealdade, assunção de responsabilidades em relação a todos e especialmente aos filhos e aos filhos menores”²¹², o que de certo impõe restrições também ao princípio da liberdade.

3.2.6 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Este princípio significa que crianças e adolescentes devem ter seus interesses “tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhes digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.”²¹³

É princípio que se faz presente hoje tanto na legislação interna como em tratados internacionais, orientando a formação de jurisprudência na maior parte do mundo. Tem origem relacionada “ao instituto *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria.”²¹⁴

O melhor interesse da criança e do adolescente como norma principiológica está claramente previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que estabelece:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

1988 incentiva a paternidade responsável e o próprio planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 227, § 7º, da CF/88). Além disso, o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 227, § 8º, da CF/88).” (TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc. Acesso em 01.12.2014.)

²¹² PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p.248.

²¹³ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 53.

²¹⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000, p. 1.

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²¹⁵

A Constituição brasileira, por sua vez, tem inspiração na Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU – Organização das Nações Unidas, de 1959, que estabelece em seu Segundo Princípio que:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. O reconhecimento de direitos à criança já estava também estabelecido pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1959.²¹⁶

Em 1989, a Assembleia Geral da ONU, no intuito de dar um caráter mais incisivo aos direitos da infância, aprova por unanimidade a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, “fruto de compromisso e negociação, tal Convenção representa o mínimo que toda sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis.”²¹⁷ O Brasil ratificou essa Convenção no ano de 1990, através do Decreto nº 99.710/90²¹⁸, incorporando então, “em caráter definitivo, o princípio do *‘melhor interesse da criança’* em seu sistema jurídico”²¹⁹, o que é consagrado pelo texto do Estatuto da Criança e Adolescente - ECA, promulgado no mesmo ano de 1990, que adota a chamada Doutrina da Proteção Integral²²⁰.

Segundo tal doutrina, “crianças e adolescentes são sujeitos de direitos universalmente conhecidos, não apenas de direitos comuns aos adultos, mas além desses, de direitos

²¹⁵ BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01.12.2014.

²¹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 4.

²¹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 5.

²¹⁸ BRASIL. Decreto nº 99.710/1990 (Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança). Brasília: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 01.12.2014.

²¹⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 7.

²²⁰ O artigo 1º do ECA não deixa dúvidas sobre isso, ao afirmar que: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.” (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) – Lei. Nº 8.009/1990. Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01.12.2014).

especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, que devem ser asseguradas pela família, Estado e sociedade.”²²¹

Na perspectiva do Direito de Família, o princípio do melhor interesse significa que “os filhos menores – crianças e adolescentes – gozam, no seio da família, de *plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento*.”²²² Isso porque a criança e o adolescente não são mais objeto da intervenção da família, mas sim titulares de direitos, sujeitos de direitos, os quais devem ser respeitados, principalmente pelos pais.²²³

Neste sentido, cumpre discorrer sobre alguns institutos nos quais a aplicação do princípio do melhor interesse deve ser imperativa, é o caso da Guarda e do Poder Familiar.

O chamado Poder Familiar é compreendido como o exercício da autoridade parental sobre os filhos, mas sempre no interesse destes. Trata-se de uma autoridade temporária, que será exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos.²²⁴ Era anteriormente denominado de Pátrio Poder, pois era focado nos interesses exclusivos do pai na condução e direção da família, ate mesmo porque não competia à mulher o exercício de tal poder. A mudança de nomenclatura, só ocorrida, ressalte-se, com o Código Civil de 2002, faz ressaltar o novo caráter deste múnus²²⁵, não apenas na divisão deste poder entre os genitores, mas sobretudo na compreensão de que os filhos são sujeitos dessa “relação derivada da autoridade parental, mas não sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais.”²²⁶

Pode-se dizer, então, que o poder familiar é integrado por titulares recíprocos de direitos, podendo, pois, ser compreendido como um poder-função ou direito-dever: poder que

²²¹ PONTES JUNIOR, Felício . **Conselhos de direitos da criança e do adolescente: uma modalidade de exercício do direito de participação política** – fatores determinantes e modo de atuação *Apud* PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 14.

²²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2011, p. 98.

²²³ FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. **Tutela da filiação**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de janeiro – São Paulo: Renovar, 2000, p. 294.

²²⁴ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 268.

²²⁵ “O esquema do Pátrio Poder, visto como poder-sujeição, está em crise, porque não há dúvidas de que, em uma concepção de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a realizar o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre sujeito um objeto, mas uma correlação e pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro.” (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p.258).

²²⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, 2003, p. 244.

é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.²²⁷ Assim, pais e filhos são titulares recíprocos dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar.

Dessa maneira, o exercício do poder familiar pelos pais deve ter como elemento balizador o princípio do melhor interesse dos filhos e seus atributos estão definidos no art. 1.634 do Código Civil e consistem: no dever de criação e educação; na guarda e convivência com os filhos; manifestação de consentimento para casamento²²⁸; nomeação de tutor; representação dos filhos menores de 16 anos e assistência aos filhos maiores de 16 e menores de 18 anos; e administração e usufruto dos bens dos filhos.²²⁹

É importante ressaltar que, considerando a condição dos filhos como sujeitos de direitos na relação parental, eles precisam ser ouvidos e ter suas opiniões respeitadas pelos pais,²³⁰ sobretudo nas situações em que os genitores já não convivem maritalmente, quando possivelmente será definida a forma de guarda dos filhos, se unilateral ou compartilhada.

De acordo com o § 1º do art. 1.583 do Código Civil, compreende-se por guarda unilateral aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua – um dos avós, por exemplos - e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de

²²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413.

²²⁸ A falta de consentimento dos pais, quando injusta, pode ser suprida judicialmente, nos termos do art. 1.519 do Código Civil. (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014).

²²⁹ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014).

²³⁰ Tal questão foi reconhecida em importante e histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC n. 69.303, de 20/11/92, citada por Lucia Maria Teixeira Ferreira, a saber: “As paixões condenáveis dos genitores, decorrente do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele familiar, a fim e, por consequência, de permanecerem da companhia deste ou daquele ascendente, uma vez que inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do art. 227 da Constituição tem como alvo prioritário.” (*Op. cit.*, p. 290).

direitos e deveres, de forma solidária, do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.²³¹

Dessa maneira, na definição da guarda em caso de pais separados, é preciso que seja considerado o que representará o melhor interesse dos filhos, bem como deve ser levada em conta a expressão da vontade desses sujeitos. Não se deve esquecer que em processos litigiosos de separação, os casais muitas vezes fazem dos filhos moeda de troca para suas disputas, pois, conforme Rodrigo da Cunha Pereira, “no fim da conjugalidade, em que os restos do amor são levados ao Judiciário”, é que se percebe a “utilização dos processos judiciais como instrumento para atingir o outro.”²³² Cabe, pois, aos profissionais do Direito envolvidos na questão, mas sobretudo ao magistrado, zelar pela aplicação nestes casos do princípio do melhor interesse. Assim, Flávio Guimarães Lauria, citado por Pereira, afirma que:

O princípio do melhor interesse não tem apenas a função de estabelecer uma diretriz vinculativa para se encontrar as soluções dos conflitos, mas, também, implica a busca de mecanismos eficazes para fazer valer, na prática, essas mesmas soluções. Trata-se do aspecto “adjetivo” do princípio do melhor interesse.²³³

A guarda deve atender, pois, o bem-estar da criança e do adolescente, sob a inspiração do princípio do melhor interesse.

3.2.7 Princípio da convivência familiar

Como consequência do princípio do melhor interesse tem-se o princípio da convivência familiar, compreendido no direito de pais e filhos de conviverem uns com os outros. Ressalte-se que:

²³¹ BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.

²³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 155.

²³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 156.

A convivência, neste ínterim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, enfim, educar. Esses deveres não se rompem com o fim da conjugalidade, por força do art. 1.632 do CC, por serem atributos inerentes do poder familiar, que apenas se extingue com a maioridade ou a emancipação do filho. Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores – desde que a convivência entre eles seja saudável, isto é, que não exista nada que os desabone.²³⁴

Neste trabalho compreende-se, pois, a convivência parental como exercício do dever de cuidado e zelo – corolário também do princípio da afetividade - imposto aos pais com relação aos filhos que tem, inclusive, natureza constitucional, conforme clara disposição do art. 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²³⁵

Tratando da matéria convivência familiar, o art. 19 do Estatuto da Criança do Adolescente, assegura à criança ou adolescente o direito de ser educado e de conviver com a sua família natural em condições saudáveis.²³⁶ Tanto assim que a colocação em família substituta será sempre uma excepcionalidade, “apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal.”²³⁷

O Código Civil regula o tema da convivência parental como um dos atributos do exercício do poder familiar, também ali compreendido como dever dos pais, vez que o art. 1.634 estabelece enfaticamente que “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 [...]”²³⁸

²³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 157.

²³⁵ BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01.12.2014.

²³⁶ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) – Lei. Nº 8.078/1990. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01.12.2014.

²³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2011, p. 102.

²³⁸ BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.

Considerando a importância da convivência familiar para a formação do sujeito, a legislação brasileira não permite sequer que a simples falta de condições econômico-financeiras seja empecilho para que os pais tenham o direito de ter os filhos em sua companhia.²³⁹

E vale dizer também, no que se refere ao tratamento legislativo da convivência parental, que não basta meramente prover o sustento e educação, ou seja, apenas prestar à assistência material, mas é preciso garantir a convivência dos filhos com os pais, entendendo-se essa convivência como fundamental para a formação da personalidade do indivíduo.

A questão é regulada também no plano internacional pela Convenção dos Direitos da Criança que estabelece que, no caso de pais separados, a criança tem o direito de “manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, ao menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”.²⁴⁰

3.2.8 Princípio da afetividade

O princípio da convivência, por sua vez, está ligado ao princípio da afetividade, compreendida esta afetividade como o dever de cuidado, assistência e convivência. A partir do entendimento da família como espaço de realização da dignidade de seus membros opera-se uma verdadeira mudança epistemológica e axiológica no Direito de Família, que passa a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância.

Para Rodrigo da Cunha Pereira,

[...] a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros. Em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família.²⁴¹

²³⁹ “Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.” (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) – Lei. Nº 8.078/1990. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01.12.2014).

²⁴⁰ BRASIL. Decreto nº 99.710/1990 (Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança). Brasília: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 01.12.2014.

²⁴¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 214.

Dessa maneira, é possível dizer que:

O *princípio da afetividade*, que tem assento na dignidade da pessoa humana e é correlato ao princípio da solidariedade, desdobra-se em novos institutos jurídicos, como o patrimônio afetivo e a integridade psíquica, com a consequente indenizabilidade dos danos por quebra de laços afetivos, à estrutura psíquica, por assédio moral, por abandono afetivo etc.²⁴²

No entanto, a questão da afetividade como princípio e como valor jurídico é tema que desperta diferentes opiniões entre os juristas. Pergunta-se se o afeto pode ser elemento norteador das relações jurídicas.

Neste ponto, vale lembrar que, enquanto o Direito moderno foi pautado na higidez do positivismo jurídico e da racionalidade, que valorizava, sobretudo, as questões patrimoniais nas relações jurídicas, o “Direito atual contempla a pessoa, isto é, o ser humano complexo; e protege não apenas os bens materiais, mas todo um complexo de bens e interesses de natureza imaterial necessários à constituição, ao desenvolvimento e à manutenção da personalidade.”²⁴³

Neste sentido, os aspectos afetivos da personalidade também seriam protegidos pelo Direito. É por isso que Romualdo Baptista dos Santos afirma que:

Nesse contexto, a afetividade, vale dizer, os aspectos afetivos da personalidade, desponta como valor a ser preservado pelo Direito, seja porque a estrutura afetiva constitui a personalidade, seja porque os laços de afeto se revelam valiosos para cada um, seja ainda porque a adequada constituição e o adequado desenvolvimento da personalidade refletem na qualidade da vida em sociedade e na estrutura do próprio Estado.²⁴⁴

Por outro lado, embora o afeto possa ser considerado um valor, ou mesmo um princípio que deva permear as relações jurídicas na contemporaneidade, especialmente as relações familiares, é certo que não é possível estabelecer a obrigação jurídica de dar afeto. Daí porque, talvez, a grande dificuldade que o tema do “abandono afetivo” enfrentou por

²⁴² SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Op. Cit.*, p. 150.

²⁴³ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Op. Cit.*, p. 113.

²⁴⁴ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Op. Cit.*, p. 113.

muito tempo na doutrina e na jurisprudência, pois a questão era tratada como “obrigação de dar afeto ou dar amor.”²⁴⁵

Aliás, o próprio Santos confirma essa impossibilidade de se impor os afetos, já que estes, “são compreendidos pelas ciências psicológicas como processos interiores da personalidade, cuja manifestação independe da vontade, ao passo que o Direito lida com a conduta, isto é, com os comportamentos qualificados pela vontade.” Dessa forma, conclui o mencionado autor, “os afetos não podem ser exigidos como obrigação jurídica.”²⁴⁶

No entanto, em razão desta valorização do afeto nas relações humanas e da compreensão da sua importância para a formação/desenvolvimento do sujeito, o que o Direito pode exigir são comportamentos que possam facilitar o fortalecimento de vínculos afetivos. É o que Romualdo dos Santos chama de “comportamentos pró-afetivos”.²⁴⁷

No caso específico do direito de família, o princípio da afetividade está relacionado com as funções desempenhadas pelos membros da família, tendo em vista a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. De acordo com Paulo Lôbo,

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este falar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.²⁴⁸

Neste sentido, o princípio da afetividade está relacionado aos deveres jurídicos de cuidado e de convivência, claramente incidente nas relações familiares. Tanto assim, que em decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrihgi procurou estabelecer os contornos da obrigação imposta nos casos do chamado “abandono afetivo”, afirmando que se trata sim de obrigação de cuidar e não de amar.²⁴⁹

²⁴⁵ “Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, por maioria, DJU de 27.03.2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF. Acesso em 29.01.2013).

²⁴⁶ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Op. Cit.*, p. 116.

²⁴⁷ “Aos comportamentos que visam a manutenção de determinados relacionamentos, ou seja, que se destinam a promover o surgimento, o desenvolvimento e manutenção de laços afetivos, podemos dar o nome de *comportamentos pró-afetivos*.” (SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Op. Cit.*, p. 122).

²⁴⁸ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 48.

²⁴⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 1.159.242 - SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrihgi, por maioria, DJU de 10.15.2012. Disponível em

É possível se exigir, portanto, nas relações parentais especificamente, determinados comportamentos dos pais com relações aos seus filhos, que implicam em convivência, cuidado, assistência imaterial. E não se pode negar que, ao exigir tais condutas, o objetivo do Direito é de fato, sempre que possível, estreitar os laços entre esses sujeitos, e possibilitar a melhor formação/desenvolvimento da parte mais vulnerável desta relação, ou seja, os filhos. E vale dizer que o Direito já possui alguns instrumentos eficazes para alcançar esse fim, “que vão desde a regulamentação de visitas, passando pela cominação de multa ante o descumprimento do regime fixado até a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo”²⁵⁰, como será melhor discutido adiante.

3.3 Os deveres impostos pela nova ordem constitucional aos membros da família

Demonstrou-se acima que a família perdeu seu caráter institucional para ganhar um caráter instrumental e funcional. Como ensina Perlingieri: “A família como formação social, como ‘sociedade natural’, é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa.”²⁵¹

Dessa maneira, a nova sistemática normativa constitucional impõe aos membros de uma entidade familiar o exercício de verdadeiros direitos-deveres em prol da concretização da dignidade e desenvolvimento da personalidade dos demais membros dessa família. Significa, pois, dizer que são estabelecidos deveres jurídicos que visam garantir a efetividade da dignidade dos indivíduos que compõem uma entidade familiar. Deveres estes, repita-se, impostos pela própria Constituição Federal, por meio da observância dos princípios acima discutidos, quais sejam, dignidade da pessoa humana, solidariedade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança.²⁵²

E isso porque,

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 29.01.2013.

²⁵⁰ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Op. Cit.*, p. 125.

²⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 263.

²⁵² LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 37.

O direito de família pátrio não ficou imune às influências e produziu normas que, aos poucos, qualificaram as relações intersubjetivas, com novos direitos e obrigações a serem atendidos pelo grupo familiar, berço de múltiplas relações, interesses e necessidades que se expandem além dos limites domésticos e propiciam o crescimento emocional, moral e econômico de cada um.²⁵³

Assim sendo, as funções dos membros dessa entidade familiar devem ser desempenhadas de modo a garantir a dignidade de todos. Até mesmo porque é a família espaço primeiro de convivência social e de acolhimento do sujeito, tendo sua proteção garantida pelo Estado justamente por ser o *locus* ideal de formação da pessoa.²⁵⁴ É a família que “constrói, ampara, acalenta, corrige, e abriga o indivíduo desde o seu nascimento, inclusive zela pelos seus membros até depois da morte”, desempenhando, pois, “papel importante para o desenvolvimento do homem e sua coexistência social.”²⁵⁵

Neste espaço primeiro de formação da pessoa, a observação dos deveres juridicamente impostos aos membros da entidade familiar é questão, pois, crucial, e se refletem, para o direito brasileiro, na aplicação do princípio da solidariedade familiar e, no caso das relações parentais, na aplicação do princípio da convivência familiar.

3.3.1 A solidariedade familiar como dever jurídico

De acordo com Paulo Lôbo:

Para o desenvolvimento da personalidade individual é imprescindível o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamento e comportamentos interindividuais realizados num contexto social.

²⁵³ STEIN, Thais Silveira. **O estabelecimento da paternidade e a dignidade da pessoa nas relações familiares.** In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 560.

²⁵⁴ “O que se protege não é a família titular de interesse separado e autônomo. Protege-se a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. É a pessoa que ocupa o centro da tutela constitucional que protege a família, não como instituição valorada em si mesma, mas como – e apenas – instrumento de tutela da dignidade humana.” (PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais.** In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 522.)

²⁵⁵ MELO, Gerlanne Luiza Santos de. **Convivência familiar:** direito da criança e do adolescente. Disponível em <http://www.faete.edu.br/revista/Artigo%20Convivencia%20Gerlanne%20Familiar%20ABNT.pdf>. Acesso em 01.12.2014.

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade.²⁵⁶

A ideia de solidariedade familiar está alicerçada na Constituição Federal (art. 3º, I) e, no plano familiar, compreende a ideia de ajuda, assistência e cuidado mútuo entre os membros de uma entidade familiar. De acordo com Rolf Madaleno, “a solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-o mutuamente sempre que se fizer necessário.”²⁵⁷

Dessa maneira,

O princípio da solidariedade incide permanentemente sobre a família, impondo deveres a ela enquanto ente coletivo e a cada um de seus membros, individualmente. Ao mesmo tempo, estabelece diretriz ao legislador, para que o densifique nas normas infraconstitucionais e para que estas não o violem; ao julgador, para que interprete as normas jurídicas e solucione os conflitos familiares contemplando as interferências profundamente humanas e sentimentais que encerram.²⁵⁸

Dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar decorre, por exemplo, a obrigação dos parentes de prestar alimentos entre si, na medida da necessidade/capacidade de cada um, conforme inteligência dos artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil:

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

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

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.²⁵⁹

²⁵⁶ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 40.

²⁵⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 90.

²⁵⁸ LÔBO, Paulo. LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

²⁵⁹ BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.

Assim, sob o ponto de vista constitucional, o direito a alimentos está alicerçado no princípio da solidariedade. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “o dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes.”²⁶⁰ O mesmo autor, citando Arnaldo Rizzardo, afirma que há, neste caso,

[...] um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na *caritas*. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural.²⁶¹

E tal é a importância dessa obrigação, que possibilita inclusive a prisão civil pelo seu descumprimento²⁶², constituindo também um ilícito penal a sua inobservância.²⁶³

Na verdade, trata-se questão mesmo de grande interesse público, daí porque a possibilidade da medida drástica de prisão, vez que o Estado não consegue prover as necessidades de todos, “por isso transforma a solidariedade familiar em dever alimentar.”²⁶⁴

O direito à prestação alimentícia é hoje reconhecido também para a mulher grávida, de modo a prover as despesas com a gestação e o enxoval da criança que está por nascer²⁶⁵, ampliando, pois, a ideia de solidariedade.

²⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. VI: direito de família. 4º ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 450.

²⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. VI: direito de família. 4º ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 450.

²⁶² É o que dispõe o art. 733 do Código de Processo Civil em vigor: “Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.” (BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Brasília: Presidência da República – Casa Civil Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 01.12.2014).

²⁶³ Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.” (BRASIL. Código Penal (1940). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 01.12.2014.)

²⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 502.

Vale dizer que os alimentos “constituem obrigação derivada do princípio da solidariedade, mas não é necessariamente ‘obrigação solidária’”²⁶⁶, pois o Código Civil estabelece que se trata de obrigação subsidiária, devida primeiramente pelos parentes mais próximos.²⁶⁷ Todavia, Paulo Lôbo lembra que o direito brasileiro prevê uma exceção a essa regra quando se tratar de pessoa idosa²⁶⁸, conforme art. 12 do Estatuto do Idoso que estabelece que “a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”.²⁶⁹ Trata-se de regra de clara proteção, tendo em vista a situação peculiar do idoso.

Em muitas outras normas do Código Civil de 2002 é possível identificar a aplicação do princípio da solidariedade. O art. 1.513 tutela “a comunhão de vida instituída pela família”²⁷⁰, o que só se faz possível com a cooperação entre seus membros. Os arts. 1.566 e 1.567 estabelecem a colaboração dos cônjuges na direção da família e a mútua assistência moral e material entre eles.²⁷¹ Os cônjuges e companheiros são obrigados a concorrer, na

²⁶⁵ BRASIL. Lei nº 11.804/2008 (Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm. Acesso em 01.12.2014.

²⁶⁶ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

²⁶⁷ “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais. Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.” (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014).

²⁶⁸ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

²⁶⁹ BRASIL. Estatuto do Idoso (2003) – Lei. Nº 10.741/2003. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em 01.12.2014.

²⁷⁰ “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.” (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014).

²⁷¹ “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.” (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014).

proporção de suas capacidades, para o sustento da família, conforme inteligência do art. 1.568.²⁷²

Também no que concerne aos institutos da tutela e da curatela é perceptível a aplicação do dever de solidariedade imposto ao Estado, à sociedade e à família:

Ao Estado, para que regule as respectivas garantias e assegure a prestação jurisdicional. À sociedade, pois qualquer pessoa que preencha os requisitos legais poderá ser investida pelo Judiciário desse múnus. Aos parentes, porque são os primeiros a serem convocados, salvo se legalmente dispensados.²⁷³

Desse modo, são várias as nuances de incidência do princípio da solidariedade nas relações familiares, cabendo ao intérprete sua correta observância na concretização das normas jurídicas.

3.3.2 O dever de cuidado como decorrência da convivência familiar

No caso das relações parentais, além da assistência material, incumbe aos pais também a assistência educacional²⁷⁴ e moral dos filhos.

É possível se verificar ainda o direito-dever de convivência que há entre pais e filhos, que não pode ser podado, sobretudo nos casos de separação dos genitores. Para os filhos menores, como seres em desenvolvimento e formação, é imprescindível a convivência com sua família, especialmente a família natural, de modo a que tenha o suporte necessário na sua realização como sujeito.

²⁷² “Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.” (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014).

²⁷³ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2013.

²⁷⁴ O abandono intelectual de menores também constitui ilícito penal: “Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.” (BRASIL. Código Penal (1940). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 01.12.2014).

Vale dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA estabelece o conceito de família natural, trazendo ainda a noção de família extensa, que é ligada, sobretudo, pelos laços afetivos:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.²⁷⁵

Fica claro então que o Estatuto estabelece duas regras: a primeira de que toda pessoa (criança ou adolescente) tem a sua família natural, ou seja, aquela em que nasceu, e a segunda de que a família extensa é aquela formada com os parentes próximos, aqueles com quem se convive e se mantêm vínculo de afetividade.²⁷⁶

A colocação da criança ou adolescente em família substituta, através da adoção, é medida excepcional, e só ocorrerá na total impossibilidade de permanência desses sujeitos em suas famílias naturais ou extensas. Em qualquer caso, no entanto, é assegurado a essa criança ou adolescente o direito à convivência familiar, conforme determina o art. 19 do ECA:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.²⁷⁷

Desse modo, a convivência familiar é direito da criança e do adolescente, assegurado na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e no Código Civil (como uma consequência do exercício do poder familiar), a uma vida humana digna e saudável com a finalidade de garantir o desenvolvimento completo do sujeito.²⁷⁸

E vale dizer que essas obrigações relacionadas à convivência familiar decorrem também do dever jurídico de cuidado, corolário dos princípios da solidariedade e da afetividade.

²⁷⁵ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) – Lei. Nº 8.078/1990. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01.12.2014.

²⁷⁶ MELO, Gerlanne Luiza Santos de. *Op. cit.*

²⁷⁷ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) – Lei. Nº 8.078/1990. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01.12.2014.

²⁷⁸ MELO, Gerlanne Luiza Santos de. *Op. cit.*

O cuidado é dado da própria condição humana, concretizado na ideia de alteridade e importância do outro para o sujeito.²⁷⁹ Conforme Leonardo Boff, “construímos o nosso mundo a partir de laços afetivos. Sentimos responsabilidade pelos laços que nasceram. Não habitamos o mundo somente através do trabalho, mas fundamentalmente através do cuidado e da amorosidade. É aqui que aparece o humano do ser humano.”²⁸⁰ Desse modo, “cuidado significa, então, desvelo, solicitude, diligência, zelo, atenção, bom trato”, implica “um modo-de-ser mediante o qual a pessoa sai de si e se centra no outro com desvelo e solicitude.”²⁸¹

Conforme Tânia da Silva Pereira

Estudos vêm sendo realizados sobre o “cuidado” como instrumento de transformação na Medicina, na Enfermagem, na Pedagogia e nas diversas áreas de atuação humana. Não podemos aliá-lo do Direito, numa dimensão interdisciplinar, reconhecendo-o como valor jurídico.²⁸²

Na verdade, é possível dizer que o cuidado, como valor jurídico, sempre esteve presente no Direito, especialmente na seara da Responsabilidade Civil. Dessa maneira, ainda que a conduta do sujeito não tenha sido intencional, dolosa, a sua falta de observância do dever de cuidado caracteriza a sua atuação como culposa, seja por imprudência, negligência ou imperícia.²⁸³

É preciso notar, no entanto, que:

Mais recentemente, o cuidado tem assumido papel preponderante no contexto jurídico das relações interpessoais, não nesse sentido estrito de deveres de cautela ou de atenção, mas no de afeto, proteção e solidariedade. Para bem se compreender esse papel significativo que o cuidado assume no contexto do Direito, importa fazer referência ao reconhecimento (doutrinário, jurisprudencial e, em certa medida, legislativo) de que o ser humano vem construindo o mundo a partir de laços afetivos.

²⁷⁹ “Nós não temos apenas cuidado. Nós somos cuidado. Isto significa que cuidado possui uma dimensão ontológica, quer dizer, entra na constituição do ser humano. É um modo-de-ser singular do homem e da mulher. Sem cuidado, deixamos de ser humanos. Martin Heidegger (1889-1976), o filósofo do cuidado, por excelência, mostrou que realidades tão fundamentais como o querer e o desejar se encontram enraizadas no cuidado essencial (Ser e Tempo, § 41, p. 258). Somente a partir da estrutura do cuidado, elas se exercem como dimensões do humano.” (BOFF, Leonardo. **O cuidado essencial**: princípio de um novo ethos. Disponível em <http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/viewFile/6/12>. Acesso em 01.12.2014).

²⁸⁰ BOFF, Leonardo. **Princípio de compaixão e cuidado**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 12.

²⁸¹ BOFF, Leonardo. **O cuidado essencial**: princípio de um novo ethos. *Op. cit.*

²⁸² PEREIRA, Tania da Silva. **O cuidado como valor jurídico**. In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 233.

²⁸³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **O valor jurídico do cuidado**: família, vida humana e transindividualidade. Disponível em <http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/3jointh?dd1=7717&dd99=view&dd98=pb>. Acesso em 01.12.2014.

E “esses laços tornam as pessoas e as situações preciosas, portadoras de valor e infinitamente adoráveis” (BOFF, 2006, p. 19). E o espaço no qual as relações de afeto parecem mais evidentes, sem dúvida, é o da família, razão pela qual o cuidado assume papel fundamental no delineamento dos direitos e das obrigações decorrentes das relações familiares, nas mais peculiares situações, traduzidas a partir dos diversos modelos assumidos pela família contemporânea.²⁸⁴

A ideia de cuidado é própria do que é humano; é reconhecer-se solidário e igual. É uma forma, pois, responsável de se relacionar. E é justamente nesse viés que se pode perceber “o cunho jurídico do cuidado, a traduzir que o simples estar presente, o preocupar-se, a consideração, a valorização do outro, em suma, o cuidado, está inserido no contexto do Direito, a delinear deveres e atribuir responsabilidades a quem os descumprir.”²⁸⁵

O cuidado como valor jurídico vem sendo assim reconhecido paulatinamente pela jurisprudência brasileira. Mais recentemente, em decisão paradigmática, a Ministra Nancy Andrigy, relatora do Resp n. 1.159.242 – SP, reconheceu claramente o dever jurídico de cuidado nas relações parentais:

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.²⁸⁶ (grifos da autora)

O cuidado se faz, pois, presente nas relações familiares, sobretudo nas relações parentais, e está ligado aos deveres jurídicos existentes nessas relações. A grande questão que se aponta é a respeito das sanções possíveis em caso de descumprimento de tais deveres. É o que se abordará nos próximos capítulos deste trabalho.

²⁸⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Op. cit.*

²⁸⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Op. cit.*

²⁸⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. **1.159.242 - SP**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigy, por maioria, DJU de 10.15.2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 29.01.2013.

3.4 Laços conjugais rompidos e deveres parentais

O fim da conjugalidade representa sempre um momento muito difícil para as famílias, pois é a constatação da impossibilidade de um projeto comum, é a comprovação de que nem sempre existe um “e foram felizes para sempre”.²⁸⁷

É normalmente uma situação de dor e sofrimento, não apenas para o casal, como, sobretudo, para os filhos.²⁸⁸

O grande desafio nestes processos de ruptura conjugal é não confundir as questões do casal com os interesses dos filhos, pois, na verdade, a família não acaba, apenas se reconfigura. E nesta reconfiguração, o esforço deve ser pela preservação dos laços entre pais e filhos, até mesmo porque o poder familiar não se extingue com a separação do casal.

O exercício da autoridade parental ou poder familiar não está atrelado à conjugalidade, pois se trata de poder-dever dos pais com relação à pessoa dos filhos menores. Além do mais, de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira,

[...] a titularidade da autoridade parental é um encargo intransferível, por se tratar de um poder-dever. Sua razão de ser decorre da menoridade dos filhos, e, como já dito, é consequência da parentalidade, seja de que forma ela for estabelecida. Portanto, não há qualquer diminuição do poder familiar em razão da não convivência conjugal dos pais ou do divórcio.²⁸⁹

Neste sentido, os deveres parentais permanecem os mesmos, independente da manutenção da união dos pais. O que ocorre, na verdade, é a mera “fragmentação de um dos componentes da autoridade parental”, já que o filho, na maioria das vezes, fica sob a guarda

²⁸⁷ “Divórcio de casais não é nada fácil ou simples, mesmo quando consensual. Envolve sempre sofrimento e dor, ainda que tenha um sentido de libertação. O fim da conjugalidade é um momento em que se depara, novamente, com o desamparo estrutural do ser humano. Depara-se consigo mesmo. E constata-se que aquele (a) que se pensava ser o complemento da vida já não sustenta mais esse lugar de tamponamento. O encantamento acabou. O amor perfeito, ou quase perfeito, era pura ilusão, ou simplesmente acabou.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática** – 2. Ed. – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 1)

²⁸⁸ “Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo um profundo sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações da paternidade. O divórcio é uma experiência pungente, dolorosa e de longa permanência na memória do filho, que convive com a sensação de que está sozinho no mundo.” (DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, 2011, p. 430).

²⁸⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. *Op. cit.*, p. 58.

física de um dos pais, sendo assegurado ao outro genitor o direito de visitas.²⁹⁰ Trata-se, neste caso, da guarda unilateral.²⁹¹

A lei estabelece ainda a chamada guarda compartilhada, que possibilita a ambos os genitores a responsabilização conjunta, bem como o exercício conjunto de direitos e deveres relativos ao poder familiar.

Em qualquer dos casos, seja na guarda unilateral, seja na guarda compartilhada, é certo que “os pais permanecem com todo o complexo de deveres que decorrem do poder familiar, sujeitando-se a pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA 249).”²⁹²

Os filhos não podem ser, portanto, objeto de disputa ou de manobra dos pais nos processos de separação, mas precisam ser respeitados em sua individualidade e subjetividade, levando-se em consideração sempre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ainda assim, em muitos casos, os genitores simplesmente desconsideram essa questão e absolutamente “cegos”, tomados pelos sentimentos que envolvem o fim da conjugalidade, fazem dos filhos “objetos” de vingança contra o outro genitor.²⁹³ É o que será discutido a seguir.

3.4.1 Alienação parental: o instrumento da vingança

A Síndrome da Alienação Parental ou Implantação de Falsas Memórias (SAP) foi identificada em 1985 pelo professor de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia

²⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, 2011, p. 430.

²⁹¹ “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.” (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.)

²⁹² DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, 2011, p. 430.

²⁹³ “Geralmente isso acontece quando a ruptura da vida conjugal foi mal-resolvida psiquicamente gerando em um dos ex-conjûges sentimentos de rejeição e desamparo, que se transforma em tendência vingativa desencadeando um processo de destruição e desmoralização do outro genitor a ponto de aliená-lo da vida do filho. Neste caso, o filho deslocado do lugar de sujeito de direitos e desejo e passa a ser objeto de desejo e satisfação do desejo de vingança do outro genitor.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática.** *Op. cit.*, p. 75).

(EUA), doutor Richard A. Gardener. Do ponto de vista médico, relativamente à criança, a síndrome é uma forma de abuso emocional.²⁹⁴

Já a alienação parental diz respeito à conduta dos genitores e ocorre nos casos de rompimento dos laços conjugais, quando a guarda dos filhos fica com um dos genitores, cabendo ao outro genitor o direito de visitas. O genitor guardião então, nutrido por um sentimento de vingança em razão da ruptura conjugal, começa a criar uma série de dificuldades para a manutenção do contato dos filhos com o genitor não guardião:

[...] não são poucos os artifícios e manobras de que se vale o titular da guarda para obstaculizar os encontros do ex-cônjuge com o filho: doenças inexistentes, compromissos de última hora, etc. E o que é pior e mais grave: tais impedimentos vêm ditados por inconcebível egoísmo, fruto exclusivo da animosidade que ainda reina entre os ex-consortes, sendo certo que, sem qualquer pejo, em nome de tais espúrios sentimentos, a criança é transformada em instrumento de vingança.²⁹⁵

Além disso, o genitor que detém a guarda passa a implantar falsas memórias no filho com relação ao outro genitor, de forma tal que seja alijado e alienado da vida deste genitor.²⁹⁶

Neste sentido,

A síndrome da alienação parental não se confunde [...] com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta alienante, quando ainda não deu lugar à instalação da síndrome, é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário – o restabelecimento das relações com o genitor preterido.²⁹⁷

O reconhecimento jurídico da Alienação Parental se deu pioneiramente nos Estados Unidos, que pune essa prática com a “perda da guarda e a supressão do direito de visitas por parte do genitor responsável pela alienação”.²⁹⁸

²⁹⁴ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**. Disponível em http://www.wilsoncamilo.org/arquivos/alienacao_parental.pdf. Acesso em 27.12.2014.

²⁹⁵ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Op. cit.*

²⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. *Op. cit.*, p. 75.

²⁹⁷ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Op. cit.*

²⁹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. *Op. cit.*, p. 76.

No Brasil, a Lei nº 12.318/2010 veio disciplinar a questão, indicando as sanções para o genitor-alienante. Em seu art. 2º, traz o conceito de ato alienação parental:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.²⁹⁹

Em seguida, exemplifica, mas não taxativamente, condutas que podem ser compreendidas como atos de alienação parental:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.³⁰⁰

Uma das consequências da prática da alienação parental é que o genitor-alienado acaba desistindo da convivência com seus filhos, pois não consegue vencer as barreiras criadas pelo alienador. É então que a síndrome da alienação parental se instala na criança/adolescente, cujas sequelas

[...] comprometerão, definitivamente, o normal desenvolvimento da criança. Gardner anota, a propósito, que, nesses casos, a ruptura do relacionamento entre a criança e o genitor alienado é de tal ordem, que a respectiva reconstrução, quando possível, demandará hiato de largos anos.³⁰¹

²⁹⁹BRASIL. Lei nº 12.318/2010 (Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em 01.12.2014.

³⁰⁰BRASIL. Lei nº 12.318/2010 (Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em 01.12.2014.

³⁰¹ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Op. cit.*

Vale lembrar, ainda, que a alienação parental atinge não apenas filhos e genitores, mas toda a família extensa do genitor-alienado, que também passa a ser privada da convivência com aquela criança/adolescente, o que torna ainda mais danosa tal prática.

É certo que em muitos casos o alienador não tem clara consciência do mal que está causando, sobretudo à sua própria prole, o que amplia as dificuldades de comprovação da prática. Em razão disso, a Lei nº 12.318/2010 faculta ao juiz, se este entender necessário, a realização de perícia biopsicossocial, com equipe multidisciplinar, para que seja possível identificar ocorrência da alienação.³⁰² A mesma lei, em seu art. 6º, também “abre amplo espectro de opções instrumentais ao juiz para inibir ou atenuar os efeitos desse desvio de conduta, conforme a gravidade e a situação concreta”³⁰³, a saber:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.³⁰⁴

Isso porque, com a prática da alienação, o genitor guardião impede o pleno exercício dos deveres parentais pelo outro genitor, em claro prejuízo aos interesses dos filhos. Como leciona Pereira, “é uma forma de abuso no exercício do poder familiar e de total desrespeito aos direitos fundamentais da criança/adolescente ainda em formação.”³⁰⁵

³⁰² “Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial. § 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor. § 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. § 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.” (BRASIL. Lei nº 12.318/2010 (Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em 01.12.2014).

³⁰³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, 2011, p. 321.

³⁰⁴ BRASIL. Lei nº 12.318/2010 (Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em 01.12.2014.

³⁰⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática.** *Op. cit.*, p. 76.

A alienação fere violentamente a esfera individual da criança e do adolescente, que são considerados sujeitos de direito na nova ordem constitucional, e coloca em risco a saúde emocional e psíquica dos mesmos. E é justamente por isso que, “constatada a presença da síndrome, é imprescindível que o genitor que age dessa forma seja devidamente responsabilizado, justamente porque ele sabe ser difícil aferir a veracidade dos fatos ao usar o filho com finalidade vingativa.”³⁰⁶

Uma das maneiras para coibir essa prática é o instituto da guarda compartilhada, entendido como regime de guarda prioritário pela legislação brasileira e que estabelece um compartilhamento de direitos e deveres no exercício do poder familiar pelos genitores, em clara aplicação do princípio da solidariedade familiar.

3.4.2 A guarda compartilhada como instrumento de efetivação da solidariedade familiar

A guarda pode ser compreendida como um direito-dever dos pais de ter os filhos em sua companhia, podendo, nestes termos, assumir também o significado de custódia. É um dos atributos de exercício do poder familiar.

A discussão sobre a guarda dos filhos menores ocorre em duas situações: no caso de filhos havidos fora do casamento ou da união estável ou quando houver a ruptura da relação conjugal.

Em qualquer desses casos, a legislação brasileira prevê três modelos para o exercício da guarda, que seriam a guarda compartilhada, a guarda unilateral e a guarda deferida a terceiros.³⁰⁷

A guarda compartilhada já era tida como preferencial pelo Código Civil, com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.698/2008, que estabelecia a sua aplicação sempre

³⁰⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. *Op. cit.*, p. 78.

³⁰⁷ Em razão do objeto deste trabalho, não será abordada aqui a guarda deferida a terceiro, que se trata de uma das hipóteses de colocação da criança ou adolescente em família substituta.

que fosse possível.³⁰⁸ Essa modalidade de guarda era, então, uma opção às partes e ao magistrado.

No entanto, em alteração recente da legislação civil³⁰⁹, a guarda compartilhada passou a ser considerada regra, a ser descartada apenas em casos muito excepcionais. A nova redação do §2º do art. 1.584 assim dispõe:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.³¹⁰

Trata-se de tentativa legal de reforçar a ideia de compartilhamento das responsabilidades e do exercício da autoridade parental com relação aos filhos menores por ambos os genitores que já não vivem – ou mesmo nunca viveram – a conjugalidade. De acordo com Ângela Gimenez, “a nova lei teve como principais fundamentos a coresponsabilidade dos genitores e o equilíbrio na divisão do tempo de convivência dos pais com seus filhos.”³¹¹

A guarda compartilhada é uma aplicação prática dos princípios do melhor interesse da criança ou adolescente e da solidariedade familiar, reforçando os laços de ajuda mútua e cuidado, que não se desfazem com o fim da união dos genitores. De acordo com Maria Berenice Dias:

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse do menor. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação

³⁰⁸ É o que estabelecia a redação do §2º do art. 1.584: “§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.” (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 01.12.2014).

³⁰⁹ Trata-se de alteração introduzida pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014 que alterou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispondo sobre sua aplicação.

³¹⁰ BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.

³¹¹ GIMENEZ, Ângela. **Igualdade parental**: depoimento. [janeiro, 2015]. Entrevista concedida a **Revista do IBDFAM** – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

sempre acarreta aos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária mudança de alguns paradigmas, levando em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.³¹²

A guarda unilateral, ou seja, aquela deferida à apenas um dos genitores, passa a ser então uma exceção no direito brasileiro.³¹³ De toda sorte, ainda nos casos de guarda unilateral, os deveres parentais se mantêm por completo, até porque, como já dito alhures, o genitor não guardião permanece no pleno exercício da autoridade parental. O novo parágrafo 5º do art. 1.584 do Código Civil – introduzido pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014 – veio reforçar este entendimento:

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.³¹⁴

Desse modo, a atual legislação não deixa dúvidas a respeito da manutenção do exercício da autoridade parental pelos genitores, mesmo com a ruptura conjugal. Isso porque, é importante lembrar, neste exercício da autoridade parental também participam os filhos, como sujeitos dessa relação. Não se trata, pois, de questão atrelada à relação entre cônjuges, os partícipes da relação parental e do exercício da sua autoridade são pais e filhos.

Assim, como esclarece Luiz Edson Fachin, os filhos “constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não são sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais.”³¹⁵

³¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 432.

³¹³ “A guarda compartilhada foi estabelecida como o modelo legal vigente, o que significa dizer que a guarda unilateral, conferida a um dos genitores, tornou-se medida de exceção, que só se justifica em situação de inaptidão de um deles para o exercício do poder familiar, ou se um deles não desejar. Assim, a presunção legal é a guarda compartilhada.” (GIMENEZ, Ângela. **Igualdade parental**: depoimento. [janeiro, 2015]. Entrevista concedida a **Revista do IBDFAM** – Instituto Brasileiro de Direito de Família).

³¹⁴ BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.

³¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, 2003, p. 244.

Por outro lado, a consagração do princípio da solidariedade familiar no Direito de Família brasileiro também contribui para o entendimento de manutenção dos deveres parentais, independente da situação de guarda do genitor diante dos filhos. Isso porque a ética inculpada pelo princípio da solidariedade nas relações familiares é a ética do cuidado, do comprometimento com o outro, da generosidade afetiva. Essa é uma situação que se mostra mais clara na guarda compartilhada, mas que não pode deixar de ser observada também nos casos de guarda unilateral, pois o dever jurídico de cuidado não se altera em uma ou outra hipótese.

Quando esses deveres parentais deixam de ser observados é que o Direito passa a refletir sobre as possibilidades de sanção ao genitor faltoso. O campo da Responsabilidade Civil pode, então, trazer uma importante contribuição. É o propósito deste trabalho discutir essa possível contribuição.

4. A SANÇÃO COMO DIMENSÃO ESSENCIAL DA NORMA JURÍDICA

A compreensão do homem como ser gregário fez emergir a necessidade da instituição de regras para gerir a vida em sociedade. O Direito é, portanto, a institucionalização dessa ordem normativa que permite a coexistência social. É essencial a ordem social, conforme Karl Engisch³¹⁶:

Com efeito, a custo qualquer outro domínio cultural importara mais ao homem do que o Direito. Há na verdade pessoas que podem viver e vivem sem uma ligação íntima com a poesia, com a arte, com a música. Há também, na expressão de MAX WEBER, pessoas ‘religiosamente amusicais’. Mas não há ninguém que não viva sob o Direito e que não seja por ele constantemente afectado e dirigido. O homem nasce e cresce no seio da comunidade e - a parte casos anormais - jamais se separa dela. Ora o Direito é um elemento essencial da comunidade. Logo, inevitavelmente, afecta-nos e diz-nos respeito.

Na verdade, é preciso ressaltar que a experiência normativa é uma experiência humana nos diversos campos da sua existência. Assim, pode-se dizer que “[...] o direito constitui uma parte notável, e talvez a mais visível, da nossa experiência normativa. E por isso, um dos primeiros resultados do estudo do direito é o de nos tornar conscientes da importância do ‘normativo’ na nossa existência individual e social.”³¹⁷

Dessa maneira, compreende-se o Direito como um conjunto normativo a disciplinar o corpo social. E a segurança de estabilidade das relações vivenciadas nessa sociedade advém justamente da certeza de obrigatoriedade das normas jurídicas.

Neste capítulo, será discutido um dos aspectos da norma jurídica - a sanção -, de modo que seja possível refletir a respeito das possíveis sanções existentes em caso de descumprimento dos deveres juridicamente impostos. E, por este viés, a responsabilidade civil parece apontar como uma forma de sanção para as situações em que não haja outras formas de responsabilizar o sujeito pela inobservância da norma jurídica.

³¹⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 12.

³¹⁷ BOBBIO, Norberto. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001, p. 24.

4.1 Norma jurídica e sanção

Neste trabalho, compreende-se a sanção como dimensão essencial da norma jurídica. No entanto, para reforçar este entendimento, se faz necessário discutir inicialmente as concepções de norma apresentadas pela doutrina, para demonstrar que todas, em maior ou menor grau, atribuem a sanção um lugar de destaque na estrutura normativa.

Em seguida, será estabelecida de forma direta a relação entre norma e sanção.

4.1.1 Conceito de norma jurídica

Como já dito, o Direito é a sistematização da experiência normativa própria da condição humana. E justamente por isso o conceito de norma jurídica é um dos mais relevantes para o entendimento e aplicação do Direito.³¹⁸ Kelsen chega a ver na norma o objeto central, quase mesmo que exclusivo, da ciência do direito, afirmando que:

[...] o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.³¹⁹

Assim, Kelsen ressalta que “os comportamentos humanos só são conhecidos mediatemente pelo cientista do direito, isto é, enquanto regulados por norma.”³²⁰ No entanto, a doutrina tem avançado na compreensão de que o Direito não é apenas norma, sendo, na

³¹⁸ MENEZES José Lima de. **O conceito de norma jurídica.** Disponível em www.uefs.br/coldir/artigo_conceito_de_norma_juridica.rtf. Acesso em 05.01.2015.

³¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

³²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 98.

verdade, fenômeno que se manifesta mediante uma integração do fato ao valor, através da norma.³²¹ Neste sentido, Miguel Reale ensina que:

Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor.³²²

De toda sorte, a norma continua tendo um lugar de destaque para o estudo do Direito³²³, ora como objeto central, ora como elemento integrador. E é por isso que Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que “A ciência dogmática contemporânea encontrou no conceito de norma um instrumento operacional importante para realizar sua tarefa analítica de identificar o direito”.³²⁴

No entanto, considerando que a normatividade é própria da condição humana, como já dito, as normas não são uma exclusividade do Direito. De acordo com Bobbio, “as normas jurídicas [...] não passam de uma parte da experiência normativa” humana. Assim, “além das normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais, sociais, costumeiras, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras da boa educação, etc.”³²⁵ No entanto, prossegue o mesmo autor, todas essas normas “têm em comum um elemento característico que consiste [...] em ser proposições que têm a finalidade de influenciar o comportamento dos indivíduos e dos grupos, de dirigir as ações dos indivíduos e dos grupos rumo a certos objetivos ao invés de rumo a outros.”³²⁶

Assim, as normas podem ser compreendidas como proposições prescritivas.

É certo que, no estudo da linguagem, é possível verificar a existência de três funções fundamentais, a saber, função descritiva, a expressiva e a prescritiva. De acordo, mais uma vez, com Bobbio, “estas três funções dão origem a três tipos de linguagens bem diferenciadas

³²¹ MENEZES, José Lima de. *Op. cit.*

³²² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 65.

³²³ “A Sociologia e a Ciência do Direito estudam a regra jurídica, mas aquela a estuda na sua realização, e não a confunde com a lei, e ainda assim como espécie de norma social, e a segunda, como tentativa de influência nos fatos, ou como expressão do que se efetua neles.” (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito** - Tomo II – Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 167)

³²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, 2003, p. 98.

³²⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2001, p. 25-26.

³²⁶ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2001, p. 26.

mesmo que nunca as encontremos em estado puro na realidade, quais sejam a linguagem científica, a poética e a normativa.”³²⁷

Já Carlos Santiago Nino, citado por Menezes, afirma

[...] que as diretivas mais próximas das normas são aquelas de expressão mais forte: as ordens, os mandados, as imposições. A estas diretivas mais fortes, costuma-se denominar de "prescrições". As prescrições ou ordens, diz o nosso condutor, caracterizam-se por uma superioridade do emissor em relação ao destinatário. Esta superioridade pode ser física ou moral, ou ambas. Exemplificando, reporta-se aos casos do ladrão em relação à vítima (superioridade física), do pregador em relação aos fiéis (superioridade moral), do legislador em relação aos súditos (superioridade moral e física).”³²⁸

Para Hans Kelsen, a expressão norma serve para designar um mandamento, embora não esgotando aí sua função.³²⁹ Assim, afirma que “com o termo se designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Mandamento não é, todavia, a única função de uma norma. Também conferir poderes, permitir, derogar são funções de normas.”³³⁰ E prossegue retratando a norma como o sentido de um ato de vontade³³¹:

“Norma” dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra “norma” indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão lingüística é um imperativo ou uma proposição de dever-ser.

O ato, cujo sentido é que alguma coisa está ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade. Aquilo que se torna ordenado, prescrito, representa, prima facie, uma conduta humana definida. Quem ordena algo, prescreve, quer que algo deva acontecer.

O dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo.³³²

Assim, de um modo geral, percebe-se que nas prescrições normativas encontra-se sempre “a evidência de que a preservação de modelos, atividades e organizações sociais

³²⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2001, p. 77.

³²⁸ MENEZES, José Lima de. *Op. cit.*.

³²⁹ MENEZES, José Lima de. *Op. cit.*.

³³⁰ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2003, p. 01.

³³¹ MENEZES José Lima de. *Op. cit.*.

³³² KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, 2003, p. 2-3.

requer as pessoas se comportarem de um modo peculiar.” E “este modo peculiar é o dever-ser da conduta, é a norma.”³³³

Pois bem. O olhar jurídico sobre a norma, do ponto de vista kelseniano, é propositivo. Geralmente os juristas veem a norma, primeiramente, “como *proposição*, independente de quem a estabeleça ou para quem ela é dirigida. Trata-se de uma proposição que diz como *deve ser* o comportamento, isto é, uma proposição de dever-ser.”³³⁴

Jhering já tratava também a norma neste caráter propositivo, afirmando que “o conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica, mas uma proposição de natureza prática, isto é, uma orientação para a ação humana.”³³⁵

Há também quem perceba as normas jurídicas como *prescrições*, ou seja, “como atos de vontade impositiva que estabelece disciplina para a conduta, abstração feita de qualquer resistência. A norma como *prescrição* se expressa também pelo dever-ser, que significa então impositivo ou impositivo de vontade.”³³⁶

E, por fim, há ainda a possibilidade de “considerar a norma como um fenômeno complexo que envolve não só a vontade de seu comando, mas também diferentes situações estabelecidas entre partes que se comunicam.” Assim, explica Tércio Sampaio Ferraz Junior, “a norma é vista como *comunicação*, isto é, troca de mensagens entre seres humanos, modo de comunicar que permite a determinação das relações entre os comunicadores: subordinação, coordenação.”³³⁷

De toda sorte, como já mencionado, “seja como *norma-proposição*, seja como *norma-prescrição*, seja como *norma-comunicação*, o conceito de norma jurídica é um centro teórico organizador de uma dogmática analítica.”³³⁸ É o ponto de partida do jurista, seu critério fundamental de análise,

[...] manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc. Com isso, é também possível encarar as instituições sociais,

³³³ MENEZES José Lima de. *Op. cit.*.

³³⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, 2003, p. 100.

³³⁵ JHERING, Rudolf von *apud* FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 50.

³³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, 2003, p. 101.

³³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, 2003, p. 101.

³³⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 101.

como a família, a empresa, a administração pública, como conjuntos de comportamentos disciplinados e delimitados normativamente.³³⁹

A partir das considerações acima, é possível dizer que as normas jurídicas estabelecem padrões de conduta que permitem a vida em sociedade.³⁴⁰ De acordo com Paulo Nader, as normas “são fórmulas de agir, determinações que fixam as pautas do comportamento interindividual. [...] Em síntese, norma jurídica é a *conduta exigida ou o modelo imposto de organização social*.”³⁴¹

No que concerne a estrutura lógica da norma, Kant entende ser a norma jurídica um juízo hipotético. É que Kant propõe a distinção dos imperativos em categóricos ou hipotéticos. O primeiro impõe dever sem qualquer condição (norma moral), enquanto o hipotético é condicional. O categórico ordena por ser necessário, enquanto no hipotético a conduta imposta é meio para uma finalidade. Assim, o imperativo hipotético estabelece condição para a produção de determinado efeito.³⁴²

Kelsen partiu dessa distinção kantiana, considerando a norma jurídica um juízo hipotético por dependerem as suas consequências da ocorrência de uma condição: se ocorrer tal fato deve ser aplicada uma sanção. Por isso é que Kelsen afirma que a estrutura da norma jurídica é a seguinte: “em determinadas circunstâncias, um determinado sujeito deve observar tal ou qual conduta; se não a observa, outro sujeito, órgão do Estado, deve aplicar ao infrator uma sanção.”³⁴³ Nesta concepção kelseniana, a estrutura normativa possui duas partes, denominada “norma secundária” e “norma primária”, sendo que a primeira estabelece uma sanção para a hipótese de violação do dever jurídico.³⁴⁴ De acordo com Machado Neto,

O grande mérito de Kelsen nesse aspecto foi ter enquadrado o juízo hipotético, em que consiste a norma segundo o seu entender, como um juízo de *dever-ser*, como um dever-ser lógico, i.e.: o dever-ser como mera cópula lógica, abstraído o valor, o caráter axiologicamente positivo ou negativo do que deva ser. Com isso, inaugura a lógica jurídica como lógica do *dever-ser*, diversa, pois, da tradicional lógica formal

³³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, 2003, p. 101.

³⁴⁰ “A norma jurídica, é sem dúvida, uma norma de conduta, no sentido de que o seu escopo direto ou indireto é dirigir o comportamento dos indivíduos particulares, das comunidades, dos governantes e funcionários no seio do Estado e do mesmo Estado na ordem internacional.” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – teoria geral do direito civil – vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27).

³⁴¹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 101.

³⁴² NADER, Paulo. *Op. cit.*, 2014, p. 102.

³⁴³ KELSEN, Hans *apud* NADER, Paulo. *Op. cit.*, 2014, p. 102.

³⁴⁴ NADER, Paulo. *Op. cit.*, 2014, p. 102.

de progênie aristotélica como uma lógica do ser, i.e.: como uma lógica fundada na cópula *ser*.³⁴⁵

Kelsen ainda apresentou a distinção entre *proposição normativa* e *norma jurídica*, sendo a primeira um juízo hipotético o qual enuncia que³⁴⁶, “sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas”.³⁴⁷ De acordo com Paulo Nader, isso significa que “a proposição jurídica é a linguagem que descreve a norma jurídica.” Já as normas jurídicas seriam “enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos”.³⁴⁸

Já Carlos Cossio, citado por Nader, pensou a estrutura das regras jurídicas como um *juízo hipotético disjuntivo*³⁴⁹, que compõe-se de dois juízos hipotéticos ligados pelo disjuntivo “ou”: a *endonorma* (que se refere ao enunciado do cumprimento da norma) e a *perinorma* (referente ao juízo do descumprimento). A perinorma e a endonorma de Cossio correspondem aos conceitos de normas autônomas e normas dependentes de Hans Kelsen, “com a vantagem de estarem reunidos num mesmo juízo lógico.”³⁵⁰

Na teoria traçada por Cossio, tanto a prestação como a sanção gozam de igual importância. “Ao enlaçar o dever-ser da prestação (endonorma) e o dever-ser da sanção pela não prestação (perinorma), Cossio torna o juízo hipotético supostamente completo.”³⁵¹

Machado Neto, discorrendo sobre os caracteres gerais da norma jurídica, faz uma distinção destas das chamadas normas morais.

³⁴⁵ MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 136.

³⁴⁶ NADER, Paulo. *Op. cit.*, 2014, p. 102.

³⁴⁷ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2003.

³⁴⁸ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2003.

³⁴⁹ “Rejeitando o tradicional imperativismo, Kelsen e Cossio estão de acordo em que a norma é um juízo; um objeto ideal, um objeto lógico, pois. Sua divergência se inicia, porém, desde que se propõem a caracterizar o tipo de juízo que é a norma. Para Kelsen, um juízo hipotético; para Cossio, um juízo disjuntivo.” (MACHADO NETO, A. L. *Op. cit.*, p. 136). Vale lembrar que a teoria imperativista, que tem como um de seus expoentes Jhering, trabalha com a noção de vontade. Assim, Jhering vê na “norma jurídica uma relação de superioridade entre o que ordena e o que recebe a ordem, explicando-se a impositividade do direito como um caso de um querer dotado de poder.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, 1980, p. 51).

³⁵⁰ PICCOLI, Alexandre. *Norma jurídica e proposição jurídica: estudo diferenciativo. Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 31, 1 maio 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

³⁵¹ PICCOLI, Alexandre. *Op. cit.*

Assim, inicialmente afirma que as normas jurídicas são bilaterais. A norma moral diz respeito apenas ao “fazer e o omitir de um mesmo e só agente [...] refere apenas o dever do obrigado e não concede a alguém a faculdade de exigir-lhe a prestação do dever.” Já com a norma jurídica ocorre justamente o contrário, porque “o direito é a conduta em interferência intersubjetiva, i.e.: a conduta enfocada do ângulo de sua impedibilidade, ou seja: quando correlacionados o fazer de um e o impedir de outro – a norma jurídica” é, portanto, uma norma bilateral.³⁵²

O mesmo autor afirma ainda que as normas jurídicas são disjuntivas e imputam sanções:

Desde que a moral se situa no plano subjetivo das interferências de conduta, não teria sentido que ela mencionasse a não-prestação e sua consequência, a sanção, como momento coativo, uma vez que a coatividade já é uma interferência intersubjetiva de condutas. Não há, pois, uma endonorma e uma perinorma morais. [...]

Ao contrário, a formalização da norma jurídica [...] precisa ser completada pela disjunção *ou* e pela perinorma. Então teremos: [...] (Dado um fato temporal deve ser a prestação pelo sujeito obrigado em face ao sujeito pretensor, *ou*, dada a não-prestação deve ser a sanção pelo funcionário obrigado em face à comunidade pretensora.).³⁵³

De toda sorte, independentemente da concepção adotada sobre sua estrutura, é certo que a norma jurídica é a célula do ordenamento jurídico, considerado como corpo sistematizado de regras de conduta, caracterizadas, por sua vez, pela coercitividade.

4.1.2 Norma e dever jurídico

A ideia de dever jurídico se relaciona à noção de direito subjetivo, nos liames existenciais da relação jurídica. Assim,

Enquanto o direito subjetivo expressa sempre um poder sobre algum bem, oponível a outrem, o dever jurídico impõe, ao seu titular, a sujeição àquele poder. Se, do ponto de vista do interesse individual, o direito subjetivo se revela mais importante do que o dever jurídico, porque oferece benefício ao seu titular, no plano da teoria do Direito não há qualquer prevalência. Ambos decorrem de um mesmo

³⁵² MACHADO NETO, A. L. *Op. cit.*, p. 138.

³⁵³ MACHADO NETO, A. L. *Op. cit.*, p. 138.

acontecimento, cujos efeitos são definidos por lei, e participam, em conjunto, de uma relação jurídica.³⁵⁴

No entanto, para os fins deste trabalho, não interessa a discussão sobre os contornos do direito subjetivo e da relação jurídica, vez que o objetivo maior neste capítulo é refletir sobre a relação entre sanção e o descumprimento dos deveres jurídicos. Desse modo, por uma questão meramente de recorte epistemológico, ter-se-á como foco a discussão apenas sobre dever jurídico.

Pois bem. O conceito de dever está originalmente relacionado à ideia de uma obrigação de ordem moral, que ordena obediência ao Direito. Assim, afirma Kelsen, “a afirmação: ‘Um indivíduo tem o dever (moral) – ou está obrigado (moralmente) – de observar tal e tal conduta’ significa que existe uma norma (moral) válida ordenando essa conduta, ou que o indivíduo deve se conduzir dessa maneira.”³⁵⁵

Cristiano Tomásio, no início do século XVIII, foi o primeiro a teorizar o dever jurídico, distinguindo-o da obrigação meramente moral. Trouxe então os conceitos de *obligatio interna*, que estabelecia imperativo apenas para a consciência, e de *obligatio externa*, correspondente ao dever jurídico, situando este no plano da objetividade.³⁵⁶

De acordo com Paulo Nader, a partir da divisão feita por Tomásio, Kant distinguiu “os dois deveres apenas quanto aos motivos da ação e não em relação ao conteúdo de cada um, pois achava que todos os deveres jurídicos expressavam, direta ou indiretamente, deveres morais.”³⁵⁷

Mas foi John Austin, já no século XIX, o responsável pela independência do dever jurídico em relação à moral, ele considerou o dever jurídico componente essencial ao Direito.³⁵⁸ Já Kelsen, mais recentemente, vinculou a problemática do dever jurídico aos aspectos normativos do Direito:

³⁵⁴ NADER, Paulo. *Op. cit.*, 2014, p. 293.

³⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 83.

³⁵⁶ NADER, Paulo. *Op. cit.*, 2014, p. 293.

³⁵⁷ NADER, Paulo. *Op. cit.*, 2014, p. 293.

³⁵⁸ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2000, p. 83.

O conceito de dever jurídico nada mais é que uma contraparte do conceito de norma jurídica. [...] O conceito de dever jurídico, tal como efetivamente usado na jurisprudência e tal como definido sobretudo por Austin, refere-se apenas ao indivíduo contra o qual é dirigida a sanção no caso de ele cometer o delito. Ele está juridicamente obrigado a se abster do delito: se o delito for certa ação positiva, ele é obrigado a não empreender essa ação. Um indivíduo está juridicamente obrigado à conduta cujo oposto é a sanção dirigida contra ele (ou contra indivíduos que têm com ele certa relação juridicamente determinada).³⁵⁹

Como se pode ver, a noção de dever jurídico kelseniana está atrelada intimamente ao conceito de norma. Por isso, o autor vienense afirma que “o dever jurídico é simplesmente a norma jurídica em sua relação com o indivíduo a cuja conduta a sanção é vinculada na norma. [...] O dever jurídico é o dever de se abster do delito.”³⁶⁰

Machado Neto prefere relacionar o conceito de dever jurídico com o de relação jurídica, pois, segundo o mesmo, se o direito pode ser entendido como uma realidade inter-humana ou intersubjetiva, “ao direito subjetivo corresponde um dever jurídico, o objeto do direito não pode ser uma fração da realidade natural considerada valiosa, mas uma especial conduta do sujeito obrigado, uma ação ou comportamento humano especificados.”³⁶¹ E então afirma que “só se tem um direito porque alguém tem um especial dever de respeitá-lo, como só se tem um dever porque ele corresponde ao direito ou faculdade de alguém.”³⁶²

Para García Máñez, citado por Nader, o sujeito obrigado ao cumprimento do dever jurídico também possui o direito subjetivo de cumprir a sua obrigação, ou seja, “de não ser impedido de *dar, fazer ou não fazer* algo em favor do sujeito ativo da relação jurídica.”³⁶³

É preciso, no entanto, diferenciar *dever jurídico* de *obrigação*, já que muitas vezes os termos são empregados como sinônimos, embora o primeiro apresente um sentido muito mais amplo e genérico do que o segundo. A expressão dever jurídico se aplica a qualquer relação jurídica, para expressar a conduta exigida, enquanto o vocábulo *obrigação* diz respeito apenas aos vínculos de conteúdo patrimonial, como os existentes nos contratos, tendo, portanto, um significado bem mais restrito.³⁶⁴

A doutrina traz ainda uma classificação dos deveres jurídicos, em razão das características que estes podem apresentar.

³⁵⁹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2000, p. 83-84.

³⁶⁰ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2000, p. 84.

³⁶¹ MACHADO NETO, A. L. *Op. cit.*, p. 178.

³⁶² MACHADO NETO, A. L. *Op. cit.*, p. 179.

³⁶³ NADER, Paulo. *Op. cit.*, 2014, p. 295.

³⁶⁴ NADER, Paulo. *Op. cit.*, 2014, p. 294.

Conforme a lição de Machado Neto, “a mais genérica de tais classificações é a que encara o dever jurídico como positivo e negativo. O primeiro implica uma ação, e pode ser de dar e de fazer, como, por exemplo, as obrigações civis de pagamento – dar coisa certa³⁶⁵. O segundo, uma omissão, um não fazer”³⁶⁶, como é o caso da maioria das obrigações penais (“não matar”).

Podem ainda ser os deveres jurídicos públicos ou privados, de acordo com a natureza do direito envolvido. Assim, serão deveres jurídicos de Direito Público aqueles que envolvam direitos ligados à seara constitucional, administrativa, penal, fiscal, processual, etc., e os deveres jurídicos de direito privado serão os civis e comerciais. De toda sorte, na maioria dos casos, pode-se dizer que os deveres jurídicos privados são de natureza patrimonial, e os de direito público de natureza não-patrimonial.³⁶⁷ Embora seja necessário ressaltar que tal diferença não pareça mais tão relevante hoje, em razão da superação da clássica dicotomia entre direito público e privado.

Também é possível vislumbrar a divisão entre deveres jurídicos contratuais ou extracontratuais, sendo os primeiros oriundos de um acordo de vontades cujos efeitos são regulados por lei, e os segundos, também denominados de obrigação aquiliana, com origem em uma norma jurídica.³⁶⁸

De acordo com Machado Neto, pela sua própria natureza alguns deveres jurídicos são permanentes, tal como o dever de respeitar a vida e a propriedade alheias. Já outros são instantâneos, ou seja, “exaurem-se num só momento, tal o pagamento de uma dívida.”³⁶⁹

Vale dizer, ainda com Machado Neto, que existem outros critérios de classificação dos deveres jurídicos, “mas, os critérios que aqui apresentamos já constituem um elenco suficientemente variado para comprovar a variedade de modalidades e aspectos que pode assumir esse modo de encarar o direito do ponto de vista subjetivo que é o dever jurídico.”³⁷⁰

Diante do que foi exposto, pode-se dizer que o dever jurídico se situa, portanto, no plano normativo, significando mesmo a obrigação de cumprimento da norma. É a exigência que o Direito faz a determinado sujeito para que assuma uma conduta em favor de alguém.

³⁶⁵ Vide art. 233 e seguintes do Código Civil.

³⁶⁶ MACHADO NETO, A. L. *Op. cit.*, p. 182.

³⁶⁷ MACHADO NETO, A. L. *Op. cit.*, p. 182.

³⁶⁸ NADER, Paulo. *Op. cit.*, 2014, p. 295.

³⁶⁹ MACHADO NETO, A. L. *Op. cit.*, p. 182-183.

³⁷⁰ MACHADO NETO, A. L. *Op. cit.*, p. 183.

Não se pode conceber uma ordem jurídica sem a existência de deveres jurídicos, pois não há direito que não corresponda a um dever, a uma obrigação.

E quando estes deveres não são observados, o Direito age coativamente, aplicando as sanções previstas, de modo a fazer valer o próprio Direito.

4.1.3 Sanção e coação

A palavra sanção vem do latim *sancire*, que significa consagrar, santificar. Trata-se de vocábulo polissêmico, ou seja, dotado de um significante e de vários significados. Assim, pode ser tido como a consequência, favorável ou desfavorável, proveniente do cumprimento ou do descumprimento de uma norma. Pode significar também a aprovação, a confirmação, pelo Chefe do Poder Executivo, do texto de um decreto legislativo oriundo do Poder Legislativo, constituindo uma etapa do processo legislativo. Neste trabalho, utiliza-se a primeira acepção da palavra, ou seja, a sanção como consequência da desobediência a um imperativo legal.

É preciso que se diga também que as sanções não são apenas jurídicas, pois é possível vislumbrar também sanções morais e sanções sociais.

De acordo com Bobbio, “são morais aquelas normas cuja sanção é puramente interior.” Assim, “a norma moral obriga em consciência: um dos significados desta expressão se esclarece tendo presente o tipo de sanção puramente interior que acompanha a norma moral.”³⁷¹ No entanto, prossegue o autor italiano, o defeito desta sanção interior é o de ser pouco eficaz. Isso porque “o fim da sanção é a eficácia da norma, ou em outras palavras a sanção é um expediente para conseguir que as normas sejam menos violadas ou que as consequências da violação sejam menos graves.” Desse modo, a sanção interior é certamente um meio inadequado para isso.³⁷²

Já a sanção externa ou social é aquela que atinge o sujeito proveniente dos outros, individualmente ou em grupo social. Ainda de acordo com Bobbio, “estes comportamentos

³⁷¹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2001, p. 155.

³⁷² BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2001, p. 155.

sancionadores são de diversos graus de gravidade”, sendo a forma mais grave de sanção social o linchamento.³⁷³

Por sua vez, o problema das sanções sociais não é a falta de eficácia, mas a falta de proporção entre violação e resposta. E isso acontece porque se tratam de sanções não institucionalizadas e, portanto, não passíveis de controle.³⁷⁴

No campo do direito, a sanção é um elemento indissociável da norma jurídica, sendo estabelecida “pela ordem jurídica com o fim de ocasionar certa conduta humana que o legislador considera desejável.”³⁷⁵

De acordo com Miguel Reale, as sanções são formas de garantia do cumprimento das regras jurídicas.³⁷⁶

Para García Máynez, citado por Diniz, “a sanção é a consequência jurídica que o não-cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado.”³⁷⁷

Norberto Bobbio conceitua a sanção como a *resposta* à violação.³⁷⁸ Afirma ainda que todo sistema normativo é passível de violação e possui um conjunto de expedientes para fazer frente a essa eventualidade. Assim, conclui “que todo sistema normativo implica o expediente da sanção.”³⁷⁹

Nas principais obras de Kelsen o conceito de sanção está sempre ligado a ideia de reação da ordem jurídica ao descumprimento da norma, tendo as sanções “o caráter de atos coercitivos.”³⁸⁰ Assim, na perspectiva kelseniana, para a definição de sanção é importante analisar seu caráter de ato coativo, “aplicado como consequência da prática de uma conduta

³⁷³ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2001, p. 157.

³⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2001, p. 158.

³⁷⁵ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2000, p. 71.

³⁷⁶ REALE, Miguel. *Op. cit.*, 2004, p. 72

³⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – teoria geral do direito civil – vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

³⁷⁸ “Com o objetivo de evitar os inconvenientes da sanção interna, isto é, sua escassa eficácia, e os da sanção externa não institucionalizada, sobretudo a falta de proporção entre violação e resposta, o grupo social institucionaliza a sanção, ou seja, além de regular os comportamentos dos cidadãos, regula também a reação aos comportamentos contrários. [...] Trata-se de normas cuja violação tem por consequência uma resposta externa e institucionalizada [...]” (BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2001, p. 159-160).

³⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 154.

³⁸⁰ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2000, p. 71.

desconforme ao ordenamento por um indivíduo, mediante a qual será gerado um mal, que será imposto devidamente por alguém através de uma norma que o autoriza.”³⁸¹

Já a coação também pode ser compreendida em dois sentidos. Em um deles – e o que interessa neste trabalho – a coação é a aplicação efetiva da sanção, é a utilização mesmo da força para fazer valer o Direito. Em outro sentido, a coação corresponde ao uso da violência, da força para interferir nos atos jurídicos, viciando-os. Trata-se, neste caso, dos vícios do consentimento estampados no Código Civil brasileiro (arts. 151 e seguintes), mas que aqui não serão tratados, já que fogem do propósito deste trabalho.

Assim, a coação implica na aplicabilidade da norma, que se dará independentemente da vontade do sujeito a quem ela se dirige, uma vez que há a possibilidade, inclusive, de se aplicar a força física em caso de oposição ao cumprimento.³⁸²

Desse modo, “a sanção reveste-se de coatividade na medida em que sua aplicação não está sujeita à concordância de quem quer que seja — nem mesmo da pessoa a quem se dirige — em razão de seu cumprimento poder se dar contra o desejo do agente, até mesmo através do uso da força.”³⁸³ Por isso, de acordo com Kelsen, as “sanções são medidas coercitivas apenas no sentido de que certas posses são tiradas dos indivíduos em questão contra sua vontade, se necessário pelo emprego da força física.”³⁸⁴

É possível afirmar, portanto, que as noções de coação e de sanção não se confundem:

A primeira é *uma reserva de força a serviço do Direito*, enquanto a segunda é considerada, geralmente, *medida punitiva para a hipótese de violação de normas*. Quando o juiz determina a condução da testemunha *manu militari* ou ordena o leilão de bens do executado, ele aciona a força a serviço do Direito; quando condena o acusado a uma pena privativa de liberdade ou pecuniária, aplica a sanção legal.³⁸⁵

Pode-se entender, então, que as sanções jurídicas são respostas do ordenamento pelo descumprimento das normas juridicamente impostas.

³⁸¹ **O conceito de sanção em Hans Kelsen.** Disponível em www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11169/11169_6.PDF. Acesso em 10.01.2015.

³⁸² **O conceito de sanção em Hans Kelsen.** Disponível em www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11169/11169_6.PDF. Acesso em 10.01.2015.

³⁸³ **O conceito de sanção em Hans Kelsen.** Disponível em www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11169/11169_6.PDF. Acesso em 10.01.2015.

³⁸⁴ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 27.

³⁸⁵ NADER, Paulo. *Op. cit.*, 2014, p. 104.

4.1.4 A relação entre sanção e norma jurídica

Conforme visto acima, as normas jurídicas estabelecem os padrões de conduta socialmente aceitáveis, impondo consequências no caso de seu descumprimento.

No entanto, a doutrina não é uníssona quanto a caracterização da sanção como elemento essencial da norma, ora entendendo pela sua essencialidade – são os sancionistas -, ora enxergando a prescindibilidade da sanção – os não-sancionistas.

É certo que a noção de sanção está sempre relacionada à ideia de norma, pois é mesmo da natureza da norma a possibilidade de seu descumprimento e o estabelecimento de um comando dá-se, em regra, pela necessidade de conter comportamentos existentes em sentido oposto. Assim, todos os sistemas normativos baseiam-se na ideia de sanção, embora, como já visto alhures, a sanção jurídica seja diferente de outros tipos de sanção, como a social ou a moral.³⁸⁶

Na concepção de Kelsen, a ordem jurídica expressa um “dever-ser”, e, assim, uma vez constatada determinada conduta, seguir-se-á determinada sanção.³⁸⁷ Nesse contexto, é razoável deduzir que a sanção está contida na concepção kelseniana de norma e é desta inseparável, tendo em vista ser o Direito aqui concebido como uma ordem coativa, distinguindo-se das demais pela possibilidade de aplicação pela força, ou seja, contra a vontade do indivíduo.³⁸⁸

Assim, afirma Kelsen que

O Direito é uma ordem que atribui a todo membro da comunidade seus deveres e, desse modo, sua posição na comunidade, por meio de uma técnica específica, prevendo um ato de coerção, uma sanção dirigida contra o membro da comunidade

³⁸⁶ SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. **Existem normas constitucionais desprovidas de sanção?** REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v.9, n.1, p.163-178, jan./abr.2014, p. 164.

³⁸⁷ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2003.

³⁸⁸ “[...] o Direito é uma ordem coercitiva.”

“Se as ordens sociais, tão extraordinariamente diferentes em seus teores, que prevaleceram em diferentes épocas e entre diferentes povos, são chamadas ordens jurídicas [é porque] há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra ‘Direito’ de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, a apesar das enormes diferenças” entre os povos, é, no entanto, essencialmente a mesma para todos: “a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária.” (KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2000, p. 27-28).

que não deve cumprir seu dever. Se ignoramos esse elemento, não temos capacidade para diferenciar a ordem jurídica de outras ordens sociais.³⁸⁹

Pode-se entender então, segundo a concepção kelseniana positivista, de que não há norma jurídica sem sanção.³⁹⁰

E mesmo se os cânones do positivismo jurídico – relevantes à sua época para atribuir ao Direito verdadeiro status de ciência – já foram na atualidade superados por outras concepções teóricas, a verdade é que com maior ou menor importância, nenhuma destas concepções deixa de atribuir a sanção um caráter relevante para a conceituação, caracterização ou compreensão do próprio Direito.

Para Ihering³⁹¹, por exemplo, a sanção, - e o uso legítimo do poder de coação que ela autoriza - é integrante do Direito, pois a força existe sem o Direito, mas o contrário não pode ser.

Norberto Bobbio também defende a sanção como característica essencial da norma jurídica. Assim, afirma o autor que “toda norma jurídica é caracterizada pelo fato de que à sua transgressão segue uma consequência desagradável, o que se denomina comumente sanção.”³⁹²

E prossegue afirmando que:

A sanção pode ser definida por esse ponto de vista como o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias; é, portanto, uma consequência do fato de que um sistema normativo, diferentemente do que ocorre em um sistema científico, os princípios dominam os fatos, ao invés dos fatos os princípios.

[...]

Podemos definir mais brevemente a sanção como a *resposta* à violação. Todo sistema normativo conhece a possibilidade de violação e um conjunto de expedientes para fazer frente a essa eventualidade. Podemos dizer que todo sistema normativo implica o expediente da sanção.³⁹³

³⁸⁹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2000, p. 40.

³⁹⁰ “Uma regra é uma regra jurídica não porque sua eficácia é assegurada por outra regra que prevê uma sanção; uma regra é uma regra jurídica porque ela prevê uma sanção. O problema da coerção (constrangimento, sanção) não é o de assegurar a eficácia das regras, mas sim o do conteúdo das regras. [...] Todas as normas de uma ordem jurídica são normas coercitivas, *i.e.*, normas que prevêem sanções.” (KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2000, p. 41).

³⁹¹ IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito** - 6ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

³⁹² BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 118

³⁹³ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 153-154.

Durkheim, citado por Diniz, também compreendia a sanção como elemento específico da norma jurídica, diferenciando esta da norma moral: “A norma moral está acompanhada de uma sanção difusa, isto é, não organizada, ao passo que a norma jurídica contém sanção organizada, uma vez que um órgão competente a exerce e executa.”³⁹⁴

No Brasil, Tercio Sampaio Ferraz preconiza que embora não seja o centro da ordem jurídica, a sanção participa de toda norma, como forma para manter autoridade e suspendê-la até o acontecimento da situação prescrita no dispositivo normativo:

Neste sentido, normas não são discursos indicativos que prevêm uma ocorrência futura condicionada - dado tal comportamento ocorrerá uma sanção - mas sim discursos que constituem de per si uma ação: imposição de comportamentos como jurídicos (qualificação de um comportamento e estabelecimento da relação meta-complementar). A sanção do ângulo lingüístico, é, assim, ameaça de sanção: trata-se de um fato lingüístico e não de um fato empírico. As normas, ao estabelecerem uma sanção, são, pois, atos de ameaçar e não representação de uma ameaça.

[...]

Podemos, assim, reconhecer que uma das características da norma jurídica está em que nelas a sanção é sempre prevista ou por ela mesma ou por outra norma, sem que isto nos obrigue a afirmar que na sanção esteja a causalidade genética do direito.³⁹⁵

No entanto, há quem entenda que se a sanção é consequência jurídica pelo descumprimento de um dever, ela não pode ser essencial à norma, justamente por ser consequência desta. Assim, Maria Helena Diniz afirma que, “como toda consequência, a sanção encontra-se condicionada pela realização de um suposto, ou seja, da violação da norma. Se a obrigação for cumprida, a sanção não pode impor-se.”³⁹⁶ E prossegue a citada autora dizendo que

O elemento essencial específico da norma jurídica passou a ser a *atributividade*, que é a qualidade inerente à norma jurídica de atribuir a quem seria lesado por sua eventual violação a faculdade de exigir do violador, por meio do poder competente, o cumprimento dela ou a reparação do mal sofrido.³⁹⁷

³⁹⁴ DURKHEIM, Émile *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – teoria geral do direito civil – vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

³⁹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 70.

³⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – teoria geral do direito civil – vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

³⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – teoria geral do direito civil – vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

Godofredo Telles Junior, citado pela própria Maria Helena Diniz, afirma, entretanto, que a norma jurídica não pode ser uma atribuição de faculdade de quem tenha sido lesado de reagir contra quem provocou essa lesão. Por isso ele diz que “a essência da norma de direito é o *autorizamento*, porque o que compete à norma é autorizar ou não o uso dessa faculdade de reação do lesado.”³⁹⁸

Em que pesem tais opiniões, continua difícil afastar o elemento sanção da norma, em maior ou menor importância. Até mesmo porque uma norma jurídica desprovida de sanção acabaria se confundindo com uma norma moral, cuja reprovação de cunho subjetivo e interior é ineficaz para impedir ou reprimir comportamentos não aceitos pela sociedade. Para Bobbio,

O defeito da sanção interior é o de ser escassamente eficaz. O fim da sanção é a eficácia da norma, ou em outras palavras a sanção é um expediente para conseguir que as normas sejam menos violadas ou que as consequências da violação sejam menos graves. A sanção interior é certamente um meio inadequado.³⁹⁹

Este entendimento é visto também em Kelsen, para quem, como já discutido, a sanção é necessária para toda norma jurídica. De outro modo não seria possível estabelecer a diferença entre direito e moral. Toda norma sem sanção seria norma incompleta ou norma jurídica não-autônoma, carecendo de outra estatuidora de um ato de coerção para ter validade.

Tanto assim, que nenhum sistema jurídico prescinde de sanção, imputada àqueles que deixam de observar o juízo deôntico contido na norma. Mesmo o Direito Internacional, criticado por muitos em razão da falta de um poder coator que faça valer as normas vigentes independentemente de interesses ou conveniências políticas, prevê em seus dispositivos normativos sanções das mais diversas naturezas.⁴⁰⁰

³⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – teoria geral do direito civil – vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

³⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 156.

⁴⁰⁰ “As sanções do Direito internacional geral (represálias e guerras) [...] não são, na verdade, qualificadas quer como penas, quer como execução civil, mas representam, tal como estas, uma privação compulsória de bens ou, o que significa o mesmo, uma lesão, estatuída pela ordem jurídica, de interesse de um Estado (que, aliás, em outras circunstâncias, são protegidos) por parte de um outro Estado. Se se admite que, segundo o Direito internacional vigente, um Estado apenas pode recorrer às represálias ou à guerra contra um outro quando este se recuse a indenizar os prejuízos que lhes foram ilicitamente causados, e que estes atos de coerção apenas podem ser efetivados com o fim de obter a indenização, então existe um certo parentesco entre as sanções do Direito internacional geral e a execução forçada do Direito civil.” (KELSEN, Hans. BOBBIO, *Op. Cit.*, 2003, p. 123-124).

Por outro lado, o Estado Democrático de Direito é o estado da prevalência do direito sobre qualquer outra forma de regulação da vida em sociedade. Assim, o conceito de prevalência do direito é à base de todo sistema democrático moderno, de tal sorte que as definições de Estado, sejam formais, sejam finalísticas, trarão sempre o direito como fenômeno indispensável a sua existência. Desse modo, a preservação da ordem jurídica é a preservação do próprio Estado enquanto organização política soberana.

Portanto, no momento em que se admite a possibilidade de existência de dever jurídico sem sanção para o seu descumprimento, o que esta em discussão é o próprio poder normativo do Estado, vez que, embora a validade de uma ordem jurídica não tenha fundamento na efetividade, esta é uma condição para a validade desta ordem.⁴⁰¹

4.2 A Responsabilidade Civil e as sanções jurídicas

4.2.1 Revisão da teoria geral da responsabilidade civil

4.2.1.1 Conceito e classificação

A noção de responsabilidade é própria dos atos da vida humana, o que, conforme José de Aguiar Dias, dificulta o problema de fixação de seu conceito que pode abranger vários aspectos e teorias filosófico-jurídicas.⁴⁰²

Assim, tem-se a ideia de responsabilidade baseada em livre-arbítrio, responsabilidade como aspecto da realidade social, responsabilidade como viés psicológico e, por fim,

⁴⁰¹ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 236.

⁴⁰² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil** - vol. 1 - 9ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 1.

responsabilidade como obrigação, sendo esta ultima opção a que mais se aproxima da atual concepção de responsabilidade.⁴⁰³

O que resta claro, na verdade, é que a responsabilidade “não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social”⁴⁰⁴, e está mesmo relacionada com a noção de dever, de obrigação, sendo, portanto, “resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação.”⁴⁰⁵

Para o Direito, completa Aguiar Dias, “o que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema [...] de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente.”⁴⁰⁶

Nestes termos, Kelsen afirma que “dizer que uma pessoa é juridicamente responsável por certa conduta ou que ela arca com a responsabilidade jurídica por essa conduta significa que ela está sujeita a sanção em caso de conduta contrária.”⁴⁰⁷

No mesmo sentido, Roger Pirson e Albert Villé, citados por Rui Stoco, veem a responsabilidade a partir de sua “correspondência a uma obrigação imposta pelas normas, visando a que as pessoas respondam pelas consequências prejudiciais de suas ações ou omissões.”⁴⁰⁸

Para Rodrigo da Cunha Pereira,

[...] responsabilidade, para o Direito, nada mais é do que uma obrigação derivada – um direito sucessivo, resultado da violação de um dever originário – de assumir as deduções jurídicas de um fato. Essas consequências, a reparação dos danos e ou a punição pessoal do agente lesionante, podem variar de acordo com os interesses lesados.⁴⁰⁹

⁴⁰³ DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, 1994, p. 1-2.

⁴⁰⁴ DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, 1994, p. 2.

⁴⁰⁵ DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, 1994, p. 2.

⁴⁰⁶ DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, 1994, p. 2.

⁴⁰⁷ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, 2000, p. 93.

⁴⁰⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil** – doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.112.

⁴⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 236.

E César Fiuza corrobora este entendimento, afirmando que a responsabilidade “revela, então, um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato.”⁴¹⁰

Este ato ou fato pode ser de natureza civil ou penal, o que, conforme Mazeud e Mazeud *apud* Dias, traça a distinção entre a responsabilidade civil e a penal.⁴¹¹ Nos dois casos tem-se a prática de um ilícito que impõe uma resposta do Direito. Assim, comenta Aguiar Dias, com base na teoria de Merkel, que

Todo ilícito põe de relevo a discórdia entre a vontade do particular imputável e a vontade geral objetivada na lei penal. A coação civil e a ação penal inspiram-se no interesse geral, e dirigem-se, segundo ele, contra os fatos antijurídicos. A reação penal, de tom mais enérgico, tem caráter subsidiário.⁴¹²

Já Roberto de Ruggiero afirma que o delito civil distingue-se do penal porque “o primeiro é violação de um direito subjetivo privado e o segundo é violação da lei penal; o primeiro implica como consequência a indenização do dano, o segundo uma pena (corporal ou pecuniária) estabelecida no interesse exclusivo do Estado.”⁴¹³ É a mesma opinião de Mazeud e Mazeud, citados por Aguiar Dias, “não se cogita, na responsabilidade civil, de verificar se o ato que causou dano ao particular, ameaça, ou não, a ordem social.”⁴¹⁴

Neste ponto, no entanto, José Aguiar Dias apresenta contraponto, entendendo que mesmo nos casos de responsabilidade civil é possível vislumbrar sim repercussão social, pois “o prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social.”⁴¹⁵

Cretella Junior acrescenta ainda que para a responsabilidade civil se configurar, “pouco importa que a pessoa compelida à reparação do prejuízo seja, ou não, moralmente responsável. Aquele a quem a consciência nada reprova pode ser declarado civilmente responsável.”⁴¹⁶

⁴¹⁰ FIUZA, Cesar. **Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade civil**. Revista Synthesis, TRT da 2ª região, n. 42, 2006, p. 32.

⁴¹¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil** - vol. 1 - 9ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 7.

⁴¹² DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, 1994, p. 9.

⁴¹³ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil** – vol. III – direito das obrigações, direito hereditário. 1ª ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas -SP: Bookseller, 1999, p. 595.

⁴¹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, 1994, p. 7.

⁴¹⁵ DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, 1994, p. 97.

⁴¹⁶ CRETELLA JUNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 43.

Pode-se dizer assim de um modo geral que a responsabilidade jurídica advém da inobservância de determinado dever jurídico por alguém.⁴¹⁷ Esta violação pode se dar no campo penal, administrativo ou cível, sendo este último objeto deste estudo.

A responsabilidade civil é então compreendida como resposta jurídica possível no caso de prática de atos lícitos ou ilícitos⁴¹⁸ que violem a esfera de direitos de alguém, provocando algum tipo de dano – patrimonial ou extrapatrimonial –, sendo considerada, portanto, uma forma de sanção quando há inobservância dos deveres juridicamente impostos.

Nesse sentido, a teoria da responsabilidade civil encontra suas raízes no princípio fundamental do *neminem laedere*, justificando-se diante da liberdade e da racionalidade humanas, como imposição, portanto, da própria natureza das coisas. Ao escolher as vias pelas quais atua na sociedade, o homem assume os ônus correspondentes, apresentando-se a noção de responsabilidade como corolário de sua condição de ser inteligente e livre.

Realmente, a construção de uma ordem jurídica justa – ideal perseguido, eternamente, pelos grupos sociais – repousa em certas pilstras básicas, em que avulta a máxima de que a ninguém se deve lesar. Mas, uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.⁴¹⁹

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “a responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito.”⁴²⁰

De acordo com Sergio Cavalieri Filho

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever

⁴¹⁷ “A responsabilidade serviria, portanto, para traduzir a posição daquele que não executou o seu dever.” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – responsabilidade civil – vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.)

⁴¹⁸ “Qualquer comportamento de uma pessoa, que injustamente prejudique a esfera jurídica alheia, é um ato ilícito e a esfera jurídica alheia prejudica-se, quer por quem estando ligado a outrem por uma obrigação não a cumpra, quer por quem, fora de qualquer vínculo obrigatório, ofenda o direito de uma pessoa, violando o preceito geral, que proíbe perturbar as relações jurídicas alheias.” (RUGGIERO, Roberto de. *Op. Cit.* p. 588-589).

⁴¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16.

⁴²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. IV: responsabilidade civil. 4º ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

jurídico. [...] a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.⁴²¹

Para Serpa Lopes *apud* Diniz, “a responsabilidade é a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de uma circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstancia meramente objetiva.”⁴²²

Já a própria Maria Helena Diniz, a partir de uma junção de conceitos expostos pela doutrina, entende a responsabilidade civil como a “aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”⁴²³

Nelson Rosenvald propõe, no entanto, o deslocamento do objeto da responsabilidade civil para a ideia de cuidado com o outro, bem como a substituição da noção de “reparação pela de *precaução*, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da *prudência*.” Desse modo, continua o mencionado autor,

Ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na *circunspeção* – e, por que não, no *cuidado*, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer pena. A responsabilidade mantém sua vocação retrospectiva – em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos -, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro.⁴²⁴

De toda sorte, todos esses conceitos podem se somar, para que seja possível compreender hoje a responsabilidade civil tanto em seu caráter punitivo – como forma de sanção pelo descumprimento de deveres; como em seu caráter compensatório – como forma de restabelecer a situação da vítima ao estado anterior ao evento danoso; bem como pelo seu caráter preventivo – como maneira de inibir potenciais comportamentos ofensivos. A responsabilidade civil abarca aí, portanto, três esferas importantes, quais sejam: a

⁴²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

⁴²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – responsabilidade civil – vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

⁴²³ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, vol. 7, 2009, p. 35.

⁴²⁴ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil** – a reparação e a pena civil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15-16.

compensação à vítima, a punição do agente violador e a “desmotivação social da conduta lesiva”⁴²⁵.

Neste sentido, Rolf Madaleno, tratando especificamente do dano moral, mas que se coaduna ao que foi dito até aqui, ensina que:

Para muitos autores a natureza jurídica do dano moral abarca uma tripla ação, no sentido de o dano moral servir para compensar, punir e prevenir. Compensa porque satisfaz a vítima que é ressarcida em pecúnia com o dano sofrido. Contudo, não deixa de se constituir também em uma sanção ao autor do dano e, por último, guarda a sua função preventiva, pois não deixa de ser uma forma de reprimir a sua ocorrência.⁴²⁶

Do ponto de vista da sua classificação, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual, também chamada de aquiliana, sendo esta última importante para este trabalho, já que a responsabilidade civil aquiliana surge quando há a violação de um dever de cuidado e está genericamente prevista no artigo 186 do Código Civil⁴²⁷. Em ambos os casos, tem-se a violação de deveres jurídicos, sendo que na responsabilidade contratual esses deveres foram definidos pela vontade das partes em um contrato, e na responsabilidade aquiliana os deveres estão definidos por lei. Neste sentido, Ricardo Pereira Lira, citado por Sergio Cavalieri Filho, afirma que,

[...] o *dever jurídico* pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Nesse último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade.

Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado *ilícito* contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos.

Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o *ilícito é extracontratual*, por isso que gerado fora dos contratos, mas precisamente fora dos negócios jurídicos.

⁴²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Vol. 29 (out/nov 2007). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 14.

⁴²⁶ MADALENO, Rolf. O dano moral no direito de família. In: COUTO, Sergio; SLAIBI FILHO, Nagib (Org.). **Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias**. Rio de Janeiro: Forense, p. 347.

⁴²⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.)

Ilícito extracontratual é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei, enquanto que ilícito contratual é violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato.⁴²⁸

Vale notar que a responsabilidade contratual surge como consequência do desenvolvimento da sociedade, especialmente do processo de industrialização, que ampliou as situações e possibilidades de ocorrência de eventos danosos.⁴²⁹ Assim,

Os juristas franceses, principalmente, em busca de uma situação jurídica mais favorável para as vítimas, que não aquela de terem que provar a culpa, engendraram a responsabilidade contratual, em que, diferentemente da responsabilidade aquiliana, já existe entre as partes um vínculo jurídico preestabelecido, e o dever jurídico violado está perfeitamente configurado nessa relação jurídica. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes, que ficam adstritos, em sua observância, a um dever específico.

[...]

Dessa forma, a responsabilidade contratual desenvolveu-se paralelamente à extracontratual ou delitual, em terreno definido e limitado, e consiste na violação do dever jurídico estabelecido no contrato, por isso decorrente de relação obrigacional preexistente.⁴³⁰

A responsabilidade aquiliana ou extracontratual, como já dito, decorre do dever geral de cautela e de observância dos deveres juridicamente impostos. Conforme Maria Helena Diniz, ela “resulta, portanto, da inobservância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém.”⁴³¹

A responsabilidade civil pode ser ainda subjetiva, que exige a ocorrência de culpa ou dolo para aferição da responsabilidade, ou objetiva, que independe de culpa, pois, para que se caracterize o dever de indenizar, não é relevante o conhecimento de que o agente agiu com dolo ou culpa.

⁴²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. Cit.*, 2010, p. 15.

⁴²⁹ “O ressurgimento da responsabilidade contratual pode ser apontado como a terceira etapa na evolução da responsabilidade civil subjetiva para a objetiva. O desenvolvimento da sociedade decorrente da revolução industrial e o crescimento das cidades, com a criação de novos meios de transporte coletivo, como a locomotiva a vapor, a velha Maria-Fumaça, geraram novas situações capazes de provocar acidentes. E, em muitos casos, as vítimas ficavam ao desamparo porque a prova da culpa do empregador ou do transportador era praticamente impossível.” (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao novo Código Civil** – da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios - vol. XIII (Arts. 927 a 965). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7-8).

⁴³⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. Cit.*, p. 8-9.

⁴³¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, vol. 7, 2009, p. 525.

Na responsabilidade subjetiva, a culpa “se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligencia ou imprudência.”⁴³² Do que depreende-se, conforme Gagliano e Pamplona Filho, que “a noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuique sua culpa nocet*.”⁴³³ Neste caso, a vítima precisa provar que o causador do dano agiu culposamente.

Vale dizer que na legislação civil anterior, ou seja, o Código de 1916, a teoria subjetiva era o próprio fundamento da responsabilidade civil, conforme se pode verificar pelo art. 159⁴³⁴, considerado o “habitat legal da responsabilidade derivada da culpa.”⁴³⁵ Embora, conforme ressalva de Giselda Hironaka, em passagens esparsas o mencionado Código tenha adotado a responsabilidade objetiva, baseada no risco e não na culpa.⁴³⁶

Clovis Bevilacqua, em comentários ao supracitado art. 159, esclareceu que:

[...] *acto illicito* é a violação do direito ou o damno causado a outrem por dolo ou culpa. O dolo consiste na intenção de offender o direito ou prejudicar o patrimônio por acção ou omissão. A culpa é a negligencia ou imprudência do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente.⁴³⁷ (*sic*)

José de Aguiar Dias era um crítico desta concepção da legislação de 1916, pois não entendia que a culpa pudesse ser fundamento exclusivo da responsabilidade civil. Ainda assim, entendia que a culpa tinha certa posição que precisava ser considerada, afirmando que

A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a

⁴³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

⁴³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. Cit.*, 2008, p. 14.

⁴³⁴ “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” (BRASIL. Código Civil (1916). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 01.12.2014).

⁴³⁵ HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade civil e contemporaneidade**: retrato e moldura. Novos Estudos Jurídicos. Vol. 8, nº 3 – p. 579-595, set/dez.2003, p. 581.

⁴³⁶ HIRONAKA, Giselda. *Op. Cit.*, 2003, p. 581.

⁴³⁷ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 426.

simples negligência (*negligentia, imprudentia, ignavia*) em relação ao diremboraito alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico.⁴³⁸

E prossegue o mencionado autor, dizendo que a noção de culpa só interessa para a responsabilidade civil quando a conduta culposa tiver como consequência um evento danoso, ou seja, quando esta conduta implicar em um ato ilícito com repercussão no patrimônio de outrem.⁴³⁹

O Código Civil hoje vigente, embora com tendência objetivista da responsabilidade civil⁴⁴⁰, conforme se depreende pelo parágrafo único do art. 927, mantém a responsabilidade por culpa, de acordo com o *caput* do mencionado artigo e também previsão no art. 186.⁴⁴¹

De toda sorte, como já dito, a legislação atual buscou ampliar o fundamento da responsabilidade para além da culpa, para encontrá-lo também “no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que multiplicam o risco de danos”, pois “quem cria os riscos deve responder pelos eventuais danos aos usuários ou consumidores.”⁴⁴² Trata-se, pois, da reponsabilidade objetiva.⁴⁴³

De acordo Menezes Direito e Cavalieri Filho,

Apesar da resistência dos defensores da teoria subjetivista, a culpa, como se viu, aos poucos deixou de ser a grande estrela da responsabilidade civil, perdeu cada vez mais espaço. A responsabilidade objetiva, plantada nas obras pioneiras de Raymond Saleilles, Loius Josserand, Geoerges Ribert e outros, acabou sendo admitida como exigência social e de justiça para determinados casos. É que a implantação da indústria, a expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes deixaram exposta a insuficiência da culpa como fundamento único e exclusivo da responsabilidade civil. Pelo novo sistema, provados o dano e o nexu causal exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do

⁴³⁸ DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, 1994, p. 108.

⁴³⁹ DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, 1994, p. 108-109.

⁴⁴⁰ HIRONAKA, Giselda. *Op. Cit.*, 2003, p. 584.

⁴⁴¹ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014).

⁴⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.*, 2009, p. 12.

⁴⁴³ “Os autores modernos, como Jean Carbonnier, explicam: a responsabilidade objetiva ‘não importa em nenhum julgamento de valor sobre os atos do responsável. Basta que o dano se relacione materialmente com esses atos, porque todo aquele que exerce uma atividade deve-lhe assumir os riscos’.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 119)

dever de indenizar se provar a ocorrência de alguma das causas de exclusão do nexo causal: caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.⁴⁴⁴

Desse modo, “ao invés da responsabilidade assentar numa relação causal entre a culpa e o dano, simplifica-se nesta outra, *entre o fato e o dano (entre le fait et le dommage)*.”⁴⁴⁵

A responsabilidade objetiva se desenvolveu a partir da criação da chamada teoria do risco, que prescinde do elemento culpa para a configuração da responsabilidade, bastando a verificação da existência do dano e da autoria do evento danoso. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o conceito de risco “é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos”⁴⁴⁶, independente de se verificar se houve imprudência ou negligência.

Para Anderson Schreiber, a adoção da teoria do risco implica em

[...] uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa (conduta negligente, conduta criadora de risco, etc), mas pelo resultado (dano), distanciando-se, por conseguinte, de considerações centradas sobre a socialização dos riscos, para desaguar em uma discussão mais finalística sobre a socialização das perdas.⁴⁴⁷

A teoria do risco constituiu, portanto, avanço importante para a ampliação das possibilidades de reparação dos eventos danosos, sobretudo quando era quase impossível a prova da culpa do agente.⁴⁴⁸ Alvin Lima, citado por Aguiar Dias, foi um dos percussores da responsabilidade objetiva no Brasil, tendo chegado a afirmar que:

É preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem dismantelar e desencorajar as atividades úteis. Para tal conseguir, não nos devemos acastelar dentro de princípios abstratos ou de preceitos envelhecidos para nossa época, só por amor à lógica dos homens, à vaidade das concepções ou à dos moralistas de gabinete.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. Cit.*, p. 11.

⁴⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, 2001, p. 119.

⁴⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 268.

⁴⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

⁴⁴⁸ “Em sua versão de falta de moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação.” (SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 17).

⁴⁴⁹ DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, 1994, p. 15.

Pois bem. Seja na responsabilidade subjetiva ou na objetiva, para que surja o dever de indenizar, é indispensável que tenha ocorrido uma conduta que ocasionou um dano, ou seja, haja um nexo de causalidade entre eles. A conduta pode ser tanto uma ação quanto uma omissão. Já com relação ao dano, este pode ser patrimonial, moral ou estético. Este tem sido o tradicional entendimento sobre responsabilidade civil, com a consagração dos seus elementos básicos, quais sejam: conduta (culposa ou não), nexo de causalidade e dano.

4.2.1.2 A responsabilidade civil na contemporaneidade

O instituto da responsabilidade civil também tem acompanhado a mudança paradigmática vivenciada pelo direito civil, sobretudo após o advento da Constituição de 1988. Neste sentido, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, “a responsabilidade civil tem representado nos países ocidentais um papel verdadeiramente revolucionário”, reforçando a ideia de que “o Direito se oferece como o instrumento por excelência indispensável para a promoção da pessoa humana”.⁴⁵⁰

Aliás, José de Aguiar Dias, em 1944, na primeira edição do seu clássico “Da responsabilidade civil”, já afirmava que a transformação da responsabilidade civil

[...] é resultado das mudanças sociais, notadamente do grande desenvolvimento da indústria. Da responsabilidade assente na culpa se passa rapidamente às presunções *juris tantum*, e daí à responsabilidade legal.

A reparação do dano atende a tais anseios. É uma forma de restabelecer esse equilíbrio, em cuja conservação se interessa essencialmente uma civilização avançada ‘que receia a decadência’. É também o modo de satisfazer, para cada membro da sociedade, sua aspiração de segurança, comprometida e ameaçada pela vida moderna.⁴⁵¹

Com efeito, a responsabilidade civil tornou-se a instância ideal para colocar em prática dispositivos constitucionais abertos, como a dignidade da pessoa humana, a justiça e

⁴⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

⁴⁵¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil** - vol. 1 - Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 20. Vale dizer que o autor mantém a mesma opinião na edição de 1994 da mesma obra.

solidariedade.⁴⁵² Pode-se dizer mesmo que a Carta Magna traz uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, o que permite uma maior flexibilidade do ordenamento com foco na proteção da pessoa humana.⁴⁵³

Para Nelson Rosenvald, trata-se a responsabilidade civil de uma expressão fluida. Assim,

Pode exprimir uma ideia de reparação, punição ou precaução, conforme a dimensão temporal e espacial em que se coloque. No *zeitgeist* da aurora do terceiro milênio, a responsabilidade civil se flexibiliza e assume qualquer dessas narrativas. Como qualquer modelo jurídico que pretenda se adaptar à leveza e à celeridade dos nossos dias, a responsabilidade se mostra dúctil e maleável às exigências de um direito civil comprometido com as potencialidades transformadoras da Constituição Federal.⁴⁵⁴

Desse modo, destaca-se a função da responsabilidade civil na contemporaneidade como instrumento de efetivação dos mais variados direitos subjetivos. Conforme Romualdo Baptista dos Santos, “onde falham ou são insuficientes os outros instrumentos de efetivação dos direitos, surge a responsabilidade civil para cobrar a necessária reparação e repor as pessoas na situação jurídica que lhes compete por direito.”⁴⁵⁵

Tanto assim que alguns dos elementos tradicionalmente obrigatórios para a configuração da responsabilidade civil, como a culpa e o nexo de causalidade, passaram a sofrer forte flexibilização, ora pela doutrina e jurisprudência, ora pelo próprio legislador.⁴⁵⁶ Tem-se, por exemplo, a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva, a relativização do nexo causal. Na verdade, discute-se a responsabilidade civil hoje como instituto de

⁴⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, 2003, p. 22-23.

⁴⁵³ “As cláusulas têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, a que ‘abre’ o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a ‘adequação valorativa’, e como mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 341)

⁴⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2014, p. 5-6.

⁴⁵⁵ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade** – os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade, Curitiba: Juruá, 2011, p. 149.

⁴⁵⁶ “A tentativa de superar as injustiças impostas pela dificuldade de demonstração da culpa deu margem a inúmeros expedientes que se propunham a facilitar o acesso concreto da vítima à reparação [...]: admissão fácil da existência de culpa pela aplicação da teoria do abuso do direito e da culpa negativa; o reconhecimento de presunções de culpa; a aceitação da teoria do risco; a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual.” (SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2013, p. 18.)

socialização dos danos ⁴⁵⁷, estes sim foco central da discussão, sobretudo diante do alargamento das questões existenciais merecedoras de tutela.

No mesmo sentido, a professora Giselda Hironaka entende pela necessidade de se repensar os elementos tradicionais da responsabilidade civil, sobretudo a culpa, buscando-se desviar o foco de incidência da responsabilidade civil do autor do dano para a vítima. ⁴⁵⁸ Segundo a citada autora,

[...] há algo de intrínseco, de anterior, de pressuposto, na concepção do dever de reparar o dano causado; algo que está antes na essência do homem, ou mais que isso, está na essência da humanidade, da qual ele faz parte. A este algo – dentro de nós há uma coisa que não tem nome, e essa coisa é o que somos – se dá o nome de dignidade da pessoa humana”. ⁴⁵⁹

Assim, o dever de indenizar está atrelado mesmo à ideia de dignidade humana. Isso significa que o dever de reparar o dano deve ocorrer independentemente da prova de culpa, pois pressupõe-se responsabilidade e não culpa, “além do fato de que, pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, aquele que sofre dano não pode suportá-lo sem que seja indenizado, pois seria contra nossa essência ver o sofrimento alheio e nos imbuirmos de inércia.” ⁴⁶⁰ Desse modo, a responsabilidade pressuposta se aproxima da ideia de um princípio geral de indenização sem culpa, ou seja, de um dever de indenizar, ainda que haja prova de inexistência de culpa do ofensor, fundando-se na teoria do risco.

Henrique Geaquinto Herkenhoff, em reflexões sobre a tese da responsabilidade pressuposta da professora Hironaka, completa afirmando que:

O que se deve levar em consideração para estipular a responsabilidade civil não é o desvalor do responsável, de sua conduta ou de sua atividade, mas a dignidade e a cidadania do lesado, assim como o dever de solidariedade, que não exigem sejam

⁴⁵⁷ Mais uma vez a visionária lição de Aguiar Dias: “[...] o sistema da culpa, nitidamente individualista, evolui para o sistema solidarista da reparação do dano.” (DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, 1944, p. 20-21)

⁴⁵⁸ Em sentido contrário, Nelson Rosendal entende pela preservação da importância da culpa, e faz uma crítica à doutrina que tenta a todo modo negá-la: “De certa maneira somos preconceituosos, pois rotulamos como retrógrados todos aqueles que ainda encontram utilidade para o ato ilícito e a culpa no direito privado, principalmente com o *status* atualmente deferido à teoria objetiva, que dispara os seus holofotes para o risco da atividade em detrimento da responsabilização pessoal do lesante e da aferição da gravidade do seu comportamento.” (ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2014, p. 29).

⁴⁵⁹ HIRONAKA, Giselda *apud* BARBOSA, Arykoerne Lima. **A responsabilidade pressuposta à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da aplicação do *mise en danger***. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9055. Acesso em 05.12.2014.

⁴⁶⁰ BARBOSA, Arykoerne Lima. **A responsabilidade pressuposta à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da aplicação do *mise en danger***. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9055. Acesso em 05.12.2014.

negados idênticos atributos ao causador do resultado pernicioso, cuja dignidade humana deve igualmente ser preservada, trazendo à cena o *princípio da equidade*.

[...]

O *desvalor do resultado* (dano injusto) é o fato gerador do dever de reparação, e o *dever jurídico de prevenir ou evitar o resultado* é que constitui a razão de atribuí-lo ao Estado ou a determinado particular, quando essa obrigação não for convencional (seguro).⁴⁶¹

Na mesma linha, Schreiber reforça que

A Constituição de 1988 abriu novos caminhos, não apenas por força da previsão de hipóteses específicas (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII; art. 37, §6º), mas, sobretudo, pela inauguração de uma nova tábua axiológica, mais sensível à adoção de uma responsabilidade que, dispensando a culpa, se mostrasse fortemente comprometida com a reparação dos danos em uma perspectiva marcada pela solidariedade social.⁴⁶²

Percebe-se, pois, que o grande foco da responsabilidade civil na contemporaneidade é a recomposição das situações jurídicas abaladas pelo evento danoso, ou seja, o ponto central é o dano.

Desse modo, o próprio Schreiber, discutindo a flexibilização dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil a partir da análise de decisões dos tribunais brasileiros, afirma que

[...] esta flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos. Neste contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexos causal) perdem relevância em face de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano.⁴⁶³

Este parece ser o tom atual da responsabilidade civil, embora a discussão sobre o seu caráter punitivo venha ganhando adeptos, como será visto adiante.

⁴⁶¹ HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. **Responsabilidade pressuposta**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). **Direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006, p. 397.

⁴⁶² SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2013, p. 20.

⁴⁶³ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2013, p. 83.

4.2.2 Responsabilidade civil como sanção

A sanção, conforme já discutido, é entendida como a resposta que o ordenamento jurídico dá à sua violação, e é compreendida neste trabalho, inclusive, como elemento essencial da própria norma jurídica.

O sistema jurídico descreve as situações indesejáveis e as respostas para elas, ou seja, o sistema pré-determina quais situações jurídicas não tolera e as sanciona a seu modo. Essas situações jurídicas intoleráveis podem consistir em uma conduta (ação ou omissão) e/ou em um resultado.⁴⁶⁴

Assim, conforme Maurício Bunazar, é possível dizer que o suporte fático que, se concretizado, poderá ensejar a sanção, pode ser composto segundo um dos seguintes modelos:

(i) após a valoração negativa de uma conduta causadora de um resultado intolerável (dano injusto causado por conduta culposa ou dolosa); (ii) após a valoração negativa de um resultado com abstração da valoração da conduta que o ensejou (dano injusto por atividade lícita, por exemplo, dever de indenizar o terceiro que sofra dano injusto quando do exercício de conduta encoberta pela excludente da ilicitude do estado de necessidade); (iii) após apenas a valoração negativa da conduta com abstração de qualquer resultado (certos casos de abuso do direito, por exemplo, alguém que constrói animado exclusivamente pelo fim de impedir a incidência do sol sobre o prédio vizinho. É possível que seja condenado a desfazer a obra antes mesmo que haja um dia de sol, ou seja, antes que sua conduta produza o resultado).⁴⁶⁵

O citado autor prossegue elencando algumas sanções impostas pelo Código Civil:

(i) sanção consistente na invalidação de ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico. [...] (ii) sanção consistente na perda de uma posição jurídica ativa [...] (iii) sanção consistente na imposição do dever de imputação patrimonial a título de pena (multa em sentido estrito). [...] (iv) sanção consistente na imposição do dever de fazer ou não fazer algo sem que necessariamente tenha ocorrido, ou antes que ocorra, dano injusto. (v) sanção consistente na imposição do dever de fazer algo a título de indenização.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ BUNAZAR, Maurício. **Taxonomia da sanção civil**: para caracterização do objeto da responsabilidade civil. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0639_0649.pdf. Acesso em 01.12.2014.

⁴⁶⁵ BUNAZAR, Maurício. *Op. cit.*.

⁴⁶⁶ BUNAZAR, Maurício. *Op. cit.*.

Todas essas modalidades de sanção se encontram no campo da responsabilidade civil em sentido amplo⁴⁶⁷, como ideia mesmo de responsabilidade jurídica.

No entanto, a responsabilidade civil em sentido estrito, tem como única sanção o dever de indenização⁴⁶⁸, embora existam entendimentos hoje sobre a possibilidade de se estabelecer também, para além do mero dever de indenizar, a sanção civil punitiva para o causador do dano.

Para Kelsen, o conceito de responsabilidade está ligado ao conceito de dever jurídico e à ideia de sanção. Assim, afirma que “um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposta de um ato coercitivo (como sanção)”, ou seja, “a sanção é o ato coercitivo que constitui o dever jurídico.”⁴⁶⁹

A responsabilidade civil, enquanto impõe uma consequência - o dever de indenização - pela inobservância dos deveres jurídicos, é uma forma de sanção.

Assim, a obrigação de indenizar, de acordo com Humberto Theodoro Junior citado por Sérgio Cavalieri Filho, é uma obrigação-sanção que a lei impõe ao agente violador “como resultado necessário do comportamento infringente de seus preceitos.”⁴⁷⁰

Conforme João Casillo, a palavra “indenizar vem de *indeminis, e*: que não teve prejuízo, livre de perda, de dano, assim como *indene* indica o que não sofreu dano.” O mesmo autor afirma, entretanto, que outros “entendem que a origem é *indemnitas, atis*, que indica segurança, salvação, e que Ulpiano teria usado com o sentido de indenização, *indeminidade*.”⁴⁷¹

Maria Helena Diniz, citada por Gagliano e Pamplona, assim conceitua o termo indenização:

1. Ato ou efeito de indenizar. 2. Reembolso de despesa feita. 3. Recompensa por serviço prestado. 4. Reparação pecuniária de danos morais ou patrimoniais causados ao lesado; equivalente pecuniário do dever de ressarcir o prejuízo. 5. Vantagem pecuniária que se dá a servidor público sob a forma de ajuda de custo, diária ou

⁴⁶⁷ BUNAZAR, Maurício. *Op. cit.*.

⁴⁶⁸ BUNAZAR, Maurício. *Op. cit.*.

⁴⁶⁹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 133-138.

⁴⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, 2010, p. 4.

⁴⁷¹ CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 81.

transporte (Othon Sidou). 6. Ressarcimento de dano oriundo de acidente de trabalho ou de rescisão unilateral do contrato trabalhista sem justa causa.⁴⁷²

De toda sorte, embora não haja uma definição clara na legislação, é possível definir indenização, para os fins da responsabilidade civil, como a quantia a que faz jus alguém que tenha sido vítima de um evento danoso provocado por outrem.⁴⁷³

A pergunta que se faz é a seguinte: qual o caráter da indenização? Reparatório/compensatório ou sancionatório?

Não há uma unanimidade na doutrina quanto a essa questão. Muito pelo contrário.

Para João Casillo, a função primordial da indenização é satisfazer a vítima do dano, sendo a ideia de sanção – no sentido de pena – secundária, “funcionando mais com caráter intimidatório para evitar o dano, porém, também com intuito de fazer com que o causador sinta uma verdadeira pena, depois que tenha cometido o ato ilícito.”⁴⁷⁴

Gagliano e Pamplona afirmam que a indenização “tem por finalidade integrar – ou, mais precisamente, recompor – o patrimônio daquele que se viu lesionado.”⁴⁷⁵

Já Aguiar Dias, ao tratar da reparação em dinheiro, afirma que neste caso a indenização se aproxima da pena, “porque também esta pode empregar-se na satisfação do prejudicado, proporcionando-lhe o *solatium*, apaziguamento, e conseguindo alteração do sentimento e da vontade.” E prossegue dizendo que “esta função oferece satisfação à consciência de justiça e à personalidade do lesado, e a indenização pode desempenhar um papel múltiplo, de pena, de satisfação e de equivalência.”⁴⁷⁶

René Savatier, citado por Wilson Melo da Silva, já enxergava também esta dupla função para a indenização, especialmente em caso de dano moral: “seria *satisfatória-compensatória* em certos casos, e *exemplar* na maioria deles.”⁴⁷⁷

A ideia de indenização como pena é polêmica na doutrina, sobretudo a partir da minoração da importância da culpa como elemento da responsabilidade civil. É neste sentido

⁴⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2008, p. 346.

⁴⁷³ CASILLO, João. *Op. cit.*, p. 81.

⁴⁷⁴ CASILLO, João. *Op. cit.*, p. 83.

⁴⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2008, p. 346.

⁴⁷⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil** - vol. 2 - Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 302.

⁴⁷⁷ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 343.

que alguns autores criticam o chamado caráter punitivo da responsabilidade civil, justificando-se que

[...] a existência de um sistema de responsabilidade objetiva tão vasto quanto o adotado no Brasil não convive em harmonia com a função punitiva, pela ausência, nesse sistema objetivo, do critério do desvalor da conduta, que seria adequado para ensejar uma função punitiva. Especialmente na hipótese de responsabilidade civil do Estado, não faria sentido a adoção de uma função punitiva para a responsabilidade civil, porque a punição recairia sobre o patrimônio público.⁴⁷⁸

Na mesma esteira, Anderson Schreiber leciona que “[...] o avanço da responsabilidade objetiva e as alterações na própria noção de culpa têm conduzido a responsabilidade civil a um campo dissociado de preocupações subjetivistas e cada vez menos sensível à ideia de culpabilidade.”⁴⁷⁹ Wilson Melo da Silva já ressaltava tal entendimento, chegando a dizer que na responsabilidade civil mira-se na verdade “a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para graduação do *quantum* reparador, e não a culpa do autor.”⁴⁸⁰ Assim, distanciando-se a responsabilidade do elemento culpa, sua função punitiva perderia espaço.

A doutrina também justifica a impossibilidade de se considerar o aspecto punitivo da indenização a partir da ideia de proibição do enriquecimento sem causa. Clóvis do Couto e Silva, citado por Rui Stoco, chega a advertir sobre a necessidade de “impedir que, através da reparação, que a vítima possa ter benefícios, vale dizer, possa estar numa situação econômica melhor do que aquela em que se encontrava anteriormente ao ato delituoso.”⁴⁸¹

Corroborando este entendimento, Schreiber afirma que

A incorporação dos *punitive damages* pela prática judicial brasileira traz, ainda, consideráveis inconsistências face ao princípio de proibição ao enriquecimento sem causa – já que a quantia paga a título de punição vem inexplicavelmente, atribuída à vítima -, além de ferir frontalmente a dicotomia entre ilícito civil e ilícito penal, aplicando penas sem balizamento legal, sem as garantias processuais próprias e sem a necessária tipificação prévia das condutas reprováveis.⁴⁸²

⁴⁷⁸ PINTO, Helena Elias. **Função social e responsabilidade civil.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3323fe11e9595c09>. Acesso em 16.06.2014

⁴⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2013, p. 217.

⁴⁸⁰ SILVA, Wilson Melo da. *Op. cit.*, p. 347.

⁴⁸¹ STOCO, Rui. *Op. cit.*, 2007, p. 128.

⁴⁸² SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2013, p. 213.

Aliás, a regra estampada no art. 944 do Código Civil reforça este entendimento da doutrina, ao estabelecer que a indenização mede-se pela extensão do dano.⁴⁸³

No entanto, em linha contrária, Nelson Rosenvald afirma que

A atitude de negar relevância às sanções civis de caráter punitivo significa excluir pela raiz a aptidão de normas de direito privado explicitarem uma função preventiva, de desestímulo à prática de condutas ilícitas. Trata-se do confortável comportamento inercial em perpetuar a condição das normas de direito privado como sanções compensatórias, em uma perspectiva exclusivamente interindividual de resolução de conflitos. Desta maneira, sem que muitos que conscientemente possam perceber, afasta-se a possibilidade do direito privado salvaguardar interesses que ultrapassem a esfera subjetiva dos particulares, para realizar a importante função de mediação de conflitos que não se resumam a reequilibrar a posição jurídica de um dano causado por um sujeito a outro ou desconstituir situações jurídicas individuais contrárias ao ordenamento por nulidade, anulabilidade ou ineficácia. Em termos sistemáticos, no amplo espectro dos direitos materiais, esta perspectiva reducionista equivale a lançar sobre os ombros do direito penal e administrativo o ônus de tutelar interesses de relevância metaindividual.⁴⁸⁴

Carlos Alberto Bittar já discutia a responsabilidade civil como mecanismo de dissuasão de comportamentos antissociais, dizendo mesmo que:

[...] sob o prisma do interesse coletivo, prende-se no sentido natural de defesa da ordem constituída e, sob o do interesse individual, à conseqüente necessidade de reconstituição da esfera jurídica do lesado, na recomposição ou na compensação dos danos sofridos. De outra parte, sob o ângulo do lesante, reveste-se de nítido cunho sancionatório, ao impor-lhe a submissão, pessoal ou patrimonial, para a satisfação dos interesses lesados. Serve, também sob o aspecto da sanção, como advertência à sociedade, para obviar-se à prática do mal.⁴⁸⁵

Este caráter punitivo da indenização tem sido mais amplamente desenvolvido na jurisprudência e doutrina norte-americana, lá conhecido como *punitive damages*, ou seja, o

⁴⁸³ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014).

⁴⁸⁴ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2014, p. 29.

⁴⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 21-22.

estabelecimento de uma indenização adicional à vítima “com a finalidade de punir o ofensor, e não simplesmente de compensar os danos sofridos.”⁴⁸⁶

Neste sentido,

*A indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A idéia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, responderia a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico.*⁴⁸⁷

Observe-se, ainda, que o entendimento punitivo da responsabilidade civil, além de alcançar o próprio sujeito violador do dever jurídico, contribui também como instrumento educativo para a sociedade e para o próprio ofensor, de modo que condutas daquela natureza não venham a ser repetidas. É o que entendem também Pamplona Filho e Gagliano, ao afirmarem que:

[...] a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar.

E essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando por incidir numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito.⁴⁸⁸

Nelson Rosenvald é ainda mais enfático com essa questão. Assim, ressalta que:

O fundamental das sanções civis punitivas é reagir contra a perspectiva em voga, que invariavelmente remete a responsabilidade civil à pessoa da vítima e ao dano, abstraindo-se da pessoa do agente, de sua culpa e, principalmente, de qualquer aptidão preventiva. Elas podem e devem atuar como uma resposta a esta lacuna na teoria da responsabilidade civil, deferindo ao credor ou ao lesado a percepção de um montante superior ao dano efetivo. [...] cuida-se de um misto de prevenção de atuações ilícitas e punição pela ofensa a um dever ou obrigação. Mais do que acautelar e sancionar, ela reafirma a prevalência da pessoa e de sua especial dignidade como referenciais do Estado Democrático de Direito.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2013, p. 211.

⁴⁸⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização punitiva**. Disponível em http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136. Acesso em 28.01.2014.

⁴⁸⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2008, p. 21.

⁴⁸⁹ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2014, p. 32-33.

De toda forma, independente da forma como se exteriorize, como pena, indenização ou compensação pecuniária, compreende-se neste trabalho que a natureza da responsabilidade civil será sempre sancionatória, a disciplinar as consequências para o descumprimento dos deveres juridicamente impostos.⁴⁹⁰

4.3 A Responsabilidade Civil como consequência do descumprimento de deveres no campo do Direito de Família

Como já discutido, a ideia de responsabilidade é uma consequência das relações sociais na contemporaneidade, no sentido de tornar o sujeito responsável por suas condutas. Nas relações familiares essa ideia de responsabilidade se torna ainda mais evidente e crucial para a preservação dos laços familiares e para a realização da dignidade dos membros da entidade familiar. De acordo com a lição de Rodrigo da Cunha Pereira,

Mais que um valor jurídico, a responsabilidade é um princípio jurídico fundamental e norteador das relações familiares e que traz uma nova concepção sobre os atos e fatos jurídicos que, inclusive, está atrelada à liberdade que, por sua vez, encontra sentido na ética da responsabilidade.⁴⁹¹

A aplicação da responsabilidade civil no direito de família, embora venha ocorrendo com mais frequência há relativamente pouco tempo no Brasil⁴⁹², já vem sendo discutida pela doutrina nacional e estrangeira desde o século passado.⁴⁹³

⁴⁹⁰ “A sanção é, nas palavras de Goffredo Telles Jr., uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica, a fim de fazer cumprir a norma violada, de fazer reparar o dano causado ou de infundir respeito à ordem jurídica. A sanção é a consequência jurídica que o não-cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado. A responsabilidade civil constitui uma sanção civil, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, e, em sua natureza, é compensatória, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato ilícito.” (DINIZ, Maria Helena *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2008, p. 20).

⁴⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. Cit.*, 2012, p. 234.

⁴⁹² “A família [...] era protegida como uma instituição detentora de um fim em si mesma. Até por isso, o casamento era indissolúvel. Em seu nome, não eram raras as hipóteses nas quais o direito das pessoas, individualmente consideradas, deveriam ceder: nenhum direito individual, regra geral, poderia prevalecer diante da necessária proteção à família, compreendida como instituição. Um exemplo claro desse fenômeno poderia ser observado no campo da responsabilidade civil. Entendia-se que entre os membros da família haveria uma espécie de imunidade, não sendo legítima a pretensão de se obter qualquer tipo de indenização.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de. **Responsabilidade civil nas relações**

Na França, Savatier defendia a possibilidade de indenização por danos morais em caso de adultério. Ripert também enumerou situações familiares que ensejavam danos morais, como o caso do marido “que se furtou ao cumprimento das obrigações conjugais.”⁴⁹⁴

Entre nós, Carlos Bittar também vislumbrava a possibilidade da incidência da responsabilidade civil nas relações familiares, afirmando que o membro de uma entidade familiar “pode sofrer lesões provocadas por qualquer de seus integrantes, como o cônjuge; filho e parentes outros, tanto naturais, como civis.” E prossegue o mencionado ao autor dizendo que

A deterioração de relações familiares, ditada por problemas vários, que a convivência inadequada pode trazer, é outra fonte de geração de danos de cunho moral e que, aliás, mais profundamente, marcam a vítima (assim, a desinteligência grave entre o casal pode levar a agressões, a injúrias graves e a situações vexatórias, suscetíveis de reparação nesse campo; a falta de respeito entre pai e filho é outro fenômeno produtor de tais danos; as desavenças entre irmãos ou outros parentes, a par de outras causas).⁴⁹⁵

É certo que a responsabilidade civil no direito de família, assim como aconteceu com o dano moral ⁴⁹⁶, enfrenta dificuldade de conceituação, em razão de sua natureza extrapatrimonial, o que prova grande discussão na doutrina. No entanto, a evolução doutrinária e jurisprudencial tem permitido a compreensão de que as funções familiares constituem verdadeiros direitos-deveres, e a sua inobservância pode acarretar sim dano de ordem existencial para os sujeitos envolvidos.

Na verdade, a Constituição de 1988 impôs uma nova tábua axiológica para o direito civil, pautada, sobretudo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, criando mesmo uma

familiares. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões (out/nov 2007). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 86)

⁴⁹³ “O pensamento jurídico tradicional do passado sempre entendeu que os princípios gerais da responsabilidade civil aquiliana são suficientes para socorrer as hipóteses de dolo ou culpa no âmbito da família. Mais que isso, apenas recentemente a doutrina preocupou-se com situações específicas que podem gerar dever e indenizar entre membros da família, cônjuges, conviventes, pais e filhos.” (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil.** v. 4. São Paulo: Atlas, 2012, p. 298).

⁴⁹⁴ SILVA, Wilson Melo da. *Op. cit.*, p. 344.

⁴⁹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 180-181.

⁴⁹⁶ “Na contemporaneidade, o instituto da responsabilidade civil mantém sua função matricial de promover a reparação de danos decorrentes das condutas antijurídicas. Mas seus horizontes foram alargados enormemente por força da virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade, que resultou na centralidade da pessoa humana em relação a todo o Direito. A responsabilidade civil manteve a função de repor o patrimônio material das pessoas, mas agregou a de recompor o patrimônio moral.” (SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Op. Cit.*, p. 149-150)

cláusula geral de proteção à pessoa.⁴⁹⁷ Neste sentido, tem-se firmado um processo de valorização das situações existenciais, com a preponderância destas sobre as situações patrimoniais. De acordo com Silvio Venosa:

É fato que a responsabilidade aquiliana, e especificamente o dever de indenizar no direito contemporâneo, deixou de representar apenas uma reposição patrimonial de prejuízo ou uma jurisprudência dirigida a esse sentido, deslocando-se para um campo cada vez mais axiológico ou de valores existenciais que se traduzem, no seu cerne, na possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral. Para esse quadro concorre definitivamente a Constituição de 1988, um marco e divisor de águas no direito privado brasileiro. É indubitável que a responsabilidade civil em sede de direito de família decorre de toda essa posição porque, em última análise, ao se protegerem abuso dos pais em relação aos filhos, ou vice-versa, de um cônjuge ou companheiro em relação ao outro, o que se protege, enfim, são os direitos da personalidade e a dignidade do ser humano.⁴⁹⁸

É possível dizer, pois, que “as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada um dos seus membros: a família, por ser comunidade intermédia, deve estar a serviço das pessoas que a integram.”⁴⁹⁹

Assim, a responsabilidade civil pode ser uma resposta para o descumprimento dos deveres jurídicos impostos pela nova ordem constitucional aos membros de uma família.

Ressalte-se que a responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva⁵⁰⁰, exigindo para sua configuração juízo de censura do agente capaz de entender a ilicitude de sua conduta. Também é preciso demonstrar o nexo de causalidade entre o agir com dolo ou culpa e o dano, que deve ser certo, presente ou futuro e próprio, podendo atingir o patrimônio material ou moral.

⁴⁹⁷ “Do ponto de vista civil-constitucional, o direito de família atual – como também ocorre nas demais disciplinas civilistas – deve ser concebido como um meio para a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, neste caso daquelas que formam o grupo familiar. De fato, sua finalidade básica não pode ser outra além de procurar dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais, cujo catálogo é a mais marcante característica das constituições democráticas promulgadas no Ocidente ao longo do século XX.” (MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade...** In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 186).

⁴⁹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, 2012, p. 298.

⁴⁹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de. *Op. cit.*, p. 87.

⁵⁰⁰ “Nos dizeres do ex- Ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior ‘a extensão que cada vez mais se concede à responsabilidade objetiva não se ajusta à situação familiar, onde o normal será exigência de fator de atribuição de natureza subjetiva’”. (WITZEL, Ana Claudia Paes. **Aspectos gerais da responsabilidade civil no direito de família**. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12958. Acesso em 10.01.2014.)

Nas relações familiares algumas situações podem ensejar danos morais ou materiais, dentre elas,

[...] as sevícias, as ofensas morais e físicas, as injúrias graves praticadas por um cônjuge contra o outro, a transmissão e contágio de doenças graves, às vezes letais, o abandono material e moral do companheiro, o abandono material e moral do pai pelo filho, a recusa no reconhecimento da paternidade, a negação de alimentos, a difamação, perecimento, extinção ou ocultação de bens a partilhar, são alguns exemplos dessa seara.⁵⁰¹

Assim, seria possível a aplicação da responsabilidade civil tanto nas relações conjugais como nas relações paterno-filiais. No entanto, na magistral lição de Maria Celina Bodin de Moraes, embora nos dois tipos de relações familiares subsista o princípio da solidariedade em correspondência à pessoa da vítima e o princípio da liberdade ou autonomia em correspondência à pessoa do ofensor, em razão das especificidades da relação parental e conjugal, entendeu-se acrescentar às primeiras o princípio da integridade psicofísica dos menores e às segundas o princípio da igualdade. E prossegue a autora dizendo que:

De fato, há duas relevantíssimas diferenças entre relações conjugais e as relações parentais. A primeira é que as relações conjugais se dão entre pessoas presumidamente iguais, emancipadas, aptas para exercerem autonomamente a sua liberdade; as relações parentais, diversamente, ocorrem entre pessoas em situação essencialmente desigual, uma das quais é vulnerável e dependente. A segunda diferença é que a relação conjugal é dissolúvel, mediante a separação e o divórcio, enquanto na relação parental o vínculo é tendencialmente indissolúvel.

Estas diferenças refletem-se na distinção de tratamento que se deu à responsabilidade civil nas relações familiares. Assim, na relação conjugal, os princípios da liberdade juntamente com o da igualdade se sobrepõem ao vínculo (esvaziado de conteúdo) de solidariedade familiar, garantindo a ausência de reparação – por não haver propriamente dano moral indenizável – nas hipóteses de infidelidade, abandono de lar, descumprimento de débito conjugal, e desassistências semelhantes, podendo-se contar apenas com a sanção específica da separação judicial ou do divórcio; já na relação parental, o princípio da integridade psicofísica das crianças e dos adolescentes poderá dar azo ao dano moral quando tiver havido abandono completo por parte do genitor biológico e ausência de figura parental substituta.⁵⁰²

⁵⁰¹ MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. In: NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Responsabilidade civil: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, cap. 17, p. 491.

⁵⁰² MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade...** In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 200-201.

Neste sentido, no que toca à incidência da responsabilidade civil sobre as relações conjugais, diverge a doutrina sobre as situações que permitiriam de fato direito à indenização.⁵⁰³

Neste sentido, há quem sustente a possibilidade de ocorrência de dano moral apenas em face do descumprimento dos deveres conjugais previstos no art. 1.566 do Código Civil.⁵⁰⁴
Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva:

A lei estabelece deveres aos cônjuges e obriga-os à prática de certos atos e à abstenção de outros. Uma vez violados esses deveres, com a ocorrência de danos, surge o direito do ofendido à reparação, em razão do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil – ação, dano e nexa causal -, assim como ocorre diante da prática de ato ilícito em outras relações jurídicas.⁵⁰⁵

Acompanha o mesmo entendimento Silvio Venosa que, entendendo o casamento como negócio jurídico, defende que seu desfazimento deve ter as consequências da rescisão contratual. Assim, afirma o mencionado autor, “provando-se infringência aos deveres do casamento, surge o dever de indenizar, mormente por danos morais.”⁵⁰⁶

Trata-se de posicionamento polêmico, pois alguns dos deveres arrolados no art. 1.566 são hoje seriamente questionados, como é o caso do dever de fidelidade. Como bem observa Paulo Lôbo:

O dever de fidelidade apenas pode ser judicialmente verificável com sacrifício da intimidade e da privacidade das pessoas, o que torna questionável a sua manutenção. Por outro lado, sua utilidade para garantia da legitimidade dos filhos, fundada na consanguinidade e na família exclusivamente matrimonializada, perdeu consistência, pois a Constituição brasileira, e o próprio Código Civil, optaram pela igualdade absoluta dos filhos de qualquer origem, biológica ou não biológica.⁵⁰⁷

⁵⁰³ Segundo Maria Aracy Menezes da Costa, citada por Rui Stoco: “No que toca à responsabilidade civil quando um dos cônjuges causa dano ao outro, destacam-se hoje duas nítidas correntes dentro do Direito de Família. A primeira linha de pensamento trata da reparação civil por dano moral decorrente do ilícito absoluto, ao passo que a segunda teoria acolhe a reparação civil por dano moral em virtude de violação dos deveres conjugais.” (STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 869).

⁵⁰⁴ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos. (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014).

⁵⁰⁵ *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de. *Op. cit.*, p. 106.

⁵⁰⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. Cit.*, 2012, p. 299.

⁵⁰⁷ LÔBO, Paulo. *Op. Cit.*, 2008, p. 120.

Na verdade, a instituição de deveres conjugais atendia a um arcabouço jurídico que já não mais existe, centrado na família patriarcal e matrimonializada. A partir do redimensionamento da família feito pela Carta de 1988, a maior parte desses deveres conjugais perdeu o sentido, “principalmente pela adoção irrestrita (e, verdadeiramente, revolucionária) do princípio da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher e entre os filhos.”⁵⁰⁸

O mero descumprimento desses deveres não ensejaria, portanto, a obrigação de reparação.⁵⁰⁹ Na verdade, verificada a falência conjugal o caminho adequado seria a dissolução mesmo do vínculo matrimonial.

Neste sentido, outra parte da doutrina defende, de maneira mais acertada, a possibilidade de dano moral somente “nas hipóteses que se enquadrem na teoria geral da responsabilidade civil, não havendo vinculação direta com o descumprimento dos deveres conjugais.”⁵¹⁰ Assim, seria necessário verificar apenas a existência de dano existencial a ser tutelado.⁵¹¹ Cabe registrar, no entanto, que o mero rompimento da vida conjugal não é suficiente para a configuração do dano moral indenizável⁵¹², é necessário mesmo a comprovação de ofensa à dignidade da pessoa humana, até mesmo porque

Se as hipóteses de lesão à dignidade humana forem interpretadas de maneira incorreta, todas as ações entre cônjuges, companheiros e parentes de uma maneira geral, que causem qualquer dissabor, vexame, constrangimento, dor e sensação negativa, constituirão hipótese de dano moral indenizável, o que não deve ser defendido.⁵¹³

⁵⁰⁸ LÔBO, Paulo. *Op. Cit.*, 2008, p. 124.

⁵⁰⁹ “A superação da visão institucional da família, já referida, e a crescente valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana ensejam uma proteção cada vez mais ampla da esfera individual, em detrimento de antigas ‘razões de família’. Visa-se agora a satisfação de exigências pessoais, capazes de proporcionar o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da família, vista como instrumental. Neste sentido, os deveres conjugais passam a se referir à esfera de consciência da pessoa, dependendo, fundamentalmente, de cumprimento espontâneo.” (MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, 2006, p. 189).

⁵¹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de. *Op. cit.*, p. 107.

⁵¹¹ “É necessário diferenciar o dano advindo da relação pai/filho das relações conjugais. No casamento ou união estável o amor é uma via de mão dupla, isto é, ambos são responsáveis pelas ilusões e decepções amorosas e a dor e o sofrimento decorrentes dessas relações são parte integrante do amor, afinal amor e dor são duas faces da mesma moeda. Um não existe sem o outro. Quem entra em uma relação amorosa, deve assumir os riscos da dor. As possíveis indenizações de um cônjuge ao outro, em casos como, por exemplo, transmissão de doenças, lesões corporais, não pertencem ao campo Direito de Família. Qualquer um que tenha sofrido tais danos pode buscar sua reparação na esfera do Direito Civil em geral, ou do Direito Penal.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. Cit.*, 2012, p. 242-243).

⁵¹² “O casamento apresenta por si só uma série de vicissitudes que não exigem que mais uma seja criada, ou seja, um dever de indenizar somente pela ruptura do vínculo. Nessa hipótese, estar-se-ia introduzindo a responsabilidade objetiva nas relações conjugais.” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. Cit.*, 2012, p. 299.)

⁵¹³ LAGE, Juliana de Souza Gomes. **Responsabilidade civil nas relações conjugais.** *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de. *Op. cit.*, p. 110.

No mesmo sentido, Rui Stoco afirma que

[...] somente cabe reparação civil quando há um dano efetivo, que não se confunde com a só violação dos deveres conjugais sem que eles sejam avaliados, sopesados e confrontados com o *id quod plerunque accidit* (o que normalmente acontece) e subsumidos ao arquétipo legal que estabelece a obrigação de indenizar constante do art. 186 do Estatuto Civil.

[...]

Só haverá responsabilidade civil diante da ocorrência de uma violação a um dever de família, provocada por ato injusto de qualquer dos cônjuges, de maus-tratos, violência física ou moral, ofensa à honra e ao nome e, enfim, aos valores da personalidade.⁵¹⁴

Já no que tange às relações paterno-filiais – objeto deste trabalho –, destaca-se a aplicação da responsabilidade civil como possibilidade de sanção para o descumprimento da obrigação parental de cuidado, assistência e convivência com relação aos filhos.

Mais uma vez citando Rodrigo da Cunha Pereira,

Nas relações parentais, o princípio da responsabilidade está presente entre pais e filhos. Os pais são responsáveis pela criação, educação e sustento material e afetivo de seus filhos. Neste caso, além de princípio, a responsabilidade é também regra jurídica que se traduz em vários artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90 – arts. 4º, 22 e 33) e Código Civil (arts. 1.566, IV, e 1.634, I e II). Ao descumprimento da obrigação jurídica de sustento material e imaterial deve corresponder uma sanção, sob pena da regra jurídica tornar-se mera regra moral. Em outras palavras, aquele que não cumpre sua obrigação de criação e educação pode e deve ser responsabilizado por meio das correspondentes sanções jurídicas.⁵¹⁵

No entanto, doutrina e jurisprudência pátrias não apresentam consenso sobre essa temática, ou seja, sobre o cabimento de indenizações pelo descumprimento dos deveres parentais, neste caso especificamente do dever de cuidado, assistência moral e convivência.

Os tribunais brasileiros, na última década, têm se debruçado sobre tal questão, sem ter encontrado, ainda, um eixo comum. Os julgados, em primeira e segunda instância, ora reconhecem ora afastam a responsabilidade civil como consequência jurídica do descumprimento do dever de convivência parental.⁵¹⁶ Em decisão recente, a Terceira Turma

⁵¹⁴ STOCO, Rui. *Op. Cit.*, p. 870.

⁵¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. Cit.*, 2012, p. 237-238.

⁵¹⁶ BRASIL, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7. Câmara cível. Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01.04.2004. Relator Unias Silva. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 29.01.2013; BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2. Vara cível da Comarca de Capão da Canoa/RS. Processo Cível n. 141/1030012032-0, de 15.09.2003. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em 29.01.2013; BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, 31. Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP. Ação Indenizatória n.

do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de responsabilização por dano moral em caso de descumprimento do dever de convivência⁵¹⁷, criando, assim, um importante precedente para essa temática tão controvertida no direito brasileiro. Vale dizer que se trata de decisão inovadora, que alterou, inclusive, o entendimento até então predominante da própria Corte⁵¹⁸.

Com esta decisão, o Superior Tribunal de Justiça reconhece nessa situação específica de inadimplemento os elementos suficientes a caracterizar a responsabilidade civil, mesmo pela doutrina mais tradicional, quais sejam, um agente (responsável pela violação), um ilícito (o descumprimento de um dever jurídico), um prejuízo e o nexo causal e, por consequência, o dever de indenizar.

Assim, entendeu-se pela existência de um dever jurídico imposto aos pais de cuidado e convivência com relação aos seus filhos.⁵¹⁹ Como todo dever jurídico, o seu descumprimento gera repercussões no mundo do direito, sob pena de esvaziamento de seu conteúdo normativo. Vale transcrever aqui trecho do voto da Ministra Nancy Andrigy, relatora do Resp n. 1.159.242 – SP, que, como já dito, alterou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre responsabilidade civil nas relações parentais:

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.⁵²⁰ (grifos da autora)

01.036747-0, de 05.06.2004. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 151-160, ago-set. 2004.

⁵¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 1.159.242 - SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigy, por maioria, DJU de 10.15.2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 29.01.2013.

⁵¹⁸ 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 n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido. (REsp 514.350/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009)

⁵¹⁹ Dever imposto pelo Artigo 229 da Carta Magna, bem como pelos Artigos 3º, 4º 5º, 7º, 19 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁵²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 1.159.242 - SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigy, por maioria, DJU de 10.15.2012. Disponível em

Os filhos têm, pois, o direito a convivência com seus pais. Observe-se que a Constituição Federal não se refere apenas à assistência material, não basta meramente prover o sustento e educação, mas é preciso garantir a convivência dos filhos com os pais, entendendo-se essa convivência como fundamental para a formação da personalidade do indivíduo. Assim, o direito não pode deixar de dar resposta ao dano provocado pelo abandono doloso do dever de cuidado, assistência e convivência até porque se configura aí o caso de ofensa à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é valor espiritual e moral inerente à pessoa, é fator de diferenciação e caracteriza o ser como ente de direito, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.⁵²¹ É assim que se entende o direito garantido pela Constituição à dignidade humana, o que acumula maior importância e amplitude ao dano moral.⁵²² A dignidade humana repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano. Dessa forma a Constituição da República concebeu o homem como “centro de referência da ordem jurídica, que se humaniza e legitima imantada pelo valor que se irradia a partir do princípio da dignidade da pessoa humana”⁵²³.

Constata-se, assim, a existência de um dever jurídico imposto aos pais de cuidado, assistência e convivência com seus filhos, cuja violação pode implicar na aplicação da responsabilidade civil, conforme se discutirá efetivamente no derradeiro capítulo deste trabalho.

Desse modo, como observou a mais atenta doutrina, a discussão sobre abandono afetivo não deve considerar, como ponto principal, se o pai é ou não obrigado a amar o filho, ou se o afeto pode ser imposto ou não, havendo uma mudança de foco quanto ao essencial para a questão. Ao contrário, **em uma análise técnico-jurídica, o ponto fulcral é que no abandono afetivo há a presença da lesão de um direito**

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 29.01.2013.

⁵²¹ “Não é apenas que a vida digna e o respeito devido à humanidade de cada ser humano se combinem num valor supremo que não pode ser superado ou compensado por nenhum volume ou quantidade de outros valores, mas que *todos os outros valores só são valores na medida em que sirvam à dignidade humana e promovam a sua causa*. Todas as coisas valorosas na vida humana nada mais são do que diferentes fichas para a aquisição do único valor que torna a vida digna de ser vivida. Aquele que busca a sobrevivência assassinando a humanidade de outros seres humanos sobrevive à morte de sua própria humanidade.” (BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos; tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 102-103).

⁵²² MACIEL, Andrea Athayde. **Dano moral por abandono afetivo parental**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/17473>. Acesso em 21/10/2008.

⁵²³ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 60.

alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei, qual seja, o dever de convivência.⁵²⁴ (grifos da autora)

Percebe-se, pois, que a aplicação da responsabilidade civil no direito de família é uma resposta importante para o descumprimento dos deveres juridicamente tutelados, configurando, muitas vezes, a única sanção possível para violação das normas que permeiam algumas relações familiares.

⁵²⁴ TARTUCE, Flávio. **O princípio da solidariedade e algumas de suas aplicações ao Direito de família – abandono afetivo e alimentos.** In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões. V. 30, out-nov 2012, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 13.

5. O DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA PARENTAL COMO UM ILÍCITO CIVIL PASSÍVEL DE REPARAÇÃO

5.1 Violação do dever de convivência parental: um ilícito civil

As relações familiares, como visto nos capítulos anteriores, têm sido alvo de profundas transformações nas últimas décadas. Para o Direito brasileiro, sobretudo a partir do processo de constitucionalização do direito civil vivenciado com a promulgação da Carta de 1988, essas mudanças implicaram na perda do caráter institucional da família, que passou a ser compreendida como *locus* privilegiado para o desenvolvimento de seus membros, efetivando assim o princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, para que de fato a família possa se tornar este espaço, a Constituição estabeleceu para os seus integrantes o exercício de determinados deveres jurídicos. Desse modo, tanto nas relações conjugais, como, sobretudo, nas relações parentais, a inobservância desses deveres constituem verdadeiros ilícitos civis, cuja reprovação pode ocorrer pela via da responsabilidade civil.

Em razão disso, será discutido brevemente o conceito de ilícito civil, de maneira a que se possa compreender depois a violação do dever jurídico de convivência parental como um ilícito civil passível de reparação.

5.1.1 O ilícito civil

Para entender o conceito de ilícito civil, inicialmente se faz necessário descrever o fato jurídico propriamente dito.

Os fatos jurídicos em sentido amplo são todas aquelas situações que implicam em alguma consequência jurídica, pois nem todos os acontecimentos da vida são relevantes para o Direito.⁵²⁵ Para Caio Mário da Silva Pereira, *apud* Diniz, o fato jurídico se constitui por dois fatores: “um *fato*, isto é, qualquer eventualidade que atue sobre o direito subjetivo, e uma *declaração da norma jurídica*, que confere efeitos jurídicos àquele fato. De modo que a conjugação da eventualidade e do direito objetivo é que dá origem ao fato jurídico.”⁵²⁶

Os fatos jurídicos, por sua vez, podem ser naturais ou humanos, sendo que “os primeiros decorrem de simples manifestação da natureza e os segundos da atividade humana.”⁵²⁷

Pois bem, interessa a este trabalho justamente os fatos jurídicos humanos ou atos jurídicos em sentido amplo, entendidos como “ações humanas que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos.”⁵²⁸ Estes fatos dividem-se em lícitos ou ilícitos. Neste caso, se se tratam de fatos voluntários, ou seja, se os efeitos jurídicos que produz são desejados pelo agente, então tem-se aí o ato jurídico em sentido amplo, subdividindo-se este em ato jurídico em sentido estrito⁵²⁹ e em negócio jurídico⁵³⁰. No entanto, tratando-se de fatos involuntários, isto é, “se acarretar consequências jurídicas alheias à vontade do agente”, configuram-se os chamados atos ilícitos, que produzem efeitos previstos em determinada norma jurídica, normalmente uma sanção, justamente porque violam tal mandamento normativo.⁵³¹ É este ato ilícito que interessa à responsabilidade civil e do qual, portanto, se ocupa este estudo.

⁵²⁵ “Dizia o grande Ihering que o Direito nasce dos fatos – *facto jus oritur*. Não é, todavia, qualquer fato social que faz nascer o Direito; somente o fato que tem repercussão jurídica. E esse fato é aquele que se ajusta à hipótese prevista na lei (fato abstrato). Quando, no mundo real, ocorre um fato que se ajusta à hipótese prevista na norma (fato jurídico), norma incide sobre esse fato, atribuindo-lhe efeitos jurídicos. Eis aí o *fato jurídico*, que, como sabido, é o acontecimento capaz de produzir consequências jurídicas, como o nascimento, a extinção e a alteração de um direito subjetivo.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 6).

⁵²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, vol. 1, 2009, p. 387.

⁵²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. I: parte geral. 6ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 277.

⁵²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2008, p. 277.

⁵²⁹ “No *ato jurídico em sentido estrito*, o efeito da manifestação da vontade está predeterminado na lei, como ocorre com a notificação, que constitui em mora o devedor, o reconhecimento de filho, a tradição, a percepção dos frutos, a ocupação, o uso de uma coisa etc., não havendo, por isso, qualquer dose de escolha da categoria jurídica. A ação humana se baseia não numa vontade qualificada, mas em simples intenção, como quando alguém fisga um peixe, dele se tornando proprietário graças ao instituto da ocupação.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2008, p. 278).

⁵³⁰ Francisco Amaral, citado por Gonçalves, leciona que: “Por negócio jurídico deve-se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção e relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes. [...] De qualquer modo, o negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada, e o contrato é o seu símbolo.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2008, p. 281).

⁵³¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, vol. 1, 2009, p. 388-389.

Na verdade, é possível dizer que o ilícito é mesmo categoria fundamental na ciência do Direito.⁵³² Até mesmo porque não se pode imaginar um ordenamento jurídico sem espécies ilícitas.⁵³³ Como bem preleciona Braga Netto:

O ilícito espalha-se por todo o direito, seja este tido em sua dimensão de objeto, sobre o qual os estudiosos, em meta-linguagem, emitem proposições, seja o direito estudado em sua dimensão ciência, como cogitação sobre o fenômeno que se apresenta através de princípios e normas. Sua relevância é tamanha que as grandes teorias que tentam explicar o direito, a exemplo da de Kelsen, engendram todo um sistema a partir do ilícito, conceituando-o como o pressuposto para a aplicação da sanção.

O ilícito, portanto, é categoria jurídica que avulta em importância, tanto teórica quanto prática, sendo elemento necessário para a construção de qualquer sistema jurídico, não se conhecendo um ramo do direito que possa prescindir das espécies ilícitas, nem um ordenamento jurídico que juridicize apenas atos lícitos.⁵³⁴

Por outro lado, não será possível aqui discutir as controvérsias que envolvem o ato ilícito na Teoria Geral do Direito, tendo em vista a limitação deste estudo.⁵³⁵ Por isso, ter-se-á como foco de observação o ilícito civil, no que atine especificamente à responsabilidade civil.

Assim, de acordo com Roberto de Ruggiero,

Qualquer comportamento de uma pessoa, que injustamente prejudique a esfera jurídica alheia, é um ato ilícito e a esfera jurídica alheia prejudica-se, quer por quem estando ligado a outrem por uma obrigação não a cumpra, quer por quem, fora de qualquer vínculo obrigatório, ofenda o direito de uma pessoa, violando o preceito geral, que proíbe perturbar as relações jurídicas alheias.⁵³⁶

O ato ilícito é, pois, aquele que contraria o Direito, é a concretização da violação da norma jurídica.

Vale dizer que a teoria do ato ilícito é uma conquista do Direito moderno, mais precisamente dos juristas alemães, que estabeleceram, inclusive, as bases da responsabilidade

⁵³² “Estabelecer, juridicamente, padrões de conduta importa em prever, naturalmente, modelos de comportamento que distem desses padrões. O ilícito, nesse sentido, é uma reação, juridicamente organizada, do sistema jurídico contra a conduta que viola seus valores, princípios e regras.” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Ilícito civil, esse desconhecido...** Disponível em <http://www.domtotal.com/direito/uploads/2.pdf>. Acesso em 27.01.2015, p. 46).

⁵³³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op. cit.*, p. 14.

⁵³⁴ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op. cit.*, p. 14-15

⁵³⁵ Algumas dessas questões foram levantadas por Felipe Peixoto Braga Netto: “O ilícito integraria, como querem algumas teorias, a própria estrutura formal da norma jurídica, sendo elemento integrante do próprio conceito de norma? O ilícito é antijurídico, entendendo-se por tal o ato que não entra no mundo do direito, que permanece como que à parte do fenômeno jurídico?” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op. cit.*)

⁵³⁶ RUGGIERO, Roberto de. *Op. cit.*, p. 588-589

civil tal como vista hoje.⁵³⁷ De acordo com Sergio Cavalieri Filho, “o Código Civil Alemão – BGB 1897 – foi o primeiro a abandonar a tradicional classificação romanista de delito e quase-delito e, no lugar dessa dicotomia, erigiu um conceito único – o conceito de ato ilícito.”⁵³⁸

Na verdade, o conceito romano de delito e quase-delito foi utilizado por muito tempo para diferenciar os atos ilícitos dolosos dos culposos. Assim, na lição de Roberto de Ruggiero, o delito era entendido como “o fato danoso imputável, voluntário e praticado com o deliberado propósito de prejudicar ou de violar o direito alheio (dolo)”. E prossegue o mencionado autor afirmando que o quase-delito era “todo ato igualmente voluntário e imputável, mas que, sendo praticado sem má intenção, consiste numa negligencia, isto é, em não se terem previsto as consequências danosas do comportamento próprio (culpa em sentido técnico).” Nos quase-delitos incluía-se também a responsabilidade por fato alheio, o que alargava o âmbito desses quase-delitos, englobando-se nele “sejam os fatos lesivos próprios (desde que culposos), sejam os fatos lesivos de terceiros, de animais, ou de causas inanimadas.”⁵³⁹

De toda forma, superada essa dicotomia entre delito e quase-delito, substituída pela teoria do ato ilícito, resta discutir o conceito desse último.

A doutrina tem se debruçado sobre tal questão, especialmente com a indagação de se o elemento “culpa” integraria o conceito de ato ilícito.⁵⁴⁰

Pois bem. O Código Civil de 1916 atrelava ao conceito de ato ilícito a ideia de culpa. Assim, rezava o art. 159 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”⁵⁴¹

Tanto assim, que Antunes Varela, citado por Cavalieri Filho, afirmava que:

O elemento básico da responsabilidade é o fato do agente – um fato *dominável* ou *controlável* pela vontade, um *comportamento* ou uma *forma de conduta* humana – pois só quanto a fatos dessa índole têm cabimento a ideia da *ilicitude*, o requisito da *culpa* e a *obrigação de reparar o dano* nos termos em que a lei impõe.”⁵⁴²

⁵³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 7.

⁵³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 7.

⁵³⁹ RUGGIERO, Roberto de. *Op. cit.*, p. 592.

⁵⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 7.

⁵⁴¹ BRASIL. Código Civil (1916). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 01.12.2014.

⁵⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 8.

No entanto, a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva – que prescinde totalmente do elemento culpa e é baseada na teoria do risco –, como já visto alhures, contribuiu para a dissociação da culpa do conceito de ato ilícito.⁵⁴³

Por outro lado, além do elemento culpa, o Código de 1916 também incluiu o elemento dano no conceito de ato ilícito, o que provocou também muitas críticas da doutrina, pois é possível a ocorrência de ato ilícito sem que dele advenha, necessariamente, um prejuízo para outrem. Rui Stoco, engrossando o coro dos críticos quanto à letra do já revogado art. 159, assim se manifesta:

Esse dispositivo encerrava um equívoco, pois a só violação do direito não pode ensejar reparação se não houver efetivamente um dano.

A disjuntiva ou estava mal posta no texto, dando ensanchar a que dele se extraíssem duas consequências absolutamente equívocas. Primeiro, que bastaria um comportamento voluntário, por negligência ou imprudência, violador de direito, para que o agente ficasse obrigado a reparar o dano. Segundo, que bastaria a causação de prejuízo, ainda que não tivesse havido a violação de direito, para que nascesse o dever de reparar.

Com essa exegese, nenhuma das proposições estava correta.⁵⁴⁴

Sergio Cavalieri Filho propõe uma solução para a questão através do que ele chama de “duplo aspecto da ilicitude.” Assim, afirma o autor, “no seu *aspecto objetivo*, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria.”⁵⁴⁵ Em outras palavras, é a consideração do ilícito como transgressão de um dever jurídico. Já no seu *aspecto subjetivo*, prossegue Cavalieri, “a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer um juízo de valor a seu respeito – o que só é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre.”⁵⁴⁶

O novo Código Civil de 2002 reproduziu o quanto estatuído pelo art. 159, mas alterando a sua redação. Desse modo, o art. 186 do atual Código assim estabelece: “Aquele

⁵⁴³ “[...] o conceito estrito de ato ilícito, tendo a culpa como um dos seus elementos, tornou-se insatisfatório até mesmo na responsabilidade subjetiva. Em sede de responsabilidade civil objetiva, cujo campo de incidência é hoje vastíssimo, só tem guarida o ato ilícito *lato sensu*, assim entendido como a mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 11).

⁵⁴⁴ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 120.

⁵⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 9.

⁵⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 9.

que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”⁵⁴⁷

Novamente um problema na conceituação do ato ilícito pela lei civil. Como se pode observar, o art. 186 afirma que comete ato ilícito aquele que com sua conduta causa dano a outra pessoa. Ora, a ilicitude do ato não está em sua consequência, mas na mera transgressão da norma.⁵⁴⁸ É possível se pensar no cometimento de um ato ilícito que não gere necessariamente dano a outrem e nem por isso perderá sua ilicitude. A ocorrência de dano é importante para se determinar a obrigação de indenizar, mas não para se definir o ilícito. Aliás, Pontes de Miranda já defendia que “há mais atos ilícitos ou contrários ao direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar”⁵⁴⁹, consagrando a ideia de dissociação entre ato ilícito e dano.

Nesse mesmo sentido, vale trazer mais uma vez a irresignação de Rui Stoco:

Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está não só transgressão da norma.

Contudo, o dispositivo diz que só comete ato ilícito quem *viola direito e causa dano*.

O equívoco é manifesto, pois, [...] pode-se praticar um ato ilícito sem repercussão indenizatória, caso não se verifique, como consequência, a ocorrência de um dano.⁵⁵⁰

No entanto, há quem considere o dano sim elemento indispensável do ato ilícito, sem o qual este não existiria. Nesta perspectiva, Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

Na lição de SAN TIAGO DANTAS, ORLANDO GOMES, ANTONIO FERREIRA COELHO e outros, “o dano é elemento indispensável do ato ilícito, podendo alguém violar dever jurídico, e, assim, o direito de outrem, e não causar dano. Não haveria aí ato ilícito, pois o principal efeito do ato ilícito é justamente a reparação do dano, nesta hipótese inexistente.”⁵⁵¹

⁵⁴⁷ BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.

⁵⁴⁸ “A responsabilidade civil - cabe sempre repetir - é efeito de certos ilícitos civis, não de todos. Existem, portanto, ilícitos civis que não produzem, como eficácia, o dever de indenizar.” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op. cit.*, p. 37).

⁵⁴⁹ MIRANDA. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. II, p. 201.

⁵⁵⁰ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 120.

⁵⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2008, p. 453.

Maria Helena Diniz leciona no mesmo sentido, identificando como um dos elementos indispensáveis à configuração do ato ilícito o dano.⁵⁵² E Roberto de Ruggiero chega mesmo a dizer que “não há delito civil se não houver dano.”⁵⁵³

Em que pese a balizada doutrina, entende-se neste trabalho pela dissociação do elemento dano do conceito de ato ilícito, pois, conforme Cavaliere Filho, a ilicitude não está atrelada “à consequência indenizatória, podendo aquela (ilicitude) receber outras consequências jurídicas, como a nulidade do ato, a perda de um direito material ou processual, e assim por diante.” E segue afirmando o autor que “pode haver ilicitude sem dano (conduta culposa e até dolosa que não chega a causar prejuízo a outrem) e dano sem ilicitude.”⁵⁵⁴

Corroborando tal entendimento, Braga Netto afirma que:

Ainda que a maioria dos ilícitos civis importe em dever de indenizar, isso, decerto, não pode servir como escusa para que se lance as demais espécies para debaixo do tapete. Se a eficácia indenizante não exaure o espectro das eficácias possíveis dos ilícitos civis, está evidenciada a inconveniência do critério clássico.⁵⁵⁵

A partir disso, ou seja, das possíveis eficácias dos ilícitos civis, o próprio Braga Netto apresenta uma divisão destes últimos. Assim, afirma o autor, os atos ilícitos no direito civil podem ser classificados em:

a) *Ilícito indenizante*: é todo ilícito cujo efeito é o dever de indenizar. Não importa o ato que está como pressuposto normativo. Se o efeito é reparar, *in natura* ou *in pecunia*, o ato ilícito praticado, estaremos diante de um ilícito indenizante.

b) *Ilícito caducificante*: é todo ilícito cujo efeito é a perda de um direito. Também aqui não importa os dados de fatos aos quais o legislador imputou tal eficácia. Importa, para os termos presentes, que se tenha a perda de um direito como efeito de um ato ilícito. Sendo assim, teremos um ilícito caducificante.

c) *Ilícito invalidante*: é todo ilícito cujo efeito é a invalidade. Se o ordenamento dispôs que a reação pelo ato ilícito se daria através da negação dos efeitos que o ato normalmente produziria, em virtude da invalidade, o ato é invalidante, que engloba tanto a nulidade quanto a anulabilidade.

d) *Ilícito autorizante*: é todo ilícito cujo efeito é uma autorização. Assim, em razão do ato ilícito o sistema autoriza que a parte prejudicada pratique determinado ato, geralmente em detrimento do ofensor.⁵⁵⁶

⁵⁵² DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, vol. 1, 2009, p. 573.

⁵⁵³ RUGGIERO, Roberto de. *Op. cit.*, p. 596.

⁵⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 18.

⁵⁵⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op. cit.*, p. 38.

⁵⁵⁶ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op. cit.*, p. 40.

De toda sorte, apesar da aparente atecnia na redação do supracitado art. 186 e das variações na doutrina a respeito do conteúdo e do conceito de ato ilícito, em um ponto não há divergência, qual seja, a compreensão do ilícito como violação da norma jurídica, como ato *contra legem*. Aliás, Luiz da Cunha Gonçalves já trazia essa lição em meados do século passado:

A ilicitude só pode resultar de o facto ser expressa ou tacitamente proibido na lei. No caso de proibição expressa, o facto ilícito será *contra jure*. A proibição é tácita sempre que a lei atribui a qualquer pessoa um direito e de nenhum modo autoriza a sua ofensa, ou só a permite excepcionalmente, a favor do interesse público, em regra mediante indemnização. No caso de proibição tácita, portanto, o facto ilícito será *sine jure*.⁵⁵⁷ (sic)

Dessa forma, é possível ler o art. 186 supracitado como uma cláusula geral de ilicitude. Isso significa, na explicação de César Fiúza, que “o ato ilícito, seja ele contratual ou extracontratual, como regra, só gerará responsabilidade para quem o pratica, se for culpável e lesivo. Há, entretanto, várias exceções, que serão previstas caso a caso pela Lei.”⁵⁵⁸

Neste mesmo sentido, Rui Stoco leciona que se a conduta do agente se submete à cláusula geral de ilicitude prevista no art. 186, ter-se-ia apenas a ocorrência de um ato ilícito. Mas para que ocorra o dever de indenizar, ou seja, para que se configure responsabilidade civil, é preciso acrescentar à ilicitude do ato um dano.⁵⁵⁹

Vale dizer, ainda, que em algumas situações o ato ilícito não irá se configurar. De acordo com César Fiúza, são as situações em que se exclui a ilicitude por razões de equidade. Assim, prossegue o autor, “não constituem atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa, em estado de necessidade, no exercício regular de direito e no estrito cumprimento de dever legal. Tampouco, constituem atos ilícitos aqueles ocorridos em virtude de caso fortuito ou força maior.”⁵⁶⁰

É possível ver ainda na doutrina a classificação dos atos ilícitos em absolutos e relativos.⁵⁶¹ O ilícito absoluto é aquele que decorre da responsabilidade extracontratual ou

⁵⁵⁷ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. Vol. II – direito das obrigações. São Paulo: Max Limonad, 1951, p. 571.

⁵⁵⁸ FIUZA, César. **Por uma nova teoria do ilícito civil**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1404. Acesso em 25.01.2015.

⁵⁵⁹ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 121.

⁵⁶⁰ FIUZA, César. **Por uma nova teoria do ilícito civil**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1404. Acesso em 25.01.2015.

⁵⁶¹ Pontes de Miranda já fazia essa distinção, mas relacionando os ilícitos absolutos e relativos com a conduta humana. Assim, afirmava que: “Sempre que não se exige ato humano para que a alguém caiba responsabilidade,

aquiliana. Já o ilícito relativo está relacionado com a responsabilidade contratual, oriunda, pois, de relações contratuais.⁵⁶²

O ilícito absoluto é o ponto de interesse deste trabalho, vez que a violação do dever de convivência parental se enquadra na hipótese de responsabilidade *aquiliana*, conforme será discutido abaixo.

5.1.2 A violação do dever de convivência

As relações parentais são hoje regidas pelos princípios constitucionais conformadores do Direito de Família, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, da liberdade ou da intervenção mínima do Estado no Direito de Família, da afetividade, da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente, que foram objeto de análise no item 3.2 deste trabalho.

Pois bem, esses princípios impõem aos membros de uma família uma série de direitos-deveres, que devem ser exercidos de modo a garantir a plena efetividade da dignidade de todos aqueles que participam das relações familiares. Deveres que, se inobservados, constituem-se em verdadeiros ilícitos civis passíveis, portanto, de sanção. É o que leciona Felipe Peixoto Braga Netto:

Amplia-se, assim, o espectro dos ilícitos civis, com a possibilidade que eles defluam da violação a princípios, sem a tipologia fechada que caracteriza o direito penal. Sustenta-se que os ilícitos civis são abertos, no sentido de que princípios, e não apenas regras, podem servir de base material para sua configuração.⁵⁶³

No caso específico das relações parentais, tanto a Constituição de 1988 como a legislação civil em vigor estabelecem um rol de deveres jurídicos a serem observados pelos pais com relação aos filhos. Isso porque, das relações familiares, a relação parental é a que se

há fato *stricto sensu* ilícito absoluto ou fato *stricto sensu* relativo. A absolutidade e a relatividade dependem do dever que foi infringido.” (MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado** – parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. XXVI, p. 19).

⁵⁶² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil** – doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.

⁵⁶³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op. cit.*, p. 46.

dá “entre pessoas em situação essencialmente desigual, uma das quais é vulnerável e dependente.”⁵⁶⁴

Neste sentido, a Constituição Federal estabelece no art. 227 que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁵⁶⁵ (grifos da autora)

Dessa maneira, a Constituição impõe a família o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, condições plenas para o seu desenvolvimento, através da garantia de alguns direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à convivência familiar.

E esta convivência implica em presença, em cuidado, em assistência material e moral. Significa, pois, ser pai e/ou mãe, no profundo sentido dessas palavras.

O art. 229 da Carta Magna deixa ainda mais claro o tom das relações parentais na contemporaneidade, afirmando que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”⁵⁶⁶

Trata-se, pois, de dever recíproco entre pais e filhos, que tem como fundamento o princípio da solidariedade familiar. No contexto deste estudo, tratar-se-á apenas do dever dos pais com relação aos filhos, tendo como foco o dever de cuidado e convivência parental.

Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece no art. 22 que: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, 2006, p. 201.

⁵⁶⁵ BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01.12.2014.

⁵⁶⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01.12.2014.

⁵⁶⁷ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) – Lei. Nº 8.009/1990. Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01.12.2014.

O que se percebe é que tanto a Constituição como o ECA abordam a perspectiva dos deveres parentais, sendo estes, conforme Jones Figueiredo Alves, “deveres inerentes que o vínculo biológico e/ou a afetividade sobressaem impor e, sobretudo, deveres por cuidados de assistência moral impostos pela própria natureza da assistência devida e inafastável.” Assim, segue o autor afirmando que tais deveres “colocam atualmente a relação entre pais e filhos como uma relação juridicamente pautada por obrigações inquebrantáveis.”⁵⁶⁸

Analisando a obrigação legal imposta aos pais pelo art. 229 da Constituição, qual seja, de assistir, criar e educar os filhos menores, ou, melhor dizendo, o dever de sustento, guarda e educação, a professora Giselda Hironaka ensina que “o *dever de sustento* tem cariz notadamente patrimonial e se cumpre com a colocação de meios condizentes com a necessidade dos filhos à disposição destes, por parte dos pais.” E vale lembrar, como bem o faz a mencionada autora, que o descumprimento do dever de sustento pode até mesmo configurar a hipótese de prisão civil, conforme exceção permitida pela Constituição Federal e corroborada pelo Pacto de San Jose da Costa Rica.⁵⁶⁹

E prossegue Hironaka, agora destacando o *dever de guarda*. Este diz respeito à manutenção dos filhos em companhia dos pais, ou de pelo menos um deles, salvo exceções.⁵⁷⁰ Assim, “o dever de guarda, não obstante, é uma decorrência natural do poder familiar, daí porque incumba aos pais, primordialmente, este direito-dever”, que, em caso de inexistência de conjugalidade entre os pais, caberá ao genitor não-guardião o direito de visitas.⁵⁷¹

Por fim, a autora ressalta que incumbe aos pais o *dever de educação* como forma de se “garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Os pais devem, assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana.” E conclui Hironaka dizendo que:

O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao *dever de educação*, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a

⁵⁶⁸ ALVES, Jones Figueiredo. **Abandono afetivo** – decisão comentada. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - vol. 35 (ago/set 3013). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2013, p. 98

⁵⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 135.

⁵⁷⁰ Como nos casos em que “algum fato indicar que, no melhor interesse das crianças, devam ser elas afastadas da convivência diuturna com seus genitores, entregando-as à custódia de um terceiro que seja afetivamente próximo das crianças, guardando para com elas uma relação prévia de afinidade.” (HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 135).

⁵⁷¹ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 135.

fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade.⁵⁷²

Desse modo, não basta apenas o provimento da assistência material, é necessário também que os pais prestem a devida assistência moral aos seus filhos, que implica, pois, em cuidado, convivência, educação, afeto. É neste sentido que Yussef Said Cahali leciona que:

[...] incumbe aos genitores, a cada e a ambos, conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à manutenção e sobrevivência dos mesmos. O pai deve propiciar ao filho não apenas os alimentos para o corpo, mas tudo o que for necessário [...]. Todos os esforços dos pais devem ser orientados no sentido de fazer o filho por eles gerado um ser em condições de viver por si mesmo, de desenvolver-se e sobreviver sem o auxílio de terceiros [...].⁵⁷³

Claudete Canezin corrobora tal entendimento, ao afirmar que “a responsabilidade dos pais não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de propiciar o desenvolvimento humano mais completo possível aos filhos [...]”.⁵⁷⁴

Na verdade, da escolha livre e voluntária de ter filhos, em claro exercício do princípio da liberdade e da autonomia, advém para os genitores certas obrigações que se constituem em deveres jurídicos, cuja observância, é, portanto, uma exigência do ordenamento. Conforme bem observa Eliene Ferreira Bastos, “a opção de gerar ou criar um filho é definitivamente dos adultos no momento do relacionamento amoroso.” No entanto, prossegue a citada autora, “a partir da gestação de um ser humano aqueles que de alguma forma se envolveram afetivamente e/ou biologicamente estabelecem uma relação paterno-filial e por ela devem se responsabilizar.”⁵⁷⁵

Desse modo, o que a doutrina passou a chamar de abandono afetivo “nada mais é do que o inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade [...]” Por isso, afirma Paulo Lôbo,

⁵⁷² HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 136.

⁵⁷³ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 347.

⁵⁷⁴ CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da culpa no direito de família**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). **Direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006, p. 750.

⁵⁷⁵ BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antonio Ferreira (coords.). **Família e jurisdição** - vol. II. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2008, p. 61.

“seria possível considerar a possibilidade de responsabilidade civil, para quem descumpre o *mínus* inerente ao poder familiar.”⁵⁷⁶

Considerando a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, o direito à convivência familiar ganha ainda mais relevância, pois a família é o *locus* privilegiado para a formação da pessoa humana. Na lição de Maria Helena Diniz, o que importa para o filho

[...] é a comunhão material e espiritual; o respeito aos seus direitos da personalidade e à sua dignidade como ser humano; o afeto; a solidariedade e, sobretudo, a convivência familiar, para que possa atingir o seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, sua segurança emocional e sua realização pessoal.⁵⁷⁷

Por outro lado, o exercício do poder familiar pelos pais é muito mais do que um direito dos genitores, representando, como já discutido, um direito-dever, pois que impõe aos pais obrigações inescusáveis. O desembargador Jones Figueiredo Alves chega mesmo a dizer que é preciso compreender o poder familiar “como um instituto jurídico em função dos interesses dos filhos menores, direito-função por tal diretriz não mais considerado um direito absoluto e discricionário do pai e da mãe, segundo os estamentos do antigo pátrio-poder.” E segue afirmando que o poder familiar deve ser desempenhado “em favor dos filhos e não dos pais.”⁵⁷⁸

O art. 1.634 do Código Civil, que trata do exercício do poder familiar, inclui como um dos atributos deste poder, o direito-dever dos pais de dirigir a criação e a educação dos filhos menores.⁵⁷⁹ E isto significa se fazer presente, participar da vida do filho.

No exercício do poder familiar têm os pais, portanto, o dever de convivência com seus filhos, que implica em cuidado, desvelo, assistência moral, ainda que, por razões fáticas, não detenham a guarda ou posse desses filhos. O genitor não guardião não pode se escusar de suas obrigações, o que foi ressaltado inclusive pela edição da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que alterou alguns pontos do instituto da guarda no Código Civil, privilegiando a guarda compartilhada, mas, sobretudo, ampliando a responsabilidade dos genitores. É que não se pode mais permitir que o genitor não guardião seja alijado do processo

⁵⁷⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil – famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 285.

⁵⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Direito à convivência familiar**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). **Direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006, p. 815.

⁵⁷⁸ ALVES, Jones Figueiredo. *Op. cit.*, p. 99.

⁵⁷⁹ BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.

de formação de seu filho. Se o faz contra sua vontade, pode-se ter o caso de alienação parental, como já tratado alhures, o que afasta a ilicitude de seu ato. Mas se o faz deliberadamente, então se tem aí a configuração de uma conduta ilícita passível, pois, da devida sanção.⁵⁸⁰

Ampliando a discussão, Maria Berenice Dias demonstra que, a partir da grande evolução das ciências, principalmente da psicologia, a influência familiar se mostra essencial para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Por isso é que se passou a falar em *paternidade responsável*⁵⁸¹, hoje consagrada como um dos princípios informadores do Direito de Família pela Constituição de 1988.⁵⁸² Assim, continua a autora, “a convivência dos filhos com os pais não é um direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo.”⁵⁸³

Neste sentido, Rolf Madaleno defende inclusive a possibilidade de aplicação da figura jurídica das *astreintes*⁵⁸⁴ para o descumprimento do dever de visitas estabelecido em sentença – nos casos de guarda unilateral e definição de visitas para o genitor não-guardião. Assim, defende o citado autor, as “*astreintes* seriam as sanções tendentes a forçar o

⁵⁸⁰ “Os deveres dos pais são determinados pelo Estado, independente de sua preferencia, a relação deve ser direcionada para o resguardo dos interesses dos filhos, garantindo-lhes, conforme o entendimento jurisprudencial moderno, a compensação econômica caso tenham sofrido violação em seus direitos, perdendo a referencia dos pais e sendo afetado na individualidade de sua personalidade, causando sofrimento ou qualquer tipo de transtorno.” (CANEZIN, Claudete Carvalho. *Op. cit.*, p. 748).

⁵⁸¹ Para Rodrigo da Cunha Pereira, “a paternidade responsável é um desdobramento do princípio da responsabilidade. Significa que os pais devem arcar com o ônus e o bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - vol. 29 (ago/set 2012). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012, p. 9).

Neste trabalho, optou-se por não abordar a paternidade responsável como princípio autônomo, por se entender, conforme o próprio Rodrigo da Cunha Pereira, que a mesma está inserida tanto na ideia de responsabilidade como no princípio da solidariedade familiar.

⁵⁸² “Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória.” (LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 284).

⁵⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 449.

⁵⁸⁴ Astreintes: “É a penalidade imposta ao devedor, consistente em multa diária fixada na sentença judicial ou no despacho de recebimento da inicial, relativa a obrigação de fazer ou de não fazer. A astreinte tem por finalidade o constrangimento do devedor para fazer cumprir o estipulado na decisão judicial ou no título, sendo que quanto mais tempo ele demorar para pagar a dívida, maior será seu débito. Prevê o artigo 645, do Código de Processo Civil, que ‘na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.’” (DireitoNet [Dicionário]. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/789/Astreinte>. Acesso em 14.02.2015.)

cumprimento regular das visitas e servir como um meio eficaz de vencer a resistência do recalcitrante genitor que cria obstáculos para o exercício das visitas.”⁵⁸⁵

A ausência paterna ou materna na vida do filho pode impor ao mesmo dificuldades no seu processo de desenvolvimento e socialização. Como bem leciona Giselda Hironaka:

A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e consequente prejuízo à formação da criança decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.⁵⁸⁶

Rodrigo da Cunha Pereira, tratando mais especificamente da ausência paterna, afirma que essa ausência, “e dessa *imago* paterna, em decorrência de um abandono material e/ou psíquico, tem gerado graves consequências na estruturação psíquica dos filhos e que repercute, obviamente, nas relações sociais.” Isso porque, prossegue o autor, “todos nós precisamos de uma imagem (boa) de nosso pai para estruturarmos-nos como sujeito.”⁵⁸⁷

Em outra obra, Pereira ressalta a importância da figura paterna para a formação do sujeito. Assim, afirma o autor que “a paternidade é mais que fundamental para todos nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais.”⁵⁸⁸

A psicóloga Maria Helena Novaes, ao analisar o maior interesse da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais, afirma que a construção da identidade começa muito cedo, por isso é fundamental adotar medidas de caráter preventivo para que esses sujeitos consigam “futuramente exercer uma cidadania consciente e participativa.” E continua, agora citando Bruno Bettelheim: “Se o corpo da criança, e claro todo o resto dela, recebeu amor e carinho, então ao crescer irá internalizar esse amor e carinho, explorando com maior segurança seu mundo e seu entorno.”⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ MADALENO, Rolf. **O preço do afeto**. In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 165.

⁵⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 141.

⁵⁸⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pai, por que me abandonaste?** In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 581 e 583.

⁵⁸⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245.

⁵⁸⁹ NOVAES, Maria Helena. **O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais – uma questão psicológica**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 530.

Silva e Fabriz chegam mesmo a dizer que aqueles que não forem capazes de proporcionar aos seus filhos condições não apenas materiais, mas, sobretudo, de cunho afetivo, emocional, necessárias ao “desenvolvimento da personalidade e salvaguarda da dignidade humana durante o desenvolvimento psicossocial das crianças, adolescentes e jovens, é melhor que se abstenham de ter filhos.”⁵⁹⁰

Na verdade, na lição de Rodrigo da Cunha Pereira,

A paternidade/maternidade deixou de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do menor/adolescente, principalmente no que tange à convivência familiar, que deve ser vista de forma independente da existência ou não do tipo de relacionamento entre os pais. Não se deve restringir tão somente ao auxílio material, porque “nem só de pão vive o homem.”⁵⁹¹

É preciso que se diga, pois, que não se discute aqui obrigação de amar ou dar afeto, porque se trata de questão fora dos alcances do Direito. A discussão ora trazida diz respeito ao cumprimento de deveres instituídos por normas jurídicas, quais sejam o dever de cuidado e de convivência.⁵⁹²

Neste sentido, o dever de cuidado e de convivência se caracterizam como deveres jurídicos e não mera faculdade dos genitores, cujo descumprimento caracteriza a prática de ato ilícito. E vale dizer, conforme Braga Netto, que

O ilícito civil, se perspectivado em termos contemporâneos, ostenta uma permeabilidade aos valores que é inédita aos olhos clássicos. Possui uma mobilidade que lhe permite transitar pelo sistema jurídico incorporando referências axiológicas e as traduzindo em sanções, em ordem a assegurar, de forma aberta e plural, a preponderância dos valores fundamentais no sistema do direito civil.⁵⁹³

É importante, pois, situar o tema do descumprimento dos deveres parentais, ou seja, da inobservância de normas jurídicas específicas, na categoria dos ilícitos civis, de modo que

⁵⁹⁰ SILVA, Heleno Florindo da; FABRIZ, Daury Cesar. **A família e o afeto**: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - vol. 35 (ago/set 2013). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2013, p. 41.

⁵⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Indenização por abandono afetivo e material** – decisão comentada. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - vol. 25 (dez/jan 2012). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012, p. 115.

⁵⁹² “[...] não se discute mais a mensuração do intangível – o amor -, mas sim, a verificação do cumprimento, descumprimento ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal, a de cuidar.” (ALVES, Jones Figueiredo. *Op. cit.*, p. 101).

⁵⁹³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op. cit.*, p. 47.

seja possível compreender a possibilidade de sanção para os genitores faltosos, tendo em vista que, como já discutido anteriormente, entende-se neste trabalho que a sanção é elemento indissociável da norma. É por isso que Alves afirma que:

[...] a ilicitude civil nas relações familiares, além de consistir um vício do direito, um direito desviado das cláusulas gerais de conduta, se constitui, sobretudo, em indicativo de ilicitude revestida de maior gravidade, por atentar contra a dignidade constitucional da família, na qual, em consequência, o controle e a reprimenda judicial deverá refletir e formular soluções mais adequadas, com novos métodos de avaliação, inclusive profiláticas e preventivas.⁵⁹⁴

A Ministra Nancy Andri ghi reconheceu, em julgado histórico do Superior Tribunal de Justiça, que o descumprimento do dever dos pais de cuidar de seus filhos implica em um ilícito civil. Assim, afirma que:

O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.⁵⁹⁵ (grifos da autora)

Isso significa que o que está sendo discutido aqui é, na verdade, um problema de teoria do direito, ou seja, a existência de um dever jurídico prescrito em uma norma e a sua transgressão. Estabelecido este problema, a discussão seguinte é sobre a sanção cabível para tal violação normativa.

⁵⁹⁴ ALVES, Jones Figueiredo. *Op. cit.*, p. 99.

⁵⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 1.159.242 - SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andri ghi, por maioria, DJU de 10.15.2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 29.01.2013.

5.2 A perda do poder familiar como sanção inócua

Temendo a chamada “monetização do afeto”, alguns autores e parte da jurisprudência defendem que a legislação civil já traz uma sanção para o descumprimento do dever parental de cuidado e convivência no artigo 1.637 c/c 1.638 do Código Civil, que prevê a possibilidade de perda do poder familiar para o genitor faltoso com os deveres inerentes à paternidade/maternidade:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.⁵⁹⁶

Neste sentido, Renan Kfuri Lopes, citado por Gabriela Machado, abraça o entendimento de “que a violação aos deveres familiares gera apenas as sanções no âmbito do direito de família, refletindo, evidentemente, no íntimo afetivo e psicológico da relação [...]”.⁵⁹⁷

Na mesma linha se manifesta Danielle Alheiros Diniz, afirmando que

O descumprimento desse dever de convivência familiar deve ser analisado somente na seara do direito de família, sendo o caso para perda do poder familiar. Esse

⁵⁹⁶ BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.

⁵⁹⁷ MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Abandono afetivo dos filhos e danos morais. Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666>>. Acesso em 03.02.2015.

entendimento defende o melhor interesse da criança, pois um pai ou uma mãe que não convive com o filho não merece ter sobre ele qualquer tipo de direito.⁵⁹⁸

Tais posições se refletiram também nos tribunais pátrios. O Ministro Fernando Gonçalves, relator do primeiro caso sobre esta temática a chegar ao Superior Tribunal de Justiça, foi cabal ao dizer que:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. **Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.** Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.⁵⁹⁹ (grifos da autora)

No entanto, é preciso inicialmente lembrar o que significa a sanção para o Direito. De acordo com o que foi abordado no item 4.1.3 deste trabalho, a sanção é elemento essencial da norma e é pensada para manter a coercibilidade do ordenamento jurídico. Segundo Kelsen, as sanções são estabelecidas pela ordem jurídica com o propósito de obter determinadas condutas do sujeito.⁶⁰⁰

As sanções têm, pois, a função de inibir as condutas antijurídicas e, em consequência, de estimular o cumprimento dos deveres juridicamente impostos.

A partir deste entendimento, pensar na destituição do poder familiar como sanção para o genitor faltoso com seus deveres, sobretudo os deveres que ora se discute de cuidado e convivência, é praticamente bonifica-lo por sua conduta. Ora, retirar o poder familiar de quem

⁵⁹⁸ DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo. Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12987>>. Acesso em 04.02.2015.

⁵⁹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, por maioria, DJU de 27.03.2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF. Acesso em 29.01.2013.

⁶⁰⁰ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2000, p. 71.

não o exerce porque não quer, não implica em punição por violação de uma conduta. Pelo contrário, é “presentear” o genitor, afastando-o de maneira “legal” das obrigações que deveria cumprir por imposição do ordenamento.

Discutindo as diferenças entre as sanções da perda do poder familiar e da responsabilização civil, Regina Beatriz Tavares da Silva lucidamente sentencia que:

Na hipótese de dano moral, a indenização objetiva uma compensação à pessoa lesada e um desestímulo à prática de novas agressões pelo ofensor. Pode-se entender que a perda do poder familiar abrange somente um destes aspectos, o da punição ao agressor, ou, quiçá, nem mesmo importe em qualquer punição, já que o pai não desejava conviver com a filha, tanto que a abandonou.⁶⁰¹

Na verdade, o instituto da destituição do poder familiar foi pensado pelo legislador para proteger a criança e o adolescente de condutas perniciosas de seus genitores, previstas no art. 1.637 do Código Civil supratranscrito. Embora represente uma sanção civil, tem muito mais o cunho de proteção aos menores, do que de punição aos genitores.

Venosa, parafraseando Silvio Rodrigues, reafirma este entendimento, ao dizer que: “[...] a suspensão ou destituição do poder familiar constituem menos um intuito punitivo dos pais e mais um ato em prol dos menores, que ficam afastados da presença nociva.”⁶⁰²

Neste sentido, não se pode aceitar que a destituição do poder familiar tenha de fato caráter sancionatório para o genitor que deliberadamente deixa de cuidar e de conviver com o seu filho. E o Direito não pode se valer de sanções inócuas. As sanções, vale lembrar, visam não apenas punir o agente violador da norma, mas também assumem um caráter pedagógico, na medida em que visam desestimular condutas antijurídicas.

Ora, dizer ao genitor faltoso para com os deveres de convivência e, conseqüentemente, de cuidado, que o mesmo poderá ser destituído do poder familiar com relação àquele filho, é premiar sua conduta delituosa.

Por outro lado, vale ressaltar também que, a depender do caso concreto, nada impede que as duas formas de sanção coexistam. Ou seja, a destituição do poder familiar pode acontecer, independentemente de se apurar os danos causados ao filho pelo descumprimento dos deveres pelo pai e /ou mãe, pois são sanções com fundamentos diversos. É o que

⁶⁰¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Abandono afetivo: dever objetivo de cuidar dos filhos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3232, 7 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21706>>. Acesso em 04.02.2015.

⁶⁰² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 11ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 319.

defendeu a Ministra Nancy Andrighi, ao apreciar essa questão no julgamento do Recurso Especial n. 1.159.242:

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descuram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuído recebido pelos filhos.⁶⁰³

Regina Beatriz Tavares da Silva, analisando o julgado acima, leciona que o acórdão, de maneira acertada, afirmou que a destituição do poder familiar não exclui a possibilidade de indenização, já que os objetivos de cada instituto são diversos. Assim, prossegue a autora, “a perda do poder familiar visa à proteção da integridade do menor, enquanto a indenização tem em vista a reparação dos danos decorrentes do ato ilícito praticado.”⁶⁰⁴

Seguindo o mesmo entendimento, ou seja, também defendendo a possibilidade de aplicação simultânea das duas formas de sanção, Maria Helena Diniz afirma que:

[...] se o dever de convivência familiar não for cumprido, ter-se-á um desequilíbrio emocional da prole, dando azo à perda do poder familiar (CC, art. 1.638; ECA, art. 98, II) por abandono imaterial, ante a ausência de afetividade e de assistência moral, e à responsabilidade civil por dano aos direitos da personalidade, uma vez que se atinge a integridade físico-psíquica, a dignidade e a honra do menor.⁶⁰⁵

Discute-se, ainda, para afastar a possibilidade de aplicação de outra sanção para o descumprimento dos deveres parentais, como a responsabilidade civil, que ninguém pode obrigar um pai a amar um filho. Assim, Lizete Schuh defende que:

É dificultoso cogitar-se a possibilidade de determinada pessoa postular amor em juízo, visto que a capacidade de dar e de receber carinho faz parte do íntimo do ser humano, necessitando apenas de oportunidades para que aflore um sentimento que já lhe faz parte, não podendo o

⁶⁰³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 1.159.242 - SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria, DJU de 10.15.2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 29.01.2013.

⁶⁰⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Op. cit.*

⁶⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **Direito à convivência familiar**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). **Direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006, p. 809.

amor, em que pese tais conceitos, sofrer alterações histórico-culturais, ser criado ou concedido pelo Poder Judiciário.⁶⁰⁶

Ao que parece, a opinião da autora parte de premissa equivocada, pois que entende o abandono afetivo como descumprimento do dever de amar, de dar afeto. Por mais de uma vez já foi dito neste trabalho, com grande aparato doutrinário e também jurisprudencial, que não é possível de fato para o Direito estabelecer o dever de amar. O que se discute aqui são os deveres parentais impostos pelo ordenamento aos pais para que cuidem, assistam, convivam com seus filhos.

Assim, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que: “Não podemos exigir amor de alguém, mas podemos exigir que haja o respeito aos preceitos constitucionais, que afasta qualquer forma de negligencia parental.”⁶⁰⁷

Justamente por isso, a doutrina e a jurisprudência têm recorrido ao instituto da responsabilidade civil para tentar encontrar uma resposta jurídica satisfatória para o descumprimento de um dever legal.

5.3 A possibilidade de reparação civil como consequência da conduta ilícita do genitor faltoso

Hoje não há mais dúvidas de que os deveres parentais se constituem em verdadeiros deveres jurídicos, cuja observância é imposta pelo ordenamento. Aliás, como lembra Giselda Hironaka,

[...] na concepção antiga e tradicional de família, o *pater* tinha obrigações, mas tinha também poder suficiente para arbitrar *quais* seriam essas obrigações, já que era senhor de suas mulheres e de seus filhos.

⁶⁰⁶ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, abril/maio 2006, p. 67-68.

⁶⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - vol. 29 (ago/set 2012). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012, p. 7.

Ao contrário, em concepções mais recentes de família – e que remontam, no máximo, ao início do período moderno – os pais de família têm certos deveres que independem de seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.⁶⁰⁸

Assim, no Brasil, a responsabilidade parental tem subsídios tanto constitucionais, a exemplo dos arts. 226, §7º, 227 e 229 da Carta Magna⁶⁰⁹; como infraconstitucionais, estabelecidos nos arts. 1.634, I, e 1.566, IV do Código Civil⁶¹⁰, que dispõem que os pais são responsáveis pela criação e educação dos filhos, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 3º, 4º, 22 e 33, que reforçam a ideia de responsabilidade e prioridade em relação aos direitos da infância e da juventude.⁶¹¹

⁶⁰⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 12.

⁶⁰⁹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

[...]

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

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em 01.12.2014).

⁶¹⁰ “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

[...]

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; [...]” (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014).

⁶¹¹ “Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

[...]

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

[...]

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.” (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) – Lei. Nº 8.009/1990. Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01.12.2014).

Na verdade, como leciona Moraes, “esta palavra, responsabilidade, é a que hoje melhor define a relação parental. Trata-se de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições diferentes, sendo uma delas dotada de particular vulnerabilidade.”⁶¹²

Neste sentido, o dever jurídico de convivência parental, que implica em cuidado, assistência, criação, educação dos filhos menores pelos pais, determina o tom das relações parentais na atualidade, pois que a “tutela maior é no objetivo da proteção integral do menor.” Assim, conforme Alves, “a transgressão obrigacional importará, inexoravelmente, provocar ao menor (filho) uma manifesta situação de vulnerabilidade.” E prossegue o autor afirmando que “o preceito constitucional da tutela máxima é no efeito de colocá-lo a salvo de todas as formas de negligência.”⁶¹³

Já Adauto de Almeida Tomaszewski, citado por Rui Stoco, adverte que:

A criança dever ter especial proteção e ver-se rodeada de possibilidades concebidas pela Lei e por outros meios, a fim de se desenvolver de uma maneira sã e normal no plano físico, intelectual, moral e social, em condições de liberdade e dignidade. Deve-se, pois, declarar a estabelecer o direito à integração social como condição de dignidade humana plena, através de um desenvolvimento integral, nas dimensões física, intelectual, moral, espiritual e social, de forma harmônica. Tal direito, sendo violado, deturpado ou sofrendo restrições, é merecedor de ampla tutela, devendo o Estado proporcionar meios para sua correção.⁶¹⁴

Desse modo, situado o tema no plano dos deveres jurídicos, como, aliás, já defendido anteriormente, a questão que se coloca agora é a respeito das consequências para o descumprimento destes deveres.⁶¹⁵

Já foi dito também que a consequência tradicionalmente prevista no Direito de Família para a violação dos deveres parentais, qual seja, a destituição do poder familiar, não é sanção capaz de efetivamente punir o genitor faltoso com o dever de convivência, muito menos representa para o filho lesado qualquer tipo de alento. Pelo contrário, apenas “regulariza” a conduta omissa do genitor que deliberadamente deixa de conviver com o seu filho.

⁶¹² MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, 2006, p. 195.

⁶¹³ ALVES, Jones Figueiredo. *Op. cit.*, p. 101.

⁶¹⁴ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 945.

⁶¹⁵ “A assistência moral e afetiva é, portanto, um dever jurídico, não uma faculdade, e o seu descumprimento pode caracterizar-se como um ato ilícito, razão pela qual pode ter como consequência a condenação ao pagamento de indenização.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 247).

Neste sentido, a alternativa sancionatória pensada para essas situações passou a ser a responsabilidade civil, possibilitando, através da indenização, tanto a punição do violador da norma, como a compensação da vítima pelo dano sofrido. De acordo com Eliene Ferreira Bastos, o que caracteriza a “responsabilidade civil por parte do pai ou da mãe, não guardião do filho, é a conduta omissiva de abandono a gerar dano injusto.”⁶¹⁶

E é por isso que Maria Helena Diniz afirma que

Nossos juízes e tribunais, tendo como critério o melhor interesse da criança e do adolescente, estão condenando pais ao pagamento de indenização por dano moral a filho abandonado afetivamente, privado da convivência familiar, ou impedido de desfrutar a companhia paterna ou materna, por ser vítima do descaso e da falta de responsabilidade paterno-materna, responsabilidade que não se esgota na contribuição meramente material, fornecendo alimentos.⁶¹⁷

Desse modo, é no plano fático de realidade da vida, em face das obrigações inerentes da paternidade/maternidade, “que a omissão de cuidado mínimo ingressa na teoria da responsabilidade civil, obrigando o pai omissor a indenizar os prejuízos advinentes da sua omissão.”⁶¹⁸

Pois bem. Estabelecida à possibilidade de responsabilização civil do genitor faltoso, resta discutir agora os contornos dessa responsabilidade.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira,

Para que haja a imposição do dever de indenizar, deve haver uma atuação lesiva que seja considerada contrária ao direito, ilícita ou antijurídica. A responsabilidade civil nos remete à ideia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente infrator. É indispensável também a existência de um dano ou prejuízo para que a responsabilidade civil seja configurada. Sem a ocorrência desse elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, não teria o que responsabilizar. O abandono parental deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais.⁶¹⁹

Assim, tratando-se de responsabilidade subjetiva, vez que é preciso verificar a culpabilidade na conduta do genitor que viola o dever de convivência, vale destacar os

⁶¹⁶ BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antonio Ferreira (coords.). *Op. cit.*, p. 61.

⁶¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2006, p. 809.

⁶¹⁸ ALVES, Jones Figueiredo. *Op. cit.*, p. 101.

⁶¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - vol. 29 (ago/set 2012). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012, p. 11.

elementos da velha tríade da responsabilidade civil, quais sejam, conduta, dano e nexo de causalidade, na situação específica do chamado abandono afetivo. Embora seja necessário ressaltar, como bem o faz a professora Giselda Hironaka, que

[...] o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo deva encontrar os seus elementos de configuração na *funcionalização das entidades familiares*, uma vez que estas devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa dos filhos.⁶²⁰

Neste sentido, se buscará analisar os elementos clássicos da responsabilidade civil segundo este paradigma.⁶²¹

5.3.1 Configuração da responsabilidade subjetiva: conduta, dano e nexo de causalidade

A responsabilidade parental exige, pois, a observação dos deveres estabelecidos pelo ordenamento aos pais na criação de seus filhos. Conforme a lição de Rodrigo da Cunha Pereira,

Os pais são responsáveis pela criação, educação e sustento material e afetiva de seus filhos. Neste caso, além de princípio, a responsabilidade é também regra jurídica que se traduz em vários artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente [...] e do Código Civil [...]. Ao descumprimento da obrigação jurídica de sustento material e imaterial deve corresponder uma sanção, sob pena da regra jurídica tornar-se mera regra moral. Em outras palavras, aquele que não cumpre sua obrigação de criação e educação pode e deve ser responsabilizado por meio das correspondentes sanções jurídicas.⁶²²

Desse modo, aqueles que deliberadamente violam tais deveres e, em consequência, causam danos aos filhos, devem responder de acordo com o instituto da responsabilidade civil. Em razão disso, passa-se a discutir os elementos clássicos da responsabilidade civil à luz das novas diretrizes do Direito de Família contemporâneo.

⁶²⁰ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 141.

⁶²¹ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 141.

⁶²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 237-238.

5.3.1.1 O dano

O dano é elemento essencial para que se configure a responsabilidade civil e, portanto, o dever de indenizar, sendo cada vez mais destacada a sua importância na teoria da responsabilidade civil. Tanto assim, que João Casillo afirma

[...] que é em torno do dano que os demais temas gravitam, pois, de acordo com o posicionamento atual, ele sempre aparece como requisito fundamental e indispensável, o que já não ocorre, por exemplo, com a culpa, que, como se sabe, dia a dia, vai tendo a seu lado outras figuras como sustentáculos da responsabilidade civil.⁶²³

Tal importância do dano é ainda realçada, de acordo Savatier, quando se trata de dano à pessoa, que é o ponto de interesse deste trabalho.⁶²⁴

O conceito de dano esteve inicialmente ligado à ideia de diminuição de patrimônio, vez que não se admitia dano de natureza extrapatrimonial. No entanto, com a consagração da tese do dano moral⁶²⁵, este conceito preliminar de dano já não se mostrava mais adequado. Em razão disso, Sergio Cavalieri Filho conceitua “o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.”⁶²⁶

Na responsabilidade extracontratual subjetiva – face da responsabilidade que interessa a este trabalho –, o dano pode ser, portanto, patrimonial ou extrapatrimonial. Assim o dano material ou patrimonial é o que tem repercussões na esfera econômica do sujeito,

⁶²³ CASILLO, João. *Op. cit.*, p. 26.

⁶²⁴ SAVATIER *apud* CASILLO, João. *Op. cit.*, p. 27.

⁶²⁵ “A consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, até então discutida, do dano extrapatrimonial. Embora de forma diferenciada, cada sistema jurídico passou, gradativa ou subitamente, a conceder reparação a lesões de interesses existenciais, antes considerados de forma meramente programática, como escopo de comandos dirigidos tão somente ao legislador, inaptos a deflagrar direta proteção contra violações perpetradas pelo Estado ou por outros particulares.”(SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 90-91).

⁶²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 73.

enquanto o dano imaterial ou extrapatrimonial ou existencial não tem essa repercussão⁶²⁷, pelo menos de forma direta.

Neste sentido, Orlando Gomes, citado por Yussef Said Cahali, leciona que

[...] o atentado ao direito à honra e boa fama de alguém pode determinar prejuízos na órbita patrimonial do ofendido ou causar apenas sofrimento moral. A expressão *dano moral* deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante *repercussão*, o dano deixa de ser *extrapatrimonial*.⁶²⁸

No entanto, o próprio Cahali entende restrita essa diferenciação, vez que é possível dilatar o conteúdo de *patrimônio* para incluir valores imateriais. Assim, prossegue o autor, agora citando Dalmartello, o dano moral pode ser entendido como a privação ou diminuição de certos bens “que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.” Dessa maneira, há danos que afetam a “parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc)” e outros que molestem “a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade etc.)”; e ainda há “dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.)”⁶²⁹

Na mesma linha, José de Aguiar Dias, citado por Michelazo, ao distinguir dano patrimonial e dano não patrimonial, leciona que:

[...] ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material.⁶³⁰

Desse modo, é possível dizer que em relação às indenizações por dano material e por dano moral, ocorrendo lesão material e moral, estas oriundas do mesmo fato, podem sim ser cumuladas.

⁶²⁷ “[...] danos materiais são aqueles que repercutem no patrimônio do lesado, enquanto os morais se manifestam nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada.” (BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 34).

⁶²⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 21-22.

⁶²⁹ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, 2005, p. 22.

⁶³⁰ MICHELAZO, Busa Mackenzie. **Do dano moral** – teoria, legislação, jurisprudência e prática. Lawbook Editora, p. 48.

De toda sorte, para além dessa diferenciação entre dano patrimonial e extrapatrimonial, já se entende que a concepção de dano não deve estar atrelada a ideia de prejuízo ou de diminuição patrimonial, mas que na verdade a configuração do dano está relacionada à lesão a um direito, à violação de um dever jurídico.

Nesta linha, Joao Casillo afirma que: “O dano interessa ao ordenamento jurídico, justamente porque vem feri-lo, visto que nada mais é do que a lesão a um direito, preservado por este mesmo ordenamento jurídico. Basta a lesão ao direito da pessoa para que se configure o dano.”⁶³¹

Seguindo o mesmo entendimento, Anderson Schreiber, realça a importância do dano, conceituando-o “[...] como uma lesão concreta, como violação de uma regra que tutele não o interesse isoladamente, mas de uma regra que, transcendendo a regulação abstrata de um interesse, estabeleça sua relação com outro interesse igualmente tutelado.”⁶³²

Aliás, José de Aguiar Dias já defendia este lugar de destaque para o elemento dano na teoria da responsabilidade civil, chegando mesmo a dizer que

[...] na verdade, já não é de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em conservar o *nomen juris*, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de *reparação do dano*.⁶³³

Desse modo, imprescindível é a existência de dano para que se estabeleça o dever de indenizar.⁶³⁴

Pois bem. O descumprimento do dever de convivência pelo genitor provoca no filho “abandonado” um dano de natureza extrapatrimonial ou existencial, que pode também ter repercussões de natureza patrimonial.

Para Rui Stoco, “a dor sofrida pelo filho em razão do abandono e desamparo dos pais, privando-o do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico e material é não

⁶³¹ CASILLO, João. *Op. cit.*, p. 49.

⁶³² SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 191.

⁶³³ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, 1994, p. 12.

⁶³⁴ “O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.” (STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 128).

só terrível, como irreversível.” Tanto que, prossegue o autor, “a mancha é indelével e o trauma irretirável.”⁶³⁵

Giselda Hironaka entende que o dano causado pelo abandono afetivo é, sobretudo, um dano à personalidade do indivíduo. Assim, continua a autora, esse dano:

Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.⁶³⁶

Os danos decorrentes do descumprimento do dever parental de convivência também são apontados por Cláudia Maria da Silva:

Trata-se, em suma, da recusa de uma das funções paternas, sem qualquer motivação, que agride e violenta o menor, comprometendo seriamente seu desenvolvimento e sua formação psíquica, afetiva e moral, trazendo-lhe dor imensurável, além de impor-lhe ao vexame, sofrimento, humilhação social, que, ainda, interfere intensamente em seu comportamento, causa-lhe angústia, aflições e desequilíbrio em seu bem-estar. Mesmo sendo menor, já estão tuteladas a honra e moral, posto ser um sujeito de direito e, como tal, não pode existir como cidadão sem uma estrutura familiar na qual não há a assunção do verdadeiro ‘papel de pai’.⁶³⁷

E complementa Claudete Canezin:

O desprezo de um dos genitores pode ser causa de muito sofrimento para a criança, dado que a sociedade impõe certas datas comemorativas tais como Dia das Mães, Dia dos Pais, Dia das Crianças, Páscoa, Natal, Ano Novo.

[...]

A criança abandonada emocionalmente sofre duplamente: primeiro por não ter seu ente querido presente, e depois por ter que presenciar a alegria dos demais colegas; e essa cena se repete em todas as datas comemorativas, em que a esperança da criança sempre se renova, e ao final se destrói.⁶³⁸

É certo que para a correta avaliação da existência e da extensão do dano, o magistrado deverá se valer de estudo interdisciplinar que possa auxiliá-lo nessa constatação,

⁶³⁵ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 945.

⁶³⁶ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 141.

⁶³⁷ SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho**. Revista Brasileira de Direito de Família. v. 6, n. 25 (ago/set 2005). Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago./set. 2005, p. 141.

⁶³⁸ CANEZIN, Claudete Carvalho. *Op. cit.* 2006, p. 750-751.

pois não basta a mera ocorrência do ilícito, ou seja, a concretização da violação ao dever de convivência e seus corolários – cuidado, assistência moral, educação -, é preciso que haja um dano efetivo do filho vítima desse abandono.

Conforme a lição de Schreiber, comprovando-se que o pai violou os deveres inerentes ao poder familiar, deverá prevalecer “o interesse lesado em toda sua abstrata esfera de proteção.” No entanto, adverte o autor,

Isto não exclui o dever do autor de demonstrar que tal interesse foi efetivamente afetado, ou seja, que a ausência de sustento, guarda, companhia, criação ou educação afetaram concretamente a formação da sua personalidade. Verificado, entretanto, o dano efetivo, este será ressarcível na presença dos demais elementos de responsabilização.⁶³⁹

Isso porque, em muitos casos, apesar do abandono parental - paterno ou materno -, o filho não sofre danos, porque essas funções acabam sendo exercidas por outros parentes ou por outras pessoas ligadas à família. Dessa maneira, nessas situações, normalmente não há abalo psíquico ou emocional capaz de comprometer a formação do sujeito. É o que leciona Maria Celina Bodin de Moraes:

Para a configuração do dano moral à integridade psíquica de filho, será preciso que tenha havido o abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém “faz as vezes” de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico.⁶⁴⁰

Em outros casos, o dano poderá ser mais evidente quando entre genitor e filho já tenha se estabelecido um vínculo de afetividade. Isso ocorre geralmente após o rompimento de laços conjugais e formação de novas famílias. Explica-se: com as mágoas de uma separação, muitas vezes os genitores acabam se distanciando também dos filhos, o que se agrava quando constroem novas famílias. É como se apagassem o que ficou para trás, inclusive os filhos da relação anterior...

Para Giselda Hironaka,

⁶³⁹ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 184.

⁶⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade...** In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 196.

Com efeito, com o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade será mais fácil configurar o dano decorrente da cessação do contato e da convivência entre pais e filhos, na exata medida em que se conseguir demonstrar e comprovar que a sensação de abandono foi nociva à criança. Esta prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão.⁶⁴¹

Outro ponto importante a se destacar é a questão de se apenas os filhos menores poderiam ser tutelados no resguardo ao direito de convivência com seus pais, ou seja, saber se os filhos maiores também podem pleitear a reparação por abandono parental. Em decisões recentes, os tribunais brasileiros reconheceram esse direito a filhos maiores. Vale a pena aqui transcrever trecho de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, com a Relatoria do Desembargador Galdino Toledo Junior:

Destarte, quando da propositura da ação, a autora contava com 22 anos (fl. 14) e em que pese não estar mais sujeita ao pátrio poder, nos termos do artigo 379, do Código Civil/16, vigente à época dos fatos, certo é que, conforme predominante entendimento jurisprudencial, o auxílio dos genitores deve ser estendido até os 24 anos, época em que o filho, em geral, conclui o curso superior e possui melhores condições de ingressar no mercado de trabalho, visando obter independência financeira.

Assim, nesse reportado cenário e apesar do requerido não poder ser condenado por danos morais e materiais relacionados a período anterior à declaração de paternidade, até porque antes do reconhecimento judicial do vínculo, inexistiam deveres decorrentes do poder familiar, há que se considerar que a obrigação alimentar se estenderia até os 24 anos, mormente se analisarmos que seus filhos matrimoniais atingiram o grau universitário, conforme informado pela sua própria testemunha Michel (fl. 180).⁶⁴²

Corroborando a possibilidade de que o abandono afetivo pode causar danos também a filhos maiores, Giselda Hironaka afirma que

[...] análises oriundas de estudos psicológicos sobre o tema, segundo os quais se tem entendido que nada há que possa garantir que a personalidade – enquanto atributo pessoal da dignidade humana seja um processo de contínua evolução e que, por isso, não seja um dado acabado ou completo com a assunção da plena capacidade – não

⁶⁴¹ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 141.

⁶⁴² BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apl. n. 0006041-21.2010.8.26.0361, Ac. 6748574, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, DJESP de 07.06.2013. Disponível em http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_00060412120108260361_b1f08.pdf?Signature=oh3R1DfvZUHfxhiJiSS2xwRgp8%3D&Expires=1423323165&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=1525397be6f7bc71986e8deefe128669. Acesso em 07.02.2015.

se modifica mais, depois que esta etapa etária da vida de uma pessoa tenha sido alcançada.⁶⁴³

Em qualquer caso, seja na idade adulta ou ainda na menoridade, o laudo técnico, através de estudo interdisciplinar, será imprescindível para a verificação do dano e sua extensão, de modo, inclusive, a evitar abusos no pleito de danos morais. E é neste sentido, a lição de Rui Stoco: “Cada caso deverá merecer detido estudo e atenção redobrada, só reconhecendo o dano moral em caráter excepcional e quando os pressupostos da reparação se apresentarem estreme de dúvida e *ictu oculi*, através de estudos sociais e laudos técnicos de equipe interdisciplinar.”⁶⁴⁴

De toda sorte, estabelecido o dano, é preciso constatar ainda a presença dos demais elementos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, a conduta culposa e o nexo de causalidade.

5.3.1.2 A conduta culposa

As situações de abandono afetivo ou do descumprimento do dever de convivência parental – como se prefere dizer neste trabalho – se enquadram, no campo da responsabilidade civil, na hipótese de responsabilidade subjetiva, sendo imprescindível, pois, a verificação da culpa. Assim, de acordo com Giselda Hironaka, “[...] torna-se necessária a comprovação da culpa do genitor não-guardião, que deve ter se ocultado à convivência com o filho, e deliberadamente se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade, de forma negligente ou imprudente.”⁶⁴⁵

Desse modo, é importante avaliar a conduta do genitor faltoso, realizando mesmo juízo de valor. Na responsabilidade subjetiva, a conduta reprovável compreende duas projeções, conforme Aguiar Dias: “o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligencia (*negligentia, imprudentia,*

⁶⁴³ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 142.

⁶⁴⁴ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 946.

⁶⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 143.

ignavia) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico.”⁶⁴⁶

Assim, age com dolo aquele que deseja o resultado, enquanto na conduta culposa o resultado não é visado pelo agente.⁶⁴⁷ Vale aqui transcrever a lição de Carlos Roberto Gonçalves, que melhor esclarece essa diferença entre dolo e culpa:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o feito lesivo dele resultante –, enquanto no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente da falta de cuidado.⁶⁴⁸

De um modo geral, a responsabilidade subjetiva, nos casos concretos, acaba pendendo para a culpa em sentido estrito, pois, se esta já é de difícil conceituação na teoria da responsabilidade civil e de comprovação na prática, muito pior ocorre com o dolo.

Neste sentido, Nelson Rosenvald explica que,

[...] ao dolo se reserva uma posição marginal [...]. Talvez por sua menor frequência na casuística, ou porque intelectualmente menos fascinante ou problemático que a culpa, ao dolo se reserva escassa atenção comparativamente a outros critérios de imputação.⁶⁴⁹

E isso se dá também, ainda conforme Rosenvald, porque “a evolução da responsabilidade civil culminou por eliminar a sua função punitiva, o que contribui para neutralizar qualquer distinção operativa entre culpa e dolo”, na medida em que a responsabilização do ofensor pelos danos começa a se dar de maneira mais objetiva, pela extensão do dano causado, sendo mesmo importante a intencionalidade ou não da sua

⁶⁴⁶ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, 1994, p. 108.

⁶⁴⁷ “Corresponde à distinção entre dolo e culpa propriamente dita a estabelecida no direito romano, e conservada em muitas legislações, entre delito e quase-delito. Delito é a violação intencional da norma de conduta. Quase-delito é o fato pelo qual a pessoa capaz de ofender, operando sem malícia, mas com negligência não escusável, em relação ao direito alheio, comete infração prejudicial a outrem.” (DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, 1994, p. 109.

⁶⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2009, p. 298.

⁶⁴⁹ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 197.

conduta. E prossegue o autor dizendo que “isto fez com que a culpa fosse a regra do direito civil, guindado o dolo a hipóteses residuais [...]”⁶⁵⁰

No caso específico do tema deste trabalho, qual seja, na aplicação da responsabilidade civil pelo descumprimento do dever parental de convivência, a doutrina normalmente tende a aplicar a responsabilidade subjetiva na modalidade culposa, considerando a conduta do genitor faltoso como negligente. Em razão disso, passa-se a discutir mais detidamente agora a culpa.

A culpa sempre foi um instituto de difícil conceituação na teoria da responsabilidade civil, o que implica, nos casos concretos, em grande dificuldade para sua comprovação. Aliás, em razão disso, muitos autores chamam a prova da culpa mesmo de diabólica.⁶⁵¹

De acordo com Aguiar Dias, “é tão difícil definir a culpa, que muitos mestres negam a possibilidade de o fazer.” E prossegue citando Ripert com um dos negadores da possibilidade de conceituar a culpa.⁶⁵²

Aguiar Dias ainda demonstra a falta de unanimidade da doutrina francesa quanto à concepção de culpa. Para Savatier e Demogue, “a culpa comporta dois elementos: um mais caracterizadamente objetivo, o dever violado; outro preferentemente subjetivo, a imputabilidade ao agente.” Já os irmãos Mazeaud, além de Geny e outros, prescindem do elemento dever para definir culpa.⁶⁵³

Agora tratando da doutrina alemã, Aguiar Dias ensina que:

A culpa, para os juristas alemães, evolve da noção subjetiva para o aspecto objetivo, como demonstra Marton, assinalando que “a doutrina alemã, para proporcionar medida estável da culpa, se serve do critério Justiniano do *bônus paterfamilias*; a literatura e a jurisprudência imputam ao agente as consequências de seu ato, mesmo que não as possa prever; finalmente, a ilicitude do ato e, conseqüentemente, o ato ilícito, podem ser estabelecidos sem que tenha tido o agente consciência de que o seu procedimento contrariava uma regra proibitiva.”⁶⁵⁴

⁶⁵⁰ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 196.

⁶⁵¹ “Em sua versão de falta de moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícilíssima comprovação.” (SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 17).

E Sergio Cavalieri Filho no mesmo sentido: “A prova da culpa, em muitos casos, é verdadeiramente diabólica, erigindo-se em barreira intransponível para o lesado.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 39).

⁶⁵² DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, 1994, p. 109.

⁶⁵³ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, 1994, p. 110.

⁶⁵⁴ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, 1994, p. 111.

Independente das dificuldades conceituais acima apresentadas e tentando se abstrair das controvérsias a respeito da teoria da culpa, Sergio Cavalieri Filho apresenta uma noção, segundo ele, singela, e que representa uma síntese de todas as teorias: “Culpa é a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligencia exigível.”⁶⁵⁵

E Aguiar Dias afirma que:

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude.⁶⁵⁶

A culpa pode ser contratual ou extracontratual. Será contratual quando fundada em um contrato, que não foi cumprido, do qual nasce uma obrigação. Por outro lado, a culpa extracontratual ou aquiliana⁶⁵⁷ – ponto de interesse deste trabalho – é a que se funda no dever geral de cautela, “advém do ilícito, do comportamento desconforme com a norma preexistente.”⁶⁵⁸ Na culpa aquiliana, compete o ônus da prova a quem alega ter sido ofendido injustamente.

A conduta culposa pode se dar então por uma ação ou por uma omissão, por meio de negligencia, imprudência ou imperícia.

A negligência, para Rui Stoco, “é o descaso, a falta de cuidado ou de atenção, a indolência, geralmente o *non facere quod debeat*, quer dizer, a omissão quando do agente se exigia uma ação ou conduta positiva.”⁶⁵⁹ Já Aguiar Dias entende a negligência como “omissão daquilo que razoavelmente se faz, [...]. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento.”⁶⁶⁰

Por outro lado, a imprudência é a falta de cautela na conduta comissiva, ou seja, no agir. É, mais uma vez na lição de Aguiar Dias, “[...] precipitação no procedimento

⁶⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 32.

⁶⁵⁶ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, 1994, p. 120.

⁶⁵⁷ “A Lei Aquilia (*Lex Aquilia de damno*) é o divisor de águas da responsabilidade civil porque estabeleceu, pela primeira vez, a responsabilidade de o causador do dano ficar obrigado a pagar o equivalente pela morte de escravos ou destruição de coisas, estabelecendo de forma inédita, a responsabilidade extracontratual. [...] Essa é a razão pela qual se chama a responsabilidade extracontratual de ‘aquiliana’”. (STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 134).

⁶⁵⁸ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 134.

⁶⁵⁹ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 134.

⁶⁶⁰ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, 1994, p. 120.

inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato.”⁶⁶¹ Significa, pois, se conduzir de maneira açodada, afoita, sem observar a cautela ordinária para a conduta humana.

E por fim, a imperícia está relacionada com inabilidade profissional. São as situações em que o profissional deixa de observar a técnica própria da sua atividade, causando danos a outrem.

Aliás, Aguiar Dias resume magistralmente da seguinte forma: “Negligência se relaciona, principalmente, com desídia; imprudência é conceito ligado, antes que a qualquer outro, ao de temeridade; imperícia é, originalmente, a falta de habilidade.”⁶⁶²

De acordo com a Ministra Nancy Andrighi, no já mencionado Recurso Especial n. 1.159.242 - SP:

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.⁶⁶³

O descumprimento do dever parental de convivência se mostra, conforme a maioria da doutrina, uma conduta culposa em sua modalidade omissiva, que se dá, normalmente, por negligência. No entanto, Romualdo Baptista dos Santos prefere dizer que neste caso “[...] não se trata simplesmente de uma omissão, mas sim de uma ação deliberada com o sentido de causar na vítima um sentimento de menos valia.”⁶⁶⁴ Nesta perspectiva apresentada pelo autor, a conduta faltosa parental poderia mesmo ser configurada como dolosa, o que poderia ter repercussões na definição dos limites do *quantum* indenizatório, para efeitos punitivos e até pedagógicos.⁶⁶⁵

De toda sorte, a conduta do genitor, que de forma deliberada, deixa de participar da vida do filho, abandonando-o imaterialmente e descumprindo os deveres parentais que lhe são

⁶⁶¹ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, 1994, p. 120.

⁶⁶² DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, 1994, p. 121.

⁶⁶³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 1.159.242 - SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria, DJU de 10.15.2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 29.01.2013.

⁶⁶⁴ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Op. cit.*, p. 196.

⁶⁶⁵ Nos limites deste trabalho, não será possível aprofundar a discussão a respeito da valoração da conduta do genitor, adotando-se, por hora, a culpa *strictu sensu*.

inerentes, se causar danos a este filho, deve se enquadrar no instituto da responsabilidade civil, ensejando o dever de indenizar. Embora seja possível dizer que em muitos casos o resultado danoso ao filho pode não ser desejado por este genitor, é certo que se trata de resultado previsível, o que configura a culpa.⁶⁶⁶

Por outro lado, é certo que em algumas situações não pode haver imputação de culpa ao genitor, por impossibilidade - que não decorre de sua vontade - de cumprir com seu dever de convivência e cuidado. Configuram-se tais hipóteses verdadeiros excludentes de culpabilidade. Assim, de acordo com Giselda Hironaka,

[...] não se há falar em culpa do não-guardião, sempre que se apresentar, por exemplo, fatores que o impedem de conviver com o filho, como será o caso da fixação do domicílio em distância considerável, que encareça os deslocamentos a fim do cumprimento do dever de educar e conviver, mormente em hipóteses de famílias menos abastadas, assim como na hipótese de doença do genitor que, a bem dos filhos, prefere se afastar para não os colocar em situação de risco, além, ainda, da comum hipótese de não se saber se, realmente, “este suposto incumprimento é imputável à própria omissão do genitor não-guardião ou aos obstáculos e impedimentos por parte do genitor guardião.”⁶⁶⁷

Neste último caso, temos a hipótese de alienação parental, quando o genitor guardião utiliza de todos os meios possíveis para dificultar o convívio dos filhos com o genitor não-guardião, questão já abordada neste trabalho no item 3.4.1. Em tal situação, este genitor que não detém a guarda dos filhos não pode ser responsabilizado por abandono, vez que está impedido pelo outro genitor – ou mesmo por outro parente que tenha a posse dessa criança ou adolescente – de exercer o seu poder familiar.⁶⁶⁸

⁶⁶⁶ “A culpa nas relações familiares ocorre justamente quando da negligência de um dos pais quanto aos deveres decorrentes do poder familiar. A culpa pode ser caracterizada pela ausência da afetividade, como também pelo cumprimento das obrigações do poder familiar de maneira ríspida e sem o devido compromisso.” (CANEZIN, Claudete Carvalho. *Op. cit.*, p. 750).

⁶⁶⁷ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 143.

⁶⁶⁸ “Por outro lado, pode acontecer de se configurarem hipóteses de abandono afetivo determinado ou desencadeado pela atuação do genitor-guardião que, muitas vezes, confundindo os papéis paternos com os conjugais, acaba por afastar o genitor não-guardião do convívio com os filhos. Assim, isto pode se dar, por exemplo, nas hipóteses em que o genitor guardião projeta o sofrimento vivido em função da quebra da conjugalidade à relação parental, imaginando que o seu ex-companheiro será mau pai exatamente por ter sido um mau convivente ou um mau cônjuge.

Outras vezes, o guardião pode impedir o direito de visita do outro em função do inadimplemento das obrigações pecuniárias de caráter alimentar. Também pode acontecer que o genitor guardião procure atrapalhar a relação do genitor não-guardião com os seus filhos, em razão da reconstrução de sua própria vida afetiva, crendo e propalando que as crianças agora têm um *novo pai* ou uma *nova mãe*, melhor na exata medida em que esta pessoa se mostra também um melhor companheiro amoroso do que fora o genitor não-guardião... Por fim, pode-se imputar ao guardião a obstaculização do relacionamento dos filhos com o outro genitor, em razão da reconstrução da vida afetiva deste último.” (HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, p. 138).

No caso específico de abandono paterno, a conduta culposa só pode ser imputada ao genitor a partir do momento em que este tenha ciência da paternidade, até mesmo porque “parece improvável que alguém possa ser civilmente responsável por uma relação paterno-filial rompida se esta pessoa não conhecia sua condição de ascendente.”⁶⁶⁹ E isso se dá porque os deveres inerentes ao poder familiar só podem ser cobrados do genitor a partir do momento em que saiba da possibilidade desta paternidade.⁶⁷⁰

Pois bem. Verificada a conduta culposa do genitor faltoso e o dano efetivamente sofrido pelo filho, resta estabelecer agora o nexó de causalidade entre tal conduta e dano.

5.3.1.3 O nexó de causalidade

Ninguém pode responder por algo a que não deu causa. Este parece ser um entendimento comum na sociedade. E o é também para o Direito.

Desse modo, além de aferir a culpa do agente e o dano da vítima, é preciso se estabelecer um liame entre um e outro. Significa dizer que ainda que se demonstre a existência de um ato ilícito e a conduta (culposa ou não) do agente, deve-se comprovar que o dano sofrido pela vítima adveio como consequência dessa conduta. Neste sentido, Serpa Lopes, mencionado por Sergio Cavalieri Filho, leciona que:

⁶⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 134.

⁶⁷⁰ Em decisão recente, a 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu inclusive pela responsabilização do genitor a partir do momento da mera imputação de paternidade, quando este se nega a colaborar com a Justiça e realizar o exame de DNA:

“Não se pode negar, contudo, que quando da propositura da ação de investigação de paternidade em 21/09/1998 (fl.08), obteve o apelante notícia de que a autora estava lhe imputando a condição de pai e, nesse momento, sem dúvida alguma, tomou conhecimento da possibilidade de existência de suposta descendente.

Nesse passo, como pessoa responsável, cabia-lhe, o quanto antes, realizar o exame pericial (DNA) a fim de ter a certeza sobre a paternidade ou não, demonstrando, inclusive, sua boa-fé em relação aos fatos narrados.

Ao invés disto, naquela ação de investigação, o apelante se esquivou por inúmeras vezes de realizar o exame genético, conduta bastante reprovável, pois se tinha dúvida acerca da aventada paternidade, o melhor seria, desde logo, produzir a prova, oportunidade que deixou precluir.” (BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apl. n. 0006041-21.2010.8.26.0361, Ac. 6748574, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, DJESP de 07.06.2013. Disponível em http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_00060412120108260361_b1f08.pdf?Signature=oh3R1DfvZUHnfxhiJiSS2xwRgp8%3D&Expires=1423323165&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=1525397be6f7bc71986e8deefe128669. Acesso em 07.02.2015).

São dois pontos que não se confundem – a relação causal e a imputabilidade. Quando se cogita de *imputabilidade* ou da *culpabilidade*, temos que determinar quais as consequências necessárias a que um resultado deva ser imputado *subjetivamente* ao seu autor, enquanto o problema do *nexo causal* diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado *objetivamente* à ação ou omissão de uma pessoa. No primeiro caso, temos uma questão de uma *imputatio juris*, ao passo que, na segunda, um problema de *imputatio facti*. Na *imputatio juris* impõe-se responder ao seguinte questionário: o causador do dano deve ser também considerado dele culpado, para os efeitos da responsabilidade.⁶⁷¹

Em outras palavras, de acordo com o próprio Sergio Cavalieri Filho, “o nexa causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano.”⁶⁷²

Até mesmo na responsabilidade objetiva, na qual se dispensa a análise da culpa na conduta do agente, é necessário que se estabeleça o nexa de causalidade entre dano e ato ilícito, pois sem isso não como se falar de ressarcimento à vítima.⁶⁷³

Estabelecer o nexa causal entre o dano sofrido pelo filho vítima de abandono parental e a conduta ilícita do genitor faltoso não é tarefa fácil. É neste sentido que Giselda Hironaka afirma que:

[...] ainda que comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole e ainda que a perícia psicológica consiga detectar e esclarecer os danos sofridos pelo filho abandonado, bem como a sua extensão, mais difícil será estabelecer o necessário nexa de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado.⁶⁷⁴

A perícia técnica volta a ter aqui grande importância, pois não basta que seja detectado o dano, é preciso relacionar este com a conduta faltosa paterna. Desse modo a questão central é, portanto, comprovar o nexa de causalidade entre a conduta omissiva e voluntária do pai e o dano psicológico sofrido pela criança, de maneira que, uma vez comprovado que a atitude omissiva do pai resultou em dano para os direitos da personalidade do filho em desenvolvimento, não reste dúvida quanto ao dever de indenizar.

⁶⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 46-47.

⁶⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 47.

⁶⁷³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil**. v. 4. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

⁶⁷⁴ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 144.

5.3.2 A indenização

A responsabilidade civil impõe ao agente causador de dano injusto a outrem a obrigação de indenizar. Neste sentido, a indenização tem o caráter de verdadeira sanção civil.

Entende-se neste trabalho que esta sanção, em caso de dano imaterial, pode ser compreendida sob três aspectos ou funções, a saber, compensatório, punitivo e pedagógico/dissuasório. Desse modo, além de compensar a vítima pelo dano sofrido, a indenização representa também a punição do agente pela conduta antijurídica, bem como pode inibir a ocorrência de comportamentos semelhantes.⁶⁷⁵

Nas situações que envolvem o descumprimento do dever de convivência, essas faces da indenização parecem ganhar ainda mais relevância. A conduta paterna/materna de abandono imaterial merece séria reprovação, sobretudo pelas consequências nefastas que pode produzir para a formação da personalidade do filho que é abandonado. Como ensina Rodrigo da Cunha Pereira: “O dano não é tanto pelo sofrimento causado, mas pela violação do direito e que tanto sofrimento causa a ponto de provocar danos à pessoa. O mau exercício do poder familiar é um dano ao direito da personalidade do filho. Abandonar e rejeitar um filho significa violar direitos.”⁶⁷⁶

É por isso que Claudete Canezin afirma que:

A omissão no atendimento integral às necessidades da criança é passível de indenização por danos morais, na medida em que o dever dos pais não se resume aos alimentos, mas é maior que isso, englobando todo o bem-estar do menor nos diversos aspectos de sua vida.⁶⁷⁷

Neste sentido, a indenização nos casos de “abandono afetivo” deve não apenas compensar o dano sofrido pelo filho, mas também deve demonstrar a reprovabilidade social da conduta do genitor faltoso, bem como inibir comportamentos semelhantes, sendo este último ponto talvez o mais importante. Conforme Pereira, “o que se quer alcançar é o caráter pedagógico, para que se possa cumprir deveres éticos, voltados para o futuro, assegurando a

⁶⁷⁵ “As funções da reparação civil compreendem três esferas de alcance: compensatória ao dano causado à vítima; punitiva do ofensor; e a desmotivação social da conduta lesiva.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 249).

⁶⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 248.

⁶⁷⁷ CANEZIN, Claudete Carvalho. *Op. cit.*, 2006, p. 751.

proteção daqueles carecedores de especial proteção.”⁶⁷⁸ É o entendimento sustentado também por Giselda Hironaka:

De outro lado, a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configurada com parcimônia e bom senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou da busca do lucro fácil, poderá se converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar inclusive um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.⁶⁷⁹

E é preciso que se diga que não se trata de *monetarizar* o afeto, como equivocadamente vem sendo dito pela doutrina e até mesmo em algumas decisões judiciais. A indenização neste campo assume caráter compensatório, pois é certo que a “quantia arbitrada a esse título tem valor simbólico, pois não há dinheiro que pague o abandono afetivo. Trata-se de compensação, não de ressarcimento.”⁶⁸⁰

Aliás, João Casillo, lecionando sobre a *restitutio in integrum*, ou seja, a restituição integral à vítima do dano sofrido, afirma que este instituto aplica-se de forma mais apropriada nos casos de dano patrimonial ou material, pois que no dano imaterial “em verdade há mais uma compensação do que efetivamente uma restituição ao *stato quo ante*.”⁶⁸¹

Por outro lado, um dos principais argumentos levantados contra a possibilidade de indenização por “abandono afetivo” é de que a propositura de ação de reparação civil afetaria ainda mais a relação paterno-filial, podendo resultar em maior afastamento entre os sujeitos envolvidos. No entanto, Romualdo Baptista dos Santos com propriedade lembra que:

[...] se a questão foi trazida a juízo é porque já não existe um bom relacionamento entre as partes, de modo que se esse relacionamento continuar não existindo, nada se perdeu. Além disso, dada a complexidade do ser humano, cada pessoa recebe esse fato de maneira diferente, de modo que não é de se duvidar que a propositura de uma ação, em alguns casos, possa até ensejar uma reaproximação entre os parentes afastados. Ainda que tal não aconteça, a indenização por dano moral, como é o caso do abandono afetivo, tem o condão de produzir um conforto na vítima, em substituição ao valor que lhe foi suprimido, mas representa também uma sinalização dada pelo Poder Judiciário de que a conduta é reprovada pela sociedade.⁶⁸²

⁶⁷⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 248.

⁶⁷⁹ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Op. cit.*, 2006, p. 148.

⁶⁸⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 249.

⁶⁸¹ CASILLO, João. *Op. cit.*, p. 84.

⁶⁸² SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Op. cit.*, p. 199.

Pois bem. Para a definição do *quantum* indenizatório, o magistrado deve ter por escopo as três funções que devem ser buscadas pela responsabilidade civil - e que se defendem neste trabalho -, quais sejam, compensar, punir e educar/dissuadir.

Também deve se ater ao quanto estabelecido pelo art. 944 do Código Civil:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.⁶⁸³

Aqui, dois pontos merecem atenção. Primeiro, é que se mostra de extrema relevância a realização de laudo pericial interdisciplinar que possa diagnosticar a extensão do dano sofrido pelo filho abandonado imaterialmente.

O segundo ponto que chama a atenção é que o parágrafo único do supracitado art. 944 permite que o grau de culpabilidade do agente influencie na quantificação da indenização.

Este é um debate antigo na doutrina. Segundo João Casillo, existem duas correntes que se dividem quanto à admissibilidade ou não de o grau da culpa ter consequências sobre a definição do *quantum* indenizatório⁶⁸⁴. Assim, prossegue Casillo:

Para alguns autores, quando da fixação do montante a ser pago pelo responsável pelo dano, aquela deve variar, principalmente se o juiz verificar que a culpa do agente pode ser classificada como leve. Neste caso, em especial, argumentam que não seria justo o pagamento de uma mesma indenização para aquele que agiu com dolo ou culpa grave.

[...]

Já em sentido contrário, outros autores, inclusive tendo por base um antigo texto do *Digesto* (“in lege Aquilia et levíssima culpa venit”, sendo caso de ato ilícito, a culpa levíssima é punida), entendem que o grau de culpa não deve ser levado em conta na fixação da indenização, pois o que interessa, realmente, é a extensão do dano.⁶⁸⁵

A culpa, segundo a gravidade da conduta do agente, pode ser dividida em graus: grave, leve e levíssima. A culpa grave é aquela em que o agente atua com grosseira falta de cautela, há previsão do resultado, por isso se assemelha ao dolo eventual do Direito Penal. Já

⁶⁸³ BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.

⁶⁸⁴ CASILLO, João. *Op. cit.*, p. 89.

⁶⁸⁵ CASILLO, João. *Op. cit.*, p. 89-91.

a culpa leve é a que implica em falta de atenção ordinária. Por fim, a culpa levíssima significa uma falta de atenção excepcional, pela ausência de conhecimento ou habilidade específicos.⁶⁸⁶

Para Cavalieri Filho, “diferentemente do Código Penal, o Código Civil, de regra, equipara a culpa ao dolo para fins de reparação do dano, e não faz distinção entre os graus de culpa.”⁶⁸⁷

No entanto, como já dito em outros momentos deste trabalho, esta autora entende que é preciso sim valorar a conduta do agente para a quantificação da indenização na responsabilidade civil. E mais, a interpretação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil não deixa dúvidas quanto a esta possibilidade. Partilhando deste entendimento, Rui Stoco leciona que

[...] o Direito brasileiro não se mostrou alheio ou insensível à indagação do elemento subjetivo da conduta do agente – a intensidade do dolo ou os graus da culpa – na perquirição da obrigação de reparar.

Aliás, a qualidade da conduta do agente ou a intensidade do querer e a maior ou menor possibilidade de prever exsurtem como relevantes não só para a determinação da responsabilidade, como no estabelecimento do *quantum* indenizatório.⁶⁸⁸

Assim, entende-se aqui que a valoração da conduta do genitor faltoso deve ter relevância para fins de definição do *quantum* indenizatório no caso de descumprimento do dever de convivência parental.

5.4 Avanços legislativos e jurisprudenciais

Embora seja relativamente recente a discussão sobre a possibilidade de incidência da responsabilidade civil sobre as relações parentais, especificamente em caso de descumprimento pelos pais do dever de convivência em relação aos filhos, é possível

⁶⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 37-38.

⁶⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 38.

⁶⁸⁸ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 146.

identificar, a partir da contribuição da doutrina, um avanço da questão nos tribunais pátrios, bem como a tentativa do legislador brasileiro de melhor definir o tema.⁶⁸⁹

Além do mais, é possível dizer com Rodrigo da Cunha Pereira que:

Os casos que chegam à Justiça nos remetem a uma relevante reflexão sobre a importância da função paterna para a constituição do sujeito, além de simbolizar e representar a necessidade de intervenção judicial. Para além do caráter reparatório, cada caso traz consigo o seu efeito didático, e conseqüentemente político, no sentido de se saber e reafirmar a norma jurídica de que os pais têm obrigações, são responsáveis e devem ser responsabilizados pelo descumprimento da norma, isto é, pelo abandono afetivo em relação aos seus filhos.⁶⁹⁰

Na mesma linha, Rolf Madaleno leciona que

A omissão injustificada de qualquer dos pais no provimento das necessidades físicas e emocionais dos filhos sob o poder parental ou seu proceder malicioso, de efeitos negativos, relegando descendentes ao abandono e ao desprezo, tem propiciado o sentimento jurisprudencial e doutrinário de proteção e de reparo ao dano psíquico causado pela privação do afeto na formação da personalidade da pessoa.⁶⁹¹

Pois bem. No Brasil, dois casos foram responsáveis por iniciar a provocação jurisdicional sobre a matéria. Um deles se deu por iniciativa do próprio Rodrigo da Cunha Pereira, na condição de advogado, no Estado de Minas Gerais. Tratava-se de situação em que um jovem de 23 anos alegava o abandono paterno após a separação conjugal dos genitores. É curioso neste caso que o pai faltoso nunca tenha deixado de arcar com os alimentos ao filho, mas negligenciava completamente a assistência moral, educacional e a convivência.

A ação foi julgada improcedente pelo juízo de primeiro grau, mas em julgamento da apelação o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais reconheceu ao autor o direito à reparação pelos danos morais sofridos em razão do abandono paterno:

- INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TJMG - Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000, Relator(a): Des.(a) Unias Silva, Relator(a)

⁶⁸⁹ Maria Celina Bodin de Moraes noticia que uma das primeiras sentenças a reconhecer o direito à reparação de filho em caso de abandono afetivo foi emanada pela jurisprudência italiana no ano 2000. (MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, 2006, p. 197).

⁶⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 252.

⁶⁹¹ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, 2006, p. 151.

para o acórdão: Des.(a) , julgamento em 01/04/2004, publicação da súmula em 29/04/2004)⁶⁹²

Trata-se de decisão paradigmática, em que o Poder Judiciário reconhecia que o descumprimento do dever parental de convivência gera a obrigação de reparação civil. Infelizmente o julgado não prosperou, vez que foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁶⁹³

A outra ação foi proposta na comarca de Capão da Canoa – Rio Grande do Sul, tendo o juiz de primeiro grau condenado o pai faltoso a pagar 200 (duzentos) salários mínimos a título de indenização por ter deixado de conviver com sua filha.⁶⁹⁴ Essa foi a primeira ação a transitar em julgado sobre o tema.

Mas é certo que a partir de então se multiplicaram as ações pelo país para discutir a responsabilização de genitores por abandono imaterial de seus filhos. E novamente, como era de se esperar, a questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça. No entanto, desta vez a Corte inovou e fez história ao reconhecer que “amar é faculdade, cuidar é dever.” E mais,

[...] a comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.⁶⁹⁵

⁶⁹² BRASIL, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7. Câmara cível. Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01.04.2004. Relator Unias Silva. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 29.01.2013.

⁶⁹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, por maioria, DJU de 27.03.2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF. Acesso em 29.01.2013.

⁶⁹⁴ “Está em fase de execução a sentença que obriga o advogado e vereador Daniel Viriato Afonso a reparar sua filha em R\$ 48 mil por abandono afetivo. Segundo informação do site *Espaço Vital*, essa é a primeira ação brasileira de filho contra pai por abandono que transitou em julgado.

A decisão, de 15 de setembro de 2003, é do juiz Mario Romano Maggioni, da comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul.

O advogado da menina, Domingos Sinhorelli Neto, sustentou o constrangimento que ela passa por não conhecer seu pai. “Nas atividades escolares, está sendo questionada pelos colegas, quanto à existência de seu pai, que não a visita, não comparece na festa do dia dos pais, carregando consigo o estigma da rejeição”. Os pais são solteiros, não têm união estável nem se visitam.

D. V. A. paga pensão alimentícia de quase R\$ 1 mil. Quando esse valor foi acordado, no dia 28 de julho de 2002, o pai também ficou obrigado a “passar a visitar a filha, no mínimo a cada 15 dias, levando-a a passear consigo, comprometendo-se, também, em acompanhar seu desenvolvimento infante-juvenil, prestando assistência, apresentando a criança aos parentes pelo lado paterno”. Na prática, nada disso aconteceu. Citado na ação reparatória, o pai não contestou. Em 12 de agosto de 2003, o juiz Mario Romano Maggioni, da comarca de Capão da Canoa, julgou procedente a ação para conceder a reparação.” (CONJUR (2005). Pai é obrigado a indenizar filha por abandono afetivo no RS. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2005-mar-14/pai-obrigado-indenizar-filha-abandono-afetivo-rs>. Acesso em 13.02.2015).

⁶⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 1.159.242 - SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria, DJU de 10.15.2012. Disponível em

Na verdade, nesta nova decisão, o STJ supera de uma vez a velha discussão doutrinária que rondava os casos de “abandono afetivo” a respeito da impossibilidade de se obrigar a amar e consagra a ideia de cuidado como valor jurídico a ser observado. Nesta mesma linha, Jones Figueiredo Alves, em comentários ao mencionado julgado, assevera que:

No caso julgado, a decisão-paradigma do STJ superou o tormentoso dilema do abandono afetivo como causa eficiente de obrigação de indenizar, diante da repulsa à precificação do amor, ou da impossibilidade lógico-jurídica de se obrigar alguém a amar outrem, mesmo que seja o filho que o pai rejeitou ou negou-lhe a devida paternidade.

O referido julgado assentou, com a devida precisão, que “o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.”⁶⁹⁶

É certo que esta decisão do STJ inaugura um novo capítulo no direito de família brasileiro, de uma jurisprudência comprometida com os atuais e valores e funções da família contemporânea, sobretudo com o respeito a dignidade da pessoa humana. Depois disso, afirma Alves, “recentes decisões judiciais cuidam de inibir, impedir ou punir a ‘negligência intolerável’ como conduta inaceitável à luz do ordenamento jurídico.”⁶⁹⁷

Por outro lado, além de fomentar a discussão doutrinária e jurisprudencial, a questão do “abandono afetivo” igualmente aportou no Poder Legislativo, pois atualmente há dois projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional a esse respeito.

O Projeto de Lei do Senado nº 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, propõe a modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterando diversos de seus dispositivos, para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. Assim, por exemplo, ao art. 5º do ECA seria acrescentado um parágrafo único com a seguinte redação: “Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral.”⁶⁹⁸

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 29.01.2013.

⁶⁹⁶ ALVES, Jones Figueiredo. *Op. cit.*, p. 101.

⁶⁹⁷ ALVES, Jones Figueiredo. *Op. cit.*, p. 102.

⁶⁹⁸ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 700/2007. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.. Disponível em: <

O referido projeto tramitou na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), que aprovou o projeto com seis emendas. Essas emendas resultaram no entendimento de que a expressão “abandono moral” não é a mais adequada para batizar o novo ilícito, mas sim abandono afetivo. O projeto foi arquivado ao final da legislatura, mas deve ser desarquivado com o início da nova legislatura.⁶⁹⁹

Já o Projeto de Lei nº 4294/2008, proposto pelo Deputado Carlos Bezerra, prevê, entre outras disposições, a inserção de um parágrafo único ao art. 1.632 do Código Civil, que teria a seguinte redação: “O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.”⁷⁰⁰

Em 31.01.2015 o mencionado projeto foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, ou seja, em razão do fim da legislatura. No entanto, em 10.02.2015 já houve apresentação do Requerimento de Desarquivamento pelo autor do projeto, que, em 12.02.2015, aguardava designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).⁷⁰¹

Em que pese a necessidade ou não de legislar a questão, tendo em vista a existência de cláusula geral de tutela da dignidade humana na Constituição Federal, é certo que essas tentativas de modificação da legislação atual servem para demonstrar as repercussões que o tema do abandono afetivo vem tendo sobre a sociedade. E justamente porque a família é hoje compreendida como espaço de realização do sujeito e efetividade da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente impõem um repensar sobre as relações parentais, tendo em vista a clara

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516> . Acesso em 10.02.2015. Texto Original.

⁶⁹⁹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 700/2007. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516> . Acesso em 10.02.2015. Texto Original.

⁷⁰⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4294/2008. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>> . Acesso em 10.02.2015. Texto Original.

⁷⁰¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4294/2008. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>> . Acesso em 10.02.2015. Texto Original.

vulnerabilidade dos menores, instituindo-se o que Maria Celina Bodin de Moraes chamou de uma “defesa da ordem social a partir da criança.”⁷⁰²

⁷⁰² MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, 2006, p. 194.

6. CONCLUSÃO

Era uma vez uma linda família. Papai vai trabalhar, mamãe cuida da casa e das crianças, estas, por sua vez, devem obediência total aos seus pais, mas, sobretudo, ao papai, que tudo sabe e tudo controla...

Este era o único modelo familiar reconhecido e legitimado pelo Direito brasileiro até o advento da Constituição Federal de 1988. Muito embora, é preciso que se diga, muitas outras formas familiares sempre coexistiram para além desta família nuclear e matrimonializada, como tão bem retratado na obra de Nelson Rodrigues. No entanto, a legislação pátria teimava em fechar os olhos para essa realidade paralela. E assim, seguia-se reconhecendo-se direitos apenas a este modelo “papai, mamãe, filhinhos”.

Ocorre que a sociedade brasileira, como aconteceu em todo o mundo, começou a vivenciar um movimento de profundas transformações em suas bases. O processo de industrialização, a emancipação feminina e a multiplicação dos sujeitos de direito - situações que se intensificaram na segunda metade do século XX - impuseram ao Direito a necessidade de estabelecer um novo olhar sobre as relações sociais.

No Brasil, o Código Civil então em vigor, o de 1916, já não mais atendia às múltiplas necessidades dessa complexa sociedade, o que culminou com uma série de leis extravagantes, regulando temas que eram vistos como exclusividade do Código de Beviláqua. Era o início do processo de descodificação do Direito Civil no país, ou seja, a constatação de que um único Código não teria condições de regular todas as demandas de direito privado que envolvem uma sociedade em constante transformação.

No entanto, era preciso reunificar o sistema de direito privado, de modo que a multiplicação de leis esparsas não significasse também a possibilidade de sérias contradições no sistema. E a resposta veio com a Carta de 1988, que estabeleceu nova tábua axiológica para o direito privado brasileiro, regulando questões como o direito de propriedade, os direitos de personalidade e as relações familiares, entre tantos outros temas, todos pautados pela cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana.

Assim, embora um novo Código Civil tenha sido promulgado em 2002, a Constituição passou a ser compreendida como fonte principal para a aplicação e interpretação das normas de direito privado, o que inclui, por óbvio, às normas atinentes ao Direito de Família.

Desse modo, com a nova perspectiva constitucional, a família deixou de ser compreendida meramente como instituição, passando a ser entendida como o *locus* privilegiado da formação do sujeito e da concretização da sua dignidade. Para tanto, a Constituição impõe aos membros da entidade familiar um conjunto de deveres de observância obrigatória. Estes deveres se verificam sobremaneira nas relações parentais e incluem o dever de assistência – moral, educacional, material -, de cuidado e de convivência.

É preciso lembrar que as relações parentais são necessariamente assimétricas, pois uma das partes está em condição de vulnerabilidade. Neste sentido, o exercício do poder familiar pelos pais não é uma mera faculdade, mas sim um dever estabelecido pelo ordenamento jurídico, em razão da situação peculiar dos filhos – crianças e adolescentes - como sujeitos em desenvolvimento.

O dever de convivência parental, que implica em assistência imaterial, cuidado, presença, é um dos atributos do poder familiar e está também previsto explicitamente na Constituição, bem como na legislação civil em vigor, especialmente o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além do mais, a Constituição também impõe à família o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, condições plenas para o seu desenvolvimento, através da garantia de alguns direitos fundamentais, dentre os quais está o direito à convivência familiar. É a consagração da doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente. O “filhinho” obediente e submisso deu lugar a um sujeito cheio de direitos.

Também é preciso ressaltar que da escolha livre e voluntária de ter filhos, decorre para os genitores certas obrigações que se constituem em deveres jurídicos, cuja observância, é, portanto, uma exigência do ordenamento.

E vale dizer que não se trata de obrigação de amar ou dar afeto – o que a expressão “abandono afetivo” por vezes ajudou a induzir -, pois se trata de questão fora dos alcances do Direito. O que se discutiu neste trabalho diz respeito ao cumprimento de deveres instituídos por normas jurídicas, quais sejam, o dever de cuidado e de convivência.

Neste sentido, o inadimplemento desses deveres próprios da parentalidade constitui um verdadeiro ilícito civil passível, portanto, de reparação.

Dessa maneira, ressaltou-se neste trabalho a importância de se situar o tema do descumprimento dos deveres parentais na categoria dos ilícitos civis, de modo que seja possível compreender a possibilidade de sanção para os genitores faltosos.

É preciso lembrar que as sanções têm a função de inibir as condutas antijurídicas e, em consequência, estimular o cumprimento dos deveres juridicamente impostos. Em razão disso, desconstruiu-se aqui a ideia de que a destituição do poder familiar poderia ser compreendida como sanção para o genitor faltoso com seus deveres, sobretudo os deveres de cuidado e convivência. Até mesmo porque, retirar o poder familiar de quem não o exerce por pura desídia, não implica em punição, mas em verdadeira “bonificação”. Assim, não haveria um caráter verdadeiramente sancionatório em tal reprimenda.

E o Direito, é bom ressaltar, não pode se valer de sanções inócuas.

Dessa maneira, a alternativa sancionatória pensada para essas situações passou a ser a responsabilidade civil, possibilitando, através da indenização, tanto a punição do violador da norma, como a compensação da vítima pelo dano sofrido.

Na verdade, o instituto da responsabilidade civil tem sido compreendido atualmente como um importante instrumento de tutela dos mais variados direitos subjetivos – multiplicados com a nova ordem constitucional –, sendo, muitas vezes, a única forma de sanção possível no caso de inobservância desses direitos.

Vale dizer que a ideia de responsabilidade é mesmo entendida hoje como uma consequência das relações sociais na contemporaneidade, no sentido de tornar o sujeito responsável por suas condutas. No entanto, é nas relações familiares que essa ideia de responsabilidade se torna ainda mais evidente e crucial para a preservação dos laços familiares e para a realização da dignidade dos membros da entidade familiar. Por isso, a responsabilidade civil pode ser sim uma resposta para o descumprimento dos deveres jurídicos impostos pela nova ordem constitucional aos membros de uma família.

Ao longo do trabalho, verificou-se que a responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, exigindo, pois, para sua configuração, juízo de censura do agente capaz de entender a ilicitude de sua conduta, além de demonstração do nexo de causalidade entre o agir com dolo ou culpa e o dano, que deve ser certo, presente ou futuro e próprio, podendo atingir o patrimônio material ou moral.

Por outro lado, no caso das relações parentais, a análise desses elementos tradicionais da responsabilidade civil – dano, conduta, nexo de causalidade – deve ter em foco a

funcionalização das entidades familiares, uma vez que estas devem ser dirigidas à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque os sujeitos vulneráveis, como é o caso dos filhos menores.

O dano é elemento essencial para que se configure a responsabilidade civil e, portanto, o dever de indenizar, sendo cada vez mais destacada a sua importância na teoria da responsabilidade civil. No caso específico discutido ao longo desta pesquisa, demonstrou-se que o descumprimento do dever de convivência pelo genitor provoca no filho “abandonado” um dano de natureza extrapatrimonial ou existencial, que pode também ter repercussões de natureza patrimonial. O avanço das pesquisas nas Ciências, sobretudo na Psicologia, já demonstra que a ausência paterna ou materna na vida do filho pode impor ao mesmo dificuldades no seu processo de desenvolvimento e socialização, o que acarreta um dano à sua personalidade.

Também se discutiu aqui que para a correta avaliação da existência e da extensão do dano, em cada caso concreto o Judiciário deverá se valer de estudo psicossocial que possa auxiliá-lo nessa constatação, pois não basta a mera ocorrência do ilícito, ou seja, a concretização da violação ao dever de convivência e seus corolários – cuidado, assistência moral, educação -, é preciso que haja, pois, um dano efetivo do filho vítima desse abandono.

Além da verificação do dano, é preciso também comprovar que o agente agiu de maneira culposa. A culpa nas relações familiares ocorre justamente quando há negligência de um dos pais quanto aos deveres decorrentes do poder familiar. No entanto, na situação peculiar de descumprimento do dever de convivência parental, não é incomum que o genitor não guardião seja impedido pelo outro genitor de exercer os deveres e direitos próprios do poder familiar – como nos casos de Alienação Parental. Nesses casos, afasta-se a culpa e, em consequência, a responsabilidade.

Mas comprovada a culpa do agente e o dano da vítima, é preciso ainda se estabelecer um liame entre um e outro, ou seja, é necessário demonstrar a existência de nexo de causalidade entre dano e conduta. Deve-se comprovar que o dano sofrido pela vítima adveio como consequência dessa conduta, para o que, novamente, a realização de perícia técnica será de grande importância.

Defendeu-se ainda neste trabalho que a indenização nos casos de “abandono afetivo” deve não apenas compensar o dano sofrido pelo filho, mas também deve demonstrar a reprovabilidade social da conduta do genitor faltoso, bem como inibir comportamentos semelhantes, sendo este último ponto talvez o mais importante, ou seja, o seu caráter pedagógico.

Essa é uma questão que vem de fato provocando uma série de debates na sociedade brasileira, com manifestações do Judiciário e até mesmo do Poder Legislativo.

Desde 2003, quando proposta a primeira ação judicial sobre a matéria, várias outros processos foram instalados, com decisões vacilantes dos tribunais em primeira e segunda instância, ora reconhecendo ora negando a responsabilidade civil nesses casos de abandono parental.

Em decisão recente – no ano de 2012 -, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de indenização por descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, especialmente o dever de cuidado, representando um importante avanço jurisprudencial para a solidificação da responsabilidade parental.

Também o Poder Legislativo tem se preocupado com a temática, pois, como visto neste trabalho, existem hoje dois projetos de lei – um no Senado Federal e outro na Câmara dos Deputados – que visam tipificar a conduta de abandono afetivo e a possibilidade de indenização.

Este cenário de múltiplas discussões apenas confirma que a questão do cumprimento dos deveres parentais está na pauta do dia e ainda demanda soluções que possam contribuir para a melhor efetividade dos preceitos constitucionais com relação à proteção dos filhos. Neste trabalho, procurou-se situar esses deveres parentais, especialmente o dever de convivência, como deveres juridicamente impostos, de modo que o seu descumprimento configure um verdadeiro ilícito civil, passível, pois de reparação.

Com este caminho, a intenção é evitar que o tema seja tratado simplesmente no plano da afetividade, o que levou o Judiciário em tantos casos a afastar o direito de filhos abandonados imaterialmente por seus pais, sob o argumento de que não há obrigação jurídica de amar ou dar afeto.

Demonstrou-se, pois, que a obrigação jurídica existente reside no plano dos deveres parentais, sobretudo de cuidado e de convivência, que implica em assistência moral, educacional, presença - elementos indispensáveis ao bom desenvolvimento do filho. Embora

o cumprimento desses deveres possa realmente abrir caminho para o estabelecimento de laços afetivos entre os sujeitos envolvidos – pais e filhos -, é importante que sejam delimitados os espaços de incidência do Direito, pois há limites que ele não pode transpor.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia (Série de Teoría Jurídica u Filosofía del derecho n. 28), 2003.

ALVES, Jones Figueiredo. **Abandono afetivo** – decisão comentada. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - vol. 35 (ago/set 2013). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2013.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **Modernidade e pós-modernidade**. Disponível em http://ww2.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/nm_5_modernidade_e_pos_modernidade_08dez09.pdf. Acesso em 15.11.2014.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização punitiva**. Disponível em http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136. Acesso em 28.01.2014.

ARAÚJO, Hilda Ledoux Vargas de. **A parentalidade nas famílias neoconfiguradas. Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais E Humanidades**. Niterói RJ: ANINTER-SH/ PPGSD-UFF, 03 a 06 de Setembro de 2012, ISSN 2316-266X.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 30.

BARBOSA, Arykoerne Lima. **A responsabilidade pressuposta à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da aplicação do mise en danger**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9055. Acesso em 05.12.2014.

BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antonio Ferreira (coords.). **Família e jurisdição** - vol. II. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido** – Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BEAUVOIR, Simone de. **As estruturas elementares do parentesco, de Claude Lévi-Strauss**. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/campos/article/viewFile/9547/6621>. Acesso em 04.10.2014.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido se desmancha no ar: a aventura da modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BOFF, Leonardo. **Princípio de compaixão e cuidado**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2000
BOFF, Leonardo. **O cuidado essencial: princípio de um novo ethos**. Disponível em <http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/viewFile/6/12>. Acesso em 01.12.2014

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGA NETTO. Felipe Peixoto. **Ilícito civil, esse desconhecido...** Disponível em <http://www.domtotal.com/direito/uploads/2.pdf>. Acesso em 27.01.2015.

BRASIL. Código Civil (1916). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 01.12.2014.

BRASIL. Código Civil (2002). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2014.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em 01.12.2014.

BRASIL. Código Penal (1940). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 01.12.2014.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01.12.2014.

BRASIL. Decreto nº 99.710/1990 (Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança). Brasília: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 01.12.2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) – Lei. Nº 8.009/1990. Brasília: Presidência da República – Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01.12.2014.

BRASIL. Estatuto do Idoso (2003) – Lei. Nº 10.741/2003. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em 01.12.2014.

BRASIL. Lei nº 11.804/2008 (Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm. Acesso em 01.12.2014.

BRASIL. Lei nº 12.318/2010 (Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em 01.12.2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4294/2008. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>> . Acesso em 10.02.2015. Texto Original.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 700/2007. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.. Disponível em: <
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516> . Acesso em 10.02.2015. Texto Original.

BRASIL, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7. Câmara cível. Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01.04.2004. Relator Unias Silva. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 29.01.2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2. Vara cível da Comarca de Capão da Canoa/RS. Processo Cível n. 141/1030012032-0, de 15.09.2003. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em 29.01.2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, 31. Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP. Ação Indenizatória n. 01.036747-0, de 05.06.2004. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 151-160, ago-set. 2004.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apl. n. 0006041-21.2010.8.26.0361, Ac. 6748574, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, DJESP de 07.06.2013. Disponível em http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_00060412120108260361_b1f08.pdf?Signature=oh3R1DfvZUHnfxhiJiSS2xwRgp8%3D&Expires=1423323165&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=1525397be6f7bc71986e8deefe128669. Acesso em 07.02.2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, por maioria, DJU de 27.03.2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF. Acesso em 29.01.2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp n. 1.159.242 - SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria, DJU de 10.15.2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 29.01.2013.

BRUSCHINI, Cristina. **Uma abordagem sociológica de família**. Disponível em http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/rev_inf/vol6_n1_1989/vol6_n1_1989_1artigo_1_23.pdf. Acesso em 10.11.2014.

BUNAZAR, Maurício. **Taxonomia da sanção civil**: para caracterização do objeto da responsabilidade civil. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0639_0649.pdf. Acesso em 01.12.2014.

CAENEGEM, R. C. van. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. Revisão: Eduardo Brandão. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da culpa no direito de família**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). **Direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CONJUR (2005). Pai é obrigado a indenizar filha por abandono afetivo no RS. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2005-mar-14/pai-obrigado-indenizar-filha-abandono-afetivo-rs>. Acesso em 13.02.2015.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acesso em 03.10.2014.

CRETELLA JUNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

CRUZ, José de Ávila. Família – notícia histórica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros. **O Direito e a família**. São Paulo: Noeses, 2014.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil** - vol. 1 - 9ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Da responsabilidade civil** - vol. 1 - Rio de Janeiro: Forense, 1944.

_____. **Da responsabilidade civil** - vol. 2 - Rio de Janeiro: Forense, 1944.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Dicionário Informal. Disponível em <http://www.dicionarioinformal.com.br/sindi%C3%A1smica/>. Acesso em 22.12.2014

DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12987>>. Acesso em 04.02.2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – direito de família – vol. 5. - 24ª ed.** - São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil – vol. 7.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito civil brasileiro – teoria geral do direito civil – vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito à convivência familiar.** In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). **Direito patrimonial e direito existencial.** São Paulo: Método, 2006.

DireitoNet [Dicionário]. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/789/Astreinte>. Acesso em 14.02.2015.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao novo Código Civil – da responsabilidade civil, das preferencias e privilégios creditórios - vol. XIII** (Arts. 927 a 965). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ENGELS, Friederich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf. Acesso em 04.10.2014.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família – elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O direito de família gauche.** In *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 2 (2002), v.9. Rio de Janeiro: Padma Editora.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – teoria geral.** 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

____. **Introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

____. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. **Tutela da filiação**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

FIUZA, Cesar. **Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade civil**. Revista Synthesis, TRT da 2ª região, n. 42, 2006.

FIUZA, César. **Por uma nova teoria do ilícito civil**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1404. Acesso em 25.01.2015.

Folha de São Paulo (1997). Elizabeth 2ª usa bodas para atrair súditos. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/11/20/mundo/6.html>. Acesso em 13.12.2014.

Folha de São Paulo, edição de 25/12/2012, Caderno C, p.10

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**. Disponível em http://www.wilsoncamilo.org/arquivos/alienacao_parental.pdf. Acesso em 27.12.2014.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

____. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de. **Responsabilidade civil nas relações familiares**. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões (out/nov 2007). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

GIMENEZ, Ângela. **Igualdade parental: depoimento**. [janeiro, 2015]. Entrevista concedida a **Revista do IBDFAM** – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

____. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. VI: direito de família. 4º ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

____. **Direito civil brasileiro**, vol. IV: responsabilidade civil. 4º ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito civil brasileiro**, vol. I: parte geral. 6ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. Vol. II – direito das obrigações. São Paulo: Max Limonad, 1951.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. **Responsabilidade pressuposta**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). **Direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento: regime de bens**. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Familia/Diversos_familia/doutrina%20-%20casamento%20regime%20de%20bens.doc. Acesso em 15.02.2015.

_____. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura**. Novos Estudos Jurídicos. Vol. 8, nº 3 – p. 579-595, set/dez.2003.

_____. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 12.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito** - 6ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

LARENZ, Karl. Trad. e notas de José Lamago. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

_____. **A Família**. In: SHAPIRO, Harry L. (org.) *Homem, Cultura e Sociedade*, Ed. Fundo de cultura, 1956.

LIMA E BRITO, Laura Souza. **Família e Parentesco: Direito e Antropologia**. Disponível em http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/redgv_3ed_artigo_5_-_familia_e_parentesco_direito_e_antropologia.pdf. Acesso em 03.10.2014.

LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/constitucionalizacao_paulo_lobo.pdf. Acesso em 19.03.2014.

_____. **Direito civil – famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Princípio da solidariedade familiar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364>>. Acesso em: 26 dez. 2014.

LUBISCO, Nídia M. L.; VIEIRA, Sônia Chagas; SANTANA, Isnaia Veiga. **Manual de Estilo Acadêmico** – monografias, dissertações e teses. 4. ed. rev. e ampl. Salvador: EDUFBA, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KEHL, Maria Rita. **Em defesa da família tentacular**. Disponível em <http://www.mariaritakehl.psc.br/PDF/emdefesadafamiliatentacular.pdf>. Acesso em 30.01.2013.

MACIEL, Andrea Athayde. **Dano moral por abandono afetivo parental**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/17473>. Acesso em 21/10/2008.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Abandono afetivo dos filhos e danos morais. Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666>>. Acesso em 03.02.2015.

MADALENO, Rolf. **O dano moral no direito de família**. In: COUTO, Sergio; SLAIBI FILHO, Nagib (Org.). **Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias**. Rio de Janeiro: Forense.

_____. **O preço do afeto**. In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia – uma introdução**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A família na Constituição**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros (coords.) **O Direito e a família**. São Paulo: Noeses, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **O valor jurídico do cuidado: família, vida humana e transindividualidade**. Disponível em <http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/3jointn?dd1=7717&dd99=view&dd98=pb>. Acesso em 01.12.2014.

MELO, Gerlanne Luiza Santos de. **Convivência familiar**: direito da criança e do adolescente. Disponível em <http://www.faete.edu.br/revista/Artigo%20Convivencia%20Gerlanne%20Familiar%20ABNT.pdf>. Acesso em 01.12.2014.

MENEZES José Lima de. **O conceito de norma jurídica**. Disponível em www.uefs.br/coldir/artigo_conceito_de_norma_juridica.rtf. Acesso em 05.01.2015.

MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. In: NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Responsabilidade civil**: teoria geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, cap. 17.

MICHELAZO, Busa Mackenzie. **Do dano moral** – teoria, legislação, jurisprudência e prática. Lawbook Editora.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito** - Tomo II – Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

_____. **Tratado de Direito Privado** – parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. XXVI.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. II.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade...** In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

MORAES, Maria Lygia Quartim de. **Brasileiras**: Cidadania no feminino. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NALINI, José Renato. **A tragédia familiar – reflexões sobre a falta de amor**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros (coords.) **O Direito e a família**. São Paulo: Noeses, 2014.

NICODEMOS, Erika. **Codificação e descodificação**: o direito civil e o Código Civil de 2002. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3765, 22 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25559>>. Acesso em: 25 out. 2014.

NOVAES, Maria Helena. **O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais – uma questão psicológica**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

O conceito de sanção em Hans Kelsen. Disponível em www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11169/11169_6.PDF. Acesso em 10.01.2015

OLIVEIRA, José Guilherme Couto de. **A crise de valores na pós-modernidade.** Disponível em <http://www.libertas.com.br/site/index.php?central=conteudo&id=3312>.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Recomeçar: família, filhos e desafios** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 236 p. ISBN 978-85-7983-036-5. Disponível em <http://books.scielo.org>. Acesso em 10.01.2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos de sua evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Instituições de direito civil: Teoria geral das obrigações.** Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2002.

_____. **Responsabilidade civil.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática – 2. Ed.** – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

_____. **Indenização por abandono afetivo e material – decisão comentada.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - vol. 25 (dez/jan 2012). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012.

_____. **Pai, por que me abandonaste?** In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Responsabilidade civil por abandono afetivo.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - vol. 29 (ago/set 2012). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais.** In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tania da Silva. **O cuidado como valor jurídico.** In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **O melhor interesse da criança.** In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar.** Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

PEREIRA, Vera Alexandra Malheiro. **Crianças maltratadas em contexto familiar: O papel da Comissão e Proteção de Crianças e Jovens.** Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/29306>. Acesso em 03.10.2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** – Introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETRINI, João Carlos. **Pós-modernidade e família: um itinerário de compreensão.** Bauru, SP: EDUSC, 2003.

PICCOLI, Alexandre. **Norma jurídica e proposição jurídica: estudo diferenciativo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 31, 1 maio 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3>>. Acesso em: 07.01.2015.

PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. **Mulheres: Igualdade e especificidade.** In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania.** São Paulo: Contexto, 2003.

PINTO, Helena Elias. **Função social e responsabilidade civil.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3323fe11e9595c09>. Acesso em 16.06.2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil** – a reparação e a pena civil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil** – vol. III – direito das obrigações, direito hereditário. 1ª ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas -SP: Bookseller, 1999.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade** – os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

SARTI, Cynthia. **“Deixarás o teu pai e a tua mãe”:** notas para uma discussão sobre Lévi-Strauss e a família. GT05 – Família e Sociedade. XXIII Encontro Anual da ANPOCS (Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais). 19 a 23 de outubro de 1999. Caxambu – MG. Disponível em http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4917&Itemid=358. Acesso em 03.10.2014.

_____. **Famílias enredadas.** In: Família, redes, laços e políticas públicas. ACOSTA, Ana Rojas e VITALE, Maria Amália Faller (orgs.). 5ª e. São Paulo: PUC SP Cedepe, Cortez editora.

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

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, abril/maio 2006.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. **Existem normas constitucionais desprovidas de sanção?** REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v.9, n.1, p.163-178, jan./abr.2014.

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho**. Revista Brasileira de Direito de Família. v. 6, n. 25 (ago/set 2005). Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago. /set. 2005.

SILVA, Heleno Florindo da; FABRIZ, Daury Cesar. **A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. v. 35 (ago/set 2013). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2013, p. 26-44.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Abandono afetivo: dever objetivo de cuidar dos filhos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3232, 7 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21706>>. Acesso em 04.02.2015.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SILVEIRA, Maria Lucia. **Família: conceitos sócio-antropológicos básicos para o trabalho em saúde**. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/refased/article/view/4927>. Acesso em 10.11.2014.

SOUTO MAIOR, Heraldo Pessoa **Durkheim e a família: Da “Introdução à Sociologia da Família” à “Família Conjugal”**. Revista ANTHROPOLÓGICAS, ano 9, volume 16(1): 7-30 (2005). Disponível em Disponível em <http://www.revista.ufpe.br/revistaanthropologicas/index.php/revista/article/view/47/44>. Acesso em 10.11.2014.

STEIN, Thais Silveira. **O estabelecimento da paternidade e a dignidade da pessoa nas relações familiares**. In: PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 560.

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

TARTUCE, Flávio. **O princípio da solidariedade e algumas de suas aplicações ao Direito de família – abandono afetivo e alimentos**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões. V. 30, out-nov 2012, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc. Acesso em 01.12.2014.

____. **O princípio da solidariedade e algumas de suas aplicações ao direito de família – abandono afetivo e alimentos.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. v. 30 (out/nov 2012). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPERMAN, Daniela. **Família, parentalidade e época: articulações possíveis.** In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira (orgs.). *Família e parentalidade – olhares da Psicologia e da História.* Curitiba: Editora Juruá, 2011.

TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade.** Petrópolis, Vozes, 1994.

VEJA (2011). Charles e Diana: o conto de fadas que se tornou pesadelo. Disponível em <http://veja.abril.com.br/blog/acervo-digital/realeza/charles-e-diana-o-conto-de-fadas-que-se-tornou-pesadelo/>. Acesso em 13.12.2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil.** v. 4. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 11ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

WITZEL, Ana Cláudia Paes. **Aspectos gerais da responsabilidade civil no direito de família.** Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12958. Acesso em 10.01.2014.

WRIGHT, Robert. **O animal moral – Porque somos como somos: A nova ciência da psicologia evolucionista.** Tradução Lia Wyler. Rio de Janeiro: Campus, 1996.