



**Universidade Católica do Salvador**  
**Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação**  
**Mestrado em família na Sociedade Contemporânea**

**FERNANDA CARVALHO LEÃO BARRETTO**

**INFLUXOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA DAS  
RELAÇÕES FAMILIARES: POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES  
QUANTO À OCORRÊNCIA DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO  
INTERNO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA**

**Salvador**  
**2011**

**FERNANDA CARVALHO LEÃO BARRETTO**

**INFLUXOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA DAS  
RELAÇÕES FAMILIARES: POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES  
QUANTO À OCORRÊNCIA DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO  
INTERNO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA**

Dissertação apresentada à Universidade Católica do Salvador  
como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em  
Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles

Salvador  
2011

UCSAL. Sistema de Bibliotecas

**B273 Barretto, Fernanda Carvalho Leão.**

Influxos da responsabilidade civil na seara das relações familiares: possibilidades e limitações quanto à ocorrência de danos extrapatrimoniais no interno da família contemporânea / Fernanda Carvalho Leão Barretto. – Salvador, 2011.  
172 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador.

Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação.

Mestrado em

Família na Sociedade Contemporânea.

Orientação: Prof. Dr. Edilton Meirelis de Oliveira Santos.

**TERMO DE APROVAÇÃO**

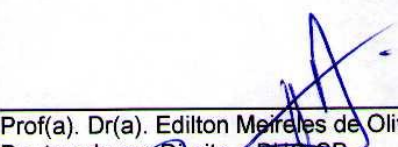
**Fernanda Carvalho Leão Barreto**

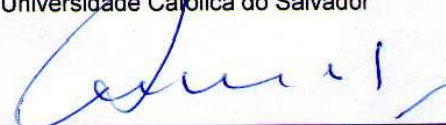
**INFLUXOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA DAS RELAÇÕES  
FAMILIARES: POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES QUANTO À OCORRÊNCIA DE  
DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO INTERNO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA**

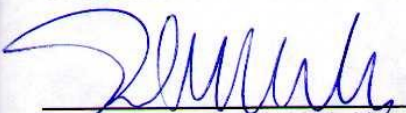
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 30 de agosto de 2011

Banca Examinadora:

  
\_\_\_\_\_  
Prof(a). Dr(a). Edilton Meireles de Oliveira Santos - Orientador(a)  
Doutorado em Direito - PUC-SP  
Universidade Católica do Salvador

  
\_\_\_\_\_  
Prof(a). Dr(a). Dirley da Cunha Junior  
Doutorado em Direito - PUC-SP  
Universidade Católica do Salvador

  
\_\_\_\_\_  
Prof(a). Dr(a). Rodolfo Mario Veiga Pamplona Filho  
Doutorado em Direito - PUC-SP  
Universidade Federal da Bahia

*Todas as guerras do mundo são iguais.  
Todas as fomes são iguais.  
Todos os amores são iguais, iguais, iguais.  
Iguais todos os rompimentos.  
A morte é igualíssima.  
Todas as criações da natureza são iguais.  
Todas as ações cruéis, piedosas ou indiferentes, são iguais.  
Contudo, o homem não é igual a nenhum outro homem, bicho ou coisa.  
Ninguém é igual a ninguém.  
Todo ser humano é um estranho ímpar.  
(Carlos Drummond de Andrade. A Paixão Medida)*

## **AGRADECIMENTOS**

A Nilo, meu exemplo, meu amparo, meu orgulho. Obrigada por exercer, com tanta responsabilidade, diligência e amor o seu papel de pai.

A Fátima, minha estrela, por ter aberto mão da irresponsabilidade da juventude para me dar a vida. Obrigada pela vivência cotidiana do amor mais forte que existe.

A Claudio, meu marido, parceiro e melhor amigo, agradeço por me ensinar e me fazer sentir, todos os dias, que o compromisso só faz sentido porque preenchido pelo amor verdadeiro...

A Renata e Nilo Jorge, meus irmãos amados, cujo simples nascimento me fez sentir que nunca mais estaria sozinha. E aos seus eleitos, Adhemar e Sabine, por agregarem ainda mais amor e alegria à nossa família.

A Paty, por me proporcionar a linda experiência da sociabilidade e por me permitir ser sua mãe.

A Rita que, de forma tão peculiar, consegue ser tia, amiga e irmã, por sua doçura, ajuda e amor constantes, desde sempre.

A Karla Kruschevsky Falcão, colega e irmã no afeto, pelo apoio infinito, aqui e em todos os outros campos.

Ao professor Edilton Meireles, meu orientador, pela amizade, pela confiança depositada, pelas palavras de incentivo, pela firme condução das discussões sobre o tema e pelo empréstimo generoso de material para este trabalho.

Ao Prof. Dirley da Cunha Júnior, exemplo de ser humano, de profissional competente e íntegro de quem tive o prazer de ser aluna algumas vezes, pela apreciação deste trabalho.

Ao Prof. Rodolfo Pamplona, que embora só tenha tomado conhecimento desta dissertação no momento da banca de qualificação, foi fundamental para a sua conclusão. Obrigada pela generosidade dos ensinamentos e do apoio espontâneo.

Ao professor Cristiano Chaves de Faria. Por ter me mostrado a grandeza do Direito Civil e pelo constante incentivo à minha docência.

A todos os professores do programa de Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea da UCSAL, responsáveis por me proporcionar o alargamento da visão sobre os fenômenos familiares, o qual, certamente, pautará doravante, a minha atuação jurídica na seara familiarista.

Por fim, aos meus alunos de todas as instituições onde leciono ou já lecionei - sobretudo aos da turma de formandos 2011.1, da Unijorge, por terem me honrado com a responsabilidade e com a felicidade de ser eleita sua paraninfa - pelos debates que enriqueceram este estudo e por representarem a verdadeira razão da minha escolha diária pelo caminho do ensino jurídico.

## RESUMO

Esta dissertação aborda a existência de uma zona de confluência entre o Direito da Responsabilidade Civil e o Direito de Família, consubstanciada na figura dos possíveis danos de natureza extrapatrimonial sofridos pelas pessoas humanas, no seio da entidade familiar. Parte-se, pois, da premissa, de que essa interpenetração é fruto do movimento de revalorização da pessoa, intensificado após as duas grandes guerras mundiais, o qual a alçou à condição de centro de todo o ordenamento jurídico, e a proteção da sua vida digna à *ratio essendi* do Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, a Responsabilidade Civil alargou-se para, visando tutelar o mais amplamente a pessoa, cogitar da apreciação de uma gama de novos danos através de novos filtros de reparação. O Direito de Família, por sua vez, adotou o paradigma da pluralidade e elegeu o afeto como seu valor mais importante. Doravante, a retirada do Estado da cena dessa família democrática, deixando espaço para as vivências de suas escolhas e idiossincrasias, foi uma conquista. Seguindo este foco, o presente estudo propõe que a ampla reparação dos danos causados à pessoa é um imperativo, inclusive no que tange aos de índole extrapatrimonial ocorridos no interno da família, desde que não relacionados diretamente ao descumprimento de deveres de natureza familiar, mas antes enquadrados na clausula geral de ilicitude dos artigos 186.187 CC/02. Como categoria central do problema analisado, parte-se para um estudo do dano moral, conforme o seu enquadramento pela Teoria da Responsabilidade Civil, com ênfase na discussão sobre a natureza jurídica da reparação dessa espécie de dano. Daí, avança-se para compreender melhor a família contemporânea, buscando situar o valor da responsabilidade em face dela, e para a apreciação de dois tipos novos e específicos de dano extrapatrimonial, que vem suscitando dúvidas entre a doutrina familiarista : o dano pela alienação parental e o dano pela perda de um chance. Por fim, aporta-se numa análise mais detida sobre questão do afeto como valor jurídico, e dos deveres que preenchem algumas relações familiares, para ,enfim, buscar a compreensão de como a ruptura ou a violação do afeto no seio familiar vem sendo entendida e tratada pelo direito brasileiro, no centro do qual se entabula um intenso debate em torno de saber se a negativa de afeto, no âmbito das relações amorosas e, sobremaneira, das relações paterno-filiais, poderia suscitar a compensação dos supostos danos morais que ocasiona.

**Palavras-Chave:** Pessoa. Dignidade Família. Pluralidade. Afeto. Responsabilidade Civil. Danos morais

## ABSTRACT

This paper addresses the existence of a confluence zone between the Tort Law and family law, embodied in the figure of the possible harm suffered by the off-balance sheet nature of human persons within the family unit. It starts from the premise that this interpenetration is the result of the movement of reevaluation of the result of the person, which was intensified after the two world wars and lifted the center condition of the whole law, and to the protection of its life with dignity to ratio essendi of the Democratic Estate of Law. On this track, Civil Liability expanded to think about the evaluation of a range of further damage through new repair filters, in order to protect the person more widely. The Family law, in turn, adopted the paradigm of diversity and elected affection as its most important value. Henceforth, the state's withdrawal from this democratic family scene was an achievement, leaving room for their choices experiences and idiosyncrasies. Following this focus, this study suggests that the extensive damage repair caused to a person is an imperative, including those related to off-balance occurred in the internal family, since they are not directly related to breach of family duties, but covered by the general clause of illegality CC/02 186, 187 articles. As a central category of the analyzed problem, we proceed to a study of moral damages, according to the framework of the theory of liability, with emphasis on by the discussion of the legal nature of this kind of damage repair. Hence, we advance to understand better the contemporary family, seeking to place the value of responsibility in the face of it, and for the assessment of two new and specific types of off-balance sheet damage, which has raised doubts among family-doctrine: the damage caused by the loss of a chance. Finally, it brings up a more detailed analysis on the issue of affect as a legal value, and the duties that meet certain family relationships, to finally get to understand how the breaking or violation of affection within the family has been understood and treated according to the Brazilian law, in the centre of which engage in an intense debate about whether the negative of affection, in the context of loving relationships and, above all, paternal-branch relations, could raise the compensation for alleged damages it causes.

**Keywords:** Person. Family Dignity. Pluraty. Affection. Liability. Moral damages.



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>1. CONTORNOS ATUAIS DO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DIREITO DE FAMÍLIA: A AVANÇADA PROTEÇÃO À PESSOA HUMANA COMO PONTO DE CONVERGÊNCIA ENTRE OS RAMOS DO DIREITO CIVIL.....</b>	<b>12</b>
1.1 AS QUESTÕES DE FAMÍLIA BATEM ÀS PORTAS DO DIREITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	12
1.2 LINEAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL ANTE A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A QUESTÃO DA AMPLIAÇÃO DOS DANOS À PESSOA HUMANA.....	18
1.3 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES X A POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DAS REGRAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	31
<b>2. OS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS, SUA INDENIZAÇÃO E O DEBATE ACERCA DA NATUREZA PUNITIVA-PEDAGÓGICA DA INDENIZAÇÃO.....</b>	<b>43</b>
2.1 CONCEITO, POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO E DELINEAMENTO HISTÓRICO.....	43
2.2 DANOS MATERIAIS X DANOS MORAIS.....	52
2.3 A(S) FUNÇÃO(ÕES) DA REPARAÇÃO.....	56
<b>3. NA INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA E O DIREITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL, DUAS HIPÓTESES DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS.....</b>	<b>66</b>

3.1 A PECULIAR TESSITURA DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM O VALOR DA RESPONSABILIDADE.....	66
3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL: BREVES NOTAS À LUZ DO ART. 6º DA LEI 12.318/10.....	77
3.3 A PERDA DE UMA CHANCE EM SEDE FAMILIARISTA.....	86
<b>4. O AFETO COMO VALOR JURÍDICO E OS COMPLEXOS CONTORNOS DE SUA TUTELA CIVIL.....</b>	<b>99</b>
4.1 O CISMA ENTRE O AMOR/AFETO E A RAZÃO MODERNA: UMA VISÃO DE JEAN LUC MARION.....	99
4.2 A DEFINIÇÃO DE AFETO COMO VALOR JURÍDICO.....	105
4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CAMPO DAS RELAÇÕES AMOROSAS.....	113
<b>4.3.1 Da violação de deveres específicos do casamento ou da união estável.....</b>	<b>115</b>
<b>4.3.2 Breves apontamentos sobre a culpa pelo fim do casamento e a abolição do sistema dual de dissolução do enlace. O fim do instituto da separação judicial.....</b>	<b>128</b>
<b>4.3.3 Da ruptura imotivada das relações amorosas: no noivado, na união estável e no casamento.....</b>	<b>131</b>
4.4 UM OLHAR PARA AS RELAÇÕES PATERNO – FILIAIS: INVESTIGANDO O DELICADO PROBLEMA DE ABANDONO AFETIVO.....	136
<b>4.4.1 Do constitucional direito à parentalidade, dos deveres legais impostos aos pais e das condutas que descumprem esses deveres.....</b>	<b>136</b>
<b>4.4.2 O acirrado debate acerca da possibilidade de indenização pela falta de afeto paternal.....</b>	<b>148</b>

**CONSIDERAÇÕES FINAIS.....155**

**REFERÊNCIAS.....158**

## INTRODUÇÃO

O problema relacionado ao aumento da gama de possíveis danos causados à pessoa - principalmente os de índole extrapatrimonial - seu reconhecimento, sua reparação e sua cogitada ocorrência no interno das relações familiares, está na ordem do dia e demanda uma análise que parte, necessariamente, do mais elementar direito do ser humano: o direito à vida digna. Como principal e primeiro direito fundamental e como macro princípio que se ergue da Constituição Federal de 1988 para influenciar todos os ramos do direito, para pautar a ação do Estado em face do cidadão e para reger, soberano, o atuar dos próprios cidadãos uns em face dos outros, a dignidade da pessoa humana firma-se como a pedra angular do sistema jurídico e razão de ser de todos os outros direitos fundamentais. Por conseguinte, o impacto causado por essa centralidade, em sede de um Direito Privado anacronicamente codicista e permeado por resquícios do liberalismo oitocentista, para quem a proteção da pessoa humana resumia-se à proteção do seu patrimônio material, abalou as feições tradicionais de todos os ramos da civilística pátria.

Constata-se, logo de início, que uma série de alegações de danos, envolvendo as relações familiares, tem sido trazida à apreciação do poder judiciário, numa clara interpenetração entre os Direitos da Responsabilidade Civil e de Família. Para descortinar de que forma se dá essa confluência, o capítulo primeiro se detém na análise da reconfiguração experimentada pelo Direito da Responsabilidade Civil contemporâneo, guiado sobremaneira pela ideia de reparação integral do dano e distanciado da apreciação valorativa da conduta do ofensor. Nesse mister, a atuação do Estado-Juiz mostra-se fundamental para garantir tutela dos direitos da personalidade, sepultando um período de neutralidade estatal frente às questões entre os particulares. Já no que tange ao Direito de Família, a investigação aponta como maiores reflexos da constitucionalização do Direito Privado a abertura da tutela jurídica das relações familiares para a pluralidade, a eleição do afeto como o principal critério norteador das vivências da família e a perda do caráter institucional da família. Aqui, o papel o Estado se retrai, e fala-se, hodiernamente, na força do

princípio da intervenção mínima no âmbito do Direito de Família. O capítulo finda com uma análise que busca a conciliação desses papéis estatais diversos, essencial para um deslinde da questão da alegação dos danos extrapatrimoniais ocorridos na família.

A ocorrência de danos patrimoniais - como os advindos do inadimplemento da obrigação alimentar ou de gastos médicos oriundos de maus-tratos físicos - são exemplos de danos à pessoa que podem ser causados por membros da família. A sua reparabilidade é inconteste e, ainda que ofereça desafios ao operador do direito que atua em sua apreciação, não suscitam indagações mais específicas por conta da sua proximidade com o fenômeno familiar. Por isso, volta-se esse estudo para a análise dos danos de caráter extrapatrimonial que podem ocorrer no seio da família. Ancorada na admissibilidade da ocorrência ampla de danos, no curso das relações familiares, o terceiro capítulo se dispõe a revisar os aspectos mais relevantes do dano moral, ordenados pela sua relevância para o presente estudo. Dedicar-se, pois, a revisar a conceituação do dano, sua evolução ao longo da história e a admissibilidade de sua reparação. Diferencia-o, em seus aspectos principais, dos danos de natureza pecuniária e, por fim, detém-se na acalorada discussão em torno da natureza de sua indenização, a qual apresenta grande relevância para a problemática do dano afetivo.

No quarto capítulo, a investigação direciona-se para um aprofundamento das modificações pelas quais passou a família, notadamente no último século, para, fixando-se em suas características atuais, compreender de que modo se dá o dimensionamento da questão da *responsabilidade* - compreendida aqui de modo mais amplo - em seu entorno. E, assentadas essas bases, dedica-se a estudar dois supostos danos de caráter extrapatrimoniais que, pela urgência e complexidade, vêm cobrando uma maior atenção dos operadores do direito que militam nas demandas de família: os danos causados pela conduta daquele genitor ou responsável que, deliberadamente, aliena o menor em face do outro genitor e/ou de sua família; e o dano pela perda de uma chance, que oferece interessantes possibilidades de configuração, dentre outros, frente ao afastamento involuntário do convívio com parental.

Ao final da dissertação, chega-se ao problema da violação do afeto como causa ensejadora do dever de reparar.

Estou ciente de que o trabalho aqui apresentado traz questões cujas resoluções, pela sua complexidade e controvérsia que amiúde aparecem neste campo, não representam uma tarefa de fácil resolução. Desde logo, afirmo, também, que não me atrevo a apresentar um marco definitivo para todas as controvérsias que daqui advêm – próprias, diria, do íntimo humano e do desenvolvimento científico – dado que, e defendo, é o debate científico, o rumo certo para propiciar a evolução de determinado instituto jurídico. O que não posso deixar de fazer e aqui me proponho, é sugerir ideias acerca desse debate.

# 1 CONTORNOS ATUAIS DO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DIREITO DE FAMÍLIA: A AVANÇADA PROTEÇÃO À PESSOA HUMANA COMO PONTO DE CONVERGÊNCIA ENTRE OS RAMOS DO DIREITO CIVIL

## 1.1 AS QUESTÕES DE FAMÍLIA BATEM AS PORTAS DO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Num período provavelmente compreendido entre os dias 10 e 19 de dezembro de 1919, o escritor e advogado checo Franz Kafka, então com 36 anos, retornou à Boêmia e, absolutamente imerso em si mesmo, produziu aquele que futuramente viria a ser reconhecido como um dos grandes monumentos literários que legou ao mundo: sua *Carta ao Pai*<sup>1</sup>.

A carta, segundo o crítico literário Marcelo Backes, além do alto valor estético, exhibe um notório caráter autobiográfico, assumindo que:

Se Kafka considerou sua carta advocatícia, isso não significa que trata de inverdades, mas de verdades retrabalhadas do ponto de vista da alguém que tenta - a todo custo - se justificar diante de um tribunal, o maior dos tribunais, o tribunal paterno... num processo dirigido não apenas contra o pai, mas contra o mundo e contra si mesmo<sup>2</sup>

A missiva era uma evidente tentativa de esclarecer os diversos pontos obscuros que turvavam a relação do autor de *A Metamorfose* e *O Processo* com o pai (e que permeiam, inclusive, toda a sua obra ficcional), no intuito evidente de melhorá-la e de tentar reuni-los numa convivência mais amena.

O fato é a que mensagem nunca chegou ao destinatário, e apenas seis anos após a sua elaboração, o escritor veio a falecer. Mas, de suas páginas emerge uma fonte preciosa de análise da complexa tessitura de que se compõem as relações familiares e, sobretudo, da profunda influência que essas relações, mormente as paterno-filiais, exercem na formação do indivíduo, no desenvolvimento de sua personalidade e na sua realização existencial.

---

<sup>1</sup> KAFKA, Franz. *Carta ao pai*. Tradução e comentários de Marcelo Backes, 2004.

<sup>2</sup> Idem.

Atribuindo ao jugo paterno uma relação de causalidade direta com a formação de seu caráter - que julgava assustado e fraco - e com sua permanente infelicidade, diz o escritor sobre o pai e para ele:

Para mim, sempre foi incompreensível tua total falta de sensibilidade em relação à dor e à vergonha que podia me infligir com palavras e veredictos. Era como se tu não tivesse a menor noção da tua força (...). Tu, porém, golpeavas com suas palavras sem mais nem menos, não tinhas pena de ninguém, nem durante nem depois. *Contra ti, a gente estava sempre completamente indefeso*<sup>3</sup>.(grifou-se).

Em outra passagem da obra, ainda mais marcante, aduz que:

*A impossibilidade da relação tranqüila teve uma outra consequência, muito natural no fundo: eu desaprendi a falar.* Por certo eu não teria sido, sendo outro o contexto, um grande orador, mas sem dúvida teria dominado a linguagem humana corrente e comum. Mas tu me proibiste a palavra desde cedo, tua ameaça: “nenhuma palavra de contestação!” e a mão erguida para sublinhá-la me acompanham desde então. Adquiri, junto de ti - és, quando se trata de tuas coisas, um orador excelente - um modo de falar entrecortado, gaguejante, e também por isso era demais para ti, de modo que por fim calei, primeiro por teimosia talvez, mais tarde porque diante de ti eu não conseguia pensar nem falar.(.....) *teus recursos oratórios, eficazes ao extremo e jamais falhos, pelo menos no que diz respeito a mim, eram: insultar, ameaçar, ironia, riso malvado e - curiosamente-auto-acusação.*( grifou-se )<sup>4</sup>

Admitindo-se o exercício de transposição da experiência (universal) eternizada na carta para o campo do Direito Civil pátrio contemporâneo, uma pergunta se insinua e se desdobra em outras, todas incômodas: seria possível perquirir da existência de um dano indenizável, nas densas experiências relatadas pelo escritor? Caberia meditar sobre a (i)licitude da conduta do pai tirano, que tanta dor causou ao filho? E, numa mais larga e antecedente medida, poder-se-ia cogitar sobre a aplicação das regras da responsabilidade civil a fatos que transcorrem no seio íntimo das famílias, ao sabor das idiosincrasias destas e ao suposto abrigo de toda e qualquer ingerência externa?

Na busca de respostas para essas e outras perguntas igualmente instigadoras, necessário se faz adentrar uma das searas que, hoje, mais desafios oferecem aos civilistas brasileiros, e que também mobiliza intensas discussões,

---

<sup>3</sup> KAFKA, F. Idem. p. 31-32

<sup>4</sup> Idem. p. 35-38.



dentre outros, nos âmbitos da psicologia, da sociologia e da psicanálise: a da intersecção entre o Direito da Responsabilidade Civil e o Direito de Família.

E que não se cogite de qualquer facilidade ou pacificidade quanto à essa interpenetração de campos: sobre ela, preciso é o comentário do professor Marcos Catalan, ao asseverar que:

Ao que parece, o estudo do direito de família, por séculos, criou uma redoma transparente, mas bastante sólida, em torno dos assuntos a ele concernentes, levando equivocadamente a crer que as relações nascidas nessa seara do direito não guardariam conexão “com as normas jurídicas que regulavam as demais expressões do comportamento humano”, gerando assim, “uma aura de impenetrabilidade” que visava afastar potenciais contatos com os demais institutos do direito privado<sup>5</sup>.

Em solo pátrio, a reestruturação que o movimentou o Direito de Família nas últimas décadas (e sobre a qual o presente estudo tratará doravante), mormente após o advento da Constituição da República de 1988, contribuiu significativamente para o crescimento do pleito por uma atuação mínima no estado nessa seara, como esmiuçar-se ainda neste capítulo e como se extrai da lição de Leonardo Alves Moreira:

Em sendo a Família hodierna uma entidade democrática, aberta, plural, em que a promoção da dignidade de seus membros é a sua principal missão, não há que se olvidar que a incidência da autonomia privada, no seu âmbito, deve ser uma regra geral, permitindo-se que cada indivíduo cultive e desenvolva uma relação afetiva da maneira que mais lhe interessar. (...) Isso significa também, como regra geral, que os estado não deve ingerir no âmago familiar, devendo ser reservado espaço íntimo para que seus próprios componentes, por meio do afeto, busquem a felicidade própria, desenvolvam a sua personalidade e, por conseqüência, fomentem a satisfação uns dos outros<sup>6</sup>

Mas, embora a resistência do Direito das Famílias em abrir-se para a responsabilidade civil seja palpável e encontre argumentos no papel que a liberdade

---

<sup>5</sup> CATALAN, Marcos. O abuso de Direito nas Relações Familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (coord). *Ensaio Sobre Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade*. São Paulo: Editora Magister, 2009, p. 271.

<sup>6</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de incidência da Autonomia Privada no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.141-142.

e que a autonomia privada detêm na contemporânea configuração da família - hodiernamente tomada como meio para a realização de seus membros e não como um fim em si mesma - o professor Paulo Lôbo revela que o tema não é novo, ao asseverar que:

O problema delicado da responsabilidade nas relações de amor ou de afeto, do ponto de vista da ordem moral (e jurídica) já tinha sido enfrentado por Kant, para ressaltar sua relação com a liberdade. Para ele, o amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever, mesmo que a isso não sejamos levados por nenhuma inclinação e até tenhamos aversão “é amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência à sensibilidade”<sup>7</sup>

Ademais, embora não se conteste ser a família o *locus* por excelência da intimidade e da construção arquetípica do sujeito, é inescandível a circunstância de que não jaz, como uma bolha, solta num vazio não-relacional. Nesse sentido, perspicaz é a observação de Inez Lemos de que a família

apresenta uma dimensão pública e privada. A educação, embora seja dever dos pais, excede os pais. A família está inserida num espaço comunitário que esbarra em questões de ética pública - questões de interesse econômico e político<sup>8</sup>

Basta, por fim, atentar para os noticiários cotidianos ou realizar uma perfunctória pesquisa pelos *sítes* que hospedam os pretórios pátrios, para que se perceba ser nessa polêmica confluência - considerada pela doutrina uma das zonas cinzentas do Direito Civil<sup>9</sup>- que residem algumas das questões mais delicadas com as quais vêm se deparando os operadores do direito privado do nosso tempo.

As relações familiares, definitivamente, têm buscado apoio e respostas para algumas de suas mais idiossincráticas questões no berço da responsabilidade civil.

Em doutrina alienígena, encontra-se relatada espantosa demanda proposta por um filho contra sua mãe, em face de um acidente automobilístico supostamente provocado (e sofrido) por negligência desta, quando grávida dele, e do qual resultou

---

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. Família Contemporânea e as Dimensões da Responsabilidade. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. n 11, ago./set. de 2009, p.14.

<sup>8</sup> LEMOS, Inez. Família, Modernidade e Responsabilidade. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. n 11, ago./set. de 2009.p.26.

<sup>9</sup> A expressão é utilizada pelos professores CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD em FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 115.

o seu nascimento prematuro e o sofrimento de lesões pré-natais. Embora admitido em primeira e segunda instâncias, o caso foi levado à Suprema Corte canadense, que não só indeferiu o pleito, como o fez baseado em uma série de argumentos, dentre os quais a provável repercussão nefasta do caso na relação entre mãe e filho, no seio da entidade familiar como um todo e até no âmbito da sociedade canadense<sup>10</sup>.

Um outro caso inquietante, relatado por Anderson Schreiber.

O Tribunal de Milão reconheceu que a mulher abandonada no dia seguinte à gravidez sofre um dano ressarcível, representado pela 'modificação prejudicial de sua esfera pessoal de sujeito, entendida como um complexo de atividades, mas também de experiências afetivas, emocionais e relacionais, em que o sujeito explica sua própria personalidade, bem mais grave que o deságio normalmente

---

<sup>10</sup> Ante a peculiaridade do caso e a riqueza da análise, permita-se transcrevê-lo tal e qual relatado pela prof. ANA MARÍA RODRIGUEZ GUITÁN:” Muy significativo em este sentido es un caso resulto por la Corte Suprema de Canadá de 9 de Julio de 1999, *Dobson v. Dobson. La madre, em La veintisiete semana de gestación, em médio de una tormenta de nieve, provoca um accidente de automóvil que conduce ao nacimiento de um hijo prematuro y com lesiones prenatales. El hijo interpone una acción de daños y prejuicios contra su madre, alegando que la colisión causada por la negligencia de esta última. Em primera instancia El juez Miller acoge favorablemente la demanda, baseando su decision em dos principios Del derecho de daños; Que, conforme AL Common Law, no existe em Canadá prohibición alguna que impida la acción de los hijos contra sus padres, afirmando que la doctrina de la inmunidad parental, existente em ciertas jurisdicciones norteamericanas, no há sido nunca parte Del derecho canadiense; y que los tribunales canadienses han reconocido la personalidad jurídica Del feto como una ficción, a fin de proteger sus intereses futuros. Aunque el feto no es persona em sentido legal, ciertos derechos pueden afirmarse para El niño que nace com vida. Se puede interponerse contra um extraño una acción Del hijo contra su madre por tal clase de daños causados por su comportamiento negligente. La Corte de Apelación de new Bruswick rechaza la apelación interpuesta por la demanda. Sin embargo, sem su voto el juez hoyt C.J.N.B. apunta la diferente solución a la que podría haberse llegado si hubiera planteado el resarcimento de daños resultantes de las elecciones de vida hechas por la mujer durante el embarazo, tales como fumar, consumir alcohol, tomar o rehusar determinada medicación., Elevada a la causa a la Corte Suprema, el Tribunal revoca las decisiones de los tribunales anteriores. Según el TS ningún deber de cuidado pode-ni debe- ser imposto por um tribunal sobre una mujer embarazada respecto al feto y el futuro hijo nacido com vida. Em segundo lugar, no debe enmarcarse tal reclamación Del hijo a la madre dentro de las reglas generales em matéria de daños, máxome teniendo em cuenta que tal responsabilidad implica una severa intromisión em la vida de las mujeres embarazadas, com potenciales efectos dañosos a unidad familiar. Además señala que la eralidad biológica muestra que solo la mujer puede estar embarazada e dar a luz, por lo que no pueden imponerse cargas adicionales sobre la gestante. Por último, la relación entre la mujer embarazada y su futuro hijo es verdaderamente única y no puede existir analogia acción de um hijo por negligencia prenatal contr un tercero y esa misma acción contra su madre. La admision de la responsabilidad civil, sostiene Tribunal Supremo, poderia llevar consigo serias conseqüências psicológicas em la relación madre-hijo, como también familia em su conjunto; y incluso efectos prejudiciales sobre la sociedad canadiense. Es más adecuado mantener el deber de la madre havia el feto o embrión como um deber moral que la inmensa mayoría de los casos se respetará sin necesidad de de coerción legal. Por último, las conductas desplegadas por uma embarazada están indisolublemente unidas a su rol familiar, a su vida laboral y a sus derechos de privacidad e integridad física y adopción de decisiones autónomas Si se admitese tal derecho a la reparación por los daños prenatales, cada aspecto de la vida de la embarazada podría ser sometido al escartúnio externo y al juicio de los tribunales.*

resultante da ruptura da União Conjugal' (.....) O aludido tribunal ressaltou, ainda, que a conduta do cônjuge que deixa mulher grávida representa violação dos deveres matrimoniais, cuja gravidade se torna mais intensa diante das condições de 'particular fragilidade e necessidade de assistência e suporte moral e afetivo'.<sup>11</sup>

Dentre essas indagações que instigam e conduzem à zona de sobreposição das esferas do Direito das Famílias e do Direito da Responsabilidade Civil, algumas se apresentam merecedoras de uma abordagem no bojo do presente estudo, todas voltadas para a investigação dos possíveis danos de índole imaterial causados no interno da família. São elas: a possibilidade da aplicação da Teoria da Perda de uma Chance às relações familiaristas; a cogitação sobre a existência de um dever de indenizar pelo causador da Síndrome de Alienação Parental (SAP); a avaliação da quebra de um dos deveres do casamento ou da união estável, mormente do dever de fidelidade; e da delicada problemática que indaga sobre a indenizabilidade dos possíveis danos decorrentes da violação do afeto, seja na seara das relações amorosas (ruptura da relação), seja no campo das relações paterno-filiais (abandono afetivo).

Nenhuma das questões aventadas encontra respostas simples ou pacíficas no seio de nossa doutrina e jurisprudência.

Todas, devido à envergadura e grau de comoção social que oferecem, exigem uma apreciação minudente, cautelosa e, fundamentalmente, propositiva, com vistas a auxiliar na construção de um caminho minimamente seguro por onde o operador do direito conclamado a atuar em seu derredor possa seguir. E, esse *iter*, frise-se, deve pautar-se sempre pela busca da solução mais equilibrada e mais consentânea com a nova tábua axiológica definida pela *Lex Matter*, principalmente no que se refere à tutela conferida à pessoa humana e ao núcleo familiar onde se encontra inserida.

Cumprido adiantar, contudo, que embora todos os esforços envidados ao longo deste estudo sejam no sentido de exaurir as hipóteses propostas dentro das perspectivas dos danos extrapatrimoniais, o tema, *de per se*, não possibilita um real esgotamento. Com autoridade, proclamaram os professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que "o tema da responsabilidade civil nas relações familiares é

---

<sup>11</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 89.

inesgotável, pois, a cada dia, novos conflitos podem ser suscitados perante o poder judiciário, nessa nova perspectiva das relações de família”.<sup>12</sup>

## 1.2 LINEAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL ANTE A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A QUESTÃO DA AMPLIAÇÃO DOS DANOS À PESSOA HUMANA

Uma definição esboçada de responsabilidade de civil, despida de maiores digressões e que busque servir apenas como ponto de partida para o presente estudo, poderia defini-la como o ramo do Direito Civil que trata das obrigações nascidas da violação de um dever jurídico pré-existente, seja ele de índole extranegocial ou negocial.

Mas, tal definição, por certo, sequer se aproxima de exprimir a complexidade e a grandeza que esse ramo do direito encerra, razão pela qual nos socorremos das palavras de Rafael Peteffi da Silva para defini-la como

*Carrefour* onde se entrecruzam necessidades práticas, reflexões morais, observações sociológicas, linhas de força históricas e pesados problemas de macroeconomia, a responsabilidade civil é um privilegiado espaço para o labor doutrinário. Talvez mais do que qualquer outro campo do espaço civil, se pode aqui trabalhar com o *direito vivo*, aquele que é tecido cotidianamente no canteiro das obras da jurisprudência, a verdadeira artífice desse riquíssimo instituto que, através da história, responde à questão de saber a quem devem ser imputadas as conseqüências desfavoráveis de um dano injustamente causado a alguém.<sup>13</sup>

Voltando-se para a realidade brasileira, é inconteste que a Lei Maior de 5 de outubro de 1988, filha diletta do processo de redemocratização da pátria, após vinte e quatro pesados anos de regime militar, operou um deslocamento radical do eixo de sustentação e de legitimidade do ordenamento jurídico do Brasil, doravante não

---

<sup>12</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil -Direito de Família*. v. VI. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.747.

<sup>13</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 15.

mais impropriamente ancorado sobre os diplomas infraconstitucionais (mormente os codificados), porém solidamente fincado na própria *Lex Fundamental*.<sup>14</sup>

A história é sobejamente conhecida e, intuímos que raro é o estudioso do direito que não tenha ciência do seu principal desdobramento: no foco mais iluminado da vintenária *Lex Matter*, no núcleo mais íntimo de cada disposição que a compõe, situa-se a figura *da pessoa humana em sua dimensão de dignidade* (CF, art. 1), sendo a dignidade, ela mesma, o amálgama, o liame que determina a irmandade ontológica de todos os homens na sua qualidade de humanidade e que os faz reconhecer e respeitar uns aos outros<sup>15</sup>; e o garantimento da vida digna a principal - embora não a única - razão de toda norma jurídica e da própria estrutura social que justifica e faz nascer o *direito*<sup>16</sup>.

Nesse mister, as cláusulas gerais da *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III), da *solidariedade social e erradicação da pobreza* (CF, art. 3º, III), da *igualdade substancial* e da *liberdade* (CF, arts. 3º e 5º), se impõem como valores superiores, seguramente dotados de força normativa.

Essa “verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação da cidadania como elemento propulsor”<sup>17</sup>, quando considerada no âmbito das relações privadas, define-se como Direito Civil - Constitucional.

Tome-se, porém, necessária a advertência, formulada por Gustavo Tepedino, de que a adjetivação não mascare a percepção quanto à imperativa mudança estrutural de inúmeras categorias tradicionais do Direito Civil.<sup>18</sup>

A constitucionalização do direito privado, que ressignifica de forma indelével todo o arcabouço sobre o qual se assenta esse ramo do direito, representa o

---

<sup>14</sup> O tema já foi tratado de modo pormenorizado e brilhante por alguns dos mais autorizados nomes do direito brasileiro de nosso tempo. Remeta-se, exemplificativamente, à Luís Roberto Barroso, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Themis, Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006., cit., nota prévia, p. 10.

<sup>15</sup> Sobre esse importante aspecto da dignidade, diz Nelson Rosendal que “reconhecer-se no outro é o critério fundamental para construção da identidade do sujeito. Ademais, a alteridade possibilita a virtude da tolerância, à medida que reconheço o alter como pessoa dotada de dignidade, não pela sua posição econômica ou social, mas exclusivamente por sua condição humana”. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7-8.

<sup>16</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no ordenamento brasileiro e a natureza de sua reparação*. Revista dos tribunais. São Paulo, n. 789, jul 2001. p.412-413.

<sup>17</sup> Bela a expressão esboçada conjuntamente por Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 58.

<sup>18</sup> Reflete G. Tepedino que “Afim, um direito civil adjetivado poderia suscitar a impressão de que ele próprio continua como antes, servindo os adjetivos para colorir, com elementos externos, categorias que, ao contrário do que se pretende, permaneceriam imutáveis” cf. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. São Paulo: Renovar, 2006. p.22.

desdobramento de dois períodos históricos subsequentes 1) a primeira metade do séc. XIX, onde a filosofia das luzes deitou seus poderosos influxos individualistas, estabelecendo a completa separação entre o mundo dos Códigos, liberal e calcado no absolutismo da autonomia da vontade; e o mundo da Constituição, voltado exclusivamente para o regramento das relações entre cidadãos e estado 2) Da segunda metade do séc. XIX em diante, período em que o estado social firmou-se na Europa e impôs uma nova agenda de valores que culminaram numa progressiva mitigação da autonomia da vontade, comumente chamado de período ou fase da publicização do direito privado, consubstanciado no fenômeno do dirigismo contratual.<sup>19</sup>

Mas é no terceiro período ou fase que a Lei Maior finalmente deixa de ser, na célebre sentença de Konrad Hess “apenas a ordem jurídico-fundamental do estado, tornando-se a ordem jurídico-fundamental da sociedade”<sup>20</sup>. Luís Roberto Barroso descreve-a como

a fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. É nesse ambiente que se dá a virada axiológica do direito civil, tanto pela vinda de normas de direito civil para a Constituição, como, sobretudo, pela ida da Constituição para a interpretação do direito civil.<sup>21</sup>

Pietro Perlingieri, um dos artífices dos pressupostos teóricos da doutrina do Direito Civil, sob a legalidade constitucional, adverte, de forma contundente, que é fundamental que se perceba que as normas constitucionais não podem ficar circunscritas ao redutor papel de estruturar limites ou de impor óbices ao ordenamento infraconstitucional. Não tem, ainda, sua função esgotada no papel de constituição da verdadeira base sobre a qual se ergue esse ordenamento, bem como no de sustentáculo das instituições jurídicas que lhe dão origem.

As normas que repousam na *Lex Matter*, sobretudo, "apontam parâmetros de avaliação dos atos, das atividades e os comportamentos, como princípios de

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo- os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 367.

<sup>20</sup> Apud FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Diálogos sobre Direito Civil.v.2*. São Paulo: Renovar, 2008.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo- os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 368.

relevância normativa nas relações intersubjetivas"<sup>22</sup>. Por isso, diz o mestre, o princípio da legalidade constitucional opera não só um controle do processo de formação da lei, mas sobremaneira uma filtragem da essência material, do conteúdo da norma. E, segundo Perlingier,

tal controle compreende não apenas a lei, mas também os atos e as atividades que são expressões da autonomia individual, coletiva e da discricionariedade administrativa. As autonomias, então, e a mesma singular liberdade representada pela iniciativa econômica privada e mercantil não podem fugir do controle de merecimento diante dos valores constitucionais. Função e destinação dos atos assumem um valor decisivo em relação ao seu conceito meramente estrutural. Nesse contexto, a iniciativa econômica não pode não ter uma utilidade social e deve ser exercida e deve ser exercida de maneira que não cause dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana<sup>23</sup>.

Nesse cenário, os princípios constitucionais se inserem como peças fundamentais da reconstrução experimentada pelo direito privado pátrio. Princípios esses, cuja normatividade pode ser facilmente observada, implícita ou explicitamente, no texto constitucional, donde passam a ser abraçados com entusiasmo pela doutrina para, em seguida ou mesmo paralelamente, ingressarem no campo das decisões encapadas pelos nossos pretórios. É o Prof. Paulo Bonavides quem assim percebe o fenômeno, afirmando que "essa jurisprudência tem feito a força dos princípios e o prestígio do Estado de Direito cuja base assenta na materialidade e preeminência dos princípios".<sup>24</sup> E, ainda sobre o papel reunificador que as constituições exibem quanto aos sistemas jurídicos ocidentais da pós-modernidade, completa o mestre que:

As Constituições fizeram no século XX o que os códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema, ou seja,

---

<sup>22</sup> PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: Gustavo Tepedino (coord). *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 02.

<sup>23</sup> PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: Gustavo Tepedino (coord). *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 02.

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Malheiro Editores, 2008. p 289.



aonde adquirem a qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância a mais consensual e todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade.<sup>25</sup>

Em solo pátrio, o Código Civil de 1916, a serviço dos interesses de um Estado Liberal-Burguês, obviamente ignorou os princípios, até mesmo aqueles já absorvidos pela consciência de doutrinadores e julgadores. Isso porque a sua positivação levaria a uma inevitável atuação do poder judiciário no sentido da realização de um controle das relações entre particulares e, principalmente, entre esses e o Estado, o que era absolutamente contrário à ontologia e aos objetivos do liberalismo. E, mesmo o advento de constituições representativas de um modelo jurídico de Estado social, como a de 1934, não tiveram o poder de abrir o *Códex* de então para os influxos das mudanças pelas quais passava a sociedade, o que calcificou ainda mais o paralelismo estéril entre Código Civil e Constituição. Contudo, como o pulsar e a complexização da vida social, a eleição de novos valores e o correr inexorável do tempo demandava, progressivamente, tutelas e soluções jurídicas que transcendiam as regras do Código Civil, os microssistemas jurídicos - como os voltados para a proteção da criança e do adolescente e do consumidor - ergueram-se de modo notório, em cima dos princípios.<sup>26</sup>

Foi o Código Reale que, em 2002, superou essa aversão codicista aos princípios, sintonizando a espinha dorsal do direito privado com o novo perfil estatal. A introdução dos Princípios da Função Social e da Boa Fé Objetiva (e as funções de ambos) ao tratamento da disciplina negocial, dentre outras, é comumente apontado pela doutrina como o mais salutar exemplo disso.

Mas, se na Alemanha, do começo da segunda metade do Séc. XX, a expansão dos princípios jurídicos e a absorção de sua importância vieram acompanhadas de relevantes indagações e controvérsias sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, no Brasil tais digressões tiveram reduzida importância, uma vez que, como vaticina o prof. Paulo Lôbo:

---

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Malheiro Editores, 2008. p 289.

<sup>26</sup> Lôbo, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: Gustavo Tepedino (coord). *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23-24.

Para os civilistas brasileiros, não há dúvida de que sua aplicabilidade imediata, em virtude, principalmente, da ocorrência de norma expressa - inexistente na Constituição alemã - na Constituição de 1988, assim disposta (art. 5º, § 1º): *As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais - muitos dos quais relativos às relações privadas - abrange não apenas as liberdades públicas em face de um Estado, mas igualmente as relações jurídicas entretidas entre os particulares, pois a Constituição não faz qualquer restrição. (...) A doutrina brasileira do direito civil constitucional construiu caminho próprio, no rumo da aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais, nas duas modalidades acima indicadas, sem se impressionar com as interferências políticas, ideológicas e econômicas do refluxo do Estado do bem estar social na Europa, nos Países em que as demandas sociais encontram-se razoavelmente satisfeitas e que estão sob o fascínio da globalização econômica. O Brasil é um Estado social sob o ponto de vista jurídico-constitucional, mas ainda é projeto no campo da justiça social, ante a exclusão da maioria da população. Além de que a ideologia constitucionalmente estabelecida é a do Estado social e democrático de direito.<sup>27</sup>

Ademais, uma breve mirada para a realidade brasileira permite perceber que, aqui, o desequilíbrio econômico e social se espalha pelo campo das relações privadas, razão pela qual não prospera a compreensão, muitas vezes propagada em sede de direito alienígena, de que as relações entre particulares são materialmente igualitárias e equilibradas e, portanto, infensas a problemas que demandem a incidência aqui discutida. A forte assimetria material que distingue os sujeitos de direito e que permeia as suas relações diuturnas, no Brasil, torna imperativa a tutela conferida pelo ordenamento jurídico, no sentido de garantir a aplicação imediata dos direitos fundamentais a essas relações.

E, felizmente, pode-se afirmar que a experiência da aplicabilidade direta dos princípios e direitos fundamentais às relações privadas encontra-se solidificada na realidade dos nossos pretórios<sup>28</sup>, donde também se extraem preciosos indicativos

---

<sup>27</sup> Lôbo, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: Gustavo Tepedino (coord). *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23-24.

<sup>28</sup> A decisão apontada como paradigma da adoção dessa teoria pelo STF foi proferida em 2005, no RE 201.819-RJ, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Grace: "As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados".

que buscam solucionar problemas complexos, como o do choque entre princípios de mesma hierarquia e densidade, para o qual o entendimento dominante aponta como única saída satisfatória a da utilização da ponderação ou balanceamento dos valores em confronto no caso concreto.

Na seara do Direito da Responsabilidade Civil, é salutar observar a lição de Renata Dantas Vilela acerca da incidência direta dos princípios constitucionais quando leciona que:

É justamente a incidência dos princípios constitucionais nas relações privadas que impõe ao intérprete e ao aplicador do direito a necessidade de uma separação dogmática da tutela de situações jurídicas patrimoniais das existenciais, evitando-se que a lógica de proteção daquelas seja transplantada para estas sem uma reflexão mais profunda, acarretando, em última análise, uma inadequação valorativa que demanda um questionamento quanto à própria função que a responsabilidade civil vem exercendo na contemporaneidade.<sup>29</sup>

Não haveria como se determinar uma apriorística prevalência de valores ou princípios de mesma índole, devendo tal predominância emergir sempre da análise do caso, à luz da solução que melhor equilibre a escolha sob o prisma da proteção integral à vida humana digna.

Sobre a constitucionalização do Direito Civil, não é preciso grande esforço intelectual ou mesmo de observação para que se perceba que, dentre todas as profundas mudanças inscritas no conteúdo das relações jurídicas pelo ampliado (ável) horizonte axiológico que se avista na Constituição Cidadã, talvez em nenhum outro ramo do direito privado, à exceção do Direito de Família, a transformação tenha se assinalado de forma tão explícita quanto no Direito da Responsabilidade Civil.

Segundo contam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a responsabilidade civil tem seu berço no Direito Romano, e

nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas

---

<sup>29</sup> VILELA, Dantas Renata, Algumas reflexões sobre a responsabilidade civil pelo nascimento indesejado. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Diálogos sobre Direito Civil.v.2.* São Paulo: Renovar, 2008. p 458.

compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido<sup>30</sup>.

Antes que a jurisprudência romana passasse a se ocupar do tema em apreço, a *vendetta*, realizada com as próprias mãos, sem intermediação de uma autoridade estatal e com o fito de infligir ao ofensor grau de sofrimento equivalente ao suportado pela vítima, era a tônica que regia a reparação dos danos. Segundo vaticina Pontes de Miranda, “nos povos da antiguidade há obsessão do castigo”.<sup>31</sup>

A evolução do instituto foi lenta e percorreu diversas etapas, cujo esmiuçamento mais preciso não constitui objetivo do presente estudo, mas cumpre pontuar o advento da *Lex Poetelia Papiria* - que transferiu para os bens do devedor a responsabilidade pelo pagamento das dívidas, abolindo a reparação que recaía sobre a integridade física das pessoas ofensoras - e da *Lex Aquilia*, que previu um dever geral de reparação, variado e proporcionado de acordo com a amplitude do dano, como marcos significativos de suas transformações.

E se a responsabilidade civil se sustenta, para a teoria clássica, em três pressupostos-dano, culpa e nexa de causalidade entre o fato culposo e o dano gerado - é na *Lei Aquília* que, segundo Carlos Roberto Gonçalves, a culpa assenta, pela primeira vez num diploma legislativo de bases sólidas. E, na sequência, apregoa que:

Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência. Era a generalização do princípio aquiliano: *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*, ou seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.

Sequencialmente, o *Code de France*, encampou entusiasticamente a ideia de uma responsabilidade civil fundada na culpa e a exportou para as legislações de vários países.

---

<sup>30</sup> Era esse, em última instância, o tratamento que o instituto recebia no mais célebre dos códigos de leis antigo, o elaborado pelo rei Hammurabi, por volta de 1700 AC. É lá que repousa a Lei de Talião, epicentro da legitimidade da vingança privada e proporcional ao insulto.

<sup>31</sup> MIRANDA PONTES, Francisco. C. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Bookseller, 1972. p. 09.

Mas o tratamento jurisprudencial dado ao tema pelos próprios tribunais franceses foi se tornando progressivamente complexo em face de diversos fatores sociais, a exemplo dos progressos oriundos da Revolução Industrial e da frequência com que os acidentes passaram a ocorrer no ambiente pós-industrial. E juristas e magistrados que se debatiam com as questões atinentes à indenizabilidade desse tipo de dano captaram o fato de que eles não mais poderiam ser encarados como obra do acaso, como infortúnios ou fatalidades, mas antes como estáticas sociais dotadas de inevitabilidade.

As vestes da culpa tornaram-se, portanto, insuficientes para cobrir todo um universo de novos danos que defluíam, sobremaneira, do próprio desempenho de certas atividades pelos sujeitos, em face da coletividade.

Doravante, a teoria da responsabilidade civil avançou em direção à construção das presunções de culpa, que diminuíram significativamente o ônus da vítima (já tão onerada pelo suportar do próprio dano), para, por fim, desaguar nas cercanias da teoria do risco. Esta inaugurou um modelo de responsabilidade civil objetiva que tem como maiores méritos a ampliação da reparabilidade dos danos e, por conseguinte, da proteção das vítimas; o aumento do nível de consciência dos sujeitos quanto ao impacto das atividades por eles exercidas ou com potencial de exercício; e a redução da subjetividade e conseqüente discricionariedade do magistrado, no que pertine à percepção quanto ao dever de indenizar - uma vez que, no modelo tradicional de responsabilidade civil, a culpa era e permanece sendo a estrela mor.

Assim, aportando na análise da responsabilidade civil que acontece em tempos de absoluta obediência aos comandos constitucionais, nos quais a pessoa humana em sua irreduzível dimensão de dignidade é tomada como ponto de partida e lugar de chegada de todo o ordenamento jurídico, as contingências exigiram por óbvio, modificações no sistema tradicional da reparação de danos. Mas a dinamicidade desse ramo do direito privado é uma de suas mais valorosas características, pois, como observou o prof. José de Aguiar, ele

há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face da nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividades, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por

ocasião do dano. Considerado em cada tempo, em função das condições sociais vigentes.<sup>32</sup>

De modo que, na esteira da busca pela reparação abrangente e efetiva dos danos causados à pessoa humana, opera-se o fenômeno, identificado em diversos ordenamentos ocidentais e descrito por Anderson Schreiber como

de erosão dos filtros de reparação, com a gradual perda de importância dos tradicionais critérios de imputação de responsabilidade (a culpa e onexo causal), a partir dos quais se promovia rigorosa seleção dos pleitos ressarcitórios.<sup>33</sup>

Sobre as causas para esse *abalo sísmico* sofrido pela feição liberal-clássica da responsabilidade civil, remeta-se à síntese do pioneiro Alvino Lima, para quem:

O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de Direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla de atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida de causas produtoras de danos, advindas das invenções criadoras dos perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta dispare entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos. As dificuldades, dia a dia maiores, de provar a causa dos acidentes produtores de danos e dela se deduzir a culpa à vista de fenômenos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista.<sup>34</sup>

E, a partir da reflexão e do entendimento sobre essas causas, é possível se compreender melhor e mais amplamente a nova (e múltipla) configuração do Direito da Responsabilidade Civil. Nas palavras de Paulo Lôbo, o que há constitui

verdadeira implosão de pressupostos e requisitos da responsabilidade civil construída pelo liberalismo jurídico, e que pode ser denominada doutrina tradicional. Contrariando esta surgem, então, responsabilidade sem culpa, responsabilidade por causa lícita,

---

<sup>32</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 25.

<sup>33</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 89.

<sup>34</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2 ed. São Paulo: Cultura, 1998. p. 113-114.

responsabilidade preventiva e responsabilidade sem dano efetivo. Novos conceitos foram difundidos para a conformação da responsabilidade civil na contemporaneidade; danos não patrimoniais, medidas preventivas, atividade, risco, sanção civil ou indenização punitiva, primazia da vítima, proteção, preservação, novos sujeitos de direito, consolação ou satisfação da vítima no lugar da reparação.<sup>35</sup>

Ao lado do genuíno encantamento que alcançou um grande contingente de estudiosos e de labutadores cotidianos das demandas da responsabilidade civil, entusiasmados por verem refletido em vetustos institutos *o brilho cego de paixão e fé* da nova cartela de valores constitucionais, verdadeira *faca amolada* de mudanças longamente desejadas, a aludida “diminuição das exigências para o reconhecimento dos danos indenizáveis”<sup>36</sup> turvou o céu do instituto com densas nuvens de receio - como o medo da “loteria das indenizações”<sup>37</sup> - que estaria banindo para longe das decisões judiciais o princípio da segurança jurídica.

O tempo da segurança e das certezas, do qual herdamos a Codificação de 1916, deu lugar, como nos adverte Maria Celina Bondim de Moraes, à época das inseguranças e incertezas, e

diversas são as circunstâncias, características do progresso científico, que levaram à disseminação desta incerteza, em relação aos parâmetros tradicionais e consolidados, e que vem propondo a criação de novos valores, bem como, em consequência, engendrando novas e acesas controvérsias jurídicas, a ponto de se considerar estabelecido um novo paradigma: o da chamada pós-modernidade<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. Família Contemporânea e as Dimensões da Responsabilidade. In *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. n 11, ago./set. de 2009, p.12-13.

<sup>36</sup> Fernando Noronha, 2003, p,542.

<sup>37</sup> Patric Atiyah, *apud* SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 92.

<sup>38</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana Uma leitura civil – Constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2007, p.61. Quanto ao fim da modernidade, vale invocar as observações da autora de que "O séc. XX foi profundamente marcado por duas grandes guerras, pelos horrores efetivamente praticados pelo Estado constituído, especialmente durante o Nazismo. Sua política de racismo, destruição e morte, assegurada por lei, permitiu que fosse ultrapassados limites até então intransitados, provocando, como reação, a necessidade de concreta e efetivação dos direitos humanos, subjazendo, ex novo, a idéia de que o direito ou é humano, ou não é direito. Não por acaso, se considera que o fim da modernidade coincide com o término da Segunda Guerra Mundial.(grifou-se).

Nesse particular, embora o cenário seja obviamente confuso, infelizmente profícuo em decisões que impressionam pela disparidade de tratamento dispensada a situações muito assemelhadas, advirta-se que tal circunstância não pode, em hipótese alguma, servir de pretexto para um retrocesso no âmbito da proteção da pessoa humana.

E foi na veia aberta dessa responsabilidade civil fluida, ruidosa e verdadeiramente reescrita pelo supremo valor constitucional da dignidade da pessoa humana, *que a indagação acerca da existência e da indenizabilidade de novos danos à pessoa passou a ganhar fôlego*. Repentinamente, juristas e operadores do direito se viram frente a frente com demandas nunca dantes imaginadas, conclamados a resolver questões para as quais não foram preparados pela visão patrimonialista da pessoa, que emergia das codificações liberais burguesas, inclusive do Código Beviláqua.

Nesse cenário explosivo de mudanças, é notório o fato de que a responsabilidade civil dirige o seu olhar, de modo irrefreável, para a tutela dos interesses da vítima, a despeito de qualquer análise de reprovação sobre as atitudes do autor do dano. Muito mais do que em função da provocação do dano, a tutela jurídica da responsabilidade civil passa a pautar-se pela vivência do dano, pelo seu suportamento, pelo seu experimento.

E o estado-juiz, durante tantos anos amordaçado por um Código Civil absolutamente liberal e que previa a sua atuação mínima na tutela das relações entre particulares, vê-se liberto e convocado a atuar como principal ator do garantimento da efetividade das conquistas encetadas pela Constituição Cidadã (e por toda a legislação infraconstitucional por ela banhada).

A atuação estatal se robustece e adquire o status de imprescindível para assegurar a cada cidadão o fundamental direito a uma vida humana digna, dentro do que se insere, entre outras coisas, não só a função repressiva dos danos, mas, sobremaneira também, a função de evitar, de prevenir a ocorrência de qualquer prejuízo à pessoa e até mesmo às futuras gerações.

Nessa toada, a indagação acerca dos possíveis prejuízos - sobremaneira os de índole extrapatrimonial - causados à pessoa no ambiente familiar passa a ser diuturna. E é sabido que, no pós-moderno ambiente da responsabilidade civil, fortalece-se paulatinamente a percepção de que o afeto, principal matéria de que se



compõem as relações familiares - mormente entre pais e filhos e entre casais - configura interesse jurídico relevante.

A violação desse interesse, suas possíveis consequências danosas provocadas no âmbito existencial da pessoa e a possibilidade de reparação desses supostos danos são um dos pontos centrais deste estudo, o que se investigará em seu cap. V.

### 1.3 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES X A POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIAS DAS REGRAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como já exaustivamente exposto, o Diploma Constitucional de 1988 erigiu à dignidade da pessoa humana como pedra angular de todo o ordenamento jurídico brasileiro, funcionalizando a própria existência e a legitimidade do Estado ao garantimento da vida humana cidadã, da vida digna.

Quanto ao já propalado e difícil conceito de dignidade humana, permita-se acrescer à definição do prof. Ingo W. Sarlet, que diz que esta é

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa, tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>39</sup>.

O fato é que a hierarquia axiológica que se estabeleceu com o soerguimento da dignidade da pessoa humana à condição de macro princípio não permitiu que nenhum ramo do direito, que nenhum instituto jurídico e que nenhum outro princípio ou regra ficasse imune aos seus influxos.

---

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang(Org.). *Dimensões de dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 34.

Cumpra aduzir, ainda, que se tornou majoritária a compreensão de que o fato de esse princípio ter baixa densidade normativa, não lhe retira a soberania. Ao contrário, torna-o ainda mais valioso pela sua porosidade e elasticidade, demandando, contudo, que a sua concreção e o seu preenchimento não se submetam a padrões apriorísticos, rigidamente definidos, mas sejam tracejados ao sabor das várias situações, dos múltiplos esquemas e valores que compõem o mosaico da sociedade contemporânea.

Nessa perspectiva, impera indagar de que modo a repersonalização das relações privadas afetou o Direito de Família brasileiro. E a resposta a essa pergunta parte do estabelecimento da premissa de que é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana quem orienta as novas feições e funções da família brasileira do final do séc. XX e do início do novo milênio.

As mais relevantes transformações operadas na estrutura das entidades familiares ao longo do século passado serão mais bem abordadas no Cap. IV desta dissertação, o qual se debruçará, dentre outros pontos, sobre as idiossincrasias e sobre a importância que distinguem esse fundamental espaço da convivência humana e base da estrutura social, que é a família. Mas, por ora, percebe-se que queda evidente que a maior influência do advento do Diploma Constitucional de 1988 na seara familiarista deu-se com a abertura do ordenamento brasileiro para as múltiplas formas de entidade familiar.

Sob a regência do Código Beviláqua, as famílias não oriundas do casamento eram consideradas ilegítimas (subdivididas em concubinárias puras e impuras ou incestuosas) e, portanto, marginais à tutela jurídica<sup>40</sup>. Ademais, o patriarcalismo e a

---

<sup>40</sup> Nesse sentido, permita-se invocar Beatrice Marinho Paulo, que sintetiza as principais consequências da adoção de um modelo monuclear de família pelo Estado brasileiro, quando nos lembra que “ a importância conferida ao casamento era tanta que os filhos, no Código de 1916, eram divididos em várias categorias, sofrendo muita discriminação na forma de tratamento, quando tiram uma origem diferente de uma união abençoada e sacramentalizada pelo matrimônio: legítimos(advindos do casamento) ilegítimos(oriundos de relações extramatrimoniais, que se subdividiam em:naturais-cujos pais viviam em concubinato por opção, pois nada impedia seu casamento; e espúrios - cujos pais eram proibidos de casar pela lei, em virtude de um deles já ser casado legitimamente com outra pessoa(caso em que os filhos eram ditos adulterinos) ou de ambos os pais possuírem laços sanguíneos entre si, sendo descendente/ascendente ou irmãos(caso em que eram ditos incestuosos). Havia ainda os filhos adotivos(que se tornaram filhos por um ato jurídico, o de adoção). Era presumido que o filho da mulher casada fosse também filho do seu marido, presunção esta que só podia ser ilidida por iniciativa do esposo, suposto pai da criança. Nem o filho adulterino, nem sua mãe, nem o pai verdadeiro tinham o direito de ver o laço sanguíneo e hereditário reconhecido, a preço tão alto, de conturbar a paz conjugal. Filhos incestuosos também não podiam ser reconhecidos, e levavam por toda a vida a vergonha de terem, em suas certidões de nascimento, a anotação desconhecido ou ignorado, onde deveria constar o nome do pai(ou, menos comumente,

hierarquização eram distintivos indubitáveis da família brasileira do início do século passado, o que, com a rejeição a qualquer expressão de sexualidade que não aquela que rezasse pelo padrão heterossexual, definia um modelo de família institucional, indissolúvel, biologizado, excludente, sexista e pouco interessado no gozo existencial pleno de seus membros.

Por isso, o advento de um novo e ensaiado tempo para a família brasileira encontra no art. 226 da Lei Maior, o melhor representante de como os clamores e transformações sociais vivenciados, sobremaneira, da segunda metade do século XX em diante, foram absorvidos pelo Estado. Tal dispositivo demonstra, com clareza e precisão, que o legislador constituinte curvou-se à realidade de que à lei não cabe a criação desse fato cultural que é a família, mas tão somente o reconhecimento como tal de todas as possíveis estruturas familiares que se edifiquem em derredor da convivência afetiva. Pela sua essencialidade, permita-se transcrevê-lo:

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. (Regulamento)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 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

---

da mãe), sendo assim, pública e notória sua origem desonrosa. Filhos adotivos tinham tratamento bastante diferenciado em relação aos filhos biológicos, tendo sua condição de adotados registrada em suas certidões de nascimento, e sofrendo numerosas restrições no que diz respeito aos direitos do filho legítimo. Além de matrimonializada, a família do século XX era também hierarquizada e patriarcal, tendo no pai o grande chefe, definidor dos rumos da vida de todos os membros da família. Detentor do pátrio poder, sua vontade era a lei. Os filhos como que lhe pertenciam, podendo ele tomar praticamente qualquer decisão a respeito de suas pessoas e de seus bens. Em contrapartida, era sua obrigação manter sozinho a família (esposa e filhos) da qual era tido como o grande provedor." (PAULO, Beatrice Marinho. Em Busca do Conceito de Família: desafio da Contemporaneidade. In *Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. n 12, ago./novembro. de 2011, p.49-51)

científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Destrinchando o referido dispositivo e enaltecendo a sua basilar importância, invoque-se a lição do prof. Paulo Lôbo, um dos pioneiros no tratamento do tema em sede da doutrina pátria, que nos diz que no *caput* do art. 226

operou-se a mais radical transformação no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições anteriores. Ao suprimir a locução constituída pelo casamento (art. 175 da Constituição de 1967-1969), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional a família, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão (...) A interpretação de uma norma tão ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos (...) O *caput* do art. 226 e, conseqüentemente, a cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. (grifou-se)<sup>41</sup>.

No mesmo sentido, vale invocar a lição de José Carlos Teixeira Giorgis, que discorrendo sobre os arranjos familiares plurais e seus efeitos diz que:

Com a evolução dos costumes, a Constituição deu uma nova dimensão à concepção de família, introduzindo um termo generalizante: entidade familiar. E alargou o conceito de Família, passando a proteger relacionamentos outros além dos construídos pelo casamento; também emprestou juridicidade aos enlaces extramatrimoniais, até então marginalizados pela lei, colocando concubinato sob o regime de absoluta legalidade. As uniões de fato entre homem e mulher foram reconhecidas como entidade familiar, com o nome de união estável; a proteção também se estendeu aos vínculos monoparentais, formados por um dos pais e seus filhos. Trata-se da adoção do princípio da *pluralidade das formas de família*, que rompeu com o modelo tradicional, não caracterizando a regra uma norma de clausura, como pretendem alguns, pois existem várias entidades familiares além das ali previstas; ao contrário, é verdadeira cláusula geral de inclusão, que admite o albergue de outras entidades que demonstrem laços de afeto, que sejam estáveis e tenham ostensibilidade. Não há dúvidas de que o legislador quis indicar a possibilidade de outras entidades familiares além do elenco

---

<sup>41</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil:Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60 -61.

constitucional, o que se deduz pelo emprego de termos que encaminham abrigo maior, não sendo um texto taxativo ("entende-se, também.."). Assim, ao introduzir a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, o tratar de norma aberta que aceita a inserção de outras cláusulas, tal como fez a jurisprudência com os casais do mesmo sexo; não há clausura para arranjos que desenhem uma comunhão de vida e intenção de constituir família<sup>42</sup>.

Da revisão sobre a perspectiva de pluralidade, democracia, afetividade e solidariedade que emerge da Constituição de 1988 para engolfar a família da contemporaneidade - o que, como já se disse, será doravante retomado no cap. IV deste estudo - um questionamento se levanta forte e de necessário enfrentamento: *qual a posição e o papel do estado brasileiro em face da família democratizada?*

Se, num passado próximo, todo o Direito de Família estruturava-se basicamente em torno da legitimação estatal conferida a tão somente um arranjo familiar - qual seja, o casamentário - compunha-se sobremaneira de normas cogentes e relegava pouco espaço ao livre exercício dos afetos, valores e idiosincrasias por cada grupo familiar, como se define hodiernamente a atuação do Estado Brasileiro no tocante aos inúmeros arranjos familiares democráticos e dignificados, albergados pelo artigo 226, da Carta Magna?

Na busca dessa resposta, invoca-se, como ponto de partida, a lição de Rolf Madaleno, que, em digressão sobre o caráter e a natureza do direito de família e suas normas, lembra que:

A doutrina é praticamente unânime em *reconhecer a natureza privada do Direito de Família*, especialmente quando cada vez mais a ciência familiarista propugna pela igualdade de exercício dos direitos, e procura conferir maior liberdade e autonomia aos partícipes das relações jurídicas de ordem familiar, como vem acontecendo com as novas conquistas da igualdade dos gêneros no campo da filiação, nos novos modelos de formação familiar, na maior liberalidade na disposição dos bens, pela possibilidade de alteração dos regimes matrimoniais no curso das núpcias e agora com as separações e divórcios administrativos, realizados por escritura pública<sup>43</sup>. (grifou-se)

---

<sup>42</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira Arqueologia das Famílias. Da Ginecocracia aos Arranjos Plurais. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. n 17, ago./set. de 2010, p.63-64.

<sup>43</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4 ed. São Paulo: Forense, 2011. p. 8-10. Contrário a esse posicionamento hoje majoritário, esposado pelo jurista gaúcho, encontramos, por ex, o do mestre SILVIO RODRIGUES, que escrevendo num tempo em que o modelo de família era o mononuclear e patrominialista alicerçado no Código de 1916, vaticinava que "O interesse do estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família o interesse do estado é maior do que o individual. Por isso, as normas do Direito de Família

O fato é que jaz no passado a concepção oitocentista de família, que propunha a célula familiar baseada no casamento como monólito indestrutível e central de toda a arquitetura estatal, razão pela qual a intervenção robusta do Estado-juiz em sua configuração e em suas relações se apresentava como o maior mecanismo de preservação do modelo esculpido no Códex.

A eleição do afeto como elemento central de consubstanciação das relações de família, como um desdobramento da proteção à dignidade de seus membros, provocou uma progressiva reação social e de boa parcela dos estudiosos e labutadores das causas centradas na família pela retirada ou diminuição da atuação do estado na dinâmica das relações familiares, principalmente da seara das relações amorosas. A edição da Lei 11.447 de 2007, que prevê a possibilidade de separação e divórcio cartorários e, principalmente, a aprovação da EC66 de 2010, a qual facilitou amplamente o sistema de dissolução das relações conjugais no Brasil, hoje unificado sob a bandeira única do divórcio, são exemplos de conquistas dessa luta, o qual vale, pela relevância e atualidade do tema, lembrar.

Recorrendo ao meio lógico de interpretação das normas legais, queda evidente que o legislador, nos idos de 1977, fragmentou o sistema de dissolução do casamento em dois diferentes âmbitos, em face da imperiosa necessidade de tornar o divórcio uma inovação menos árida para alguns setores da sociedade brasileira da época, em especial a Igreja Católica, os quais mantiveram aceso o debate e evitaram a aprovação da Lei do Divórcio por um período de 30 longos anos.

Com isso, o divórcio apresentou-se, entre nós, originariamente, com feição excepcional. Desse modo, apegado à indissolubilidade matrimonial ditada pelo Direito Canônico, o velho desquite migrou para aquela sistemática legal transmutado em separação, porém mantendo o escopo de dissolver a sociedade conjugal, sem abalar o vínculo matrimonial. Aquela mórbida preservação de um corpo sem alma, uma manutenção do liame jurídico que une um casal que não mais comunga afeto, respeito, parceria, sexualidade, cumplicidade ou, apenas, patrimônio, apresentava-se, de há muito, anacrônica e contrária aos princípios de

---

são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis de serem derogadas pelas convenções entre particulares". RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2011. p 11-. 12.

uma *Lex Fundamentalis* garantidora de ampla e avançada proteção do homem e a um sistema processual que se norteia, hoje, por valores como a celeridade e a economia processual<sup>44</sup>.

Refletindo sobre o crescente movimento de repúdio à inutilidade, à inadequação e ao atraso - representados pelo instituto da separação - tramitou no Congresso Nacional a PEC 033/2007, do deputado Sérgio Barradas Carneiro (BA). Aprovada, após longos debates, em 13 de julho de 2010, a referida Emenda implodiu o dual arcabouço dissolutório do casamento, que se mostrava como verdadeira ruína de um tempo que atrelava a existência da família à do matrimônio indissolúvel. Além disso, a Emenda aboliu também os prazos antes exigidos para o divórcio (dois anos de separação de fato, para o divórcio direto e um ano de separação judicial ou de corpos, para o divórcio conversão), os quais obrigavam cônjuges que não mais desejavam permanecer casados a prosseguirem enlaçados por um vínculo jurídico absurdamente oco de significado.

Leonardo Barreto Moreira Alves, em interessante monografia sobre o tema, propugna pela existência de um princípio da intervenção mínima no âmbito do direito de família. O ponto central de sua argumentação reside na percepção de que, em face de uma família democrática e plural, o desenvolvimento livre das relações afetivas deve ser plenamente assegurado, como resultado do exercício da autonomia privada inarredável à tônica das relações familiaristas e, principalmente, como reflexo do respeito absoluto à dignidade das pessoas que se encontram reunidas numa convivência pública, duradora e calcada no respeito e na afetividade<sup>45</sup>.

É uma conquista da pós-modernidade a assunção do afeto como principal substância modeladora das relações de família. E, desse modo, a proteção ampla da pessoa, em seus diversos âmbitos de atuação e, principalmente, na seara familiar, pressupõe a tutela dos seus afetos, independentemente de modelos, padrões ou categorias jurídicas pré-definidas. A dignidade da pessoa humana, no Direito de Família, está indissociavelmente ligada à liberdade de se autodeterminar

---

<sup>44</sup> Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Fernanda Carvalho Leão Barretto. *Código das Famílias Comentado*. Leonardo Barreto Moreira Alves (coord.) Comentário ao art 1.579, 2010, p. 181.

<sup>45</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de incidência da Autonomia Privada no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.141.

afetivamente e de orquestrar, de acordo com seus desejos mais íntimos e dentro do espaço de respeito e solidariedade onde se encontra o outro, suas vivências familiares.

Diz o jovem jurista baiano sobre a intervenção estatal no Direito de Família que:

Isso significa, também, como regra geral, que o Estado não deve ingerir no âmago familiar, devendo ser reservado espaço íntimo para que seus próprios componentes, por meio do afeto, busquem a felicidade própria, desenvolvam sua personalidade e, por conseqüência, fomentem a satisfação uns dos outros. Nesse sentido, lembre-se mais uma vez que a família dos dias de hoje, por envolver relações afetivas, é muito mais uma entidade de fato do que uma instituição jurídica de monopólio do Estado, como outrora era tratada. Assim, não pode o estado pretender sufocar as relações familiares, devendo permitir o exercício da liberdade afetiva por parte de seus membros. Há muito tempo a família deixou de constituir a célula do estado, sendo que, atualmente, a sua participação, como um elemento estranho, externo às relações afetivas, pode prejudicá-las, daí porque deve ser ao máximo evitada<sup>46</sup>.

Nesse mister, andou muito bem o Código Civil de 2002 quando, com base em todos os debates acerca da necessária retirada do estado de cena, cristalizou, em seu art. 1.513 do Códex, o qual determina que "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família".

E seu espírito tem sido incorporado por alguns relevantes diplomas não-codificados, como a nova Lei de Adoção (Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009), que em seu art. 100, VII, elenca como princípio, a intervenção mínima do estado no âmbito das medidas protetivas aos menores<sup>47</sup>.

Para Flávio Tartuce, o princípio da não intervenção traduz

a consagração do princípio da liberdade ou da não intervenção na ótica do Direito de Família. Por certo que o princípio em questão

---

<sup>46</sup> No mesmo sentido, remata-se à Rodrigo da Cunha Pereira, quando diz que "a família contemporânea não admite mais a ingerência do estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros. Conforme salienta Luiz Edson Fachin, está-se diante de um notório processo de privatização das relações, com propagação da interferência mínima do Estado no âmbito das relações privadas, notadamente nas relações de família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. São Paulo: Del Rey, 2005, p. 156.

<sup>47</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de incidência da Autonomia Privada no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 150.



mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que também deve existir no âmbito do direito de família<sup>48</sup>.

Respondendo à pergunta formulada no início desse tópico, *o papel do Estado brasileiro em frente à Família Contemporânea firma-se, portanto, como o de um estado que tem, sim, o dever de agir no âmbito familiar*, mas apenas e tão somente para garantir que a família tenha a liberdade de seguir sua vocação de lugar de desenvolvimento da personalidade e de busca da felicidade dos que a integram, de celeiro de experimentações de diversas ordens, de abrigo para as vivências e aprendizados mais importantes, de rede de solidariedade, de arquitetura de afetos.

A intervenção do Estado no âmbito familiar deve, portanto, ficar relegada a um papel residual, subsidiário e condicionado à extrema gravidade ou importância da situação que demanda a atenção do aparato estatal - em geral situações que exigem a proteção externa dos valores existenciais incrustados na entidade familiar - como, por exemplo, as situações de violência doméstica contra a mulher, a criança, o adolescente e o idoso. Só isso justifica uma ingerência do estado sobre a intimidade da família. É novamente Leonardo Barreto Moreira Alves quem adverte:

Em verdade, o estado só deve intervir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais dos seus membros - como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade, etc. -, e contornando determinadas distorções, permitir o próprio exercício da autonomia privada dos mesmos, o desenvolvimento de sua personalidade e o alcance da felicidade pessoal de cada um deles, bem como a manutenção do núcleo afetivo. Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de Família quando essa atividade implicar uma autêntica melhora na situação dos componentes da família. Quando assim atua, o Estado evidencia sua faceta de Estado Protetor-protetor-assistencialista, sendo tal atuação altamente positiva (.....) De outro lado, se o Estado intervém no âmago familiar violando os direitos fundamentais dos seus membros, prejudicando o projeto pessoal de cada um deles, acaba agindo em sua faceta de Estado protetor-repressor, devendo tal atuação ser rechaçada.(.....) Por fim, ressalte-se que é possível apurar se a atuação do Estado é positiva ou negativa, de acordo com o critério aqui proposto, em dois momentos distintos, o primeiro deles em abstrato ou *a priori*, quando são analisadas as normas jurídicas, e o segundo em concreto ou *a posteriori*, que ocorre com a apreciação de determinados casos concretos<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> ARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord). 2008.

<sup>49</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de incidência da Autonomia Privada no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.145-146.

Dito isso, chegamos ao ponto dessa investigação em que já é possível tentar uma resposta a um dos pontos fulcrais que ordenam o presente estudo, o qual começou a ser delimitado na primeira parte deste capítulo.

Sendo o Direito da Responsabilidade Civil contemporâneo aquele que, oxigenado pelo valor maior da proteção ampla, a dignidade da pessoa humana, volta seus esforços notadamente para o dano e sua ampla reparação, o que conclama uma atuação cada vez maior e mais firme do Estado-juiz; sendo o Direito de Família ancorado na *Lex Matter* um ramo do Direito Civil que consagra o afeto como um valor jurídico, que abraça a pluralidade como regra, que abandona a ideia de família-instituição e que, por essas razões, demanda uma atuação estatal parcimoniosa e adstrita à urgência das demandas familiaristas, como orquestrar uma interpenetração harmoniosa entre esses dois ramos do Direito Civil, os quais exigem do Estado papéis tão diferentes?

É à luz da perspectiva ou do espaço estabelecido pela retirada do Estado do âmbito da família que a análise dos possíveis danos causados por um membro da família contra outro deverá ser procedida.

Se a regra, esculpida à luz da Constituição Federal de 1988 e consagrada inclusive pelo Código Civil de 2002, é a de que qualquer pessoa de direito público ou privado está proibida de influir na delicada e particular sinergia de cada família, conferindo proteção para o exercício da autonomia privada no *lócus* íntimo da base familiar, qualquer cogitação sobre a existência de danos e sobre a incidência das regras da responsabilidade civil nesse lugar necessita ter em mente que a atuação do Estado-Juiz deve voltar-se tão somente para a tutela dos direitos fundamentais, dos mais importantes valores existenciais dos indivíduos que integram a família nuclear ou estendida.

Nessa toada, por exemplo, a possibilidade de indenização pelo descumprimento do dever de coabitação, um dever específico das relações casamentárias, estabelecido no art.1566 do Código Civil (o qual se tangenciará no último capítulo deste estudo), significaria, com clareza, uma atuação desastrosa e indevida do Estado no âmbito da família. E percebe-se que ela transborda a tutela

dos direitos fundamentais, à qual deve ater-se o julgador do suposto dano, para arbitrar uma questão que está inserta no recôndito da família, que é a vontade ou a conveniência de se coabitar - a qual no sentido amplo, compreende inclusive a satisfação sexual.

Do mesmo modo, cogitar-se da existência de uma indenização em prol do sujeito que se depara com manifestações de sexualidade do companheiro ou do cônjuge que não lhe eram conhecidas e com as quais não se identifica, também configura um salutar exemplo de como o reconhecimento estatal desse suposto dano resvalaria numa invasão da intimidade, num atuar nefasto sobre a peculiar matéria da qual se compõe a rede familiar<sup>50</sup>. Inclusive em função do alto grau de subjetividade que esse tipo de análise enseja, como fica claro no trecho de interessante decisão pretoriana, que autorize-se transcrever.

Atualmente nem sempre as atividades sexuais anormais do casal podem ser consideradas aberrações ou anomalias. As condições pessoais dos cônjuges e vários outros elementos devem ser considerados para que se possa aferir se determinado comportamento de qualquer dos cônjuges pode ser classificado como aberrante (TJ;SP, Ac. 3ª Cam. Civ., ApCiv.195.723, rel. Desb. Carlos Ortiz, in RT 448:71).

A possibilidade de ocorrência de condutas ilícitas que atinjam o patrimônio moral do indivíduo é, pois, incontroversa também no âmbito das relações familiares. *O que não se admite, sob pena de um retrocesso inconcebível da atuação estatal sobre esse peculiar ramo do Direito Civil, é que haja uma ampliação das hipóteses de ilicitude e das possibilidades de responsabilização civil no interno das famílias, baseadas na ofensa a deveres familiares em concreto.*

A análise da ocorrência de hipóteses ensejadoras da aplicação da responsabilidade civil na seara familiarista deverá, pois, estar sempre submetida à

---

<sup>50</sup> Num sentido semelhante, lembre-se que o Estado não raro era (e ainda é) chamado a atuar em questões em torno das práticas sexuais no bojo das relações amorosas, devido à abertura dada pela própria legislação civil. A decisão cujo trecho ora se permita transcrever demonstra o quão despropositada, inadequada e lesiva à função e à intimidade da família pode ser essa ingerência, razão " Limites do Débito conjugal-ônus da prova. *O coito anal, embora inserido dentro da mecânica sexual não integra o débito conjugal, porque este se destina à procriação. A mulher somente está sujeita à cópula vaginal e não a outras formas de satisfação sexual, que violentem sua integridade física e seus princípios morais.* A mulher que acusou o marido de assédio sexual no sentido de que cedesse à prática da sodomia, e não demonstrou o alegado, reconhecidamente de difícil comprovação, assume o ônus da acusação que fez sem nada provar. A prova, nos termos do art. 333, I do CPC, incube a quem alega.(grifou-se)(Apelação Cível n. 596116724-8ªCC TJRS-Porto Alegre).

caracterização do ato ilícito, nos moldes da cláusula geral de ilicitude dos artigos 186 e 187 do Código Civil<sup>51</sup>.

O fato da ocorrência do dano ser suscitada no bojo de uma relação familiar deve funcionar como um fator de comedimento, de uma análise mais rigorosa da caracterização do ilícito, nunca de expansão dos limites da responsabilidade, sob o risco de descaracterização e de desvirtuamento das indiossincrasias que definem a própria essência da família. E, conforme já exposto, sob a grave ameaça de um retorno perverso do Estado a um lugar de atuação que, em regra, não lhe pertence.

Pretende, assim, este estudo, analisar as mais urgentes e interessantes possibilidades de danos de cunho extrapatrimonial que podem ocorrer nas cercanias da entidade familiar. Situações que denotam um significativo ponto de confluência entre o Direito de Família e o Direito da Responsabilidade Civil. E que só poderão ser satisfatoriamente deslindadas desde que se tome por bússola a visão constitucional da centralidade da vida humana digna e da contemporânea feição democrática e plural da família.

## **2 OS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS, SUA INDENIZAÇÃO E O DEBATE ACERCA DA NATUREZA PUNITIVA-PEDAGÓGICA DA INDENIZAÇÃO**

### **2.1 CONCEITO, POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO E DELINEAMENTO HISTÓRICO**

A compreensão do ser humano é da mais alta complexidade, exigindo uma investigação cuja substância é o cerne de todas as ciências humanas. Para a ciência do direito, a pessoa é a destinatária primordial de toda a tutela jurídica, sendo que tudo que a realiza configura seu patrimônio jurídico, conceito que há muito envolve mais do que a simples reunião de seus bens de conteúdo pecuniário. De fato, este é composto, em verdade, de um conjunto de situações subjetivas de

---

<sup>51</sup> AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade Civil por dano à Honra*. São Paulo: Del Rey, 2005. p.35-42.

índole patrimonial ou extrapatrimonial. E é justamente a violação, o desrespeito, a ofensa a situações subjetivas de índole moral que caracteriza o dano moral, conceito que, para alguns, se alarga também para compreender qualquer dano de natureza não pecuniária ocasionado à pessoa.

E, Independentemente de a circunstância ser considerada, numa mais larga medida, um fenômeno do âmbito da cultura e, portanto, fiel depositária dos mais importantes valores sociais, a família tem saído de todos os movimentos que modelam historicamente as suas feições como uma realidade inaugural e central no desenvolvimento da complexa personalidade e das mais profundas vivências humanas.

Segundo vaticina Clayton Reis "o grande drama da pessoa se desenrola nos bastidores do teatro da vida, representado pela sociedade familiar. É no recôndito desse núcleo familiar que iniciamos nosso grande caminho à procura das soluções do enigma da vida - o que somos, de onde viemos e para onde vamos? Os primeiros passos iniciados no ambiente familiar serão determinantes para a construção da personalidade do ser humano".<sup>52</sup>

Ocorre que, a pessoa humana, que é o centro da família, deve ser encarada, pela ordem jurídica pós-moderna, não como um sujeito ideal, mas como "um ser humano real, com seus defeitos, e suas paixões (...) um eu que se move e vive as vicissitudes da própria natureza humana".<sup>53</sup> Dessa assertiva, e *tomando por base a correlação intensa e basililar entre pessoa e família*, extrai-se que inúmeras são as situações em que um dano, de natureza material ou moral pode ser provocado por um membro da família contra outro. Algumas são mais simples de avaliar, por acontecerem apenas circunstancialmente dentro da entidade familiar - como, por exemplo, o não pagamento de uma dívida contraída entre pai e filho - outras, bem mais densas, agravadas justamente pelo fato de representarem uma fratura, uma quebra no equilíbrio solidário e afetivo que se espera do ambiente familiar, uma fragilização do indivíduo praticada por quem, na verdade, deveria representar seu amparo, sua fortaleza.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> REIS, Clayton. *O dano moral*. São Paulo, Forense, 2009. p. 275.

<sup>53</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil*. Do Direito de família, Do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco. v. 18. São Paulo: Forense. 2003. p.6.

<sup>54</sup> Nesse sentido, estarrece e faz pensar na dimensão e gravidade do dano moral relatado, por exemplo, a notícia recente de uma mãe que foi condenada por maus-tratos, nos Estados Unidos, por gravar imagens de seu filho sendo castigado, para enviá-las a um programa de TV, que

E, dentro da perspectiva da valorização da pessoa humana, da constitucional reparabilidade integral do dano (CF, art. 5º, XXXV) e da consequente erosão dos filtros tradicionais de reparação da responsabilidade civil, por esta potencializada, as novas possibilidades de danos, que maiores desafios têm oferecido aos juristas, na seara familiarista, são justamente aqueles que possuem o caráter de ofensas de natureza não pecuniária, extrapatrimonial.

Tratando do conceito de personalidade jurídica, diz o professor Renan Lotufo que este

tem origem grega de *persona*, que, como ensina Pontes de Miranda, tem a ver com as máscaras dos intérpretes de teatro grego. Exatamente por isso se tem que cada um desempenha papéis diferentes na vida e, por isso, ora tem o papel de feliz, ora de triste, ora de infeliz, ora de alegre, ora de triste...(.....) Só que, no mundo do direito, são as normas que prevêm os papéis e atribuem as conseqüências pelo não desempenho, ou pelo desempenho defeituoso. Só que, para ser ator nesse mundo, há que se ter personalidade, isto é, os seres humanos são dotados de atributos que lhes confere a *personalidade*.<sup>55</sup>

Não há como se falar em personalidade jurídica sem vincular à *aptidão para titularizar os direitos da personalidade*. Estes são a categoria de direitos subjetivos que constituem, hodiernamente, o próprio centro edificante do conceito de personalidade e para os quais se volta o mais amplo nível de proteção conferido pelos ordenamentos constitucionais pós-modernos.

Segundo a análise de Rabindranath Capelo de Souza,

não se admira assim, face a este novo mundo em ebulição, em que o homem europeu contemporâneo, causticado pela guerra e pelas crises econômicas, passe antiteticamente a reivindicar para si um certo espaço, um determinado território, uma concreta esfera de resguardo e de ação, que lhe possibilitem defender-se e afirmar-se

---

supostamente trata de disciplina e educação infantil. Os castigos variavam de obrigar o menino a comer molho de pimenta, a empurrá-lo para tomar um banho gelado, em virtude de um castigo na escola. Muito mais sério, aí, do que os possíveis danos materiais causados pelos maus-tratos, é certamente a ofensa à personalidade dessa criança, é a sua provável fragilização e sensação de medo diante de quem deveria educá-la, amá-la e protegê-la. Tudo isso agravado pela exposição pública da ofensa.

Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI5310162-EI8141,00Mae+e+condenada+por+maltratar+filho+adotivo+para+aparecer+na+TV.html>.

Acesso em 24/07/2011.

<sup>55</sup> LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. Parte Geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48.

no meio social. E, mais do que isso, o homem contemporâneo, embora reconheça a necessidade de igualação num conjunto de condições sociais básicas (v.g na educação, na saúde), passa a reclamar, ciente de sua individualidade constantemente ameaçada pela normalização e pela massificação, um direito à diferença que contemple a especificidade de sua personalidade.<sup>56</sup>

Na genealogia do direito contemporâneo, os direitos da personalidade acabam por identificar-se com a ideia do mínimo necessário e indispensável para que toda pessoa passa gozar de uma existência digna. Daí decorrem, inclusive, as características que a doutrina lhe atribui e que sistematiza basicamente como sendo de *absolutismo; intransmissibilidade; extrapatrimonialidade; indisponibilidade (ou relativa disponibilidade), imprescritibilidade e vitaliciedade*.<sup>57</sup>

Chama-se de dano moral, para parcela considerável da doutrina e jurisprudência "o efeito não patrimonial da lesão de direito, e não a lesão propriamente considerada"<sup>58</sup>, conceito ao qual se atribui a alcunha de *dano moral subjetivo*. Já para outra parcela significativa e mais moderna da doutrina e das decisões pretorianas, *dano moral teria um conceito objetivo, relacionado à violação dos direitos da personalidade*, como ensinam os professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

o dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, *podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente*.<sup>59</sup>

Propugnando pela completude que a imbricação dos dois tipos de conceitos ou teorias propicia, Maria Celina Bondim de Moraes vaticina que:

---

<sup>56</sup> CAPELO DE SOUSA, Radindranath. *O direito geral da personalidade*. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000. p. 27. Nessa riquíssima obra, o jurista português aponta a Idade Média como berço da moderna semente dos direitos da personalidade; como sede de sua positivação, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; e como marco histórico de sua atual valorização e centralidade, a Segunda Guerra Mundial.

<sup>57</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.32.

<sup>58</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. v. 2. São Paulo: Renovar, 2006. p. 743.

<sup>59</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família*. v. VI. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 55.

No momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independente de prejuízo material, cause direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam dor, angústia, sofrimento, tristeza e humilhação. Nesse último caso, diz-se necessário que o constrangimento, a tristeza e a humilhação sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguirem-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.<sup>60</sup>

O dano moral compreende sempre a consequência da violação de um dever jurídico que atinja a esfera extrapatrimonial de uma pessoa natural ou jurídica<sup>61</sup>. O Código Civil, no art. 186, preceitua “Aquele que, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito” (grifou-se). Por sua vez, o art. 927 do mesmo diploma diz “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

---

<sup>60</sup> Nesse sentido, abundam decisões das nossas cortes judiciais. “Ação indenizatória. Condomínio. Circular. Uso depreciativo do sobrenome do morador. Inocorrência. Não comprovação do dano. A responsabilidade porventura existente entre as partes tem caráter nitidamente subjetivo. Para que reste configurada, é imprescindível a comprovação da existência do dano, do nexo de causalidade e da conduta culposa dos apelados. Só assim surgiria o dever de indenizar. Com efeito, do conjunto probatório carreado aos autos infere-se que o autor não logrou comprovar o dano sofrido. Tanto a circular enviada em 07 de julho de 2008 aos condôminos e locatários quanto a carta endereçada ao apelante não contêm qualquer expressão depreciativa do seu nome. O primeiro apelado fez, de fato, um péssimo trocadilho com o nome de família do apelante, o qual possui na língua vernácula os sinônimos como “teima”, “birra”, mas também “disputa” e “discussão”. A circular enviada aos condôminos, por sua vez, limita-se a narrar a existência de ações movidas pelo apelante contra o segundo apelado, não havendo imputação de fatos inverídicos capazes de gerar ofensa à honra do apelante, inexistindo ato ilícito a ser imputado aos réus. *Para a configuração do dano moral é necessária a agressão à dignidade da pessoa humana, causando-lhe vexame, abalo psicológico, humilhação e outras dores que perturbem sobremaneira o espírito. Desentendimentos entre os vizinhos, embora desagradáveis, não causam danos morais passíveis de ressarcimento, tratando-se de meros aborrecimentos cotidianos.* Assim, inexistindo nos autos qualquer ofensa à honra objetiva ou subjetiva do apelante, que se traduzisse em ferimento à dignidade humana, incabível o pleito de danos morais. Por outro lado, a sentença merece pequeno reparo no que tange aos honorários de sucumbência. Com efeito, o valor fixado se mostra excessivo, haja vista que o primeiro apelado, ao fazer um trocadilho infeliz com o sobrenome do autor, deu causa à instauração da presente ação. Assim, em observância ao princípio da causalidade, deve o valor arbitrado a título de honorários advocatícios ser reduzido, de ofício, para R\$ 1.000,00 (mil reais). Recurso ao qual se nega provimento. (grifou-se) (TJRJ, Ap.Civ. 0257611-89.2008.8.19.0001, j.01.12.10).

<sup>61</sup> Nesse mister, embora a controvérsia não seja desprezível, assume-se a posição francamente majoritária, encapada pela lei (CC, art. 50) e solidificada pela jurisprudência (STJ, súm. 227), de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral. A investigação mais pormenorizada do assunto refulgiria ao escopo do presente estudo.



Tem-se, assim, que a violação de um dever jurídico primário, seja ele estabelecido pela lei ou pelo contrato, desemboca no nascimento de um dever jurídico secundário: a obrigação de reparar. Note-se que o Código Civil é claro em confirmar a possibilidade de reparação de dano exclusivamente moral.

A par de qualquer controvérsia porventura existente quanto ao seu conceito, quanto a sua identificação ou quanto à natureza da indenização que gera, nos dias atuais tem-se por inconteste a ressarcibilidade do dano moral. Esse entendimento, entretanto, só amadureceu após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que já em seu art. 1º, III, consagra o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, dando ao dano moral uma nova dimensão de dano, vinculado à ofensa à Dignidade Humana. Nesse sentido, leciona Sérgio Cavalieri:

À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o **dano moral** por dois aspectos distintos. Em **sentido estrito**, dano moral é **violação do direito à dignidade**. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do **direito à dignidade** que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.<sup>62</sup> (grifou-se)

Tomando essa perspectiva, o autor explica que o dano moral não estaria vinculado necessariamente a uma reação psíquica da vítima, não sendo indispensável a experimentação de qualquer sofrimento ou abalo, pelo ofendido, para se configurar o dano, mas é aquela lesão que decorre simplesmente da ofensa à dignidade da vítima e, pela mera prática do ato ofensivo estaria, portanto, consumado.

Do contrário, é natural assumir que pessoas que fossem alheias à possibilidade de sofrimento psíquico, em virtude de doenças mentais, estado vegetativo, estado comatoso ou de imaturidade etária, dentre outros, não poderiam experimentar o dano moral e, por óbvio, não se cogitaria de indenização em face desses sujeitos.

O referido autor aduz, ainda, ao fato de que os direitos da personalidade englobam também outros aspectos que não estão diretamente vinculados à dignidade humana, *chamando-os de novos direitos da personalidade*. Dentre eles,

---

<sup>62</sup> CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 76-77.

elencar a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais.

Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e, também, violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as possibilidades de ofensa à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja faticamente maculada. O dano corresponde à mera violação da cláusula geral de proteção à pessoa, desvinculado, repete-se, das consequências do ato danoso.

Apesar do forte debate empreendido em torno da possibilidade de indenização decorrente de dano moral e da resistência à sua aplicação, há muito já é possível encontrar, em diversas passagens históricas de relevo, consagração da possibilidade dos prejuízos imateriais.

Novamente Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona trazem importantes trechos do Código de Hamurabi os quais demonstram que, já naquela época, se conhecia o dano moral e a necessidade de sua reparação.

§ 209. Se um avilum ferir o filho de um outro avilum e, em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-á dez ciclos de prata pelo aborto; § 211. Se pela agressão fez a filha de um muskenum expelir o (fruto) de seu seio: pesará cinco ciclos de prata; § 212. Se esta mulher morrer, ele pesará meia mina de prata.<sup>63</sup>

Na Grécia Antiga também se tem registros do reconhecimento dos danos extrapatrimoniais e sua reparação em pecúnia. Na *Odisseia* de Homero, há referência à assembléia de deuses pagãos, na qual era decidida a reparação de danos morais oriundos da infidelidade conjugal.<sup>64</sup>

Os romanos demonstravam imensa preocupação com a sua honra, traduzindo-se no brocardo *honestam famam alterius patrimonium* (a fama honesta é um patrimônio). Na Lei das XII Tábuas encontram-se várias disposições que tratam da reparação dos danos, inclusive de caráter moral:

---

<sup>63</sup> CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 57.

<sup>64</sup> Os referidos autores informam que Hefesto, o marido traído, surpreendeu, em flagrante, no seu próprio leito, a infiel Afrodite, com o formoso Ares. Tendo o ferreiro Hefesto reclamado aos deuses uma providência, estes condenaram Ares a pagar pesada multa.

§ 2º Se alguém causa um dano premeditadamente que o repare; § 8º Mas, se assim agiu por imprudência, que repare o dano; se não tem recursos para isso, que seja punido menos severamente do que se tivesse intencionalmente; § 9º Aquele que causar dano leve indenizará 25 ases; § 12º Aquele que arrancar ou quebrar um osso de outrem deve ser condenado a uma multa de 300 ases, se o ofendido é homem livre; e de 150 ases, se o ofendido é um escravo. § 13º Se o tutor administra com dolo, que seja destituído como suspeito e com infâmia; se causou algum prejuízo ao tutelado, que seja condenado a pagar o dobro ao fim da gestão.<sup>65</sup>

No Brasil, para efeitos didáticos, pode-se identificar a existência de três fases quanto ao reconhecimento do dano moral e de sua ressarcibilidade: a da irreparabilidade; a do reconhecimento condicionado à comprovação de uma repercussão na esfera patrimonial do ofendido; e da plena aceitação.

Na fase da irreparabilidade, negava-se completamente a possibilidade de indenização decorrente do dano moral, com base nos argumentos os mais variados. Estes iam da incerteza quanto à existência de um direito violado e da dificuldade de descobrir a existência do dano à suposta impossibilidade de afastamento da subjetividade do magistrado na sua avaliação. O mais passional e mais frequente, contudo, era aquele que considerava imoral a tentativa de reparação da dor, do pesar, através do dinheiro. Esse argumento, com o tempo, sofisticou-se para apresentar-se sob o abrigo da regra lógico-jurídica de que se a indenização representa a justa medida do dano, aquilo que não tem medida não é suscetível de ser reparado.<sup>66</sup> Os defensores da irreparabilidade consideravam repugnante e juridicamente impossível dar-se um valor à dor, aquilo que denominavam de *pretium doloris*.

Segundo Maurício Delgado<sup>67</sup>, num segundo momento passou-se a reconhecer o dano moral, desde que houvesse repercussão patrimonial. Dessa forma, se uma mãe perdesse seu filho, só teria direito à indenização se este filho contribuísse para as economias do lar.

O julgamento do Agravo nº 14.193 de 15 de Abril de 1926, transparece essa afirmação:

---

<sup>65</sup> Idem, p. 62.

<sup>66</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana Uma leitura civil – Constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2007, p.146.

<sup>67</sup> DELGADO, Maurício. 2004, p. 116.

**ACÇÃO DE INDEMNIZAÇÃO - Damnos Moraes** - A única indemnização devida aos Pais da vítima de um acidente, que ainda os não auxiliava com o seu trabalho, devido à sua tenra idade, é a consistente na efectiva diminuição patrimonial, acarretada por despesas feitas com o funeral e com o tratamento de moléstias dos pais, conseqüentes ao abalo sofrido, desde que se não prove que o facto tenha reflectido, por qualquer outro modo, sobre o seu património. (sic) nº 14.193 - Capital, - Aggravantes: Cia Paulista de Força e Luz e Amaro Melger; - Aggravados: os mesmo (3º officio) (sic)

Observa-se, portanto, que, aquilo que se estava ressarcindo era o dano patrimonial; o dano moral permanecia sem compensação. Sobre esse entendimento Pontes de Miranda conclui: "... reparabilidade se o dano moral teve consequências danosas para o patrimônio (assim nada se resolve: o dano extrapatrimonial é que está em causa; é como se disséssemos: admitimos o dano moral, quando for (sic) patrimonial)".<sup>68</sup>

O terceiro momento é o da plena aceitação. Tornou-se, portanto, inquestionável o direito à indenização, mesmo que decorrente de danos exclusivamente extrapatrimoniais. O que se pretende, por certo, não é dar um preço à dor, que é sabidamente inquantificável, mas sim compensar o dano que uma pessoa, injustamente, sofreu na sua esfera pessoal. A consagração do reconhecimento do dano moral no direito brasileiro veio, como já se aduziu, na esteira de uma farta construção jurisprudencial, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que traz no seu art. 5º, V, X, a proteção explícita do instituto.

Sobre essa mudança radical de perspectiva quanto à compensação do dano moral, que migrou da completa inadmissibilidade para a mais firme imperatividade, valiosa é a lição de Maria Celina Bondin de Moraes ao lecionar que ela

reflete, e não poderia ser diferente, a metamorfose dos papéis do lesante e do lesado no sistema da responsabilidade civil em geral. Se antes a vítima era obrigada a suportar, corriqueiramente, o dano sofrido - dano cuja causa, na maior parte das vezes, se atribuía não a seu autor, mas ao destino, à fatalidade, ou à vontade de Deus - já em meados do século XX passaria ela, a vítima, a desempenhar a função de protagonista da relação jurídica instaurada a partir do evento danoso, conseguindo garantir de forma cada vez mais eficaz o seu crédito, isto é, a reparação.

---

<sup>68</sup>MIRANDA PONTES, Francisco. C. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 23. São Paulo: Bookseller, 1972. p. 09.

Enfim, não foi a percepção de que a dor não se repara com dinheiro o que mudou radicalmente. Essa continua atual e lógica. A viragem copérnica no que tange à apreciação do dano moral decorreu, em maior medida, das mudanças que a própria sociedade experimentou no último século e da absorção, na forma da teoria da proteção da personalidade jurídica e de seus direitos, da importância e da fragilidade da figura da pessoa humana, a qual necessita da atuação do ordenamento jurídico para sua proteção integral e, sobremaneira, para a tutela do seu patrimônio imaterial.

## 2.2 DANOS MATERIAIS x DANOS MORAIS

Tendo em vista a opção metodológica e científica deste estudo por cingir a sua investigação apenas aos possíveis danos de índole extrapatrimonial que possam ocorrer no interno das famílias, cumpre diferenciá-los da categoria de danos aos quais são normalmente opostos, quais sejam, os de natureza patrimonial.

Na lição de Paulo Nader, o dano se diz patrimonial

quando provoca a diminuição do acervo de bens materiais da vítima, ou então, impede seu aumento. Materializa-se por danos emergentes, com a diminuição do patrimônio, ou por lucros cessantes, quando a vítima se vê impedida de exercer a atividade que lhe traria proveito econômico. A ocorrência do dano patrimonial não requer, necessariamente, que o agente atinja diretamente bens materiais, pois é possível que advenha, reflexamente, de ofensas morais à vítima.<sup>69</sup>

Segundo definição de Felipe Braga Neto, "o dano emergente configura os prejuízos nascidos da ação danosa. Já os lucros cessantes traduzem aqueles ganhos que, seguindo a ordem natural das coisas, normalmente afluiriam ao patrimônio da vítima se não tivesse havido o dano."<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Nesse mister, remete-se o autor ao famoso caso da Escola de Educação Infantil Base, de São Paulo, cujos donos (além de um funcionário da escola e de um casal, pais de um aluno) foram acusados de pedofilia. O delegado do caso, antes de qualquer apuração mais séria, divulgou as informações para a imprensa e, como resultado, a escola foi saqueada, e depredada, tendo os acusados, ainda, sofrido ameaças de morte. Por óbvio, o injusto ataque a direitos da personalidade dos donos da escola não só atingiu sua esfera existencial mas provocou prejuízos financeiros de monta, tanto em termos de danos emergentes quanto no tocante aos lucros cessantes.

<sup>70</sup> BRAGA, Felipe Neto. 2008. p. 59.

No tocante à diferenciação entre essa modalidade de dano e o dano moral, aponta-se <sup>71</sup> como principais aspectos a serem considerados: *o modo de identificação do dano, de constatação da sua existência; os critérios, estabelecidos pela lei e construídos pela jurisprudência, para a sua reparação; e, por fim, a forma de proceder a sua liquidação.*

Mirando o problema da identificação do dano, percebe-se que, por questões lógicas e que perpassam o já aludido conceito de dano material, a jurisprudência é inflexível quanto à exigência da prova inequívoca do dano. Nesse sentido, vale transcrever trecho de um voto do Ministro Aldir Passarinho, que alertava.

Muito embora previsível a ocorrência de gastos dessa natureza, *imprescindível a sua comprovação se a corte a quo entendeu que a mesma inexistente, desapareceu, por conseguinte, o direito respectivo, não se podendo verificar, em sede especial, se estão ou não presentes nos autos elementos fáticos atinentes à espécie. (grifou-se)* <sup>72</sup>

Já, no que pertine à compensação do dano moral, o critério é, pela ontologia do dano, bastante diverso. Embora, durante muito tempo, tenha vigorado no Direito da Responsabilidade Civil a ideia de que não seria possível cogitar-se da existência do dano sem sua prova - e, no direito, como regra geral, a máxima de que ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos do seu direito - ela não se ajusta ao dano moral. E as razões para essa inadequação são basicamente duas, ambas vinculadas aos conceitos de dano moral supra abordados.

A primeira diz respeito ao fato de que, sendo o dano moral aquele decorrente de qualquer lesão à personalidade humana e aos elementos que integram sua dignidade, basta que se comprove a lesão, para que reste configurado o dano. Daí criou-se o entendimento de que a existência do dano moral é sempre *in re ipsa*, decorre de uma presunção *hominis*. O STJ vem se mantendo firme nessa linha de entendimento, como demonstram os seguintes votos: "o deferimento da indenização pela morte do marido e pai dos autores independe da prova do efetivo sofrimento, que decorre da natureza das coisas" <sup>73</sup>; "a indevida inscrição em cadastro de inadimplente, bem como o protesto do título, geram direito à indenização por dano moral, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida

---

<sup>71</sup> Por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana Uma leitura civil – Constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2007. p. 162.

<sup>72</sup> STJ, REsp. 194.935, 3ª T, j. 11.09.01.

<sup>73</sup> STJ, REsp 153.155, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4 T, j. 10/12/97.

pelo autor, que se permite, na hipótese, presumir, gerando direito a ressarcimento que deve, por outro lado, ser fixado sem excessos, evitando-se o enriquecimento sem causa, da parte atingida pelo ato ilícito".<sup>74</sup>

Já a segunda, ergue-se da definição de dano moral como as consequências lesivas extrapatrimoniais causadas a pessoas, o que significa que a consequência do dano moral não é tangível, corporificada, mas reside, antes, na ordem das coisas ligadas à psique e aos sentimentos, valores e expectativas humanas. Nesse sentido, é interessante o voto do Ministro César Peluso, quando desembargador do TJSP, no sentido de que "a reparação do dano imaterial, que, sendo dor, não há como nem precisa provar. Donde se lhe presume de modo absoluto (*iuris et de iure*) a existência, quando se trata da morte de um filho (art. 335 do CPC), essa é objeto da douta norma jurídica, que manda arbitrá-la).<sup>75</sup>

O segundo aspecto distintivo entre as modalidades de danos sobre as quais se debruça aqui, diz respeito ao aspecto dos critérios para a sua reparação.

Com relação ao dano material, a seleção do critério é relativamente simples e foi definida pelo legislador do Código Civil, quando determinou, no caput do art. 944, que "a indenização mede-se pela extensão do dano" e vincula-se, como já se tratou, à sua demonstração inequívoca. Ele consagra o chamado *Princípio da Indenidade*<sup>76</sup> do dano e deixa claro que, no tocante aos danos patrimoniais, a reprovabilidade da conduta do ofensor não é o foco da reparação, e sim a recomposição da situação patrimonial do ofendido, desequilibrada pelo ato lesivo. Nesse sentido, vem decidindo o STJ: A indenização deve corresponder ao montante necessário para repor o veículo, nas condições em que se encontrava antes do sinistro, ainda que superior ao valor de mercado. Prevalece aí o interesse de quem foi lesado.<sup>77</sup> A única ressalva é que o mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, introduz uma mitigação do princípio inserto no *caput*, quando prevê a possibilidade de que o juiz, em face de uma manifesta e excessiva desproporção entre o dano causado e a gravidade da conduta do ofensor, reduza a indenização com equidade, à luz do litígio.

---

<sup>74</sup> STJ, REsp 157.734, Rel. Min. César Asfor Rocha.4T, j. 22/10/02.

<sup>75</sup> cf. TJSP-Rel.Des. César Peluso, JTJ 169/252.

<sup>76</sup> OLIVEIRA, James Eduardo. *Código civil anotado e comentado*. 2 ed. São Paulo: Forense, 2010. p. 663.

<sup>77</sup> STJ, REsp 383.523/MG, 3ªT. rel. Min. Ari Pargendler. DJU.06.09.2004. p.256.

Já a reparação do dano moral, é, como de regra, tudo que diz respeito a essa categoria de dano, bem mais densa, e os seus critérios de difícil estabelecimento. Tradicionalmente, os critérios mais utilizados pela jurisprudência têm sido a capacidade econômica do ofensor, o estado do ofendido, as repercussões do dano em sociedade e o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor - o que equivale à dimensão da sua culpa ou dolo. Frise-se que, hodiernamente, a culpa do ofensor, quando admitida como filtro da reparação, não deve mais ser tomada em sua acepção puramente subjetiva, de intenção do agente, mas no sentido de uma avaliação do comportamento deste que toma como espelho *strandarts*, padrões de conduta<sup>78</sup>, sem nunca deixar de ter em mente que o atuar judicial volta-se, acima de tudo, para o ressarcimento integral do dano.

Mais modernamente, as decisões dos nossos pretórios têm invocado com grande frequência a noção de razoabilidade e de proporcionalidade, firmando-se essa como a principal orientação pretoriana no assunto.<sup>79</sup>

Quanto ao Código Civil, ele se apresenta escasso de orientação no que tange aos critérios de reparação do dano extrapatrimonial, demonstrando que o legislador não pretendeu fornecer ao julgador critérios fixos ou rígidos que o auxiliem nesse mister. Basicamente, também quanto a esses danos segue o art. 944 do Código Civil sendo um norte. Nesse sentido, transcreva-se:

Na fixação do valor objeto da reparação moral, deve o magistrado ter como parâmetro basilar a extensão do dano, nos termos do disposto no art. 944 do CC. Todavia, deve o magistrado cuidar para que a indenização não se torne instrumento de vingança ou de enriquecimento desproporcional por parte do lesado, bem como não pode arbitrá-la em valor que se afigure indiferente à capacidade econômica do ofensor, sob pena de não emprestar à indenização o caráter sancionador inerente ao dever de indenizar.<sup>80</sup>

Por fim, cabe mencionar que, ante a revolução axiológica empreendida com a *Lex Mater*, nenhum critério de reparação pode prescindir de ser adotado sempre à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ela, a dignidade, é hoje, em verdade, o verdadeiro fundamento do dano moral. É o imperativo cotejo com a noção de dignidade que torna cada litígio levado ao judiciário ainda mais específico,

<sup>78</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana Uma leitura civil – Constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2007. p. 304.

<sup>79</sup> STJ, Resp. 168.945, 3 Tª Rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 06.09.01

<sup>80</sup> TJDF, ApCiv. 2005.09.1.006790 - 4, 3ªT, rel. Des. Vasquez Cruxén, DJU 26.07.2007, p.109.



singular e difícil de ser solucionado mediante a adoção acrítica de critérios apriorísticos e é quem vai estabelecer se o(s) critério(s) adotados pelo magistrado sustentam-se à luz do caso concreto.

Conectado a tudo quanto acima exposto, também é possível se afirmar que a liquidação dos danos materiais e morais dá-se de modo necessariamente diverso.

Os danos materiais serão liquidados de acordo com o artigo 402 do *Códex*, o qual dispõe que "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar". Por óbvio, as perdas e danos seguem o regular íter processual que prevê sua alegação na causa de pedir, sua demonstração no curso da lide e seu reconhecimento em sentença, restando apenas sua quantificação para a fase de liquidação da decisão.

Já para a liquidação dos danos morais, vale observar a lição do prof. Sérgio Cavalieri Filho, que, com autoridade, vaticina:

Após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal pré-fixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom-senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro lado, não se pode tornar fonte de lucro indevido. A dor da mãe que perde o filho não é a mesma daquele que tem seu nome indevidamente lançado no rol dos maus pagadores (SCP) - o que está a indicar que o juiz não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, hoje tidos como princípios constitucionais. Afinal de contas, jurisprudência - a obra prima do juiz é a junção de duas palavras: júris + prudência - vale dizer, na base de todas as decisões judiciais está de fato a prudência.<sup>81</sup>

## 2. 3 A(S) FUNÇÃO(ÕES) DA REPARAÇÃO

A natureza que o direito brasileiro atribui à indenização que visa compensar o dano moral é, *de per se*, assunto dos mais polêmicos, dos que maiores divergências e cisões doutrinárias provocam no seio da responsabilidade civil. Mas é tema que, por certo, demanda ao menos uma breve apreciação neste estudo, haja vista que o

---

<sup>81</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 95-96.

suposto caráter punitivo, exemplar ou pedagógico atribuído às indenizações por dano moral é apontado como uma das maiores razões para a importância da compensação desse tipo de dano, quando ocorrido na seara das relações familiares, como destarte se tangenciará no cap. 5 deste trabalho.

A ordem jurídica se caracteriza pela coercitibilidade. Sem esta, o direito não cumpriria sua precípua função de pacificação social. Isso significa que a convivência social é ordenada pela existência de normas primárias, cujos comandos todos devemos seguir. A violação de uma norma primária faz incidir uma secundária, a sanção.

No âmbito da responsabilidade civil, temos como regra primária a proteção, o respeito ao patrimônio, seja ele de ordem material ou, sobretudo, moral do ser humano. A violação desse dever de cuidado e respeito pode gerar uma lesão de índole material ou moral. Em face dessa lesão, incide então a norma secundária que é o dever de indenizar.

O art. 944 do Código Civil brasileiro, suso mencionado, preceitua ser a extensão do próprio dano a medida da indenização, seu espelho, seu principal parâmetro de apreciação, consagrando assim o princípio da restituição integral. No que tange ao dano material, não há controvérsias. Conforme já abordado, o ofensor que causa um dano ao ofendido deve indenizá-lo de forma a restituir integralmente o seu patrimônio, retornando ao *status quo ante*.

Porém, na esfera do dano moral, esse tema é mais complexo. No mais das vezes, é impossível reverter um dano moral. Como desfazer a perda de um membro, a perda de um ente querido, uma ofensa que maculou profundamente a imagem ou a honra do indivíduo? Como indenizar esse dano? Qual seria a extensão desse dano? Qual seria o valor da indenização compatível com a extensão do dano? O que se tem por certo, hoje em dia, é que esse dano *deve* ser indenizado. A violação do direito não pode ficar impune e, o mais importante, a pessoa humana da vítima, protegida em sua integralidade pelo ordenamento jurídico e irredutível por conta de sua dignidade, não pode suportar, sozinha e sem compensações, o prejuízo causado por outrem a sua esfera existencial.

É, como já se asseverou, a própria Constituição Federal no seu art. 5º V, X que assegura essa indenização. Mas a natureza jurídica dessa indenização, sua

definição como pena, reparação, ou como de natureza dúplice é questionamento ao qual se dedicam inúmeros pensadores do direito, o que se passa a abordar.

Antes, contudo, e buscando palmilhar o caminho para uma análise mais segura, é necessário resolver uma problemática terminológica envolvendo os danos extrapatrimoniais.

A mola mestra da responsabilidade civil é assegurar à vítima lesada a recomposição da situação anterior ao dano. Porém, como já apontado, quando se trata de um dano moral, essa recomposição integral geralmente não é possível, de forma que a doutrina, no mundo inteiro, sempre buscou um termo que melhor se adéque ao instituto.

Não são poucos os termos empregados: *restituição, reparação, restauração, reposição, recomposição, ressarcimento, indenização, compensação e satisfação* são alguns exemplos. Enquanto alguns doutrinadores lançam mão desses vocábulos de forma intercambiável, outros entendem que alguns deles vestem melhor o dano material, enquanto outros vocacionam-se a nomear o dano moral. Frise-se, a propósito, que o próprio Dicionário Aurélio trata a maioria deles como sinônimos.

Na visão de Carlos Alberto Gonçalves:

Ressarcimento é o pagamento de todo prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. Reparação é a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. E a indenização é reservada para a compensação do dano decorrente de ato lícito do estado, lesivo ao particular, como ocorre nas desapropriações. (grifou-se)<sup>82</sup>

Wladimir Valler, por sua vez<sup>83</sup>, utiliza esses mesmos termos de forma inversa, “aos danos morais cabe o ressarcimento, enquanto aos patrimoniais é destinado o instituto da reparação”.

Por sua vez, José Aguiar Dias<sup>84</sup> adota a expressão ressarcimento como gênero em que são espécies a reparação e a indenização. A reparação conduz à ideia de restaurar, de retornar ao *status quo ante*, podendo dar-se mediante uma prestação *in natura*, ou através de valor equivalente. Pode, entretanto, acontecer de

<sup>82</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 629.

<sup>83</sup> VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: E.V., 1994, p. 32.

<sup>84</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. v. 2. São Paulo: Renovar, 2006. p. 743.

não ser possível proporcionar ao prejudicado o retorno à situação anterior e, nesse caso, tratar-se-ia de uma indenização que ocorre geralmente de forma pecuniária.

A maioria da doutrina utiliza os termos compensação e satisfação como sinônimos, sendo estes empregados, geralmente, para designar a quantia pecuniária fixada a título de dano moral. Como se observa no texto de Antonio Jeová dos Santos:

[...] Enquanto no dano patrimonial o dinheiro assume preponderante função de equivalência, ou seja, com alguma exatidão cumpre o objetivo da responsabilidade civil que é o de restabelecer o patrimônio do afetado, no dano moral, o dinheiro serve a fim disto. Jamais será o equivalente do dano, mas terá como fundamento a satisfação, a compensação para a vítima<sup>85</sup>. (grifou-se).

Por sua vez, Clayton Reis<sup>86</sup> é favorável à utilização do termo indenização para as lesões não-patrimoniais. No pensamento desse autor, no caso de prejuízos materiais, há a possibilidade de reposição do bem violado. Porém, no caso de danos extrapatrimoniais, há a possibilidade de retorno ao *status quo ante*, convertendo-se, portanto, no pagamento de um determinado valor em pecúnia, ou seja, em indenização.

Salomão Resedá<sup>87</sup> após discorrer sobre as aplicações dos diversos termos utilizados na doutrina, concluiu pela sua preferência na utilização da expressão *indenização* para o valor relacionado com a lesão imaterial.

Apesar da amplitude desse termo, para a discussão que aqui se propõe, o importante é destacar que a indenização, no âmbito do dano material e no de índole moral, assumiria finalidades diferentes.

No caso do dano material, essa indenização poderia ser *in natura* ou em pecúnia. Sendo *in natura*, a vítima teria o objeto prejudicado restaurado ou substituído por outro idêntico. Sendo em pecúnia, o valor seria correspondente ao do prejuízo sofrido. Em ambas as hipóteses, o objetivo seria restaurar a situação anterior ao dano. Em se tratando de dano moral, a indenização raramente se daria *in natura*, salvo raros casos, a exemplo da transmissão de notícia inverídica e retratação pelos mesmos meios. Ainda assim, a retratação poderia não ter o efeito

---

<sup>85</sup> SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 155.

<sup>86</sup> REIS, Clayton. *O dano moral*. São Paulo, Forense, 2009. p. 174.

<sup>87</sup> RESEDA, Salomão. *A função social do dano moral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2009, p. 178.

de afastar completamente o dano sofrido, sendo cabível, nessa hipótese, cumular-se com a prestação pecuniária.

É lógico e incontestado que, dificilmente, um indivíduo será plenamente compensado por um dano moral de que foi vítima, tais como a perda de um ente querido, a amputação de um membro, ou ter sua honra ou imagem gravemente maculadas. Nesses casos, a indenização obviamente não teria o efeito de restituição integral, seria apenas um lenitivo para a dor, uma espécie de compensação, uma satisfação, ainda que incompleta e parcial para o dano sofrido. Uma forma de, conferido, através do dinheiro, o acesso a bens materiais, minimizar-lhe a sensação de angústia ou as agruras causadas pela lesão.

Avançado para a discussão acerca da natureza jurídica da indenização decorrente do dano moral, a sua verdadeira função é tema que inflama. Uma das pioneiras correntes de pensamento - hoje em dia já superada - sobre o tema visualiza na indenização decorrente do dano moral índole de verdadeira pena privada, e teve como origem a defesa da imoralidade de compensação dos prejuízos decorrentes do dano moral. Com a superação desse pensamento e reconhecimento de que o dano moral não poderia ficar impune, alguns pensadores continuaram entendendo pela não possibilidade de compensação de um dano que afetasse a esfera pessoal do indivíduo, sendo, então, a indenização devida, uma pena a ser imputada ao ofensor.

O principal expoente dessa corrente foi Georges Ripert<sup>88</sup> (2000 apud RESEDÁ, 2009, p. 182). Para ele, não seria possível reparar um dano moral, razão pela qual a indenização consubstanciaria verdadeira pena civil. No seu pensamento, o que a condenação do dano do autor visava, não era a satisfação do indivíduo, mas sim a punição do autor. A quantia não teria caráter indenizatório, mas sim, puramente exemplar.

Os franceses Carbonier e De Cupis<sup>89</sup> agregaram importância ao caráter sancionatório da indenização. Para eles, a contra-apresentação a um ato socialmente censurável é a sanção. Não deveria haver um tratamento diferenciado para o dano psicológico, na medida em que este dano decorre de um ato ilícito e, como qualquer outro, deveria ser punido. Entretanto, entendiam que tal sanção seria incompatível com o direito privado.

---

<sup>88</sup> RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2009, p.182.

<sup>89</sup> apud CAHALI, Yussef. *Dano moral*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005. p. 35-36.

Considerar que a indenização decorrente de dano moral teria mero caráter de pena, incompatível com o direito privado, na medida em que não visa à recomposição do patrimônio do ofendido, significa entender que não há responsabilidade civil decorrente de dano moral, o qual seria tratado tão somente na esfera penal. Tal assertiva se mostra, no mínimo, um contrassenso na atual conjuntura jurídica. Da leitura do Código Civil de 2002, extrai-se, com clareza, o paralelismo entre as responsabilidades penal e civil. Os arts. 927, c/c 126 e 127 do CC criam uma obrigação civil de reparação, independentemente de o ato ilícito praticado ter provocado um dano moral ou patrimonial.

Yussef Said Cahali adverte que “não há um fundamento específico para a responsabilidade civil quando se cuida de ressarcir o dano patrimonial diverso daquele que determina a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais”.<sup>90</sup> No entendimento do autor, a questão se deslocaria para a finalidade de condenação indenizatória.

A sanção é a resposta típica do direito a uma violação de uma norma jurídica. Existe uma norma primária que, se violada, incidirá uma norma secundária, a sanção. O autor, com escólio em Carnelutti, defende que, em certas situações, é possível que, para que o sujeito se abstenha da violação de um preceito jurídico, o direito o ameace com um mal maior do que aquele que lhe provocaria a sua observância.

Defende, pois, que há duas ordens de sanções. Na primeira, prevalece o caráter repressivo, que se dá sobre a forma de restituição e visa restabelecer o estado anterior à violação do preceito. Enquanto a outra, a da pena, relaciona-se com o mal a aplicar ao ofensor. A primeira resolve-se no sacrifício de um interesse idêntico àquele do preceito violado, tendo então uma natureza satisfativa; e a segunda, no sacrifício de um interesse diverso daquele do preceito violado e teria uma natureza aflitiva.

Existem ainda duas espécies de sanção de natureza híbrida, o ressarcimento e a reparação. Ambos teriam, ao mesmo tempo, caráter satisfativo e aflitivo. O ressarcimento resolve-se com o sacrifício de um interesse diverso daquele que foi violado, mas, a ele equivalente, enquanto a reparação, com o sacrifício de um interesse compensativo dele mesmo. Para Cahali, tanto na sanção decorrente de

---

<sup>90</sup> REIS, Clayton. *O dano moral*. São Paulo, Forense, 2009. p. 35.

dano moral, como naquela decorrente do patrimonial, estaria presente o duplo caráter: satisfativo e punitivo:

Nessas condições tem-se, portanto, que o fundamento ontológico da reparação dos danos morais não difere substancialmente, quando muito em grau, do fundamento jurídico de ressarcimento dos danos patrimoniais, permanecendo ínsito em ambos os caracteres sancionatório e aflitivo, estilizados pelo direito moderno.

Com isso, o autor pretende afastar o entendimento de alguns, que tentam caracterizar a indenização por dano moral como pena privada. Dessa forma, fica reconhecida a unicidade do fundamento da responsabilidade civil, deslocando-se a questão para a finalidade da sanção decorrente do ato ilícito.

Nesse aspecto, as condenações por dano moral e patrimonial diferem substancialmente. Na primeira, a reparação não se resolve em uma indenização propriamente, fazendo-se através de uma compensação e não de um ressarcimento e impondo ao ofensor o pagamento de uma determinada quantia em benefício do ofendido. Teria, portanto uma natureza dupla, compensatória, na medida em que visa amenizar um dano sofrido; e punitiva, na medida em que visa aplicar uma sanção ao ofensor, com o fito de desestimular a prática de condutas semelhantes. Já na segunda, busca-se a reposição em espécie ou em valor correspondente, de modo a indenizar plenamente o ofendido, retornando o seu patrimônio ao *status quo ante*, como se dano algum houvesse sofrido. O equilíbrio rompido pelo dano é plenamente restaurado. Leciona Yussef Cahali que:

Em síntese: no dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; *com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o ressarcimento do dano patrimonial.*

Diversamente, *a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que a indenização significa eliminação do prejuízo e das conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa. Trata-se, aqui, da reparação do dano moral. (grifou-se)*<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> REIS, Clayton. *O dano moral*. São Paulo, Forense, 2009. p. 44.

Há, no entanto, uma corrente que atribui à indenização referente ao dano moral apenas e tão somente a possibilidade de compensar a vítima. Para aqueles que entendem dessa forma, o foco é luz colocada sobre a vítima. Ela seria o centro das atenções, pois se observa a gravidade do que ela sofreu. A partir daí, busca-se uma justa indenização.

Antonio Jeová Santos<sup>92</sup>, mirando em Brebbia, defende que a indenização pelo dano moral seria uma verdadeira reparação. Para quantificá-lo, dever-se-ia levar em conta a gravidade objetiva do dano. No caso de danos contra a integridade física, impende computar a gravidade das lesões e o tempo de cura, o sofrimento físico e moral, o caráter permanente e transitório das lesões e, em casos de danos sofridos pela perda de um parente, a sua convivência com a vítima, a existência de outros parentes, a particular vinculação efetiva. Enfim, deveriam ser levadas em consideração apenas características relacionadas propriamente à vítima e ao dano sofrido, de forma a poder quantificá-lo.

Carlos Roberto Gonçalves admite existir, na reparação do dano moral, uma função punitiva, porém com a índole de forma secundária. A indenização pelo dano moral teria como função principal a satisfação do ofendido pelo prejuízo sofrido. Nesses termos:

O caráter punitivo é meramente reflexo, ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio do lesado.

Também vale a lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto que sintetiza o duplo aspecto da reparação dos danos morais do seguinte modo:

A reparação dos danos morais projeta-se em duas direções: a primeira, visando a compensar a lesão impingida à vítima, no sentido de dar-lhe satisfação [...]; a segunda, no rumo de impor ao lesante uma sanção suficiente a fazê-lo sentir a reação do direito diante da antijuridicidade do ato ou omissão injusta perpetrada, em medida bastante a gerar desestímulo de conduta e dissuasão de comportamentos assemelhados no seio social, como elemento de caráter preventivo<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 55.

<sup>93</sup> MEDEIROS NETO, 2004, p. 71.



Salomão Resedá, por sua vez, é taxativo ao enxergar a função punitiva não de forma secundária, propugnando a fixação da indenização com base no autor da agressão. Dessa forma:

Na realidade, acredita-se que o valor a ser pago não deva ser espelhado no ofendido, mas sim no sujeito ativo da agressão. Somente com a mudança de pensamento, passando-se a observar o ofensor, é que será possível agregar o verdadeiro significado do dinheiro para os danos morais.<sup>94</sup>

A jurisprudência vem reconhecendo a natureza híbrida da indenização do dano moral. O julgado, a seguir, além da natureza compensatória, faz alusão à intenção de desestimular a prática de novas condutas ilícitas:

**Ementa:** APELAÇÃO - AUTOR e RÉU - Ação de reparação por danos materiais e morais. RÉU - CERCEAMENTO DE DEFESA - Produção de prova documental - Manifestação expressa do Apelante - réu (fls. 162) no sentido de ser desnecessária a produção de outras provas - Preclusão lógica - Ademais, poderia ter produzido a referida prova por ato próprio em razão do livre acesso aos bancos de dados de devedores inadimplentes - Preliminar rejeitada. RÉU - MANUTENÇÃO INDEVIDA NOS BANCOS DE DADOS DE DEVEDORES INADIMPLENTES - Quitação do débito - Dever do credor (Apelante-réu) de diligenciar a exclusão dos cadastros restritivos - Omissão - Dano moral in re ipsa - Precedentes do STJ e das cortes estaduais - SUCUMBÊNCIA - Aplicação da súmula nº 326 do STJ - Sentença mantida. AUTOR - VALOR DOS DANOS MORAIS - Reparação fixada em R\$ 3.000,00 (três mil reais) - Valor insuficiente a compensar o Apelante-autor, bem como a desestimular novas condutas ilícitas por parte do Apelante-réu - Elevação da reparação moral para o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - HONORÁRIOS -Fixado por equidade em R\$ 1.000,00 (mil reais) - Elevação para 20% (vinte por cento) do valor atualizado da recondenação - Sentença reformada, com determinação recurso ao Apelante-réu improvido e recurso do Apelante-autor provido, com determinação.<sup>95</sup>

A posição, entretanto, não é unânime. No STJ, embora exista uma linha que reconhece a natureza híbrida da indenização pelo dano moral, a prática tem mostrado que os valores fixados a título de indenização pelo dano moral têm sido

---

<sup>94</sup> RESEDA, Salomão. *A função social do dano moral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2009. p.181.

<sup>95</sup> TJSP, ApoCív. 991090257732 (7385011000), 37ª CDP, Rel. Tasso Duarte e Melo, Data do julgamento: 21/10/2009.

tão baixos que mal compensam o dano, quiçá servem de punição ou desestímulo a condutas lesivas.

### **3 NA INTERSECÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA, DUAS HIPÓTESES DE DANOS EXTRAPATROMONIAIS**

#### **3.1 A PECULIAR TESSITURA DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM O VALOR DA RESPONSABILIDADE**

As experiências da cultura e da natureza se cruzam no cerne da entidade familiar, e disso ninguém duvida. A tendência “natural” (químico-biológica) da vida aos pares, combinada com o *demasiadamente humano* medo da solidão e com a necessidade social de organização, levou os seres humanos a agruparem-se, há

tempos longínquos, nisso que chamamos *família*.<sup>96</sup> E a família, como construção cultural, apresenta-se mutável ao longo do tempo e exibe características diversas a depender da época e da sociedade em que esteja inserida.

Em obra intitulada *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, Friederich Engel dissecou o fenômeno do aparecimento da família em etapas denominadas de *consanguínea; punualuna, pré-monogâmica e monogâmica*<sup>97</sup>, concluindo que cada etapa correspondeu a uma forma de organização familiar, a qual se modificou no transcorrer do tempo.

Com base em Morgan, propaga-se a noção de que o estado primitivo caracteriza um período de promiscuidade absoluta, em que os sujeitos de ambos os sexos não vivenciavam relações sexuais exclusivas com uma pessoa específica, mas onde, ao contrário, cada mulher poderia pertencer a muitos homens, e cada homem a muitas mulheres. Nessa fase, as pulsões de sexo, de gozo, compunham-se livremente, voltadas à satisfação bruta dos instintos e desconhecedoras de limites que as submetem-se.

No estágio seguinte, consolidada a primeira etapa da família, chamada consanguínea, estabeleceu-se a proibição de uniões entre ascendentes e descendentes. Era a proibição do incesto, sobre a qual Sigmund Freud entabulou uma de suas maiores obras, fundamental para o entendimento da natureza e das modificações vivenciadas pela família, *Totem e Tabu*.<sup>98</sup>

Já Claude Levi-Strauss dedicou-se a desdobrar a tese de que a interdição do incesto foi a *ratio* graças a qual, através da qual e, mormente, pela qual se deu a basilar transição entre estado da natureza e da cultura. A proibição às práticas incestuosas tornou-se centro estruturante do sujeito, base fundante da cultura e núcleo irradiador de uma organização sócio-jurídica complexa, centrada, originariamente, na primeira Lei-do-Pai ou Lei do Incesto.<sup>99</sup>

Na etapa da família punaluana, a proibição do incesto expandiu-se para atingir os irmãos (a princípio somente os bilaterais ou uterinos, filhos do mesmo pai

---

<sup>96</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.27.

<sup>97</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Centauro, 2007. p. 51.

<sup>98</sup> FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. p. 40.

<sup>99</sup> LEVY-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Cit., p. 62.

e da mesma mãe), primeiro apenas excepcionalmente, depois de forma ampla e, por fim, estendendo-se aos primos até 3º grau.<sup>100</sup>

No correr da história, o momento seguinte aportou na família pré-monogâmica. E, nessa fase, foi um fato histórico que não nos cabe aqui destrinchar que fez com que os casamentos monogâmicos passassem à pauta de interesse dos indivíduos livres de então: as mulheres tornaram-se raras e escassas, tendo os homens que passar a procurá-las. O casamento pré-monogâmico surge, pois, aliado ao rapto e à compra de mulheres.

A marcha segue seu rumo e a família monogâmica, acentuando alguns contornos da anterior e modificando outros tantos, firma-se como um espaço de domínio do homem sobre a mulher. Alguma espécie de liberdade e de igualdade de sexos experimentadas outrora foi substituída pela afirmação da plenitude da superioridade do homem, polarizando a relação familiar entre mandante e comandados, o que se refletiu, compulsoriamente, também na moralidade sexual do período.

Engles se debruçou sobre cada uma dessas etapas, conectando-as às suas matrizes ideológicas, para concluir que *a monogamia, hodiernamente tomada como regra, é tão somente o reflexo de um sistema que foi propositadamente construído para assegurar a proteção e a manutenção da propriedade privada.*

Na esteira dessas ideias, asseverava que a monogamia baseava-se no domínio do homem com a finalidade explícita de procriar filhos, cuja paternidade fosse incontestável, já que estes seriam os herdeiros diretos dos bens paternos. A família monogâmica, para Engles, ocupava-se exclusivamente com a transmissão patrimonial entre os herdeiros. E é nesse momento que se impõe o poder familiar paterno, pois o homem assume a direção da entidade familiar.

Malgrado as críticas que se possa dirigir à sistemática adotada por Engels, é cediça a percepção de que o seu trabalho tem inequívoca influência na ideologia do mundo europeu, sobretudo no que tange à visualização da proibição do incesto como tabu fundante de quase todas as civilizações e, no tracejo do percurso histórico-sociológico que elevou a monogamia ao posto de única expressão moralmente legítima da família dita civilizada. Sob essas bases se sustentam ainda muitos dos códigos morais e legais da cultura do ocidente.

---

<sup>100</sup> FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*, cit p. 41.

Para Fustel de Coulanges, a família surge centrada na religião doméstica, que lhe fixou as regras e o modo de proceder, embora seja temerário afirmar que a tenha criado. O certo é que, para esse autor, a união dos membros da família não se dava por laços afetivos, nascimento ou força física, mas sobremaneira mediante uma associação de cunho religioso.<sup>101</sup>

O fato é que, em ambos os modelos de família - seja ela a monogâmica de Engles, calcada no domínio do homem que deseja procriar e transferir patrimônio, seja o núcleo situado em torno da religião doméstica, em que o patriarca presidia o culto e transferia a propriedade ao seu descendente, como quer Fustel de Coulanges, acabou por delinear o *cunho patrimonialista, patriarcal e nuclear da família romana, a qual influenciou diretamente inúmeras codificações civis modernas, como o Code de France e o próprio Direito de Família Brasileiro do Código de 1916*. Foi esse o único modelo de família admitido juridicamente, em solo pátria, até quase o final do século passado.

Como mencionado anteriormente, se em algum outro ramo do Direito Civil a aclamada vinda da novel *Lex Matter* provocou impacto semelhante ou, arrisque-se, superior ao que abalou o *Velho Mundo* da Responsabilidade Civil e impôs a sua profunda reestruturação, este ramo foi, indiscutivelmente, o do Direito das Famílias.<sup>102</sup>

Porém, mesmo antes da cristalização, pela Constituição Democrática, dos novos valores condutores da tutela jurídica das relações familiares, impressionam o alcance das sucessivas mutações sofridas pela figura da entidade familiar no curso do veloz século XX.

É certo que a família, quanto fato cultural, altera-se cotidiana e sequenciadamente. Se a antiga família greco-romana era de fato “uma associação religiosa, mais do que uma associação natural” e se o que a unia “era algo mais poderoso do que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião dos antepassados”<sup>103</sup>, sendo completamente dissociada da ideia de *afeto*, a família da contemporaneidade é predominantemente *afetiva*, a ponto de ser reconhecida e tutelada juridicamente, ainda que a despeito do que

---

<sup>101</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

<sup>102</sup> Expressão difundida pela sensibilidade e pela inteligência do arauto de tantas percepções renovadas e corajosas sobre o direito das múltiplas formas de família, Des. Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 2007, p. 28.

<sup>103</sup> COULANGES, Fustel De. *A Cidade Antiga*, 2006, p. 45.

preveem normas de ordem religiosa.<sup>104</sup> Foi assim, por exemplo, com a aprovação do divórcio no Brasil, pela Lei 6.515/77 e com o recente reconhecimento pretoriano do caráter familiar que envergam as uniões de pessoas do mesmo sexo.

A despeito da rigidez e do perfil excludente que alguns regimes jurídicos<sup>105</sup>, em consonância com os valores sociais de seu tempo, tentam ou tentaram lhe impor, a família firma-se como substancialmente porosa, plástica, mutável, dinâmica e absorvente de valores e de realidades a ela externas. E segue modelando-se de acordo com as circunstâncias do tempo e do espaço em que figura.

É inescindível que a influência dessa amplíssima gama de fatores, de diversos espectros e dimensões, tornam falaciosa e insuficiente a consolidação de um modelo jurídico familiar único, que arvora-se na qualidade de legítimo e tenta relegar ao desabrigo do Direito das Famílias as outras qualidades de entidades familiares. Por isso, a mais correta maneira de se avaliar o fenômeno familiar é mirando os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo. Vaticina a historiadora Michelle Perrot, que “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”.<sup>106</sup>

Um olhar, centelha de um segundo, sobre a família que deixa o século do *avanço industrial* e dirige, com soberana influência, todas as codificações burguesas do século que surgia, encontra uma entidade nuclear, patriarcal, surgida somente do matrimônio e voltada com exclusividade para as relações hierarquizadas produzidas no interior da estrutura casamentária. *Felicidade, realização pessoal, suporte*

---

<sup>104</sup> Nesse mister, faz-se menção a histórica e recente decisão do Superior Tribunal Federal, que ao reconhecer a formação de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, afirmou que “A preferência sexual é um autêntico bem da humanidade”( ADI 4277, j. 06.05.11) O STF não reconheceu, portanto, argumentos como o do advogado Ralph Anzolin Lichote, que, falando em nome da Associação Eduardo Banks, admitida como *amicus curiae* no referido processo, declarou que “Esse julgamento pode ter consequências inimagináveis para todos se dermos um passo errado. Imaginem o fardo de ter que conviver com esta cruz sabendo que, para a maioria do povo brasileiro, Deus criou o casamento quando criou Adão e Eva”.

<sup>105</sup> Nesse sentido, é importante lembrar do regime imposto à família pelo CC/16, o qual impedia, por exemplo, o reconhecimento da união estável como relação familiar, relegando-a ao plano de mera relação concubinária, tutelável como sociedade de fato pelo direito das obrigações. Nos diz ANA MARIA GONÇALVES LOUZADA que “Antes de a união estável receber status constitucional, por muitas vezes foram assegurados direitos às mulheres sobre o esdrúxulo fundamento de serviços sexuais prestados. Ao depois, as uniões que não tinham a chancela matrimonial passaram a ser denominadas de sociedades de fato, sendo regidas pelos direitos das obrigações. Contudo, com a evolução da doutrina e da jurisprudência, não se mostra mais sensato denominá-las de sociedade de fato, porque efetivamente não o são. Nas sociedades de fato não há afeto, nem tampouco intenção de constituir família. Como dito, está relacionada com o Direito das Obrigações, havendo necessidade de comprovação da participação financeira na aquisição de bens”. In Leonardo Barreto Moreira Alves (coord). *Código das famílias comentado*, 2011, p. 556.

<sup>106</sup> *O Nó e o Ninho*. Veja 25: reflexões para o futuro, 1993.p. 31.

*psíquico e composição equilibrada dos conflitos* eram conceitos secundários e desprovidos de maior relevância no ambiente da família institucional.

A transição se dá, como explica o ilustre Prof. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, com a implementação do estado social, que

desenvolvido ao longo do séc. XX caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por filtro a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade de seus membros ou a promoção da justiça social. O intervencionismo também alcança a família. Com o intuito da redução dos poderes domésticos-notadamente do poder marital e do poder paterno - da inclusão e equalização dos seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana.  
107

Hodiernamente, a família se transmuda em lugar privilegiado para funcionar como entidade de afeto “uma rede de solidariedade mais ou menos sólida, quase sempre eficaz para oferecer os cuidados necessários a seus membros ante suas necessidades e dificuldades”.<sup>108</sup> De todas as instituições criadas pela cultura, é a entidade familiar - ainda que marcada por violências e assimetrias, em particular de gêneros e nas posições exercidas no interno das relações paterno-filiais - a que tem maior disponibilidade para o acolhimento da pessoa, para o abrigo de suas emoções, para a transmissão dos códigos e valores necessários à vida em sociedade e para a formação psíquica do sujeito.

Há, destarte, conforme já apontado no primeiro capítulo dessa investigação, uma necessária transição da concepção de família mononuclear, hierarquizada, patriarcal, sexista, heterossexual e encarada como unidade produtiva - que dominou a cena do Direito Civil Brasileiro do Código Beviláqua- para a compreensão humanista de uma família focada na promoção do desenvolvimento da personalidade e da felicidade de seus componentes, a qual domina a cena inaugurada pela Lei Maior de 1988.

Seu balizamento dentre esses limites, promove sua estruturação como espaço privilegiado para que as experiências humanas se iniciem e se processem. Jaz no passado (não muito distante) uma visão predominante de família enquanto

---

<sup>107</sup> *Famílias*, p. 4

<sup>108</sup> PETRINI, João Carlos. *Pós-Modernidade e família: um itinerário de compreensão*. 2003, p.58.

instituição, enquanto célula social fundamental, para percebê-la enquanto família eudemonista, enquanto núcleo cuja *ratio essendi* não pode ser outra senão a do abrigo e aprimoramento existencial de seus membros. Ou seja, privilegia-se um caráter instrumental da família enquanto meio de promoção da pessoa humana.

Sobre ela, ANTHONY GIDDENS enuncia que impõe “um relacionamento baseado na comunicação emocional, em que as recompensas derivadas de tal comunicação são a principal base para a continuação do relacionamento”.<sup>109</sup>

Nesse mister, uma releitura dos elementos conformadores da entidade familiar se impõe. Uma nova e mais abrangente visão, *impregnada de transdisciplinariedade*, abarca os relacionamentos amoroso-sexuais, bem como as relações paterno-filiais.

A família do tempo presente é, pois, fruto do desenvolvimento biotecnológico, da globalização econômica e cultural, do controle pleno da fecundidade da mulher, do declínio do patriarcalismo, da eleição de um paradigma de fluidez no que tange às relações de gênero<sup>110</sup> e às relações de maternidade/paternidade e filiação.

*A modelagem por hora apresentada, dentro de uma visão socioinstrumental, é de uma estrutura voltada, preponderantemente, ao emocional, erigida na confiança.* Seus membros passam a integrar um invólucro de relações estreitas que ora se confundem, ora se completam, de modo interdependente.

Corroborando dessas ideias, a partir de um prisma sociológico, George Simmel (1993), em escritos que, embora datem de 1895, impressionam pela atualidade, já preconizava essa necessidade de um novo modelo familiar, inclusive chegando a reconhecer uma variedade de formas familiares. Veja-se ilustrativamente:

Temos, ademais, uma extraordinária multiplicação das formas familiares nos diversos níveis de cultura, e como a família é, em geral, um agrupamento duradouro, apesar de todas as modificações das outras formas de vida, podemos examinar com precisão sua essência própria e sua força, baseando-nos na influencia que ela exerce em matéria de relações matrimonial e de parentesco. (p. 20-21).

---

<sup>109</sup> GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*, 1993, p. 30.

<sup>110</sup> Sobre uma possível desvinculação entre a sexualidade e os gêneros, remeta-se à obra da psicanalista e sexóloga REGINA NAVARRO LINS, *A Cama na Varanda*. 2005.



Nessa senda, a Sociologia hodierna chega a concluir pela impossibilidade de atribuir à família um conceito único.<sup>111</sup>

Interessante também é a percepção de alguns estudiosos do tema sobre o novo papel *social* exercido pela família moderna, *lócus* de amor, de intimidade e da vida privada, qual seja o de verdadeiro repositório do *sagrado* antes encarnado apenas em noções como as de *Divindade, nação e pátria*.

É a retomada, em outras bases que não a do individualismo oitocentista, de um humanismo entranhando no conceito de *família do afeto*. Nas palavras do filósofo francês LUC FERRY “a história da família moderna, fundada no sentimento, vai nos mostrar que a única causa que vale a pena, afinal, é a da pessoa”.<sup>112</sup>

Se fosse possível traduzir em verbo a família que rompe o novo milênio-exercício sabidamente complexo e reducionista, mas a que facilmente se cede ante o fascínio da “luta vã com as palavras”, arriscar-se-ia falar em *família do afeto e do exercício solidário das idiosincrasias humanas*.

Sob o enfoque da ciência jurídica, outra não é a conclusão a que se chega - endossando as proposições sociológicas.

No momento posterior à maioria atingida pela Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que o direito de família, no enalço da chamada repersonalização das relações civis,<sup>113</sup> migrou do papel de ramo sitiador de normas jurídicas elaboradas para garantir, primordialmente, as situações jurídicas patrimoniais do núcleo base do Estado, rumo à inexorável percepção de direito protetivo da plural *entidade de afeto formada pelos seres humanos e para os seres humanos*, local privilegiado para o desenvolvimento frondoso da personalidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões.

E dentro de uma perspectiva transdisciplinar, muitas são as funções atribuídas à entidade familiar, que decorrem de suas características mais peculiares e que auxiliam a compreensão do seu complexo papel no mundo pós-moderno. Sintetizando essas funções, Beatrice Marinho Paulo as enumera como *função procriativa; função econômica (mantenedora); função emocional e psicológica;*

---

<sup>111</sup> Vide, no particular estudo de Eni de Mesquita Samara. *A família brasileira*. Coleção tudo é história. São Paulo: 1998, PP 7- 40.

<sup>112</sup> *Famílias, amo vocês*. P. 21.

<sup>113</sup> Precisa é, novamente, a lição do prof. alagoano Paulo Luiz Netto Lôbo, que conceitua o fenômeno como “a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. *Famílias*, p. 11.

*função de desenvolvimento das potencialidades humanas; função emocional e psicológica; função educativa e socializadora; função de continuidade da cultura; função de reprodução das relações sociais; função de fornecedora de cidadãos.* <sup>114</sup>

Em face da importância e centralidade que exhibe essa família plural, igualitária, afetiva e democrática, multifuncional e predominantemente vocacionada ao encontro da felicidade humana, por óbvio a *responsabilidade* - tomada aqui numa acepção mais ampla do vocábulo e não somente no sentido do dever de indenizar, que encontra escólio da filosofia de Hans Jonas <sup>115</sup> - é valor reconhecido pelo direito, traduzido pelo legislador e que vem sendo, progressivamente absorvido e atualizado pelos aplicadores da norma jurídica.

No dizer de PAULO LÔBO,

A experiência democrática contemporânea operou a interdependência entre liberdade e responsabilidade, ao contrário da disjunção liberal. Ou seja, não há liberdade sem responsabilidade, nem esta sem aquela. Em outras palavras, quanto mais liberdade se conquista, com redução conseqüente do *quantum* despótico, mais responsabilidade se impõe a quem exerce aquela. A liberdade das famílias contemporâneas, assegurada pelo Direito, encontra sentido e legitimidade na ética da responsabilidade. <sup>116</sup>

A responsabilidade se inscreve no campo das entidades familiares das mais variadas formas, e estabelece direitos e deveres múltiplos, em prol dos indivíduos que integram a família, que se processam não só em face dos membros da célula familiar, mas também em face da sociedade e do estado. O dever alimentar, esculpido no art. 1.694 do Códex, é, por exemplo, calcado na solidariedade familiar ou decorrente do parentesco, dos quais deflue uma responsabilidade quanto ao amparo e ao sustento do membro da família nuclear ou de outro parente.

---

<sup>114</sup> Discorrendo pormenorizadamente sobre essas funções, diz a autora sobre a função emocional-psicológica que "ela é a de fornecer a seus membros um clima de amor, de segurança emocional, paz, compreensão e carinho, que proporcione a todos consolo e apoio mútuos, nas intempéries e possibilite alcançarem a felicidade. Fachin chega a privilegiar essa função da família, na definição que propõe para ela. Diz ele que a família é um refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal, emanador da felicidade possível. Lacan afirma que a família "preside os processos fundamentais de desenvolvimento psíquico", E Bock et al declaram que "a criança necessita de ligações afetivas estabelecidas com seus cuidadores, as quais ela não quer (não pode!) perder". *Em busca do conceito de família: desafio da contemporaneidade*. In *Brasileira de direito das famílias e das sucessões*. n 12, ago./nov. de 2011, p.49-51.

<sup>115</sup> JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. 2006, p.36.

<sup>116</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Família contemporânea e as dimensões da responsabilidade*. in *Revista brasileira de direito das famílias e das sucessões*. n 11, ago./set. de 2009, p.12-13

Outro salutar exemplo da assunção da noção de responsabilidade pelo ordenamento pátrio se encontra inserido na Lei 12.210 de 2009, a qual, após um longo clamor da doutrina civilista brasileira mais arrojada, consagrou como um dever dos pais adotivos e do estado garantir ao adotado o conhecimento de sua origem genética. É que, independentemente da adoção ser irreversível e gerar laços parentais definitivos com os adotandos, não pode impedir o adotado de exercer amplamente a sua personalidade, dentro da qual se protege o direito à sua ancestralidade, o direito a saber de onde descende e qual a história, características físicas e de saúde, dentre outras coisas, de seus genitores.<sup>117</sup> Nesse sentido, já vinha decidindo a jurisprudência dos nossos pretórios

Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica (STJ, Ac. Unân. 3ªT, REsp.833.712/RS, re. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 17.05.07)

O reconhecimento da convivência socioafetiva como elemento conformador de relação paterno-filial, sobre a qual já se tratou, é outro elemento que circunda a questão da responsabilidade na família. A jurisprudência dos nossos Soldalícios é pacífica no sentido de determinar a declaração da pater/maternidade quando a posse do estado de filho for satisfatoriamente demonstrada, nas ações de investigação desses vínculos.

E, nesses casos, obviamente, haverá uma extensão da responsabilidade parental para abarcar os filhos socioafetivos, que juridicamente, por força do comando constitucional esculpido no § 6º, art. 227, em nada diferem dos filhos biológicos.

Assim, pôde ingressar ao abrigo da relação familiar e das responsabilidades que dela decorrem a tão típica, no Brasil, situação *do filho de criação*, aquele indivíduo, geralmente de família mais humilde, que, pela falta de condições materiais ou emocionais dos genitores, era deixado com uma família conhecida e por esta era criado, desenvolvendo firmes laços de afetividade para com ela, mas permanecendo

---

<sup>117</sup> O direito ao conhecimento da origem genética também é amplamente discutido e vem sendo concedido, pelos tribunais, aos filhos fruto de inseminação artificial heteróloga. O mesmo tratamento jurídico deve ser dado ao interesse dos filhos socioafetivos que não conhecem a identidade dos pais biológicos, em virtude da aplicação do princípio da isonomia às formas de filiação e em razão da classificação do aludido direito como direito da personalidade.

excluído da possibilidade de tutela jurídica dos direitos decorrentes da condição de filho - a exemplo do direito a alimentos e do direito à herança do pai.

Volvendo o olhar para as relações amorosas, um dos mais recorrentes argumentos da parcela minoritária da doutrina civilista que defende o ingresso do concubinato (disciplinado no art. 1.727 do Código Civil como sociedade de fato) no rol exemplificativo das entidades familiares, cristalizado no art. 226 da Lei Maior, é justamente o que invoca a questão sobre o prisma da responsabilidade. Nesse sentido Maria Berenice Dias pontifica que

rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade é gerar irresponsabilidade, é ensejar o enriquecimento ilícito. O resultado é mais do que desastroso, é perverso. Nega-se divisão de patrimônio, nega-se obrigação alimentar, nega-se direito sucessório (...) quem vive com alguém por muitos anos necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, àquele que vive de modo que a lei desaprova, simplesmente, não lhe advém qualquer responsabilidade, encargo ou ônus.<sup>118</sup> (grifou-se)

Por fim, cumpre expandir ainda mais a percepção de que responsabilidade e família caminham indelévelmente juntas sob o signo do estado democrático de direito, voltando-se para o art. 225 da Constituição Federal, o qual prevê que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para *as presentes e futuras gerações*. (grifou-se).

O dever jurídico de proteção e preservação do meio ambiente, que é indubitavelmente um interesse da sociedade atual, um direito difuso, e que se volta, tanto para o ente estatal quanto para a coletividade e para a entidade familiar, também foi definido pelo legislador constituinte como um interesse jurídico das próximas gerações, que são aquelas que sucedem imediatamente às atuais gerações familiares.

---

<sup>118</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 170. Registre-se, também, a firme posição do Ministro Carlos Ayres Britto, que reiteradamente tem se posicionado, nos julgamentos do STF sobre a matéria, favoravelmente ao entendimento do concubinato como relação de natureza familiar, em virtude do que dispõe a Carta Magna sobre os Princípios da Dignidade da Pessoa humana, da Liberdade e da Igualdade, e pelo tratamento plural conferido pelo diploma à família. Nesse sentido, remeta-se ao seu voto vencido proferido no julgamento do RE 397.762/BA, rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.6.08.

Assim, na norma em apreço, a família acabou por ser definida, duplamente, como titular de um direito (as famílias que se formarão futuramente, do direito a um meio ambiente preservado) e sujeito passivo de um dever (as famílias atuais, de promoção do uso racional, *responsável* e equilibrado desse meio ambiente).<sup>119</sup>

A outra faceta da responsabilidade que, hoje, deita consideráveis efeitos nas relações familiares é, como já exposto no segundo capítulo deste estudo, a da aplicação das regras de responsabilidade civil à entidade familiar. E, nesse mister, conforme já exaustivamente analisado, *toma-se como premissa a possibilidade de que danos causados no âmbito familiar sejam ressarcidos, desde que se insiram nas normas elaboradas para a responsabilidade civil comum*, e não somente em razão de direitos ou valores peculiares vinculados à família.

Em seguida, e dentro da perspectiva do ataque a valores existenciais do ser humano, que é a contemplada neste trabalho, passa-se a investigar duas hipóteses específicas de danos de caráter extrapatrimonial passíveis de serem verificados no *locus* familiar, os quais, por sua atualidade e especificidade, demandam análise mais detida.

### 3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL: BREVES NOTAS À LUZ DO ART. 6º DA LEI 12.318/10 7.

*A memória do homem não é uma soma; é uma desordem de possibilidades indefinidas*

*Jorge Luis Borges*

O término de uma relação amorosa estável é, quase sempre, um evento traumático para o casal que o vivencia e que, não raro, deita os seus influxos de dor, de insegurança emocional, financeira, e de sensação de vazio existencial por toda a célula familiar. Na lição de Rodrigo da Cunha Pereira:

---

<sup>119</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Família contemporânea e as dimensões da responsabilidade*. in *Revista brasileira de direito das famílias e das sucessões*. n 11, ago./set. de 2009, p.26 e 27.

O término da conjugalidade significa desmontar uma estrutura e perder muita coisa. Perder estabilidade, padrão de vida, status de casado etc. A dor maior dessas separações é a de nos defrontarmos com a nossa solidão e a constatar que não temos mais aquele outro que pensávamos nos completar, a quem onipotentemente insistimos em completar. (.....) E uma separação judicial só é possível se as questões da subjetividade estiverem resolvidas, ou pelo menos sendo elaboradas internamente pelos sujeitos da separação. *Caso contrário, a separação se transformará em um eternizante processo de degradação do outro, ou numa relação doentia, em que o sofrimento será a marca principal.* (grifou-se).<sup>120</sup>

O naufrágio de um projeto afetivo cuidadosamente engendrado, que certamente construiu-se ao preço de muitas renúncias individuais, de adaptações diuturnas e da necessidade de flexibilização dos valores e projetos pessoais de cada um, *abre uma senda para a emergência da mais profunda sensação de fracasso e, no mais das vezes, também de algum sentimento de raiva ou de rancor contra aquele a quem se credita a ruptura de relação.*

E quando o sujeito abandonado, traído em sua expectativa de amor e felicidade eternos, não busca seriamente superar o luto, não trabalha dissociar as objetividades das subjetividades que integram todo processo de fim de um projeto amoroso, não elabora a frustração pela quebra de suas expectativas de completude e de superação da atávica solidão que marca os seres humanos, a raiva e o rancor mencionados podem se transmutar num ódio visceral e patológico.

Algumas conseqüências desse ódio são sobejamente conhecidas dos tribunais brasileiros, chamados, por anos, a atuar em torno da discussão de culpa pelo fim do casamento. O próprio Código de 2002, já elaborado sob os ventos de uma nova Constituição, ainda mantinha resquícios da concepção patrominialista e indissolúvel de família ao admitir, em seus arts. 1.572 e 1.573 as digressões destinadas a apurar o culpado pelo fim do amor, em sede de separação judicial.

Essa prerrogativa acabou por travestir-se em meio de canalização ideal para todo o inconformismo e para toda a dor do cônjuge que não admitia o divórcio, o qual expunha no judiciário as entranhas do desamor através das acusações mais variadas e da dissecação crua das vivências mais íntimas do casal. Tal possibilidade foi, felizmente, como será melhor explorado no último capítulo desse estudo, sepultada pela EC66/10, que unificou o sistema dissolutório do casamento

---

<sup>120</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade vista pelos Tribunais*. São Paulo: Livraria Del Rey, 2001. p. 36.

na figura do divórcio e, desse modo, excluiu a discussão da culpa do âmbito do desenlace jurídico do casamento.

Um dos fenômenos mais cruéis e maléficos relacionados ao ódio e ao desejo de vingança oriundos do fim da relação afetiva- fenômeno de há muito existente mas para o qual a atenção dos estudiosos de diversas áreas só voltou-se mais recentemente- a alienação parental<sup>121</sup> é evento que, pela gravidade, complexidade na caracterização e pela aridez probatória, vem desafiando estudiosos e labutadores do Direito de Família.

O aumento da freqüência de casos envolvendo o fenômeno dá-se a partir dos anos 80 e pode ser atribuído, basicamente, a dois fatores: *primeiro*, à sensível mudança na qualidade da relação entre pai e filhos, que na esteira das transformações experimentadas pela família da pós-modernidade, deixa de ser apenas simbólica da inflexão da lei, do interdito civilizatório das pulsações do desejo, para estreitar-se em virtude da experimentação e reconhecimento do valor afetividade; e *segundo*, porque tendo em conta o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares e da dissolubilidade da relação matrimonial, há, a partir dessa década, um aumento das demandas judiciais que tem por escopo a separação.<sup>122</sup>

Segundo leciona Caetano Lagastra Neto:

Alienação é conceito com diversas acepções, ao que se extrai dos dicionários da língua ou daqueles de política e ciência médica. Sob o aspecto parental, *também conhecida como implantação de falas memórias, trata-se de lavagem cerebral ou programação das reações da criança e do adolescente pelo alienador, contrárias, em princípio, ao outro genitor, ou às pessoas que lhe possam garantir o bem-estar e o desenvolvimento, inculcando-lhes sentimentos de ódio e repúdio ao alienado* . (grifou-se)

Embora muitas vezes tratada uniformemente pela alcunha de Síndrome de Alienação Parental(SAP), impende ressaltar que *Richard Gardner, psiquiatra norte-*

---

<sup>121</sup> Na literatura também se verifica a utilização do termo *Síndrome de Medéia*-personagem da mitologia grega, esposa do argonauta Jasão, a qual se atribuem características relacionadas à magia e à uma extrema crueldade-,para nomear o fenômeno. E embora a escolha da expressão possa parecer pejorativa, ela certamente se deu em função do fato de que, pelo ainda tradicional estabelecimento da guarda dos filhos em favor da mãe, normalmente é esta quem figura,nos casos de alienação parental, no papel de genitora alienadora.

<sup>122</sup> PEREZ, Elizio Luiz. *Alienação Parental*. Entrevista. Boletim IBDFAM-I, n. 54, ano 9, jan/fev.2009, p.3.

americano pioneiro na identificação precisa da patologia, diferencia a alienação da síndrome, ao determinar que essa última é caracterizada pelo conjunto de sintomas que atinge a criança ou o adolescente<sup>123</sup> programado para odiar o outro genitor, enquanto a primeira cinge-se ao ato de programação ou implantação das falsas memórias. Discorrendo sobre a referida síndrome, diz Gardner que:

Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação de instruções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação da Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.<sup>124</sup>

O genitor alienador- que geralmente é quem detém a guarda do filho- movido pela raiva cega dirigida ao ex-parceiro amoroso, dá vazão ao lado mais egoísta e frio de sua personalidade para realizar uma série de atos de intensidades diversas, mas que comungam todos do mesmo objetivo: converter o filho em arma, em instrumento de vingança contra o ex-parceiro, o atingindo naquilo que lhe deve ser mais caro, que é o amor e a possibilidade de uma convivência harmônica com o rebento.

Esses atos podem ter, pois, estaturas diferentes, variando de gestos mais leves, como recusar-se a passar chamadas telefônicas do outro genitor aos filhos, até atos extremos, como o de acusar o outro genitor de abusar sexualmente do filho – e de conseguir implementar na criança a falsa memória do abuso<sup>125</sup>. O fato é que,

---

<sup>123</sup> Interessante observar, contudo, que os sintomas da referida síndrome podem vitimar não só a criança ou adolescente, mas "pode ser estendido a qualquer pessoa alienada ao convívio da criança e do adolescente. Estes também submetidos à tortura, mental ou física, que os impeça de amar ou mesmo de demonstrar esse sentimento, colaborando com o alienador. (LAGASTRA NETO, Caetano. *Alienação Parental e reflexos na guarda compartilhada*. DA SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coords). *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.47/48.)

<sup>124</sup> GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental(SAP)?* Disponível em <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente> Acesso em. 25/07/2011.

<sup>125</sup> Cumpre mencionar que a doutrina aponta que, embora a Síndrome possa ocorrer também com adolescente, é muito mais freqüente em crianças de até 06 anos de idade, pela sua evidente falta de maturidade psicológica, o que as torna vítimas ideias para atos lesivos que tem por base justamente a criação de uma memória sobre fatos que nunca ocorreram. COSTA, Ana Surany Martins. *Alienação Parental: o jogo psicológico que gera o sepultamento afetivo em função do exercício abusivo da guarda*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. junho/julho de 2011, v.16, p.63.



para que o ato de programação tenha força o suficiente para instaurar os sintomas da síndrome, ele nunca acontece isolado, pois a patologia é fruto da orquestração progressiva e deliberada de vários atos levianos.<sup>126</sup>

Partindo de sua atuação como psicóloga judicial, Glícia Barbosa de Matos Brasil relata com precisão como, por exemplo, pode se ocorrer a alienação parental através da nefanda e sorrateira instauração, na criança, da crença na ocorrência de abuso sexual, como abaixo se transcreve:

Casos reais: uma menina, filha de pais separados, por decisão judicial vive sob a guarda materna e convive com o pai nos finais de semana. O pai usualmente dá banho na filha. A criança chega na casa da mãe contando sobre o banho, dizendo que "papai deu banho e enxugou a perereca"(sic). A mãe, já com a intenção de interromper o convívio paterno até então com pernoite, por razões pessoais(vingança, ciúme, dificuldade de aceitar a separação etc., começa a dizer para a filha: na próxima vez que papai der banho, não deixe enxugar sua perereca(sic) E repete para a criança muitas vezes. Em seguida, faz perguntas inadequadas, induzindo a criança a nomear pessoas: "quem te machucou no banho?"-grava a criança respondendo. Pronto. Está feito o estrago. Basta levar a gravação para algum órgão protetivo dos direitos da criança e do adolescente. E a criança? Bom, além de ser afastada do pai, vai sendo condicionada(pelo número de vezes que tem que contar a estória) a acreditar que foi realmente vítima de abuso. É o que chamamos de implantação de falsas memórias, que faz parte da sintomatologia da SAP".<sup>127</sup>

Por tudo quanto exposto, resta evidente que a Síndrome de Alienação Parental é um problema da maior gravidade, cujo potencial lesivo dirige-se não só contra o genitor alienado mas, sobretudo, contra a criança a quem deveria proporcionar conforto, proteção e segurança. Caracteriza verdadeira violação do dever de proteção integral da mesma e do seu direito á convivência familiar, cujas terríveis conseqüências se abordará em seguida.

Sua gravidade potencializa-se ainda com o fato de que, em muitos casos, o próprio Estado é utilizado pelo alienador como peça fundamental nesse teatro de manipulação, a exemplo do ajuizamento de ações civis e criminais que se sustentam

---

<sup>126</sup> MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira; MARTA, Taís Nader. Síndrome de Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*, abril/maio de 2011, v.21, p.42-45.

<sup>127</sup> BRASIL, Glícia Barbosa de Matos. *Reconstrução dos vínculos afetivos pelo judiciário*. Porto Alegre: Magister, 2010. CD-ROM.

na acusação de falso abuso sexual contra o genitor alienado. Nesses exemplos, tendo em vista a periculosidade que o abuso oferece ao menor, a tendência é que, mesmo na ausência de provas robustas a lastrear a acusação, o genitor seja temporariamente privado da convivência com o filho<sup>128</sup>. Há, pois, uma constante possibilidade de que as conseqüências bizarras da alienação se processem sob o abrigo da atuação estatal, o que não se pode admitir.<sup>129</sup>

Tendo por tela esse cenário, resulta que aprovação da Lei 12.318/10(em anexo), que dispõe sobre a Síndrome de Alienação Parental, representa uma grande conquista na tentativa de combate e de conscientização quanto ao problema, bem como um passo na tentativa de minimizar os efeitos da síndrome, quando já implantada.

A análise pormenorizada desse diploma legal foge aos limites do presente estudo, mas da mera leitura, ainda que perfunctória, do mesmo percebe-se sua forte sintonia com o que já vinha decidindo a doutrina e propugnando a jurisprudência pátria<sup>130</sup>. Além disso, andou bem o legislador ao definir, minudenciar e prever um rol de condutas exemplificativas que podem causar a Síndrome (art 2º), bem como possíveis sanções jurídicas para um problema tão sério e que tanto vem

---

<sup>128</sup> A própria Lei 12.318/10 possibilita esse entendimento, qd submete apenas ao indício de alienação parental a possibilidade da adoção de medidas pelo juiz.

<sup>129</sup> Além da hipótese suscitada, vale a menção a um caso de alienação parental explícita, quando o assunto ainda não era tratado dessa forma, e no qual a atuação desastrosa do Estado deu-se a serviço do alienador. Sobre ele, conta Caetano Lagastra Neto que "merece menção a trajetória de Assis Chateaubriand e o caso da Lei Teresoca, em que o então presidente da República, Getúlio Vargas, aprovou dois decretos-lei com o propósito de favorecer-lo na luta judicial pela guarda da filha Tereza, concebida com a atriz Cora Acuña, e que sequer fora por ele reconhecida, enquanto casada com Maria Henriqueta. Embora se tenha negado, no início, a reconhecer a paternidade, Chateaubriand, por intermédio de meios criminosos, exercia de fato o pátrio poder sobre Tereza, nada obstante vetado pela legislação vigente. O juiz da causa, posteriormente ministro do Supremo Tribunal federal, Nelson Hungria, permaneceu com a criança em sua residência, até o final do processo, vendo-se a mãe prejudicada ante a mistura de conceitos éticos, religiosos e verdadeiras pressões físicas. Ao cabo, Getúlio Vargas promulga o último decreto, que concedia o direito de guarda do pai, mesmo não casado com a genitora da menor, desde que desquitado de anterior cônjuge, condição que era vedada pelo Código Civil de 1916. Tereza, por sua vez, até os 18 anos, residiu com outro juiz, ao depois também ministro daquela mesma corte, Orozimbo Nonato, circunstâncias que facilitam a vida de Chateaubriand e destruíram a de Cora, sabe-se lá com que traumas em Tereza..". LAGASTRA NETO, Caetano. *Alienação Parental e reflexos na guarda compartilhada*. DA SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coords). *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.59/60.).

<sup>130</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Comentários à Lei de Alienação Parental-Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Set/Out. de 2010, p. 69-70.

afligindo algumas famílias e os operadores do direito conclamados a atuar em sua órbita.

Também merece menção a previsão, pelo artigo 5º, de que, em caso de indícios da ocorrência da alienação, pode o magistrado recorrer a perícia psicológica ou biopsicossocial. A qual, diga-se, junto com a atuação do promotor de justiça, serão essenciais para garantir um deslinde mais seguro(e mais justo) de tão complexa questão.

Na perspectiva da responsabilidade como um valor presente, hoje, na seara familiarista, e tomando-se por norte a premissa, aqui já solidificada, de que a incidência das regras da responsabilidade civil é compatível com a esfera da família- desde que se enquadre nas hipóteses previstas nos arts. 186 e 187 do Códex – cumpre contemplar a possibilidade de reparação dos danos advindos da conduta do genitor alienador em face do filho e do genitor alienado.

O art. 6º da Lei 12.318/10, prevê que

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, *sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil* ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- 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(*grifou-se*)

A par da interessante possibilidade de estipulação de multa<sup>131</sup>, como um meio de coibir a reiteração da prática da conduta nociva- no caso, da campanha, calcada em inverdades, do genitor alienador contra a criança e contra o genitor alienado- a qual já representa incidência de regra de natureza obrigacional no seio da relação

---

<sup>131</sup> Mesmo antes do advento da Lei, já encontravam-se em nossos pretórios decisões nesse sentido, a exemplo de "Agravo de Instrumento. Ação de execução de fazer. Imposição à mãe/guardiã de conduzir o filho à visitação paterna, como acordado, sob pena de multa diária. Indícios de síndrome de alienação parental por parte da guardiã que respalda a pena imposta. Recurso conhecido em parte e desprovido(AI 7002327630; 7ª C.Cível;TJRS;Rel Ricardo Raupp Ruschel. J.18.06.08.

familiar, a grande abertura para a reparação dos danos caracterizados pela SAP dá-se no *caput* do dispositivo em apreço.

Ao determinar que, em face da Síndrome, o juiz pode " cumulativamente ou não, *sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil* ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso", queda claro o reconhecimento amplo, pelo Estado brasileiro, de que a implantação de falsas memórias pode gerar danos de índole material ou moral contra as vítimas. E que, na presença desses danos, em função da ampla proteção à pessoa, conferida pela Lei Maior, eles deverão ser indenizados.

E outra não poderia ter sido a solução alvitrada pelo legislador. Isso porque é evidente que o dano, nesse mister, afigura-se injusto e indenizável sob o prisma das regras gerais (e, nesse caso, até mesmo de acordo com os tradicionais pressupostos) da responsabilidade civil, ainda que constatados no seio peculiar e idiossincrático de uma realidade familiar.

Senão vejamos: o ato praticado pelo alienador enquadra-se no conceito do ato ilícito do artigo 186 do Diploma Civil. Quanto ao nexo de causalidade, diz LAGASTRA NETO, com escólio em GARDNER, que

a criança, submetida ao abuso de natureza sexual ou física poderá com grande esforço, algum dia, superá-los, não assim, quando arrastada por abuso emocional. Essa manifestação apresenta ao menos uma seqüela, especialmente marcante: *o sentimento de culpa e remorso que a atingirão quando, na idade adulta, constate ter praticado grave injustiça contra a pessoa do alienado, circunstância suficiente para estabelecer nexo de causalidade entre a atitude do alienador e o abalo psíquico provocado na criança, no adolescente ou em qualquer dos seres alienados*, e que mostra adequada a lhes permitir processar o alienador visando a indenização por dano moral. (grifou-se)<sup>132</sup>

No que tange a ocorrência de danos extrapatrimoniais, para os quais esse trabalho se volta, vale atentar para a análise de BEATRICE MARINHO PAULO, quando explica que, por conta da alienação parental.

O filho pode desenvolver problemas psicológicos e até transtornos psiquiátricos para o resto da vida. Alguns dos efeitos devastadores sobre a saúde

---

<sup>132</sup> LAGASTRA NETO, Caetano. *Alienação Parental e reflexos na guarda compartilhada*. DA SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coords). Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões. 2011, p.49.

emocional, já percebidos pelos estudiosos, em vítimas de Alienação Parental, são: vida polarizada e sem nuances; depressão crônica; doenças psicossomáticas; ansiedade e nervosismo sem razão aparente; transtornos de identidade ou de imagem(...) insegurança; baixa-estima; sentimento de rejeição, de isolamento; falta de organização mental; comportamento hostil ou agressivo; transtornos de conduta; inclinação para o álcool e drogas e para o suicídio(...) sentimento incontrolável de culpa, por ter sido cúmplice inconsciente das injustiças praticadas contra o genitor alienado.

Também é passível de sofrer um inescandível dano moral o genitor alienado, uma vez que, com o transcurso do tempo, se os atos de alienação permanecerem sendo praticados, a tendência é que passe a ser detestado pelo filho, podendo, futuramente, vir a tornar-se um estranho para este. Nesse sentido, já é demonstrável a afirmação de que todos os atingidos, na esfera dos direitos da personalidade, pelo ato do alienador, em face desse poderão requerer indenização.

Assim, é, infelizmente, imenso de possibilidades de ocorrência de danos, tanto de índole material quanto de índole moral, o fenômeno descrito como Síndrome de Alienação Parental. E, mirando o horizonte da ampla proteção da vida humana digna e da especial tutela conferida pelo ordenamento jurídico às crianças e adolescentes, é papel do Estado tentar impedir que ele ocorra ou, ao menos, minimizar seus efeitos, nos termos do que prevê a Lei. 12.318/10. Mas, ante a ocorrência de um dano já configurado, outra não pode ser a solução que não a que garanta a irrestrita reparação do mesmo.

### 3.3 A PERDA DE UMA CHANCE EM SEDE FAMILIARISTA

No panorama de uma responsabilidade civil oxigenada pelos valores constitucionais, os quais apontam unanimemente para a integral proteção da pessoa humana e com o conseqüente esmaecimento dos postulados tradicionais desse ramo do direito privado, a possibilidade de indenização pela chance frustrada é tema que fascina.

A tese, oriunda do direito francês e amplamente considerada pelos direitos italiano e anglo-saxão, vem instigando e chamando à reflexão todos os interessados

pelos sutis meandros da configuração do dano, e mostra-se particularmente rica quando vista em cotejo com situações de caráter familiar.

*Perte d'une chance*, como nomeada em seu berço de origem, é expressão usada para designar uma modalidade autônoma e específica de dano quando, “em virtude de uma conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima”.<sup>133</sup> É, pois, a supressão da possibilidade séria e real que tinha a vítima de obter, futuramente, um benefício ou de evitar ou minimizar determinada situação prejudicial a si.

O estudo da matéria encontra-se grassado por inúmeras controvérsias desde sua teorização, a exemplo do acalorado debate sobre ser a perda de uma chance uma consequência da mitigação da higidez do nexos causal ou, ao revés, ser um fruto da ampliação das hipóteses de dano;<sup>134</sup> da controvérsia sobre seu enquadramento nas categorias do dano emergente, dos lucros cessantes ou do dano moral e, ainda, das divergências quanto à eleição dos critérios balizadores de sua indenização.<sup>135</sup>

Mas é de se perceber que a principal resistência historicamente enfrentada pelo tema, qual seja a alegada impossibilidade de identificação, na chance perdida, de um dano certo e indenizável,<sup>136</sup> absolutamente distinto da perda do benefício em si, parece estar superada.

No pós-moderno ambiente da responsabilidade civil, fortalece-se a percepção de que nos casos de perda de uma chance, embora o advento da vantagem almejada seja incerto, inseguro, a oportunidade de obtê-la é atual, certa e configura interesse jurídico relevante, cuja violação enseja dever de reparação, como deflui da leitura do art. 403 do Código Civil, de 2002.

No flanco aberto por esse entendimento, a doutrina<sup>137</sup> e a jurisprudência brasileiras,<sup>138</sup> embora ainda tímidas no tocante ao aprofundamento e sistematização

---

<sup>133</sup> CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 45.

<sup>134</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*.

<sup>135</sup> SAVI, Sérgio cf. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, p.43.

<sup>136</sup> Apud SAVI, Sérgio, cf. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, cit.,p.8.

<sup>137</sup> Pela relevante contribuição no estudo da matéria, minimizando a escassez da produção dos juristas brasileiros sobre o assunto, permita-se homenagear o artigo do baiano Cristiano Chaves de Farias, intitulado “A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação”; as obras do gaúcho Rafael Peteffi da Silva, cf. *Responsabilidade cvil pela perda de uma chance; do carioca Sérgio Savi*, cf. *Responsabilidade civil por perda de uma chance; e a obra pioneira do também baiano Sérgio Novais Dias*, cf. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*.

da matéria, tem-se manifestado pela afirmação da plena compatibilização da teoria com o sistema jurídico pátrio.

Quanto à atribuição, à perda de uma chance, da classificação de verdadeiros lucros cessantes, embora as posições doutrinárias nesse sentido sejam hoje minoritárias, a confusão entre os conceitos ainda emerge da análise de alguns casos julgados pelos nossos tribunais.

A distinção entre perda de uma chance e lucros cessantes reveste-se da maior importância quando se considera que, para a primeira, é *inexigível a prova* de que a não-paralisação da oportunidade exibida pela vítima teria levado, obrigatoriamente, ao benefício ou à melhora almejados.

Justifica-se, pois, a advertência de Cristiano Chaves:

É preciso cuidado, porém, para não confundir a perda de uma chance com os lucros cessantes (espécie de dano patrimonial, consistente na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular). É que o dano patrimonial é a subtração objetiva de um bem jurídico materialmente apreciável. A outro giro, a perda de uma chance é uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída uma oportunidade.<sup>139</sup>

A outro giro, partindo da premissa de que a oportunidade subtraída à vítima é, *em si mesma, um bem jurídico atual e certo*, cuja violação faz nascer o direito de reparação, parte significativa da doutrina entende dever ser ela copreeendida como “*uma subespécie de dano emergente*”<sup>140</sup> - espécie de dano patrimonial - onde o bem perdido “*não é o que razoavelmente se deixou de lucrar, e sim a oportunidade já existente no patrimônio da vítima*”<sup>141</sup>

Mas uma ponderação se impõe quanto à classificação exclusiva da oportunidade perdida como subespécie de dano emergente: embora estudiosos e

---

<sup>138</sup> O STJ, ainda que sem nomear explicitamente a tese, deu fundamental impulso à afirmação da mesma em nosso direito, quando da prolação do acórdão do qual se extrai o seguinte trecho “Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, *impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.*”

(STJ, Ac.unân.4<sup>ª</sup>T., REsp.788.459/BA, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.8.11.05, DJU 13.3.06, p.334).

<sup>139</sup> Cristiano Chaves de Farias *A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família*: utilizar com moderação <http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais>

<sup>140</sup> SAVI, Sérgio. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance*, p. 102

<sup>141</sup> SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos*, p. 43

aplicadores da teoria venham, em regra, tratando como chance perdida indenizável somente aquelas situações em que o ato praticado contra a vítima lhe furta a probabilidade de obter um lucro, um incremento, uma vantagem de índole patrimonial, tal posição não nos parece a que mais se coaduna com um ordenamento jurídico que tem, no núcleo de todas as suas disposições, o valor supremo da dignidade da pessoa humana.<sup>142</sup>

Em verdade, não há, no ordenamento pátrio, qualquer disposição no sentido de que a oportunidade de obter um benefício ou de suavizar e até eliminar um prejuízo, refere-se somente a interesses de cunho patrimonial. A *vantagem* (e o mesmo raciocínio se aplica ao prejuízo) cuja oportunidade de obtenção futura se frustra, ocasionando um dano digno de reparação, pode, por óbvio, dizer respeito à realização ou ao desenvolvimento de valores subjetivos *imaterias*.

Se as prováveis chances de passar em um concurso público, de ganhar um prêmio, de realizar a venda de um quadro, de ganhar uma ação judicial,<sup>143</sup> de conseguir o emprego pretendido etc., apresentam-se como interesses mercedores de tutela, cuja violação resulta em *dano injusto*,<sup>144</sup> com não menos razão se afigura a possibilidade de obter uma situação favorável, menos prejudicial ou não prejudicial, de conteúdo não econômico.

O posicionamento ora sustentado é o de que a oportunidade perdida não será merecedora de proteção apenas quando se referir à perseguição de possíveis ganhos ou à inocorrência ou suavização de possíveis prejuízos patrimoniais, *mas também quando o bem perseguido não possuir qualquer valor patrimonial*.

Tais hipóteses não podem, por óbvio, ser classificadas como subespécies de dano emergente, de lucros cessantes nem como terceiro gênero de dano patrimonial.<sup>145</sup>

Quanto à sua categorização como *dano moral*, entende-se que só seria possível dentro de um conceito amplíssimo de que o mesmo “tratar-se-á sempre de

---

<sup>142</sup> Esse é o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal “de mais a mais, a perda de uma chance pode estar correlacionada a um dano não aferível patrimonialmente, diversamente dos lucros cessantes, cuja certeza da frustração de uma vantagem patrimonial futura defluiu da leitura do comando 403 do *Codex*.” *Direito das Famílias*. P. 79

<sup>143</sup> SAVI, Sérgio, cf. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, cit., p. 1

<sup>144</sup> Conceituando o instituto, aduz Maria Celina Bondin de Moares que “o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”, *Danos à pessoa humana*, p. 179.

<sup>145</sup> Quem observa a existência de uma corrente doutrinária que classifica o instituto desse modo é Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*, p. 77



violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito(extrapatromonial) seu, seja, enfim, praticando em relação à sua integridade qualquer ‘mal evidente’ ou ‘perturbação’, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica”.<sup>146</sup>

Pertinente a observação de Cristiano Chaves e de Nelson Rosenthal<sup>147</sup> quando, partindo da amplamente aceita (ainda que estrita) definição de dano moral como lesão a direito da personalidade, aduzem que

a perda de uma chance consagra a indenizabilidade de determinados danos que, sob um rigorosismo conceitual, não se enquadrariam como danos patrimoniais ou morais, porém violam a dignidade da vítima e perturbam a solidariedade social, justificando, pois, a indenizabilidade como consectário natural das garantias constitucionais.(grifo nosso)

Quanto ao receio de que a ressarcibilidade da chance perdida acabe por indenizar meras expectativas, desejos ou simples esperanças, violando o quanto disposto no art. 403 do Código Civil, este é espancado pela univocidade da afirmação de que só há que se cogitar em reparar a supressão da oportunidade quando ela se apresentar *séria e real*.

A seriedade das chances perdidas seria auferível, genericamente, pelo grau de probabilidade de ocorrência futura da situação almejada pelo indivíduo, mas, a despeito da existência de possíveis casos em que a probabilidade de sucesso da expectativa seja aprioristicamente detectável, a regra é que o juízo sobre o nível de probabilidade só possa ser feito pelo magistrado, episodicamente, analisando as variáveis do caso concreto.

Em verdade, a fatura de decisões dos nossos pretórios que negam a indenização pela chance perdida por não entendê-la suficientemente séria demonstra ser este um requisito satisfatoriamente assimilado pelos nossos julgadores.<sup>148</sup>

É Sérgio Savi quem observa, com escólio em Maurizio Bocchiola que

não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização.

---

<sup>146</sup> MORAES., Maria Celina Bondin de. *Danos à pessoa humana*, p.184

<sup>147</sup> *Direito das famílias*. P. 79

<sup>148</sup> SAVI Sérgio, *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, p. 65

Apenas naqueles casos em que a chance for séria e real, ou seja, em que haja uma probabilidade de, no mínimo, 50% de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação pela perda da chance como dano material emergente.<sup>149</sup>

Impende notar que o critério apontado pelo doutrinador italiano, embora possibilite um maior grau de precisão ao julgador, não será sempre suficiente para aferição da seriedade do dano pela oportunidade subtraída, uma vez que os casos que versam sobre a realização futura de interesses de índole imaterial, cuja chance foi retirada da vítima, não se submetem a formulações estatísticas.

Por esse motivo, com maior razão estão os que apontam, como o critério mais adequado para perquirição da natureza séria e real da chance, o da necessária recorrência ao *princípio da razoabilidade*,<sup>150</sup> socorrendo-se o julgador dos filtros do *bom senso e da verossimilhança* para mapear, com o máximo apuro possível, o grau de possibilidade de sucesso de realização da situação futura, alijado pela subtração da oportunidade.

Sobre a quantificação da chance perdida, Sérgio Savi desfecha, pois, com exatidão, que “a chance do lucro terá sempre um valor menor que a vitória perdida, o que refletirá no momento da indenização”.<sup>151</sup>

Esclarecidos, pois, sinteticamente, os pontos indispensáveis para a compreensão da Teoria da Perda de uma Chance, parte-se para avaliar seu cabimento na seara familiarista.

A resposta que se impõe à indagação aqui proposta é, pois, a do cabimento circunstancial da tese no que tange às relações de família.

Genericamente, é possível deduzir que a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance poderia, a princípio, dar-se dentro de qualquer ramo da civilística nacional. O que permeará a análise do seu cabimento é a verificação, nas situações concretas que se apresentam ao julgador, da existência dos requisitos tracejados pela doutrina e pela jurisprudência para a sua aplicação.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, p. 61

<sup>150</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio, cf. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p.75

<sup>151</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, p. 63

<sup>152</sup> Em *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 201, Rafael Peteffi da Silva menciona o prejuízo hipotético sofrido pelo autor de uma ação interposta para recuperação da guarda judicial dos filhos que, por desídia do advogado por ele contratado, perdesse o prazo para recorrer de uma decisão desfavorável proferida em primeira instância. Mas, a rigor, o prejuízo antevisto não seria indenizável como oportunidade perdida, vez que as ações de guarda são imprescritíveis, como soem

Nesse sentido, veja que “no campo das relações afetivas e patrimoniais de família é possível a prática de determinadas condutas, comissivas ou omissivas, que impliquem em subtrair de alguém oportunidades futuras concretas de obter situações favoráveis de conteúdo econômico, ou não – o que viabiliza o reconhecimento da perda de uma chance”.<sup>153</sup>

O exemplo mais evidente, no que toca à indenização da vítima pela perda da oportunidade, séria e real, de obtenção de uma vantagem tutelada no campo do Direito das Famílias, é o do dano injusto sofrido *por quem perde a probabilidade de obtenção de alimentos futuros em virtude da morte de quem era, juridicamente, o alimentante*.<sup>154</sup>

Note-se que não se trata do prejuízo pela perda, em virtude da morte de quem prestava alimentos, de verba alimentar já arbitrada judicialmente ou mesmo paga consensualmente, mas da subtração da oportunidade de futuramente obter alimentos, caso houvesse necessidade do alimentando de recebê-los e possibilidade do alimentante de prestá-los.

Mas não é só. *Mirando o plural mosaico das entidades familiares, as relações de caráter paterno-filial destacam-se como âmbito privilegiado para a investigação quanto à possibilidade de ocorrência do dano pela perda de uma chance*. É cediço que as relações entre pais e filhos não permaneceram incólumes às radicais experiências vivenciadas pela sociedade e pela família no último século. E nem poderiam, tendo em vista ser essa modalidade de relação o próprio centro estruturante do indivíduo, da família e, por consequência, do Estado que a tem como célula-mãe.

No tempo da igualdade entre homens e mulheres também na condução das vivências familiares, da igualdade entre os filhos independentemente do tipo de relação que os frutificou e do primado constitucional do melhor interesse da criança, os parâmetros de estabelecimento de paternidade já não se submetem apenas às antigas presunções jurídicas ou à prova biológica da filiação.

---

ser as ações que versam sobre direitos de família, pelo que poderia o autor ajuizar, futuramente, nova ação visando à modificação do resultado do primeiro processo.

<sup>153</sup> CHAVES, Cristiano. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família*: utilizar com moderação; o mesmo entendimento encontra-se no *Manual do Direito das Famílias*, p.81 escrito pelo autor em parceria com o jurista mineiro Nelson Rosenvald.

<sup>154</sup> SILVA, Rafael Peteffi da, cf. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., em especial p.166.

O alto grau de certeza advindo da realização do exame de DNA adquiriu seu apogeu científico ao mesmo tempo em que o conceito preferencialmente biológico de paternidade, que vicejou em nosso sistema por um período aproximado de 30 anos, começou a ser, com impressionante frequência, implodido pela doutrina e rejeitado pelos tribunais, como se observa na decisão abaixo transcrita:

Ainda que o exame pericial seja importante para o descobrimento da filiação, não se pode perder de vista que o julgador não está adstrito apenas ao exame genético. A ação envolve possível modificação do registro, caso em que a prova não pericial se faz necessária também para possível modificação de paternidade socioafetiva. NEGADO SEGUIMENTO (Agravo de Instrumento n. 70007941727, Oitava Câmara Cvil, Tribunal de Justiça do RS, relator: Rui Portanova, julgado em 30.12.03)

Ainda antes do Novel Diploma Civil, já advertia Luiz Edson Fachin que “a plena possibilidade de atestar a verdade biológica, em percentuais elevados de confirmação da paternidade pela via do exame de DNA, traduz consigo mesma um paradoxo: a verdade biológica não pode expressar a verdadeira paternidade. Cigita-se, então, da verdade socio-afetiva, sem exclusão da dimensão biológica da filiação”.<sup>155</sup>

À adoção do afeto como valor jurídico, cambia a sólida regra de paternidade como um dado natural, ligado ao sangue e à transmissão de gens, pela ideia da paternidade-estado, fenômeno cultural, perfilhada ao longo da convivência afetiva e da construção do mútuo reconhecimento como *pai e filho*, como se vê em voto da lavra do mesmo tribunal:

No que tange à filiação, para que uma situação de fato seja considerada como realidade social (socioafetividade), é necessário que esteja efetivamente consolidada. A posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não da posse de estado, revelando quem efetivamente são os pais (apelação civil n. 70007016710, Oitava Câmara Civil, Tribunal de Justiça do RS, Relator *Rui Portanova*, julgado em 13.11.03).

Relembre-se, todavia, o quanto já explanado no sentido de que existência hodierna de critérios outros para o estabelecimento da paternidade que não o biológico não retiram do filho o constitucional direito à ancestralidade, a conhecer

---

<sup>155</sup> *Elementos críticos do direito de família*, p. 30-40.

sua origem genética. Conforme supramencionado, os tribunais superiores reconhecem esse direito como um desdobramento do direito à personalidade e da tutela jurídica ampla desta, frisando que a investigação da origem biológica não tem, *de per si*, o condão de afastar uma parentalidade já estabelecida.

Pensemos na situação relatada por Leila Donizetti

Um caso emblemático que permite ilustrar essa eventualidade ocorreu na Alemanha, quando uma mulher se negou a informar à filha o nome do pai. Sentindo-se ultrajada nos seus direitos com a negativa da mãe em lhe falar sobre o pai, a filha ajuizou ação, pleiteando o direito de ter acesso a informações sobre o pai. Na decisão, os julgadores, após constatar que a lei nada dizia sobre esse assunto, julgaram procedente o pedido formulado ao argumento de que o interesse ao conhecimento das origens pleiteado pela filha prevalecia, naquela hipótese, ao direito à intimidade pessoal defendido pela mãe.<sup>156</sup>

Mesmo obtido o reconhecimento judicial do direito da filha a conhecer sua ancestralidade, este não tem meios de assegurar a ela o contato com o pai e, principalmente, o desenvolvimento do afeto e dos laços parentais nele calcados. Tem-se aí, pois, um exemplo salutar *da possibilidade de um dano pela perda de uma chance de se vivenciar uma relação filial com determinado homem, que à filha era direito reconhecido desde à concepção, pela atuação de um terceiro (no caso a mãe) que agiu de modo a lhe suprimir essa oportunidade*. Não se cogita, aqui, da felicidade, do sucesso ou das vantagens que essa vivência trariam para a filha, mas da inescusável e relevante oportunidade de ter tido seu genitor atuando como seu pai, desde a tenra infância.

Mirando o exemplo acima, é perceptível que, hoje, fala-se muito, com larga base multidisciplinar, no constitucional direito do filho a um pai (o qual será objeto de análise específica no cap. V do presente trabalho), no caráter de verdadeiro *munus* em que se converteu o milenar *pátrio poder* (hoje *poder familiar* e, de acordo com proposta do Estatuto das Famílias, brevemente *autoridade parental*) e, no desprestígio filosófico e social que a figura do pai hodiernamente experimenta, o qual inevitavelmente se reflete na concepção jurídica da entidade paterna.<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup><sup>156</sup> DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*, 2007, p.90.

<sup>157</sup> BARROS, Fernanda Otoni de, cf. *Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida*, cit., p.

Mas uma pergunta se insinua, quase marginal, quase maldita, como se sua mera formulação, de *per si*, fosse ameaçadora: e o direito do pai à convivência com seu filho?

Embora a jurisprudencial soberania da guarda da mãe tenha sofrido um significativo choque com a edição da Lei 11.698/08, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do CC/02 para atribuir ao magistrado o dever de decidir, sempre que possível, pela guarda compartilhada da criança, a novidade ainda carece de tempo para depor sobre seu ansiado assimilamento pelos juízes das varas de família.

Certo é que corriqueiros têm sido os casos de pais amputados no seu desejo de convivência plena com o filho, seja pelo estabelecimento da guarda única da mãe, seja pelo ilícito comportamento da genitora que pratica diversos atos no sentido de subtrair do pai a possibilidade de formação dos laços parentais.

Nesse sentido, pensar na hipótese de que, “pela não informação por parte da genitora ao pai acerca da gravidez e do posterior nascimento de um filho, frustrando a convivência paterno-filial e todos os efeitos (inclusive psicológicos) dela decorrentes”,<sup>158</sup> reste configurado um dano injusto a demandar reparação, demonstra total consonância com o exposto neste estudo.

Afastando eventual dúvida sobre não ser a convivência do pai com o filho um interesse merecedor de tutela jurídica, por não se referir a uma situação PRECISAMENTE enquadrável como *direito subjetivo*, vale observar a lição de Pietro Perlingieri:

Afirmada a natureza necessariamente aberta da normativa, é de máxima importância constatar que *a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (potestá), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes(...)* Não parece fundada, portanto, a opinião de quem nega uma tutela jurídica, ainda na fase patológica, a tais situações porque não qualificáveis como direitos, ou no pressuposto de que elas não representariam interesses substanciais”.<sup>159</sup> (grifou-se)

Ademais tratar a convivência parental de um valor jurídico, poder-se-ia arriscar dizer que o desejo de ter filhos habita a essência humana e que

<sup>158</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson *Direito das famílias*. p. 79.

<sup>159</sup> PELINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 155.

as motivações que levam as pessoas a fazerem a opção por ter filhos são as mais diversas possíveis e podem advir do desejo de concretizar uma relação por meio da experiência de produzir o fruto do nosso amor, ou para assegurar a própria descendência, ou, ainda, simplesmente para se adequar a um esquema que vê, simplesmente, a ausência de filhos como um desvio social.<sup>160</sup>

A situação do genitor usurpado das vivências paternais se agrava quando, subtraída a oportunidade de conviência com o filho, este vem a estabelecer com outro homem o vínculo parental.

A jurisprudência corretamente tem decidido, conforme uso expandido, que sempre que a posse do estado de filho, advinda da relação de socioafetividade, apontar para a formação de uma relação parental calcada no afeto, esta deve ser prestigiada em detrimento da paternidade puramente biológica ou jurídica. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGUÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO.(RESP. 878.941. Rel. (Des. Nancy Andrigli)

A omissão do Diploma Civil, de 2002, acerca da realidade socioafetiva como critério definidor das relações parentais poderá, inclusive, ser finalmente suprida com a aprovação do Projeto de Lei 2.285/2007, o Estatuto do Direito das Famílias. O certame positiva, nos artigos 70 a 77, a convivência familiar, traduzida na posse de filho, como critério predominante na definição dos vínculos parentais.

E lançando luzes sobre o embate entre genitor e pai socioafetivo, que tem reclamado a atenção do judiciário, reportamo-nos a um caso, encontrado na doutrina,<sup>161</sup> de um pai que, após se separar da companheira, viu a mesma desaparecer com a filha de ambos e concluir, em tempo recorde e à sua revelia, um processo de destituição do pátrio poder e de adoção da menina pelo novo marido da genitora.

Após muito lutar, sem êxito, para resgatar, jurídica e emocionalmente a sua relação parental com a filha, vale transcrever um pequeno trecho do comentário

<sup>160</sup> DONIZETTI, Leila. *Filiação Socioafetiva e direito à identidade genética*, 2007. p. 86.

<sup>161</sup> BARROS, de Otoni Fernanda, *Do direito ao pai*, p. 79-84.

desse pai, retrato do desespero e da impotência: “...sei que o pai dela hoje é Clóvis...ela nem sabe quem sou. Meu desejo de ser pai não foi suficiente para fazer dela minha filha...o que eu quero? Quero conhecer minha filha, tenho esse direito”.

Relatando, em seguida, que a mãe mudou-se com a filha e o pai adotivo para o exterior, observou Fernanda Otoni que: “até hoje, é a mãe quem define o que é melhor para a criança, não há nada que a justiça ou que o pai biológico possam fazer. Neste caso, a lei não tem sido suficiente para barrar o desejo materno...ele sofre obstáculos, mas segue convicto em direção ao seu destino”.

O caso acima transparece, a toda evidência, a oportunidade subtraída a esse pai de poder desenvolver os laços de parentalidade que o elemento biológico já deflagara e que, é certo, o direito já reconhece antes mesmo do nascimento da criança.

Ainda que o pai venha a ter contato com essa filha, a situação, da forma como relatada, faz deduzir que, em virtude do estabelecimento da paternidade socioafetiva da menina com outro homem, o genitor não poderá mais atuar como pai. A perda, como exigido pela teoria abordada neste estudo, é definitiva.

O sucesso da solidificação da relação paterno-filial é visceralmente incerto, mas os esforços que o pai empreendeu, no caso concreto, poderiam ser considerados um robusto indício de que se a mãe não tivesse tido a atitude de inviabilizar o processo de convivência, mormente pela *substituição* despótica do genitor por outro homem, a probabilidade de desenvolvimento dos laços afetivos era alta.

Poder-se-ia argumentar que uma indenização pela chance perdida não resgataria, para esse genitor, a oportunidade de sagrar-se pai. Com respeito aos que comungam desse entendimento, a impossibilidade de recomposição das situações subjetivas imateriais danificadas por um ato lesivo, argumento classicamente invocado pelos defensores da impossibilidade de reparcimento dos danos morais (como já abordado no cap. III deste trabalho) não prosperou, nem pode prosperar, numa ordem jurídica voltada para a proteção abrangente da pessoa humana.

Além disso, não é demais lembrar um dos mais belos viezes exibidos pelo moderno Direito da Responsabilidade Civil, qual seja o da demonstração, através da amplitude da reparação de danos, que o homem é mesmo a causa primordial de



todo o arcabouço jurídico. O homem múltiplo, diverso e considerado em todas as suas dimensões e relações, inclusive, e principalmente, na esfera existencial.

Outro argumento que se poderia buscar invocar na oposição do quanto aqui expandido é o de que o reconhecimento da indenização devida ao pai pela subtração da oportunidade de desenvolver suas relações parentais encontraria seu correspondente, no lado filiatório, na indenização por abandono afetivo parental.

O tema é dos mais polêmicos e, como tal, é um dos principais focos da presente investigação, merecendo análise detida em capítulo próprio adiante. Mas não é sequer necessário adentrar-se à questão do abandono afetivo para constatar que este se diferencia, em essência, dos quadros supranalisados.

Enquanto que, no dano afetivo, se cogita da possibilidade de reparação pecuniária para o filho que sofreu possíveis danos imateriais em virtude da falta de afeto do pai, ainda que este fosse cumpridor das obrigações alimentares a ele atribuídas, na perda de um chance de consubstanciação dos laços parentais não há qualquer referência ao dever de nutrir afeto, mas apenas a subtração da possibilidade, juridicamente merecedora de tutela, de desenvolvimento dos laços paterno-filiais.

O tema é novo, e não há certezas sob o sol de mais esse território denso, fruto da interseção entre Responsabilidade Civil e Direito de Família. Vale, então, recordar o prefácio de *Paul Auster* no livro *Achei que meu Pai fosse Deus e outras histórias verdadeiras da vida americana*: “Se você não tem certeza sobre as coisas, se sua mente ainda não está suficientemente aberta para questionar o que vê, você tende a ver o mundo com grande cuidado, e dessa observação atenta vem a possibilidade de ver algo que ninguém viu antes. Você tem de estar disposto a admitir que não possui todas as respostas. Do contrário, jamais terá alguma coisa importante para dizer”.

## **4 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO E OS COMPLEXOS CONTORNOS DE SUA TUTELA CIVIL**

### **4.1 O CISMA ENTRE O AMOR/AFETO E A RAZÃO MODERNA: A CONTRIBUIÇÃO DE JEAN LUC MARION**

A experiência amorosa está no cerne da entidade familiar contemporânea - ainda que, obviamente, possa estar momentaneamente ausente dela - e isso não se contesta. Desse modo, compreender, analisar e teorizar sobre a família, em suas várias manifestações e contingências - inclusive sob o prisma jurídico - são, em nosso tempo, atividades que tangenciam, em maior ou menor intensidade, o tema do amor.

Porém, é justamente voltando-se para tentar destrinchar o tratamento jurídico dado ao amor, que na linguagem do direito predomina como o vocábulo *afeto* - umbilicalmente ligado aos conceitos gregos de *eros* e *philia* - que conduz à imediata percepção de uma verdadeira *indigência* de léxico, de verbo, para tratar da questão.

Um bússola nesta desalentada busca em torno de uma compreensão científica do amor, “O fenômeno erótico em seis meditações”, de Jean-Luc Marion, especificamente na parte intitulada “o silêncio do amor”, produz uma espécie de sensação de grande encontro com um outro a quem nem se sabia estar a procurar, mas com quem se descobre, repentinamente, comungar uma perplexidade antiga, real e convenientemente encoberta de si próprio: a da imensa dificuldade em falar do amor e em conceituá-lo.<sup>162</sup>

E Marion surpreende ao apontar para a evidência de que essa falta de habilidades conceitual, reflexiva e celebrante, a qual ele nomeia de *afasia erótica*, não é inocente ou casuística.

Ela é, antes, um projeto do racionalismo moderno, um objetivo do saber técnico iluminado do século XVII que, na busca pelo afirmar-se enquanto ciência, enquanto racionalidade, enquanto *logos*, enquanto objeto do *ego cogitans*, afasta a filosofia da sua gênese erótica, da sua formulação grega como “amor da sabedoria”, levando-a para uma marcha obstinada e cega em direção ao panteão das ciências, no qual, diz o autor, sequer logrou êxito em adentrar.

Sobre a modernidade, pontifica o mestre Boaventura Santos:

O projeto sócio-cultural da modernidade é um projecto muito rico, capaz de infinitas possibilidades e, como tal, muito complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios. Assenta em dois pilares fundamentais, o pilar da regulação e o pilar da emancipação. São pilares, eles próprios,

---

<sup>162</sup> MARION, J. Luc, *O fenômeno erótico e seis meditações*. Trad. Elaine Pedreira Rabinovich, Paris: Grasset, 2005.

complexos, cada um construído por três princípios. O pilar da regulação é construído pelo princípio do estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante sobretudo na obra de Locke; pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é construído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.<sup>163</sup>

E, para os pensadores desse projeto ambicioso, o amor era uma realidade insuscetível de apreciação pelo saber racional, e que necessitava ser isolada para garantir o desenvolvimento da razão moderna.

Queda claro, pela condução do tema, que o Marion não se propõe a escrever a história do trágico divórcio entre amor e filosofia, mas a mapear os problemas, as faltas, os nódulos gerados por essa separação forçada, os quais lançaram o amor num estado que o Prof. José Euclimar Menezes, num ensaio sobre o mencionado trabalho de Marion, bem chamou de *mendicância erótica*.<sup>164</sup>

O fato é que, embora a poesia, o romance, a teologia e mesmo a psicanálise, diz Marion sejam outros discursos que se propõem a fazer o que a filosofia extirpou do seu, ou seja, *tratar do amor*, não detém o objetivo ou o instrumental para fazê-lo enquanto conceito.<sup>165</sup>

José Euclimar Menezes amplia, ainda, a proposta de Marion, ao apontar para o fato de que o *recalque* que acomete à filosofia atinge também as outras formas de conhecimento mencionadas pelo autor, apontando pontualmente a sintomatologia dessa incidência.

Na modernidade, fazemos o amor como se faz outro objeto, *mas não o dizemos, celebramos ou pensamos, porque não temos sequer o léxico para fazê-lo. A ausência de conceito sobre o amor, fruto do cisma entre ele e a filosofia, não nos permite percebê-lo como experiência distinta, digna de uma lógica própria, de sinais relevantes, de seriedade, de razão*.<sup>166</sup>

Na busca por apartar-se do amor e por inferiorizá-lo ao saber técnico-científico, a filosofia negou a unidade ao conceito de amor, fragmentando-o e o

---

<sup>163</sup> SANTOS, B.S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

<sup>164</sup> MENEZES, J.E. Xavier de. *Refluxos sintomáticos*

<sup>165</sup> MARION, J. Luc. *O fenômeno erótico e seis meditações*. Trad. Elaine Pedreira Rabinovich, Paris: Grasset, 2005.

<sup>166</sup> Idem, p. 3

fazendo submergir em categorias falaciosamente opostas (*amor e caridade, desejo e benevolência*).

A lógica peculiar do amor é expulsa do horizonte do saber racional, como se lhe fosse algo totalmente estranho e, em verdade, perturbador. Na seara da filosofia metafísica, as questões em torno do “*amo?*” e do “*sou amado?*”, antes primárias e fundantes de toda a experiência humana, tornam-se secundárias às indagações do *ser*.<sup>167</sup>

Uma tentativa de volta às origens, visando formular um conceito único de amor, deve, pois, voltar-se para o “descrever o fenômeno erótico no seu próprio horizonte - o de *um amor sem o ser*”.<sup>168</sup>

O *ego cogitans* da modernidade encara o fenômeno erótico como algo derivado do pensamento - mas algo desordenado e facultativo - do ente racional. René Descartes é apontado como a prova incontestável desse golpe desferido pela modernidade no corpo do amor, uma vez que sua clássica definição do ego - à qual se reconhece um papel verdadeiramente estruturante na concepção de ciência e de saber para a modernidade - define o eu como um ser *que pensa, que duvida, que ignora, que quer, que não quer, que imagina e sente, mas silencia sobre o eu como um ser que ama ou não ama*.

E, é logo após essa constatação de que o *eu descartiano* exclui o amor da essência primeira do ego que Marion atinge o momento mais iluminado da sua reflexão amorosa: dentre muitos acertos, Descartes (e, em seu encalço, o próprio saber científico moderno) *cometeu o erro fatal de negar ao ser aquilo que, é, ao contrário, o seu traço inaugural e distintivo, o fenômeno erótico*.<sup>169</sup>

Somos animais amantes, diz Marion, e não especialmente animais pensantes.<sup>170</sup> *Ninguém é*, enquanto não vivencia o amor, e é dessa assertiva que as meditações eróticas aventadas pelo autor nascem. O novo ego é o que ama, porque só se define como ser depois de experimentar o amor.

Comte-Sponville, em texto que dissecas as dimensões *eros, philia e agapé* do fenômeno amoroso, exaltando a essencialidade do amor assevera que ele

é toda a nossa vida, privada ou pública, familiar ou profissional, que só vale proporcionalmente ao amor que nela pomos ou encontramos.

---

<sup>167</sup> Idem, p. 4

<sup>168</sup> Idem, p. 4

<sup>169</sup> Idem, p. 5

<sup>170</sup> Idem, p. 6

Porque seríamos egoístas, se não amássemos a nós mesmos? Porque trabalharíamos, se não fosse o amor ao dinheiro, ao conforto ou ao trabalho? Porque a filosofia, se não fosse o amor à sabedoria? E se eu não amasse a sabedoria, porque todos esses livros? Porque este, se eu não amasse as virtudes? E porque você o leria, se não compartilhasse alguns desses amores? *O amor não se comanda, pois é o amor quem comanda.*<sup>171</sup>

O texto de Marion evidencia que tudo aquilo que foi depreciado e desqualificado pelo saber moderno como avesso à racionalidade - o *desejo, o gozo, o juramento, o abandono, o ciúme a mentira, a loucura* e etc.- fazem, na verdade, parte de uma racionalidade distinta, original, fortíssima e de suma importância: a racionalidade erótica<sup>172</sup>, aquela que pensa a experiência própria, pessoal, única, a experiência que estrutura cada um como pessoa.

O texto funciona como um guia que nos leva através das sendas da memória, a qual foi induzida a esquecer a experiência erótica pelo racionalismo moderno, para definir as premissas do ponto de onde partiremos para nos libertar da afasia que comprometeu “o pensar o falar e o agir erótico do sujeito moderno”.<sup>173</sup>

Transferindo a reflexão supra mencionada para o objeto da análise deste trabalho, percebe-se que uma das maiores dificuldades encontradas pelo operador do direito contemporâneo, no que tange à constatação e reparabilidade dos supostos danos extrapatrimoniais vivenciados no interno da família, refere-se justamente ao fato de que muitos dele tangenciam um problema da ausência ou da interrupção do vivenciamento do *afeto* na entidade familiar.

Tendo o projeto racionalista da modernidade excluído o afeto do bojo da filosofia, para emprestar a ela o status de ciência - o que terminou por deitar efeitos pelas ciências humanas em geral-, falta ao operador do direito todo um cabedal de instrumentos de investigação, que principia pela própria linguagem, para definir se pode, ou não, o elemento afetivo ser objeto da norma jurídica e da coercibilidade que ela garantiria a um fenômeno aparentemente espontâneo, fruto singelo do querer, do desejo mais atávico que compõe o humano.

---

<sup>171</sup> COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

<sup>172</sup> MARION, J. Luc. *O fenômeno erótico e seis meditações*. Trad. Elaine Pedreira Rabinovich, Paris: Grasset, 2005.

<sup>173</sup> MENEZES, J.E. Xavier de. *Refluxos sintomáticos*.

Ocorre que o projeto moderno, esse projeto tão ambicioso, único na história da humanidade e, sem dúvida, essencial para o desenvolvimento das ciências em geral, entrou em colapso, consumido pelos seus próprios intentos totalitários e racionalizadores. Houve uma intensa banalização dos ideais iluministas, cada vez mais submissos a interesses de poder e, par e passo, distantes de sua busca seminal pelos valores que ele próprio elegeu como mais caros ao homem: justiça, liberdade, felicidade....

E essa falência dos ideais racionalistas da modernidade nos lega uma série de questões, de assertivas e de indagações que constituem o verdadeiro desafio da pós-modernidade, inclusive da seara jurídica e, com vigor acentuado, na seara do Direito de Família. Sobre elas, vale observar a completa síntese proposta por Ricardo Maurício Freire Soares:

- o projeto da modernidade não cumpriu a totalidade de suas promessas, desnaturando-se no decorrer do seu transcurso histórico, diante da ênfase desmesurada concedida ao mercado e a hipertrofia da racionalidade técnico-científica
- *os pressupostos epistemológicos da modernidade são solapados, não mais prevalecendo a suposição de que a razão moderna, neutra e distante da realidade, permite atingir um conhecimento exato e absoluto;*
- amplia-se a dimensão racional moderna para congregar valores e vivências subjetivas, pelo que a verdade possível resulta do diálogo e do consenso entre sujeitos de uma dada comunidade histórico-cultural;
- o fenômeno jurídico pós-moderno assume um caráter plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo;
- *a preservação do afeto trona-se o núcleo em torno do qual gravitam as organizações familiares pós-modernas;*
- a pluralidade do direito de família pós-moderno pode ser constatada a partir do momento em que a idéia de família deixa de circunscrever à esfera institucionalizada do casamento, admitindo o surgimento de novas entidades familiares*
- a reflexividade do direito de família pós-moderno decorre da abertura deste campo do sistema jurídico aos novos valores e fatos sociais, tais como a liberalização dos costumes, a flexibilização da moralidade sexual, a equiparação social de homens e mulheres, a perda gradativa da influência religiosa na organização familiar e a defesa da filiação sócioafetiva em face da filiação biológica.
- a prospectividade do direito de família pós-moderno reclama que as interpretações projetem uma ordem jurídica para além da presente, apta a compreender e regular temas inafastáveis, a exemplo do debate acerca da aceitabilidade das famílias homoafetivas;
- *a discursividade do direito de família pós-moderno pode ser representada pela imposição o uso competente da linguagem, a fim de que o sentido do signo "família" possa agregar novas acepções e*

*significados que definem a entidade familiar como um espaço um espaço voltado para o desenvolvimento espiritual e físico do ser humano, bem como para a convivência marcada pelo amor, pela solidariedade e pelo respeito à dignidade;*

*-a relatividade do direito de família pós-moderno se traduz pela recusa de dogmas absolutos e inquestionáveis, que, durante muito tempo, obstaculizaram o arejamento das instituições familiares e novas estimativas e concepções do mundo, tais como a crença religiosa na indissolubilidade do vínculo matrimonial<sup>174</sup>.(grifou-se)*

Assim, pois, configura-se um inescandível desafio do Direito de Família pós-moderno o investigar o problema da violação do afeto no seio das relações amorosas familiares ou paterno-filiais, sendo, para isso, imperativo o enfrentamento da análise do elemento afetivo sob o prisma da ciência jurídica. Ou seja, cabe ao Direito de Família, para melhor lidar com a problemática do dano pelo abandono ou pela negativa de afeto, promover um verdadeiro resgate do afeto como saber.

#### 4.2 A DEFINIÇÃO DE AFETO COMO VALOR JURÍDICO

A definição do dicionário sobre o afeto demonstra, com clareza, a dificuldade na conceituação do mesmo, a saber: "conjunto dos fenômenos afetivos (tendências, emoções, sentimentos e paixões).<sup>175</sup> E essa dificuldade decorre, como já mencionado, porque

Ao tratar-se dos aspectos qualitativos da experiência humana-como o são os sentimentos e emoções - a ciência com seus pressupostos epistemológicos(conhecimento objetivo, imparcial e verificável, implicando a separação entre sujeito e objeto) não consegue de modo satisfatório a descrição e explicação da psique do homem. Por mais que na história do recente saber psicológico tenha-se tentado imprimir os pressupostos da gnosiologia positivista ao estudo do homem, representado pelas matrizes nomotética e quantificadora,

---

<sup>174</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O direito de família pós-moderno:breves apontamentos. Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões.* Abr-Maio 2008, v.03 p. 21-22

<sup>175</sup> HOUAISS. *Enciclopédia e dicionário Koogan/Houaiss.* Rio de Janeiro: Guanabara koogan, 1994. p. 21.

denota-se que a elucidação da conduta humana não é possível sem a aceitação da presença de um agir irracional- de impossível afeição pelo metro da ciência.<sup>176</sup>

Encarados por alguns estudiosos como um valor, no sentido de relações prenhes de significações recíprocas entre os seres humanos, por outros- a exemplo de Platão e Aristóteles- como uma virtude que se dirige para a união e para a busca do bem do outro como o seu próprio-, e por outros, ainda, como uma realidade ontológica que apenas é, ou seja, que prescinde de ser valorada para existir, a melhor definição de afeto parece ser a de que "agir e reagir afetivamente é expressar sentimentos e emoções(...) não há como, nessa direção, conceituar de forma precisa, incontroversa e pormenorizada este sentimento ou emoção".<sup>177</sup>

O fato é que, sendo a ciência jurídica um saber que se centra em prescrições as mais gerais e abstratas, para que tenham o condão de alcançar a todos, como submeter à ela um elemento tão peculiar, casuístico, íntimo e idiossincrático, como o elemento afetivo? E, mais profundamente, como dimensionar o papel jurídico que o afeto exerce nas plurais relações familiares? Nesse sentido, esclarece Silvana Maria Carbonera que é impossível explicar-se com exatidão o papel do afeto nas relações familiares, vez que o afeto é multifacetário e só pode ser entendido à luz de cada caso concreto, em cada momento histórico.<sup>178</sup>

Embora a pergunta permaneça atual, esteja na gênese da dificuldade de se lidar com o problema da violação do afeto(afinal, como saber se há ofensa ou violação de algo que nem se sabe ao certo o que é, como definir?), é certo que o Direito de Família Contemporâneo elegeu o afeto como um valor jurídico, juridicizando o fato afetivo à norma, em algumas circunstâncias já identificáveis.

Segundo Miguel Reale, o fato jurídico

Não é algo anterior ou exterior ao direito, e de que o direito se origine, mas sim um fato juridicamente qualificado, um evento ao

---

<sup>176</sup> ROSSOT, Rafael Bucco. *O afeto nas Relações familiares e a faceta substancial do Princípio da Convivência familiar*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões. v 9. Abr-Maio 2009. p. 06.

<sup>177</sup> Idem, p. 8.

<sup>178</sup> CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 509.



qual as normas jurídicas atribuíram determinadas conseqüências, configurando-o e tipificando-o objetivamente.<sup>179</sup>

O primeiro exemplo importante do reconhecimento do afeto como valor jurídico pode ser situado com a eleição constitucional das antigas uniões concubinárias puras ao panteão das relações familiares, aonde adentraram sob a alcunha de Uniões Estáveis, merecedoras de tratamento por diplomas constitucionais esparsos e pelo Código Civil.

Ao reconhecer, em seu art. 226, §4º, que as uniões livres entre homens e mulheres não impedidos de casar tem o condão de formar família, e não mais uma mera sociedade de fato o Estado nada mais fez do abrir-se à tutela do afeto como valor jurídico, já que este é evidentemente o núcleo central das Uniões Estáveis, relações em que as partes permanecem unidas pelo mais livre querer, independente da existência de qualquer vínculo jurídico formal, solene, entre elas.

È o reconhecimento social da existência de uma união pública, duradoura e com a intenção de constituir família que leva ao reconhecimento jurídico da União Estável e ao asseguramento de sua produção de efeitos jurídicos, e não qualquer contrato registrado ou a realização de alguma solenidade.

Recentemente, outra evidente demonstração do acolhimento do afeto como valor jurídico, e do desdobramento do Princípio da Liberdade numa facete da liberdade de autodeterminação afetiva, foi a já mencionada decisão do STF que reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, aplicando à elas as normas elaboradas para reger as Uniões Estáveis. Do mesmo modo que os heterossexuais tem o direito de, livre e independente de qualquer chancela estatal, exercer os seus afetos, os homafetivos tiveram reconhecida a sua liberdade de amar ,de comungar a sua sexualidade e de constituir família com quem, simplesmente, lhes aprouver. Essa decisão, inclusive, joga a ultima pá de cal na já anacrônica e liberal concepção biologizada de família, em que a manutenção da reprodução da espécie era um dos principais vetores para o seu reconhecimento e proteção.

Um salutar exemplo da positivação do afeto como valor e fato jurídico encontra-se no art 28,§2º do Estatuto da Criança e do Adolescente(ECA), o qual dispões que " Art. 28§2º Na apreciação do pedido levar-se-à em conta o grau de

---

<sup>179</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.200.

*parentesco* e a relação de afinidade ou *de afetividade*, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida"(grifou-se).

Ou seja, para a apreciação do pedido de colocação do menor em família substituta, a afetividade foi um critérios eleitos como norteadores da decisão judicial.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, o art 226, 8º da CF/88, é revelador da adoção do afeto como um valor jurídico pelo próprio legislador constituinte, pois

Assimila o marco ora tratado da nova família, com contornos diferenciados, pois prioriza a necessidade de realização da personalidade dos seus membros, ou seja, a família-função, em que subsiste a afetividade que, por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar.<sup>180</sup>

Por fim, vale lembrar-se daquele que talvez seja, hoje, o melhor exemplo de adoção do afeto como valor e fato jurídico: a filiação socioafetiva. O art. 1.593, ao determinar que "Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consaguinidade ou *outra origem*" (grifou-se), foi considerado, pela doutrina, a porta de abertura, no Código Civil, para o reconhecimento da socioafetividade como elemento configurador de parentesco.

A socioafetividade pôs cobro ao reinado da filiação unicamente calcada no elemento genético ou nas vetustas presunções romanas do *pater is est e mater cemper est*(CC, art. 1.597), para acolher a *posse do estado de filho* como elemento capaz de fazer nascer uma relação paterno-filial, que implica num necessário reconhecimento jurídico.

Não é necessário maiores digressões para que se perceba que a autorização jurídica para que a conjugação de *Nominatio + Tractatus + Fama* resulte em reconhecimento de parentesco socioafetivo reside precisamente na circunstancia de que a relação que congrega esses elementos tem, em seu núcleo, afeto paterno-filial. E que esse afeto, dado seu grau de importância para a vida dos sujeitos envolvidos, mormente a do filho socioafetivo, deve encontrar a guarida ampla do ordenamento jurídico, com a conseqüente assunção de direitos e deveres pelas partes por ele enlaçadas.

No direito internacional também é possível se colher diversos exemplo da consagração do afeto como um valor e um fato jurídico, a exemplo do artigo 6º da

---

<sup>180</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 2005. p 130.

Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), do art. 5º da Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças (1986) e por fim o preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989), que repete o quanto disposto no art.6º da mencionada declaração de 1989. Esta, frise-se, foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro mediante a expedição do Decreto Legislativo n. 28 em 14.09.90 e ratificado pelo Poder Executivo via o decreto n. 99.710. de 21.11.90, passando a valer em solo pátrio.

Dito isso, resta claro que independente da dificuldade, nascida no berço do racionalismo moderno, de se tratar do afeto como uma categoria apreensível pelo saber científico (filosófico, jurídico, psicológico), ele foi abraçado pelo direito e é o valor inspirador do Direito de Família brasileiro da contemporaneidade.

Ocorre que, definido o afeto como uma realidade do direito, cabe formular uma última indagação, essencial para o deslinde de qualquer discussão jurídica que tenha a negativa de afeto em seu cerne, que controverta acerca de sua exigibilidade: poder-se-ia definir o afeto como um direito subjetivo?

Pode-se afirmar que o direito subjetivo é aquela categoria que “faz, dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações”.<sup>181</sup> De modo oposto, o direito objetivo é representado pelo conjunto de normas que vigem em determinada sociedade e que não pertencem a uma pessoa considerada isoladamente. Ambos os conceitos traduzem a grande dicotomia existente na ciência jurídica entre direito objetivo e direito subjetivo.

A idéia de direito subjetivo tem seu berço na Idade Média com a figura chamada de *privilegium*, direitos especialmente outorgados àqueles que detinham uma determinada posição social, como a nobreza e o clero. Contudo, os aludidos privilégios não tinham o condão de satisfazer as necessidades oriundas das relações comerciais e, em razão desta carência, nasce o chamado *jus commune*, uma reunião de normas mais genéricas e mais abrangentes, cuja gênese remete ao Direito Romano.

Na Modernidade, assiste-se ao nascimento da noção do livre arbítrio, que pode ser considerado uma resultante da influência inescandível do cristianismo acrescida a uma noção repaginada de liberdade, agora composta também por um conceito negativo. Essa mudança contribui, efetivamente, para o incremento da

---

<sup>181</sup>FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003. p.145.

distinção entre direito objetivo e direito subjetivo. Se na Antiguidade a liberdade constituía um *status*, e representava uma posição conferida pela sociedade ao indivíduo, ela muito pouco comunga com o conceito de liberdade dos tempos modernos, traduzida como uma “qualidade interna da vontade individual”<sup>182</sup> e que se baliza, como já aludido, pela noção de livre-arbítrio. Sobre este, vale a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A noção de livre-arbítrio, cerne de intensas disputas no Renascimento, serviu à generalização da pessoa como elemento identificador do ser humano: o homem como pessoa ou como ser livre. Trouxe, porém, uma outra consequência. O caráter íntimo da liberdade cristã permite que o indivíduo torne-se um centro isolado. O livre arbítrio se exerce não importa se o exercício é possível ou não. Ou seja, é admissível querer e não poder (mesmo numa prisão, o homem conserva sua vontade livre). Contudo, querer algo e não poder, isto é, se o livre-arbítrio não puder exteriorizar-se publicamente, significa que as condições de liberdade estão restritas. Até mesmo a presença do outro, igualmente livre, é um limite à expressão da liberdade. A liberdade de um encontra limites na liberdade do outro. O lado público do livre-arbítrio permite, assim, a compreensão da liberdade como não impedimento. É o conceito negativo de liberdade: o homem é livre à medida que pode expandir o que quer.<sup>183</sup>

Avançado no curso do tempo, à essa conceituação de liberdade em sentido negativo somou-se a noção da definição positiva de liberdade, filha dos anseios burgueses e primordial para desenvolvimento da liberdade de mercado, tão cara ao capitalismo. Os direitos fundamentais e a liberdade de autogovernar a si próprio, valendo-se, para tal, do livre-arbítrio, conformam a noção de liberdade pelo prisma positivo, a qual impregna o conceito de direito subjetivo defendida pela *teoria da vontade* de Windscheid.<sup>184</sup> Sob à ótica dessa teoria, o direito subjetivo nada mais é que o livre-arbítrio reconhecido e tutelado pelo direito.

Contudo, a teoria da vontade esbarra em uma série de situações aonde a vontade do sujeito é livre, mas despida de força no âmbito do ordenamento jurídico, como é o caso dos menores impúberes e dos amentais. Para estas hipóteses em que a teoria da vontade não apresenta embasamento teórico que confirmem direitos

---

<sup>182</sup>Idem. p. 146.

<sup>183</sup>Ibid, Ibidem.

<sup>184</sup>Apud FERRAZ JÚNIOR. Op. Cit., p. 147.

subjetivos, a teoria da garantia de Thon<sup>185</sup> vem oferecer criar um novo conceito de direito subjetivo, não necessariamente atrelado à vontade e que baseia-se no direito objetivo, ou seja, no conjunto de normas. Traduz-se, desta forma, nas garantias existentes nas normas jurídicas que visam impedir quaisquer tipos de ameaças e violações à liberdade do indivíduo. Importante perceber, todavia, que tal conceito claudica no sentido de que, ao condicionar o direito subjetivo ao direito objetivo, despe aquele de sua autonomia.

Chega-se, por fim, à teoria que é considerada a mais satisfatória para o entendimento do que seja direito subjetivo, que é a teoria do interesse de Jhering.<sup>186</sup> Na visão do mestre, cotidianamente muitos conflitos de interesses contrapõe as pessoas, e é o ordenamento jurídico quem figura como aquele à quem se atribui a função/competência/encargo/responsabilidade de solucionar qual interesse merecerá a tutela estatal. É a tutela desse interesse protegido pelo direito objetivo que se denomina, pela teoria de interesse, direito subjetivo. Nesta mesma linha de entendimento, ressalta o preclaro Hans Kelsen: *“O direito subjetivo não pode ser um interesse-protegido pelo Direito - mas apenas a proteção ou tutela deste interesse, por parte do direito objetivo”*.<sup>187</sup>

Soa também ressaltar o cada vez mais corriqueiro uso que se faz da expressão direito subjetivo atrelada à idéia de sujeito de direito, um dos elementos que integram a sua estrutura, a qual é composta, ainda, pelo objeto de direito - o bem tutelado- e pelo seu conteúdo, este traduzido na faculdade de obrigar indivíduos ou dispor de bens. Nessa linha de entendimento vaticina Hans Kelsen que :

a essência do direito subjetivo no sentido técnico específico, direito subjetivo esse característico do direito privado, reside, pois, no fato de a ordem jurídica conferir a um indivíduo não qualificado como “órgão” da comunidade, designado na teoria tradicional como “pessoa privada”- normalmente ao indivíduo em face do qual um outro é obrigado a uma determinada conduta- o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não – cumprimento deste dever, quer dizer, de pôr em movimento o processo que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup>Idem., p. 148.

<sup>186</sup>Ibid, Ibidem.

<sup>187</sup>KELSEN. Op.Cit., p. 149.

<sup>188</sup>Idem. p. 153.

Revista a fundamental, para esse estudo, noção de direito subjetivo, percebe-se que o afeto, em sua dimensão pura, não pode ser definido como tal.

Nesse sentido, vale a lição de Rafael Bucco Rossot, de que não é possível classificar-se o afeto como um direito subjetivo

Exatamente em virtude de que *obrigar alguém a desenvolver relação<sup>189</sup>es afetivas com outrem violaria a própria dignidade humana do provedor, a teor do art. 1º, III, da Constituição Federal. Em suma: o Estado não pode exigir coercitivamente o cumprimento desta "obrigação(grifou-se)".<sup>190</sup>*

Pontua o autor, contudo, que , quando analisado como elemento integrante do Princípio da Convivência Familiar, inserto no art. 277 da *Lex mater*, o afeto adquire um outro prisma, prisma este que foge da idéia de valor anímico, da ordem apenas da psique e da subjetividade, para adentrar a esfera dos direitos subjetivos.

---

<sup>189</sup> Nesse sentido, merece menção a decisão do TJ/MG, que confirmando a decisão do juízo a quo, determinou fixação de multa contra a genitora de um menor que, detendo a guarda do mesmo, impedia o pai de exercer o direito de visita que lhe assistia, por acordo entre as partes, homologado em juiz. " *A regulamentação de visita visa o interesse da criança, e o seu cumprimento é também seu interesse, principalmente de modo que são secundários, embora respeitáveis, os anseios dos pais. No presente caso, a exclusão da multa poderá tornar inócua a determinação judicial, visando a sua concretude, e se não hpa motivo para obstar a visita do pai, esta lhe deve ser assegurada, motivo pelo qual a mesma deve ser mantida.*(TJ/MG, AI 1.072.09.554305-5/01.;1ªC.Cív;Rel.Des. Verdolim Hudson Andrade.). No mesma linha de entendimento, porém arbitrando uma multa para obrigara o pai desidiioso a visitar o filho, veja-se Juiz determina multa a pai separado que não visita filha-Pai separado que não visitar filha terá que pagar multa por cada dia que faltar ao compromisso. A decisão é do juiz Duarte Neto, da 3ª Vara de Família de Ribeirão Preto, no interior de São Paulo. Ele determinou que um segurança de 38 anos pague R\$ 75 por visita que deixar de fazer a filha de oito anos. A informação é do portal G1. A menina, que mora com a mãe – a ex-mulher do segurança – deverá ver o pai de 15 em 15 dias. Como o processo tramita em segredo de justiça, os nomes não foram revelados. Quando deu a sentença, o juiz afirmou que as Varas de Família consideram a visita do pai ao filho, em primeiro lugar, um direito da criança, e não do pai. A mãe da criança, uma vendedora de 45 anos, foi quem entrou com a ação. Segundo seu advogado, ela resolveu recorrer à Justiça depois de perceber que a filha ficava muito triste quando o pai não ia vê-la nos dias marcados. Em sua defesa, o segurança alegou que não comparecia à casa da filha porque sempre que fazia as visitas era agredido pela ex-mulher. O casal está separado há um ano e sete meses. De acordo com o advogado do pai, ele tem a intenção de visitar a filha nos horários marcados. O segurança já teria feito um acordo com a ex-mulher para ir ver a criança levando em conta seus horários de trabalho. Para o juiz Duarte Neto, a decisão de estipular multa em casos como esse não é comum, mas também não é tão rara. "No caso de Ribeirão, levamos em conta que a criança estava sofrendo e queria a presença do pai, independentemente se era na marra ou não." (disponível em [http// www. conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). acessado em 06.08.11).

<sup>190</sup> ROSSOT, Rafael Bucco. *O afeto nas Relações familiares e a faceta substancial do Princípio da Convivência familiar*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões. Abr-Maio 2009, v.09 p. 17.

Nesta esteira, defende, inclusive, que a ofensa ao Princípio da Convivência Familiar comportaria até execução específica, nos termos do art. 461 do CPC.

De todo modo, ressalta Maria Celina Bodim de Moraes que, para a tutela da pessoa humana em sua dimensão de dignidade, a restrição da proteção dessa apenas ao âmbito dos direitos subjetivos é anacronia, uma herança do período em que os códigos eram o coração do direito, e pulsavam sobremaneira em função da proteção do patrimônio dos sujeitos. Assim, aduz que

A personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, mas sim através de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estão- enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante.<sup>191</sup>

Assim, ainda que ao afeto não se possa atribuir a natureza jurídica de direito subjetivo, ele é um interesse legítimo, que se integra no esquema de realização existencial da pessoa e que, por isso, demanda reconhecimento e proteção do estado. O que não significa em absoluto que, ausente o afeto de uma relação aonde se esperaria estivesse ele, a consequência jurídica será necessariamente a da configuração de dano extrapatrimonial, e sua conseqüente reparação, como se passará a abordar.

#### 4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CAMPO DAS RELAÇÕES AMOROSAS

As relações amoroso-sexuais são um dos esquemas de relação mais importantes na vida, um das suas maiores fontes de felicidade e realização do ser humano e um fator determinante na sua estruturação enquanto sujeito e nos rumos que eleger para si. O senso popular sobre a magnitude do relacionar-se afetivamente

---

<sup>191</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana Uma leitura civil – Constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2007. p. 118.

pode ser ilustrativamente apurado recorrendo-se à pérola do cancionero popular que enuncia: "É impossível ser feliz sozinho"...

Em face da importância que a relação amorosa exibiu (e ainda exibe) na estrutura social, na medida em que é centro irradiador da célula familiar, o direito, de há muito, costuma tratar pormenorizadamente da relação matrimonial – em passado não remoto, única forma de constituição da família legítima. Desse modo, desde o Decreto n. 181/1890, passando pelo Código Civil de 1916 e, mesmo após o advento da Lei Maior, também com o Código Civil de 2002, muitas foram as questões relacionadas ao casamento que foram disciplinadas pela lei civil: da solenidade exigida para o ato à disciplina patrimonial do casamento, através das previsões legais sobre os tipos de regime de bens e sobre o pacto acessório que possibilita escolhe-los, qual seja, o pacto antenupcial.

De todas as disposições sobre o casamento, nada supera em controvérsia, contudo, as atinentes ao estabelecimento de deveres no âmbito do casamento, constantes do art. 1.566 do *Códex*, sobretudo no que concerne aos efeitos jurídicos carreados pelo descumprimento de algum(ns) desses deveres, como no próximo ponto desse capítulo se pormenorizará.

Com o reconhecimento conferido à união estável, de arranjo afetivo formador de entidade familiar, o art 1.724 do Código Civil também cuidou de elencar-lhe os deveres decorrentes da convivência amorosa/familiar, cujo conteúdo é muito similar aos atribuídos aos cônjuges, conforme se verifica."Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

Na união estável fala-se em lealdade, em substituição ao polémico ( e, para muitos, fruto de uma moral sexual que se habituou a conviver com a hipocrisia) dever de fidelidade, do qual se falará doravante. Mas é assente que o conceito de lealdade é mais ético e abrangente que o de fidelidade, e inclusive comporta este em seu bojo, razão pela qual não se figura razoável a cogitação de que o parceiro infiel possa ser em regra, leal.

A outra diferença substancial, em termos de deveres legais, entre uniões livres estáveis e casamento é aquela que concerne ao dever de coabitar. O Código Civil de 2002 manteve o entendimento cristalizado pela antiga súmula 380 do STF, a



qual preconiza a dispensa da convivência *more uxória* para a configuração do concubinato (hoje, da união estável).

Desse modo, em geral todas as considerações que serão feitas a respeito da possível quebra dos deveres conjugais- os quais se optam aqui por analisar, em virtude de ser usualmente entorno deles que a doutrina soa tecer suas considerações- também se aplicam às uniões estáveis, com exceção dos que se referem à quebra do dever de coabitar, como se passa a investigar.

#### **4.3.1 Da violação de deveres específicos do casamento**

Como leciona, em monografia dedicada ao tema e defendida na Universidade de Lisboa, Carlos Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro:

A lei dos países do sistema romanísticos (em que cabem, nomeadamente, Portugal, Espanha, Itália, França e Alemanha) indica os deveres a que os cônjuges estão entre si vinculados por força da celebração do casamento. Todavia, o legislador não os define de um modo preciso, socorrendo-se de um elenco de conceitos indeterminados ou de uma cláusula geral (...). Na concretização dos deveres conjugais, é essencial a noção social do que deve ser o casamento, correspondente a um mínimo de que depende a especificidade do instituto. Esse mínimo, o núcleo intangível do casamento, repercute-se, sobretudo na esfera mais pessoal das partes, pelo que os deveres conjugais sexuais são peças indispensáveis na defesa da autonomia do casamento perante outras figuras<sup>192</sup>

Sobre a natureza jurídica os deveres conjugais, basicamente duas são as orientações que encontram voz na doutrina: a que apregoa a juridicidade e a coercitibilidade dos deveres do casamento, a qual era representada basicamente pela Escola Histórica e que predominou até mais ou menos a metade do século passado; e uma orientação mais contemporânea, robustecida após o fim da Segunda Guerra Mundial, que enquadra os deveres conjugais como deveres morais

---

<sup>192</sup> CARAS, Carlos Alberto Altas Duarte Pinheiro. *O núcleo intangível da comunhão conjugal* (os deveres conjugais sexuais). Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões. Jun/Jul 2008, v.04 p. 104.

e éticos, tradutores de valores que pertinem ao casamento, mas que não correspondem a nenhum direito subjetivo, não sendo dotados de coercibilidade.<sup>193</sup>

No Brasil, a análise da doutrina sempre foi dirigida mais em função da consequência da violação dos deveres conjugais do que entorno de uma discussão sobre a exata natureza desses deveres.

A doutrina de Pontes de Miranda, no que se refere à questão da violação da dignidade humana no seio da entidade familiar, é utilizada como fundamento para muitas das opiniões esposadas pelos juristas pátrios, vez que o mestre alagoano propunha uma divisão dos direitos de família em absolutos e relativos. Dentre os relativos, inseria taxativamente do dever de fidelidade conjugal, o qual só poderia ser oposto e produzir efeitos entre os cônjuges, razão pela qual não se admitia a responsabilização de terceiro, cúmplice no adultério<sup>194</sup>.

Assim, percebe-se que, na mesma senda já exposto no capítulo que tratava sobre a intersecção entre Direito de Família e Direito da Responsabilidade Civil, também aqui a problemática da quebra dos deveres do casamento se polarizou entre os que acham que a reparação civil na seara familiarista só é admissível no tocante aos ilícitos absolutos (os enquadráveis nos arts. 186 e 927 do Código Civil), dos que entendem ser ela também decorrente da violação de deveres específicos do direito de família, a exemplo da reparação que se volta para a quebra de deveres do casamento.

No que concerne ao descumprimento dos deveres do casamento, esse é o principal foco para onde normalmente se dirigia a investigação do magistrado nas ações de separação baseadas na culpa, prevista nos arts. 1.572 e 1.573 do Código Civil, buscando as evidências probatórias de sua violação.

Assim, aquele que manejava a separação sanção deveria desincumbir-se do ônus de provar que seu par violou um dos deveres maritais perfilados, *em rol meramente exemplificativo*, no CC, art. 1566 – *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* - o que culminou na insuportabilidade da manutenção da vida como casal e motivou a intenção de dissolver a sociedade conjugal com imputação de culpa ao cônjuge ofensor.

---

<sup>193</sup> Idem, p. 107.

<sup>194</sup> MIRANDA PONTES, Francisco. C. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Bookseller, 1972. p.5-6.

Impende atentar para o fato de que, sendo esta a única hipótese que admitia, na legislação brasileira, a discussão de culpa, a separação sanção era também a única a comportar a reconvenção, a qual, em regra, era exigida nos casos em que alegação de culpa fosse recíproca<sup>195</sup>

E o fato é que, pelo teor altamente subjetivo e íntimo que conforma tais deveres, as separações-sanções se arrastavam por longos períodos, escarafunchando o lócus mais particular da vida do casal a procura da prova da culpa pelo fim do relacionamento. E, durante todo esse período, os cônjuges permaneciam vinculados juridicamente, ficando impedidos de casar-se novamente (embora já pudessem, a teor do que dispõe o art. 1.724, viver em união estável com terceiro). Hodiernamente, entende-se que, em face do novo momento instaurado pela Emenda Constitucional 66, embora a exigibilidade dos deveres do casamento ainda possa ser objeto de algum questionamento, uma vez que configura dever previsto em lei, a arguição do seu descumprimento não poderá mais turbar a decretação da dissolução do matrimônio.

Um dos maiores focos de litígio na seara das dissoluções casamentárias sempre foi, como é cediço, o da ofensa ao dever de fidelidade recíproca (CC, art. 1.566, I): e o *adultério*, que é o modo de violação desse dever, vinha explicitamente previsto no art. 1.573, I do Códex.

O adultério representa conduta cujo surgimento pode ser cogitado historicamente como contemporâneo ao do próprio casamento, e é entendido pela doutrina clássica como infringência ao dever de fidelidade recíproca através da prática de cópula carnal vagínica.<sup>196</sup> Ocorre que sua conceituação, já antevista por alguns mestres como estrita, há mais de trinta anos (GOMES, 1977, p. 119), tem-se modernizado a ponto de abarcar, para alguns, a infidelidade moral e até mesmo a possibilidade de infidelidade por relacionamento sexual/amoroso de índole virtual.

Embora venha perdendo relevância em nossa sociedade desde a inserção da cláusula geral de inclusão do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que destronou o casamento do posto de única relação afetiva irradiadora de entidade familiar, mesmo com decréscimo de prestígio agora acentuado com o advento da nova Emenda Constitucional, “o comércio carnal com outra pessoa de sexo distinto

---

<sup>195</sup> GONCALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 211.

<sup>196</sup> DINIZ, M. Helena. *Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. v 1. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 292.

que não o próprio cônjuge”<sup>197</sup> foi a primeira conduta memorada, pelo legislador, como prática que torna, para o cônjuge traído, um fardo por demais pesado à convivência conjugal.

Vale lembrar que o adultério não mais constitui crime (Lei nº 11.106/2005) e que a tentativa de prova de sua ocorrência não excepciona a constitucional vedação ao uso da prova ilícita e nem o direito de preservação da intimidade do consorte adúltero, que não pode ser desmedidamente devassada (como se verifica, cotidianamente, na lide forense) em ação motivada pela vendeta e pelo ódio do cônjuge traído <sup>198</sup>

Porém, ainda que cada tenha perdido as sede se discussão preferencial, qual seja a da separação com imputação de culpa pela infidelidade praticada, o fato é que boa parcela da doutrina e da jurisprudência pátria sempre propugnou possibilidade de configuração de dano moral em caso de adultério.

Numa demonstração inequívoca desse entendimento, diz Rui Stoco que

Ocorre que o adultério é a traição da confiança de todos: do marido, mulher, filhos, parentes e amigos. É a ofensa às instituições e até mesmo ao dogma religioso. É o menoscabo, escárnio, vilipêndio ao companheiro, com desfazimento da *affectio societatis*. Ofende a honra objetiva da pessoa, de sorte a causar mágoa, tristeza, frustração, angústia. Não se exige que este comportamento se exteriorize e chegue ao conhecimento; que ganhe publicidade. O só comportamento já causa mal estar à pessoa, ofendendo a sua dignidade, ferindo seu amor próprio. Caracteriza, porém, ofensa gravee, para alguns, insuportável. Então, se a ofensa moral está ínsita-in re ipsa- mostra-se exagerado e e desarrazoado impor que, para que se o reconheça a obrigação de o cônjuge infiel reparar, se exija que essa infidelidade ganhe publicidade e se converta em despudorada exibição pública.<sup>199</sup>

Também comungando de similar percepção, Silvio de Salvo Venosa leciona que:

muitas situações de rompimento da vida conjugal por culpa, adultério, bigamia, ofensa físicas, abandono material e moral, alcoolismo etc. ocasionam o dado moral dão cônjuge inocente,

<sup>197</sup> GOMES, Orlando Gomes, 1977, p. 120.

<sup>198</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. 2006, p. 122-123.

<sup>199</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: RT, 2007, p. 809. Em sede de jurisprudência, a doutrina aponta o voto vencido do desembargador Athos Gusmão Carneiro, quando integrante do TJRS, em sede de Apelação Civil n. 36.010, julgada em 17/03/1981, como o primeiro a acolher a tese da responsabilidade civil pela quebra dos deveres do casamento.

abrindo margem para a percepção a pretensão de indenização, nos termos do art. 186(antigo art. 159), não havendo necessidade de norma específica para tal.<sup>200</sup>

E, com o mesmo sentir, permita-se mencionar a doutrina de Carlos Alberto Bittar<sup>201</sup>, de Regina Betriz Tavares da Silva<sup>202</sup> e de Inácio de Carvalho Neto<sup>203</sup>.

Em que pese a ilustre e larga doutrina que esposa esse entendimento, e o fato de o STJ<sup>204</sup> já ter reconhecido, em inúmeras situações, o referido dano moral em decorrência de infidelidade, adota-se, aqui, o posicionamento defendido por Maria Celina Bodin de Moraes<sup>205</sup>, a quem repugna a possibilidade de reparação por dano moral supostamente oriundo da quebra, pura e simples, de deveres do casamento. Segundo a autora, não há ocorrência de ato ilícito, nos moldes da clausula geral de ilicitude civil, nem de dano indenizável, quando o problema cinge-se a quebra de dever conjugal. Nesses casos, adverte, a tentativa de obter a indenização vem bem ao encontro da idéia de vendetta, de fazer o outro pagar pela falta de desejo ou pelo desejo que se dirige para outras paragens, que não apenas o cônjuge ou companheiro.

Porque, em ultima ratio, é disso que o adultério normalmente trata: de desejo, de afeto. Ou da falta deles. E não se pode creditar ao direito o papel de descer às minúcias de uma relação amorosa para tentar dar conta dos motivos (culturais, sociais, psicológicos etc..) que levam alguém à traição afetiva. Muito já se disse, inclusive, ser difícil precisar o real culpado do fracasso amoroso. Ainda que nem sempre seja assim, não é incomum que o adultério seja motivado por uma falência tácita do projeto conjugal, por uma infelicidade latente frente àquela união afetiva, mas a qual se prefere manter -ou da qual não se consegue sair- pro motivos os mais variados ( filhos, questões econômicas e, as vezes, por mais cruel e paradoxal que

---

<sup>200</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.234.

<sup>201</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *A reparação Civil por danos morais*. 3. ed. rev., atual. e aum. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 189.

<sup>202</sup> SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na seara da separação e do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 163-165.

<sup>203</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. *Reparação civil na separação litigiosa culposa*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes (Coord.). *Direito e Responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 85.

<sup>204</sup> Remeta-se, por ex, ao julgamento do REsp. n. 37.051/SP, pela 3ªT, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 17/04/01.

<sup>205</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos Morais e relações de família*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 399-415.

soe, reverência e respeito aos sentimentos do outro, a quem se deseja poupar do trauma e da solidão decorrentes do insucesso do projeto de vida em comum).

Além disso, como bem adverte Maria Celina, "quanto às relações conjugais, não cabe ao legislador, de nenhuma forma, contribuir para agravar conflitos já profundos e maniqueístas, cheios de mágoas, que costumam vir à tona quando a relação se dissolve".<sup>206</sup>

Entende-se, pois, que a condenação por dano moral em virtude de um adultério que ocorra desacompanhado da ofensa a direitos da personalidade- e repise-se, o afeto é valor mas não se enquadra no conceito de direito subjetivo, portanto sua lesão não ofenderia personalidade do cônjuge ou do companheiro traído- representa uma verdadeira ofensa ao Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família, como exposto no cap. 2 da presente dissertação. E, por conseguinte, viola a própria idéia de família plural, democrática e afetiva, que merece a tutela do ordenamento jurídico não por si própria, mas por instrumentalizar a alocação dos valores e vivências mais caros aos seus membros.

Já o art. 1.566, II do diploma civil estatui o dever de coabitação entre os cônjuges. Embora a leitura do possa fazer crer na existência de um direito do nubente à prática de relações sexuais com o outro, o qual, uma vez descumprido, ensejaria o ajuizamento da separação sanção, tal percepção, com respeito aos que rumam em direção diversa <sup>207</sup>, é falsa e de sustentabilidade hodiernamente inexistente.

É que a noção de *debitum conjugale* traz em si a ideia de um direito - que alguns chegam a desarrazoadamente sustentar como *direito da personalidade* - do indivíduo sobre o corpo e sobre o desejo de outro, numa interpretação de resultado claramente atentatório a direitos e princípios fundamentais plenamente assegurados pela *Lex Legum*.

O suposto direito de exigir do outro a satisfação do próprio desejo sexual, diz Maria Berenice Dias, por razões óbvias, "não está na lei. Basta a comunhão de vida no sentido espiritual e social"<sup>208</sup>. Desse modo, o sentido de coabitação que hoje se

---

<sup>206</sup> Idem.

<sup>207</sup> DINIZ, M. Helena. *Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. v 1. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130.

<sup>208</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 214.

afirma é “mais restrito, não invadindo a esfera da privacidade da pessoa humana”<sup>209</sup>

É cediço que está no cerne da formação e da vivência das relações casamentárias a configuração de uma união amorosa em sentido amplo, cujo compartilhamento de ganhos, de prazeres, de alegrias, de vitórias e de suporte material convive lado a lado com as “demasiadamente humanas” experiências de perdas, de tristezas, de dissabores, de derrotas e de necessidades financeiras. O legislador entendeu por bem consagrar como dever jurídico decorrente do casamento aquilo que é, em verdade, a mola propulsora das múltiplas entidades familiares: um convívio em que o afeto é traduzido pela atenção e suporte dispensados por um membro ao outro, o qual fortalece os indivíduos e os permite desenvolverem sua personalidade de modo pleno. (CC, art.1563, III).

Nesse mister, ao cônjuge que negasse apoio material ou espiritual ao outro em momentos, por exemplo, de doenças pessoais ou familiares e de dificuldades financeiras, poderia ser imputada a culpa pelo fim do matrimônio, uma vez que, de certo modo, o casamento se desnatura e perde a razão de ser pela negativa do apoio e do suporte que o caracterizam. Porém, conforme já explanado, a nova redação do § 6º do art. 226 espanca a discussão de culpa do âmbito do término da relação casamentária. O direito ao desfazimento do vínculo jurídico que une os cônjuges reafirma-se como um direito fundamental, consectário lógico da liberdade de gerenciar a própria vida.

A busca pelas sanções civis atreladas a uma (anacrônica) possibilidade de discussão de culpa, não podem mais, definitivamente, prejudicar a obtenção célere de um deslinde para uma situação de ruptura amorosa que prejudica moral, emocional e até materialmente os cônjuges e a entidade familiar que neles se centra.

O descumprimento do dever de assistência material entre os cônjuges se resolve, em regra, pelo deferimento de alimentos ao que apresenta comprovada necessidade deles. Porém, se a negativa em prestá-los ocasionar algum dano material ao alimentado, este terá, por óbvio, direito à reparação civil.

No tocante ao dever de assistência moral, entende-se que se a violação a ele ocorrer através de um ato que se enquadre como violador dos direitos da

---

<sup>209</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 192.

personalidade do parceiro, poderá gerar dever de indenizar. Mas, por óbvio, entreveros e dissabores típicos da convivência em comum não terão esse condão. Ademais, impende lembrar que, como vem decidindo o STJ, finda a sociedade conjugal pela separação de fato, finda também a existência de deveres conjugais.

No que tange à desobediência ao comando legal que imputa aos pais a *guarda, o sustento e a educação de filho* (CC, art. 1.566, IV), esta gerava também a culpa pelo fim do matrimônio, embora o dever enfocado não decorra diretamente do casamento. Vale a lição de que “a inobservância da obrigação de cuidar integralmente dos filhos (que deveria projetar consequências, apenas, no que se refere ao relacionamento entre pai e filho, especificamente em relação ao poder familiar) pode autorizar a imputação de culpa, sem prejuízo de eventual sanção penal (arts. 244 e 246, Código Penal) e de eventual perda do poder familiar (arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil).”<sup>210</sup>

Contribuição do legislador do novo *Codex*, a cristalização *do respeito e consideração mútuos* como dever jurídico dos cônjuges, a ser mantido durante todo o curso de duração da relação casamentária é, nas palavras de Rolf Madaleno “postulado relacionado à dignidade humana, e não apenas um dever dos cônjuges, mas antes, um princípio ético de presença obrigatória em todas as relações pessoais”<sup>211</sup>.

Acrescente-se, apenas, que em virtude da natureza íntima, fundamental e permeada de afeto que caracteriza o casamento, o elementar respeito ao outro, que necessita ser observado pelos indivíduos em todas as suas relações, apresenta-se aqui ainda mais importante, verdadeiro sustentáculo da relação casamentária.

Assim, a ofensa à liberdade profissional e religiosa do cônjuge, bem como sua exposição às situações vexatórias, degradante ou humilhante pode ser apontada como exemplo de violação a este dever, podendo causar, inclusive, dano extrapatrimonial indenizável.

No que tange à insuportabilidade da vida em comum, o artigo 1572 o apresenta, combinado com a violação aos deveres do casamento, como requisito cumulativo que autorizava a decretação de separação sanção, exigência esmiuçada no art. 1.573 (que traceja um rol exemplificativo de condutas que tornam insuportável a manutenção da vida em comum). Porém, desde já, cumpre-se dizer

<sup>210</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. 2006, p.125-126.

<sup>211</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4 ed. São Paulo: Forense, 2011. p. 159.



que, segundo a melhor doutrina, o mero pleito de separação sanção prestar-se-ia, *de per se* e com precisão cartesiana, a evidenciar a insuportabilidade da convivência conjugal<sup>212</sup>

De acordo com o já tratado alhures, o legislador do Código Reale, além de exigir o grave atentado a um dos deveres do casamento como supedâneo da separação com culpa, aparentemente desenhou, no art 1.573, CC, mais um requisito necessário para o acatamento de tal modalidade de separação litigiosa: que a atuação do consorte acionado houvesse tornado insuportável a vida do casal.

Acreditamos, porém, por razões de ordem lógica, estar este requisito ínsito e naturalmente contido no acionamento contencioso do outro cônjuge, com o fito de obter a dissolução da sociedade conjugal. Se a vida como casal continuasse sendo desejada ou ao menos tolerada, é certo que contra ela não se insurgiria o tipo de pretensão enfocada neste artigo<sup>213</sup>

De todo modo, o legislador desceu a minúcias de enumerar, *em rol exemplificativo*, algumas das condutas do *oceanio infindo* de situações que poder-se-iam cogitar como autorizadoras da separação sanção, enquanto essa foi admitida entre nós, e das quais trataremos a seguir. Advirta-se, contudo, que a natureza de mera sugestão exibida pela lista transferia ao arbítrio do magistrado, em cada caso concreto, a tarefa de avaliar se a situação que a ele se apresenta poderia ser enquadrada no panorama da culpa pelo fim do matrimônio.

Adultério (CC, art. 1.573, I): O *adultério* é ato que atenta contra o dever de fidelidade e sua consagração como dever jurídico atende à feição monogâmica atribuída pelo nosso ordenamento às famílias. É conceito que, hodiernamente, desatreia-se da exclusiva prática de coito vaginal para abarcar condutas que violem o dever de lealdade, corolário da ideia de confiança e muito mais amplo que o dever de fidelidade. Sobre ele, *vide* comentários ao art. 1.572.

Tentativa de morte (CC, art. 1.573, II): o *ato de atentar contra a vida do outro cônjuge* foi lembrado como causa da separação com culpa, sendo desnecessária a condenação penal, mas tendo sua existência prévia o poder de condicionar a sentença civil no sentido de acatar a separação que nela se baseia. O motivo é o mais óbvio vez que, como lembrou Orlando Gomes, “não sobrevive a sociedade

---

<sup>212</sup> WELTER, Belmiro Pedro. 2000. p. 92.

<sup>213</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 192.

conjugal quando a desinteligência entre marido e mulher chega ao extremo de pretender um eliminar a vida do outro”<sup>214</sup> . Ademais, para fins de responsabilidade civil, nenhuma digressão mais acurada se faz necessária para afirmar a lógica reparabilidade do dano causado pelo ato ilícito(deflagrador de dupla ilicitude, civil e penal). em comento.

A *sevícia*(CC, 1.573, III) refere-se às ofensas físicas ou aos maus-tratos corporais infligidos por um cônjuge ao outro, ainda que uma única vez (GOMES, 1977, p. 198), e, como a jurisprudência de nossos pretórios<sup>215</sup> já teve oportunidade de decidir, gera um evidente dever de indenizar por dano moral.

Os conceitos de *injúria grave* e de *conduta desonrosa* (CC, arts. 1.573, III e VI) tangenciam-se ao ponto de, em determinados casos, confundirem-se, englobando ambas condutas que violam, ainda que indiretamente, o patrimônio moral do parceiro conjugal.

Como exemplos da primeira, a doutrina cita o homicídio praticado contra pessoa da família do outro cônjuge; atos de aberração sexual não desejados por um dos cônjuges; contágio do outro cônjuge por doença venérea adquirida na prática de adultério etc<sup>216</sup>; e ilustrando as hipóteses de conduta desonrosa, a literatura relata, não sem polêmica, o alcoolismo, a toxomania e o homossexualismo, entre outros<sup>217</sup> .

Propugna, aqui, pela impossibilidade de configuração do homossexualismo do parceiro como ato causador do dever de indenizar. Ainda que a descoberta de uma orientação sexual inesperada quanto ao parceiro possa ser algo doloroso, desconfortável, frustrante etc.. todos são livres para exercer, nos termos da Lei Maior, sua sexualidade com liberdade e dignidade. Daí que a mera omissão quanto à esse fato, por parte do parceiro homossexual, não deve gerar dever de indenizar. Contudo, se a descoberta do fato se der, por exemplo, em função da exposição pública do mesmo ou no bojo de alguma outra situação específica, que tenha o condão de ferir direito da personalidade do cônjuge ou companheiro, poder-se-à cogitar do dever de compensação do dano.

---

<sup>214</sup> GOMES, Orlando, 1977. p. 196.

<sup>215</sup> TJRJ, Apc.Cív. 8.323, 9 CC, Relator Jorge de Miranda Magalhães, DJe 19.10.98.; TJRS, Ap.Civ. n. 36.016 da 1ªCC. Rel. Cristovam Diello Moreira, Dje.17.03.81 in RT 560/178-185.

<sup>216</sup> GONCALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 231.

<sup>217</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p.325.

Abandono voluntário de lar pelo período de um ano (CC, art. 1.573, IV): Exigência somente do casamento, a *necessidade de vida em comum, no domicílio do casal*, felizmente não foi fixada como dever no âmbito da União Estável, como reconheceu a Súmula 382 do STF. A coabitação sob o mesmo teto deve ser de livre decisão e conveniência do casal, sendo sua imposição um visível atentado ao princípio da liberdade<sup>218</sup>.

Para que se configure o *abandono de lar*, é necessário que este seja, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “voluntário, caprichoso, injusto, sem motivo plausível”<sup>219</sup> Antes desse período, aduz Maria Berenice Dias, “o afastamento do lar pode tipificar, no máximo, conduta desonrosa”<sup>220</sup>.

Defende-se aqui, a priori, que o abandono do lar conjugal caracteriza, hoje, mera separação de fato, e como tal não enseja nenhuma incidência de regra atinente à responsabilidade civil. É, antes, mero consectário do desejo e da liberdade de não mais vivenciar uma relação amorosa, o qual encontra guarida na Lei Maior do país.

E, por fim, como hábil a ensejar a separação com imputação de culpa, trouxe o Código Civil o exemplo do *crime infamante* (1.573, V), que nada mais é do que “uma especificação desnecessária do gênero conduta desonrosa”<sup>221</sup> (cujos alguns dos exemplos verificados em doutrina e jurisprudência são o crime de estupro, de tráfico de entorpecentes, de sequestro e de latrocínio).

Nesses casos, a clareza da existência de dever de indenizar face aos inescandíveis danos morais nascidos da grave ofensa a personalidade do cônjuge lesado dispensa maiores apontamentos. Impende lembrar, apenas, que o fato de tais crimes terem sido perpetrados por alguém que tinha uma relação afetiva e deveres de assistência, respeito e suporte para com o outro certamente será variável levado em conta pelo magistrado chamado a quantificar esse dano moral.

O parágrafo único do art. 1.573 do Código Civil, numa clara assimetria de elaboração do Diploma Civil, fecha o art. 1.573 deixando a nítida impressão de ter

---

<sup>218</sup> Idem, p. 194.

<sup>219</sup> GONCALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 220.

<sup>220</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 246.

<sup>221</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4 ed. São Paulo: Forense, 2011. p.236.

tornado desnecessário o *caput* do artigo <sup>222</sup>. Deve-se fixar, portanto, que enquanto houve admissão da discussão de culpa em sede de dissolução do matrimônio for permitida, a disposição do parágrafo único do art. 1.573 transferia ao magistrado a tarefa de avaliar, *caso a caso*, a alegação de insuportabilidade da vida em comum formulada pelo autor da ação de separação litigiosa, não estando esse tipo de separação adstrita apenas à alegação das condutas enumeradas pelo Novo Código.

Embora o *caput* do art. 1.576 atribuísse à separação judicial o poder de encerrar os deveres decorrentes do casamento, bem como o poder de fazer cessar os efeitos do regime de bens pactuado na fase pré-matrimonial, muito já se disse alhures sobre a falsidade dessa impressão. O fato é que o direito brasileiro vem reconhecendo como marco legítimo e sólido do fim dos efeitos da sociedade conjugal a *separação de fato*. E doutro modo não há que se pensar, tendo em vista a incontroversa carga simbólica que a separação fática traz em si, no tocante a evidenciar o fim do amor e da conjunção matrimonial que ele sustentava.

É absurdo atribuir aos consortes a obrigação de continuar mantendo deveres como o de coabitação e de fidelidade, quando o amor que motivou a sua assunção não mais se faz presente. A vida em comum e o compartilhamento de projetos, de desejos e dos múltiplos sentimentos que a caracterizam perde o prumo e a razão de ser quando o esfacelamento afetivo é agudo e real.

Condicionar a cessação dos deveres matrimoniais à intervenção estatal é permitir que o Estado, contrariando o fim precípua para o qual foi ancestralmente criado, viole a liberdade e dignidade das partes, compelindo-as a uma convivência amorosa que não lhes é mais querida (e, por vezes, lhes é até aviltante) até o seu ulterior pronunciamento, que, pela nova sistemática da Emenda Constitucional 66, cinge-se, hoje, ao divórcio.

Tal observação não alterava a regra de que a separação fazia cessar os deveres do casamento, caso a obrigatoriedade de cumprimento dos referidos já não houvesse, se tenha extinguido, em decorrência de separação fática anterior. Convém apenas lembrar que a separação não fazia cessar, *de per si*, o dever de mútua assistência entre os cônjuges, principalmente em seu aspecto

---

<sup>222</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p.325.

material/alimentar, nem alterava o poder familiar dos pais para com seus filhos, os quais independem de laços de união entre o casal.

Assim, ao cabo dessa análise pormenorizada dos deveres do casamento e das supostas situações que, para o legislador civil e para a jurisprudência, caracterizariam a violação desses deveres, firma-se posição no sentido de que, em absoluta coerência a tudo quanto exposto nesse estudo, a mera quebra de dever específico do casamento ou da união estável não se caracteriza como ato ilícito ensejador do dever de indenizar. Contudo, as situações elencadas pelo legislador no art 1.573 do Código Civil caracterizam modo geral, exemplos em que a violação do dever do casamento dá-se por conduta que resvala em ato ilícito, ensejando dever de indenizar.

Nesse sentido, vale transcrever trecho de decisão do STJ, que acolheu pedido de pedido de reparação civil baseado na "*insuportabilidade da vida em comum, adjetivado o comportamento do marido como irascível, tirânico, autoritário, violento e ameaçador, proclamando ela seu fundado temor de ver-se objeto de violências físicas, além das psíquicas*".<sup>223</sup>

Assim, embora não mais se preste ao papel de lastrar a discussão de culpa pelo fim do enlace amoroso, as situações descritas nos mencionados dispositivos podem gerar dano extrapatrimonial indenizável, o qual deve ser amplamente compensado, na esteira da integral proteção à pessoa humana definida pela Lei Maior(CF, at. 1º, III)..

Uma última, porém necessária, reflexão diz respeito ao cuidado para se estabelecer a separação entre o direito do cônjuge necessitado à verba alimentar (arts. 1.694 e 1702 do Códex) e a indenização pelo dano moral decorrente de dano à personalidade de um dos cônjuges, ocorrido por ocasião do término da relação afetiva. Além dos fatos geradores de ambos serem eventos distintos, os alimentos dependem da prova de necessidade, e tem valor variável, revisável a depender da alteração da situação de quem presta e da necessidade de quem recebe.<sup>224</sup>

---

<sup>223</sup> STJ, REsp.n. 37.051, 3ªT. Relator:Nilson das Naves, j. 16.04.2001.

<sup>224</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. *Os danos morais pelo descumprimento dos devers pessoais do acasamento*. In Revista IOB de Direto de Família, abr-maio, 2010.

#### **4.3.2 Breves apontamentos sobre a culpa pelo fim do casamento e a abolição do sistema dual de dissolução do enlace. O fim do instituto da separação judicial**

Embora corolário do direito constitucional de desfazimento das uniões amorosas (CF, art. 226, § 6º), o fim do matrimônio nem sempre navega nas águas calmas e desejáveis da tolerância, do consenso e do respeito à decisão de foro íntimo do outro cônjuge.

O desamor e a frustração de um projeto afetivo, pondo cobro ao sonho de estar unidos “até o fim da vida”, são circunstâncias que, no mais das vezes, estão acompanhadas de rancor, de agressividade e de incompreensão por um ou por ambos os membros do casal. Termina-se, por conta disso, delegando ao magistrado a árdua tentativa de equalizar, após a intervenção do Promotor de Justiça, os conflitos originados pelo fim da relação casamentária.

Na seara da dissolução da sociedade conjugal, a expressão *separação judicial* foi, até bem pouco, em regra, reservada para os casos de dissolução da sociedade conjugal de maneira contenciosa ou litigiosa, decorrendo o ajuizamento de ação de um cônjuge *contra* o outro. Estava regulamentada nos arts. 1.572 a 1.578, CC, excetuando-se o art. 1.574, que trata da separação consensual. Sem dúvida, é no art. 1.572 que o legislador, repristinando a redação do art. 5º da Lei do Divórcio, desenhou a estrutura tricotômica da separação litigiosa, estabelecendo um rol taxativo (de polêmica razoabilidade) das suas causas<sup>225</sup>.

Arquitetadas em um sistema trinário, as causas de separação foram reunidas em: *i*) separação sanção (*caput*), *ii*) separação falência, também chamada de separação ruptura (§ 1º) e *iii*) separação remédio (§ 2º).

O ponto único e ególatra (de partida e de chegada) da discussão sobre a culpa pela ruptura do afeto, em sede de separação judicial, o *caput* do artigo 1.572 em apreço trazia a antiga possibilidade de que um dos cônjuges, a qualquer tempo e mediante procedimento comum ordinário, imputasse ao outro a prática de um ato que viole, gravemente, os deveres conjugais previstos no art. 1.566, CC, ou de

---

<sup>225</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p.319.

conduta desonrosa, que tenha tornado, nos moldes do sugerido pelo art. 1.573, CC, insuportável a comunhão de vidas e de afeto formalizada pelo matrimônio. A apuração da culpa pelo fim da relação amorosa sempre foi o motor do modelo de separação-sanção.

Comprovada pelo cônjuge inocente uma dessas condutas, a decretação da separação-sanção poderia implicar em mudança da natureza dos alimentos a serem prestados ao cônjuge-culpado (que passariam a ser calculados somente no *quantum* necessário à sua sobrevivência) e na perda (excepcional e absurda) do direito ao uso do sobrenome adquirido por ocasião do enlace matrimonial - e que já havia se incorporado à sua personalidade. Volvendo a visão para o *interesse de agir*, exigido pela legislação processual (CPC, art. 3º) como condição da ação, infere-se que uma dessas sanções deveria, necessariamente, constar do pedido de separação-sanção, sob pena de carência de ação, resultando na extinção do processo sem resolução de mérito.

Ocorre que, após longos debates e como já mencionado, foi aprovada em 13 de julho de 2010, Emenda Constitucional 66/10, que implodiu o dual arcabouço dissolutório do casamento- o qual se mostrava verdadeira ruína de um tempo que atrelava a existência da família à do matrimônio indissolúvel-, arquitetando um sistema uno de término do matrimônio, apenas, pelo divórcio.

Hodiernamente tido como a única via para a liquidação voluntária da sociedade e do vínculo conjugal, o instituto do divórcio foi inaugurado, entre nós, com a Lei nº 6.515/77 e contemplado, nos tempos contemporâneos, no inciso IV do § 1º do art. 1.571 do Código Real. Se antes, o divórcio, como gênero de causa dissolutiva do casamento, comportava em si duas espécies - as modalidades *direta* e por *conversão* - essa última passa a não mais fazer parte do ordenamento pátrio, uma vez que partia do solo hostil da prévia separação judicial, decretada há mais de um ano, para só então lançar-se em direção à fulminação do vínculo casamentário.

Com o fim do instituto da separação judicial, o divórcio torna-se uno, simples e dispensa qualificações, vez que terá por base a simples ruptura fática da vida conjugal. Do mesmo modo, os prazos exigidos para a sua concessão foram excluídos da cena jurídica. Num passado recente, a doutrina majoritária apontava o requisito prazal como o único exigido para a decretação do divórcio (*um ano para o divórcio por conversão, dois anos para o divórcio direto*).

Agora, *todos os caminhos apontam para a falta de amor, para a infelicidade ou para a mera falta de interesse dos cônjuges em permanecer unidos como a exclusiva causa à qual se vincula a dissolução voluntária do casamento*, a qual se frise e, por questões óbvias, prescinde de comprovação pelas partes.

A esse respeito, os professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, em obra pioneira sobre o tema, vaticinam que tal mudança “É o reconhecimento do divórcio como simples exercício de um direito potestativo, demonstrando que o Direito Civil pátrio, por fim, curvou-se ao direito à felicidade e ao princípio da liberdade de autodeterminação afetiva como únicos pilares a balizar a dissolução matrimonial.

Firmar essa premissa é essencial para que se avance em direção à análise da possibilidade de dano pela ruptura das relações amorosas.

#### **4.3.3 Da ruptura imotivada das relações amorosas: no noivado, na união estável e no casamento**

Do quanto analisado, já se faculta a percepção de que, no foco de uma ardente fogueira acessa pela jurisprudência e pela doutrina pátria, crepita hoje, nas abordagens sobre a tutela jurídica das relações familiares, a problemática da *violação do afeto*.

Tomando-se, aqui, a afetividade em sua feição interdisciplinar, tratada, pois, como valor jurídico<sup>226</sup>, mas também como elemento anímico, espiritual, pertecente em maior medida ao plano do inconsciente (de que nos fala a psicanálise Freudiana<sup>227</sup>), residente na mais íntima esfera da psiquê humana - aonde habita o desejo - parte-se para a investigação das posições dos que defendem a impossibilidade de indenização pela mera ruptura das relações afetivas, bem como das que reputam essa indenização não só possível como indispensável à proteção avançada da pessoa humana.

Primeiro, é necessário dizer que o estudo do problema tem que ser compartilhado em dois sítios distintos, em função das peculiaridades exibidas por cada um deles. Num primeiro momento, debrucar-se-à sobre a questão no âmbito das relações amorosas, para, na sequência, cuidar da problemática da violação do afeto

---

<sup>226</sup> *A socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*; revista do IBDFAM, n. 5, agosto/set. 2008.

<sup>227</sup> FREUD, Sigmund. *A interpretação dos sonhos*. Rio de Janeiro: Imago, 2006.



aonde ela se fixa mais nevrálgica e palpitante: nos laços(ou na ausência deles) paterno-filiais.

O primeiro lugar que se apresenta à pesquisa dos possíveis danos pela ruptura do afeto que urdia a relação amora é, pois, o de uma relação que não tem(ainda) o condão de formar uma entidade familiar, mas que une duas pessoas em prol do amor e de um projeto de vida e de família em comum.

O noivado, na definição de Plácido e Silva, é

Derivado do latim *sponsalia* (esponsais), indica o contrato ou a convenção, que precede o casamento, em virtude do qual os nubentes (os noivos), os *futuros esposos* assumem por si mesmos, ou por intermédio de seus parentes, o compromisso ou promessa de se casarem. Vulgarmente, é o *noivado* ou *promessa de casamento*. O nome de *sponsalia*, atribuído ao ato pelos romanos, provinha da forma por que se objetivavam, isto é, mediante uma estipulação (*stipulatio*), que servia de garantia (*sponsio*) à promessa, o que, primitivamente, dava o mesmo motivo à *actio ex sponsu*, contra aquele dos *sponsi* que não os cumprisse. Em certas ocasiões os *sponsais* chegaram a ter a mesma força do casamento. Mas sempre foram admitidos como dissolúveis, mesmo pela Igreja. Modernamente, nenhuma promessa de casamento tem força jurídica para obrigar os promitentes ao cumprimento do prometido, embora não se impeça o pedido de indenização pela falta de cumprimento da promessa, desde que dela possa decorrer prejuízo patrimonial a uma das partes<sup>228</sup>

Embora, como nos informa Wasington de Barros Monteiro<sup>229</sup>, o direito brasileiro tenha assitido a uma tentativa de disciplinar os sponsais, em 1858, com Teixeira de Freitas, o fato é que ela não foi adiante e que o noivado ou a promessa sponsalícia nunca foi contemplado pelo nosso ordenamento.

Mas, modernamente, no âmbito da acesa discussão sobre a violação do afeto em sede de relações amorosas, com mais frequência algumas demandas vem chegando ao judiciário no intuito de lograr êxito em obter compensação pelos supostos danos causados pelo fim do afeto, pela quebra da confiança e da expectativa de casamento que essa gerou.

---

<sup>228</sup> PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário jurídico*. 15 ed. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 318.

<sup>229</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v 2. 36 ed. Atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 46.

Segundo o mencionado autor<sup>230</sup>, três seriam os requisitos que autorizariam, pelo prisma da responsabilidade civil, a indenização pela quebra dos esponsais, quais sejam" a) que a promessa de casamento tenha emanado do próprio arrependido, e não de seus genitores; b) que o mesmo não ofereça motivo justo para retratar-se, considerando-se como tal, exemplificadamente, a infidelidade, a mudança de religião ou de nacionalidade, a ruína econômica, a moléstia grave, a condenação criminal e o descobrimento de defeito físico oculto durante o noivado; c) o dano"<sup>231</sup>.

No mesmo sentido, remeta-se à decisão cujo trecho ora se transcreve

Indenização – rompimento de noivado – danos morais e materiais – casamento já agendado, com aquisição de moveis, utensílios, expedição de convites e outros preparativos – ruptura sem motivo justificado – dever de indenizar do noivo. Cabe indenização por dano moral e material, pelo rompimento de noivado e desfazimento da cerimônia de casamento já programada, sem qualquer motivo justo<sup>232</sup>

Em que pese a autoridade da doutrina mencionada, não se coaduna com o perfil de instrumental e calcado na busca pela felicidade e realização pessoal de seus membros que define a família contemporânea a possibilidade de, ainda que remotamente, entender cabível a alegação de dano extrapatrominial em face da ruptura imotivada de noivado.

Em sede de relações amorosas, e ainda com mais alta razão, das relações amorosas informais, o *imotivado* mencionado na decisão supra referida nada mais é do que a conveniência, a vontade, o espírito, a reflexão ou as ponderações de quem decidiu não prosseguir na estrada daquele vínculo afetivo. E todos esses são valores ou atitudes que estão perfeitamente albergados no leque de direitos potestativos, não podendo caracterizar ato ilícito configurador de dano indenizável.

Ora, se o princípio da liberdade de autodeterminação afetiva é um dos mais importantes princípios que regem o Direito de Família em nosso tempo, e se, dentro das próprias relações familiares a ruptura das mesmas vem sendo encarada como o

---

<sup>230</sup> Idem, p.47.

<sup>231</sup> Com o mesmo sentir, DINIZ, M. Helena. *Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. v 1. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 185.

<sup>232</sup> TJSP, Ap. 90.262-4 – Ilha Solteira/ Pereira Barreto, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Testa Marchi. j. 03.02.2000.

direito constitucionalmente assegurado às pessoas, quiçá em sede de um compromisso assumido unicamente com base no afeto, na vontade amorosa, no desejo de construir um projeto afetivo, de dividir um futuro. Um projeto que, a qualquer tempo, pode ser interrompido sem ter dado origem a uma célula familiar.

E antes que se cogite de quebra de expectativa, de violação do dever de confiança e até de comportamento contraditório, o qual é vedado pelo direito, Luciano Chaves de Farias, dissertando sobre aplicação da teoria do risco às relações familiares, aduz que

Destarte, a falta de amor e de afeto são motivos mais do que justos e suficientes para o rompimento de um relacionamento. Não é razoável, nem harmônico, com a concepção moderna e constitucional da família querer o Estado-Juiz penalizar alguém pelo fim do afeto, pelo desamor... O Judiciário não deve (e nem pode) querer obrigar alguém a amar ou manter um relacionamento afetivo.<sup>233</sup>

Não há a possibilidade de submeter algo que depende essencialmente da vontade, do pulsar afetivo, da busca pela satisfação do desejo, à formulas matemáticas, postulados exatos, criação de expectativas robustas.<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> FARIAS, Luciano Chaves de. *A Teoria do Risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado ou de relações matrimoniais*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões. fev/Mar de 2008. p.22.

<sup>234</sup> Interesse decisão se colhe em sede do TJMG, como se lê a seguir: "A 12ª câmara Cível do TJ/MG negou o recurso de W.S.O., que queria receber indenização por danos morais pelo fato de seu noivo ter desistido do casamento pouco tempo antes da data marcada. W.S.O. conta que, nove dias antes da realização da cerimônia civil, marcada para 30/11/07, recebeu uma ligação telefônica de E.N.C.C., que rompia o namoro pois, de acordo com ele, a distância havia esfriado o amor. Segundo o noivo, sua decisão veio do fato de que o relacionamento "já não era mais cercado de tanto amor e comprometimento". De acordo com o processo, a documentação apresentada por ele provou que a noiva não sofreu abalos morais com a separação. Através de mensagens coletadas no site de relacionamentos Orkut, ele pôde demonstrar que ela já havia superado a situação e, inclusive, iniciado outro relacionamento com novo parceiro. Ele ainda comprovou o ressarcimento das despesas que ela teve com o casamento que não se realizou. O juiz de Direito Alexandre Ferreira, da 2ª vara Cível de Caratinga, julgou improcedente o pedido, condenando a noiva ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, no valor total de R\$ 300. Mas, insatisfeita, W.S.O. recorreu ao TJ/MG. O desembargador José Flávio de Almeida, relator, afirmou que o simples rompimento não gera, por si só, o direito de indenização por danos morais. De acordo com ele, somente em casos excepcionais – em que coexistam conduta ilícita e dano –, caracteriza-se a necessidade de reparação. O relator explicou que o relacionamento espontâneo entre duas pessoas deve ser livre de qualquer amarra e que o simples fato de W.S.O. ter sido abandonada por seu companheiro não significa que ela deva ser indenizada. Além do mais, ficou registrado no processo o fato de que E.N.C.C. terminou o noivado de forma civilizada, sem palavras de cunho ofensivo ou depreciativo. "Pelo contrário, em suas mensagens demonstra preocupação com a apelante", afirmou. Assim, como não ficou caracterizada qualquer prática de ato ilícito, o provimento ao recurso foi negado, e a noiva terá de arcar com os honorários e as custas processuais. Os desembargadores Nilo Lacerda e Alvimar de Ávila concordaram com o relator.

Porém, à guisa apenas de solidificar posição já claramente firmada em sede desse estudo, se, por óbvio, a ruptura do noivado se der em circunstâncias tais que caracteriza violação a direito da personalidade do noivo(a) abandonado(a), por óbvio se apresentará a possibilidade de indenização face ao dado.

O certo do amor é que ele nutre o homem, lhe possibilita a transcendência e é a mola propulsora de sua realização existencial. Mas também é certo que, ainda que eventualmente não acabe nunca, ele pode findar a qualquer momento. E a tristeza causada por esse término- o luto deixado pela morte do amor-, são as mais legítimas do ponto de vista moral ou psíquico, mas não podem pretender ingressar à esfera da normatização jurídica.

Já quanto à indenizabilidade dos danos materiais, pela própria definição desses danos, mencionados no terceiro capítulo desse trabalho, é cediço que comportam reparação. Nada mais justo do que quem sofre o prejuízo representado pela contração de despesas realizadas em função do casamento frustrado seja ressarcida dessas despesas que realizou em vão.

A preleção realizada para a ruptura do noivado servirá, aqui, para balizar a indagação acerca da ruptura do afeto e das relações amorosas na seara do casamento e da união estável.

Nessa sede, invoca-se lição de Belmiro Pedro Welter, em sua interessante obra, que dissecas as aventadas três dimensões do Direito de Família: a genética, a afetiva e a ontológica, diz o professor gaúcho que

o amor é estrada de mão dupla, na qual os membros da família são responsáveis por seus modos de ser-em-família, não sendo razoável se discutir a culpa no recanto da família para ensejar indenização por dano moral, porque nela não há espaço à responsabilidade civil, mas convivência em uma comunhão plena de vida tridimensional, pelo modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, porquanto "se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna(...) a ausência de convivência familiar em família genética, afetiva e ontológica por si só, não configura esses crimes, nem a indenização por dano moral, porque o ser humano tem a liberdade de desatar, a qualquer tempo, o mundo afetivo conjugal, convivencial ou parental. Aceita a tese de que o afastamento dessa tridimensionalidade

---

(disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI138834,11049TJ+MG+Fim+de+noivado+a+nove+dias+do+casamento+nao+gera+indenizacao>.

Acesso em 15/08/2011).

humana daria causa à indenização por dano moral, estar-se-à concordando com a dogmática jurídica, que torna inumano o ser humano, como parte integrante somente do mundo genético, apenas monitorizado, objetificado.<sup>235</sup>

Aqui, comunga-se o entendimento de que responsabilizar juridicamente aquele que não devota mais afeto ao parceiro amoroso, ou que nunca o devotou verdadeiramente (mesmo quando devesse moral ou religiosamente fazê-lo), é tencionar estender a tutela do estado a confins onde esta, jamais, poderá chegar. É juridicizar a exigibilidade do inexigível. É desconhecer o que ensina a sabedoria do poeta mineiro de Itabira, quando nos diz que: “Amor é dado de graça/É semeado no vento/Na cachoeira, no eclipse./Amor foge a dicionários/E a regulamentos vários”.

Entender devida a condenação pelo fim do amor seria, indiretamente, retroceder ao primado da família institucional, aquela que deveria manter-se obrigatoriamente unida (e que tem na Lei do Divórcio o marco evidente de sua derrocada), inclusive ao alto custo da realização pessoal de seus membros.

A ética familiar que ao direito é dado resguardar é a da solidariedade, e ele o faz, por exemplo, mediante a atribuição do dever alimentar (CC, art. 1694) e de guarda, sustento e educação dos filhos (CF, art. 227).

A toda evidência, retome-se que se o término da relação afetiva foi acompanhado de atos ofensivos à personalidade de um dos membros do casal, haverá a possibilidade de indenização pelos possíveis danos morais diretamente decorrentes do ato, e desde que satisfeitos os outros pressupostos, da responsabilidade civil.

Esta hipótese contempla, inclusive, a possibilidade de dever de reparação pela pessoa que, frustrada, dolorida com o desamor do parceiro, pratica contra ele atos lesivos à sua personalidade, como perseguições, humilhações públicas reiteradas, atos de violência física ou ou psíquica, dentre outras situações.

#### 4.4 UM OLHAR PARA AS RELAÇÕES PATERNO – FILIAIS: INVESTIGANDO O DELICADO PROBLEMA DE ABANDONO AFETIVO

---

<sup>235</sup> WELTER, Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família.2007. p. 204.

#### 4.4.1 Do constitucional direito à parentalidade, dos deveres legais impostos aos pais e das condutas que descumprem esses deveres

Partindo de algumas das conclusões a que se chegou até o presente momento, no sentido de ser possível uma interpenetração entre os campos do Direito de Família e da Responsabilidade; de que essa intersecção deve ter como guia o equilíbrio entre o papel mínimo que o Estado deve exercer nas relações familiares e no papel mais largo que dele se demanda na consecução do ressarcimento amplo dos danos causados à pessoa, mormente os de caráter extrapatrimonial; e investigado o afeto como valor jurídico, como princípio conformador e verdadeiro vetor das relações familiares - ainda que não enquadrável, por sua estrutura ontológica, no conceito de direito subjetivo e por isso, *a priori*, carente de exigibilidade jurídica-, cabe indagar acerca da violação do afeto nas relações parentais.

Parta-se ainda, como supra aludido, de que o estudo que investiga a violação do afeto na separação familiarista deve ser dividido em dois momentos, o da análise das relações amorosas e o centrado nas relações parentais. Isso para alertar que nem todas as digressões articuladas acima, quando do enfoque do tema do âmbito o querer amoroso-sexual, servirão à perfeição para a análise que aqui principia. É que como bem adverte Maria Celina Bodim de Moraes,

De fato, há duas relevantíssimas diferenças entre as relações conjugais e as relações parentais. A primeira é que as relações conjugais se dão entre pessoas presumidamente iguais, emancipadas, aptas a exercerem autonomamente sua liberdade; as relações parentais, diversamente, ocorrem entre pessoas em situação essencialmente desigual, uma das quais é vulnerável, dependente. A segunda diferença é que a relação conjugal é dissolúvel, mediante a separação e o divórcio, quanto a relação parental é vínculo tendencialmente indissolúvel.<sup>236</sup>

Essa investigação passa por assentar, primeiramente, as bases do que constitui, perfunctoriamente, a parentalidade hoje, de quais os deveres legais que a preenchem e de algumas das condutas que se identifica como violadoras desses deveres.

---

<sup>236</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana Uma leitura civil – Constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2007. p. 200.

Parta-se, ainda, da afirmação de que o estudo da questão deve pautar-se pela busca de uma análise interdisciplinar, já que, conforme leciona Giselle Câmara Groeninga

A interdisciplina atende a uma necessária mudança de paradigma voltada para a finalidade de compreensão e de respeito da dinâmica das relações familiares da Pós-Modernidade. Para a apreensão dessa dinâmica, fundamental é a contribuição da psicanálise, que empresta a devida importância à subjetividade, de modo a distingui-la dos aspectos da intersubjetividade, que, estes sim, interessam ao direito. Portanto, dar ciência à subjetividade não implica trazê-la, indiscriminadamente, para o campo do Direito, mas sim verificar o que da subjetividade é de interesse para as relações por ele normatizadas. Para tal, como se verá, é de importância fundamental o concurso com profissionais da psicologia e, no meu entendimento, com profundo conhecimento de psicanálise, habilitados a diferenciar o que é da ordem da subjetividade, do consciente e do inconsciente, de cada um e da intra-subjetividade de cada família<sup>237</sup>

Frise-se, ainda, que embora tangencie esse estudo, em algum momento, as funções maternas, o foco aqui é a função do pai e o seu papel jurídico e psicanalítico na vida do filho, já que é entorno da figura do abandono paterno que trafegam a esmagadora maioria das demandas sobre o abandono afetivo.

Sobre as funções parentais, diz Giselle Groeninga que

Cabe dizer que a ampliação de nosso entendimento sobre essas funções também é produto de uma mudança paradigmática que reflete a respeito de sua complexidade. Grosso modo, a função materna será responsável pela nutrição, pela continência às angústias do bebê e pelo aprendizado emocional. A função materna faz a passagem da complementariedade biológica para a complementariedade afetiva. Já a função paterna é responsável pela proteção, pela separação da simbiose original com a mãe, interditando a satisfação mais imediata e impulsiva da criança, sendo também o pai importante como objeto de rivalidade pela atenção da mãe. Ele é o representante da lei, aquele que coloca os limites necessários para o desenvolvimento mental e é aquele com quem a criança também se identifica como modelo. A função paterna, além de reprimir e proteger, é promotora dos recursos da personalidade. É função paterna o reconhecimento da criança como filho, o que o insere na ordem psicológica e social<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família comum o direito à família. In. *A Outra Face do Poder Judiciário*. Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. 2005, p. 407.

<sup>238</sup> Idem, p. 415.

E o fato é que, na gênese do ser humano está a necessidade da união de duas biologias e de dois afetos- no sentido da vontade procriativa- para que deles se origine um terceiro universo, que é a criança. A autora aduz inclusive que "embora um desses dois possa ser virtual desde a concepção ou desde o nascimento da vida pós-natal, como é o caso de algumas famílias, sob a ótica do psiquismo são sempre necessários dois."

Sob a ótica da função paterna, muito coisa mudou sob o sol do Estado Social. No primado de Estado Liberal a família tinha as funções fundamentais de unidade produtiva e reprodutiva, organizava-se ao redor do eixo produção-consumo e tinha por chefe e condutor o pai de família, em nome de quem toda a ordem familiar se organizava, era concebida, e pela boca de quem a lei primeira era dita<sup>239</sup>.

Sobre a relação entre autoridade normativa e a figura do pai da família, Fernanda Otoni de Barros enuncia que

A transmissão da premissa da obediência à lei ocorre na base da civilização, na família, passa de pai para filho. Encontra a sua legitimidade na transmissão familiar, sustentada na credibilidade da autoridade, no amor àquele que sustenta o poder. Não é por acaso que Kelsen chama o pai para exemplificar a autoridade imaginária que valida a norma fundamental. Ela será transmitida na família, nessa estrutura inabalável, enquanto função de conjugar autoridade e amor. (.....) a ordem paterna ou melhor, a ordem da autoridade familiar, para a criança, não carece de explicações. Deve-se obedecê-la sem questionamentos, mesmo se ela tiver um caráter enigmático, indecifrável. Obedecer ao pai é legitimar o seu poder (....) ao pai cabe a função de ordenar a marcha da criança rumo à cidade. Ele transmite a palavra da lei. Essa palavra transmitida opera como ordenador. Em todos os ordenamentos escritos, essa referência à família enquanto lugar de transmissão da lei pode ser resgatada historicamente, declaradamente, em torno dos pais.<sup>240</sup>

Com o advento de uma nova ordem, em que o Estado foi progressivamente chamando para si muitas das funções antes atribuídas à família, a figura paterna foi sendo desqualificada por um processo de esvaziamento de sua autoridade, de seu lugar símbolo estruturante<sup>241</sup>, de seu papel como aquele que barra o desejo, o

---

<sup>239</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida*. São Paulo: editora Del Rey, 2005.

<sup>240</sup> Idem, p. 19-20.

<sup>241</sup> Idem, p. 108.



excesso de gozo filial, como o que promove a necessária ruptura entre a simbiose mãe-filho<sup>242</sup>.

A própria figura do saber científico-racional contribui para a atual crise que fustiga a figura paterna, uma vez que com suas pretensões de um conhecimento totalizante e puro, excluiu do âmbito da ciência valores morais, costumes e o próprio afeto, como já se pôde asseverar.

A figura do pai, na contemporaneidade, é multifacetada e espraiada por várias figuras como o padrasto, o avô, o Estado, o professor, etc., todos exercentes de influência no processo de formação da criança. E assim

De chefe de família, soberano em seu poder ordenador, o pai foi transformado em transmissor genético via espermatozóide, única função ainda indiscutível de sua autoridade, salvo nos casos em que a produção independente dispensa seus últimos préstimos. O pai de hoje não é o senhor da ordem. Até muito pouco tempo atrás, apresentação do nome do pai, nome de família, era suficiente para selar contratos, fazer acordos indissolúveis em seu nome<sup>243</sup>

Numa perspectiva jurídica, é incontroverso que o conceito de poder familiar sofreu radicais alterações na segunda metade do último século, evoluindo do romano e despótico *pátrio poder* para a noção de um poder-dever decorrente da relação paterno-filial, a ser exercido conjuntamente pelo pai e pela mãe, em benefício primordial do melhor interesse da prole.

A nova tábua de valores inaugurada pela atual Constituição consagra a *filiação como um direito de todos os filhos*, independentemente do modo de concepção ou da natureza da relação que os vincula aos pais (CF, art. 227) e que se desatrela indelevelmente da permanência ou durabilidade do núcleo familiar.

Ainda no âmbito da Lex Mater, estabelece-se o dever de cuidado dos pais em face da prole, quando diz o art. 229 que "*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*".

Esse é o espírito que norteou o legislador do *Codex* ao consagrar a intangibilidade da relação pai e filho, no que tange à dissolução da célula

---

<sup>242</sup> LEMOS, Inez. Família, Modernidade e Responsabilidade. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. n 11, ago./set. de 2009. p. 25.

<sup>243</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida*. São Paulo: editora Del Rey, 2005. p. 108.

casamentária ou da formação de uma nova entidade familiar por um de seus pais. É Paulo Lôbo quem afirma que,

Com relação aos filhos, o poder familiar não se altera por causa da separação judicial. O sistema de guarda, seja exclusiva, seja compartilhada, não modifica o direito de acesso dos filhos aos pais, nem destes àqueles, nem reduz o complexo de direitos e deveres que emanam do poder familiar<sup>244</sup>

Já visitadas algumas das funções psicanalistas atribuídas à figura do pai, cumpre mencionar que o legislador brasileiro elencou, no Diploma Privado, uma série de atribuições que competem aos pais, em seu art. 1.634:

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.

E é justamente sobre o conteúdo dos incisos primeiro e segundo desse artigo que reside boa parte da controvérsia que agita os juristas em derredor da possibilidade de dano afetivo.

Quanto ao dever de educar o filho, leciona Silvio Rodrigues que

Este é o dever principal que incube aos pais, pois quem põe filhos no mundo tem o dever de prove-los com elementos materiais e morais para a sobrevivência, bem como fornecer-lhes educação, de acordo com seus recursos, capaz de propiciar ao filho, quando adulto, um meio de ganhar a vida e ser elemento útil na sociedade.<sup>245</sup>

Já Inez lemos, discorrendo sobre o dever de educação, vai mais além ao dizer que

---

<sup>244</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 143.

<sup>245</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2011.362.

Educação de filhos é uma função social por ser assunto do público e do privado. Educa-se para que um indivíduo saiba transitar bem na rua, na convivência com o outro. Uma criança educada no excesso de permissividade é uma candidata potencial à delinquência e à criminalidade. Se os pais não inserirem os filhos, desde pequenos na cultura, se não introduzem a lei, não o barram em seu desejo, caberá mais tarde ao Estado fazer (polícia).<sup>246</sup>

Contudo, não deve ser perder de vista fato de que o dever de educação não se dirige unicamente aos pais, mas também, secundariamente, para o próprio ente estatal. Além disso, num país cuja realidade social é vergonhosamente desigual, como o Brasil, as limitações do ponto de vista da capacidade de educar e cuidar dos filhos variará a depender de uma série de fatores. Não se apregoa aqui uma relação implicacional entre pobreza e uma educação parental deficiente, ou entre riqueza e a disponibilidade e interesses necessários para o sucesso do projeto educacional. Parental. Longe disso. Mas negar que fatores socioeconômicos e culturais influenciarão diretamente no exercício desse dever é retirar da cena da discussão acerca do cumprimento do dever educacional um elemento que não pode ser suprimido, sob pena de tratamentos discriminatórios entre genitores cuja situação de vida é bem diversa.

Sobre a dimensão do dever de educar, permita-se evocar a preciosa lição da Prof. Alma Maria Rodriguez Guitán

Desde luego, la tarea de los padres en lá educación de los hijos no se agota em la enseñanza que lês pudan impartir em um colégio o instituto, es decir, em el deber de escolarización de los hijos, sino que va mucho más Allá. El processo educativo es algo mucho mas profundo que la mera instrucción em ciertos conocimientos o el aprendizaje em determinadas destrezas; la educación constituye el esfuerzo radical y permanente de crecimiento em toda la persona.(.....) hoy em dia cabe señalar que la educación de hijo há de dirigirse a prepararle para uma vida sana, tanto desde punto de vista físico como moral, proporcionandolé instrucción intelectual, orientación profesional, formación cívica y educación física<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> LEMOS, Inez. Família, Modernidade e Responsabilidade. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. n 11, ago./set. de 2009.p. 26.

<sup>247</sup> GUITÁN, Alma Maria Rodriguez. *Responsabilidad Civil em el derecho de família*. Especial referência al âmbito de lãs relaciones paterno-filiales.Thomson Reuters, 2009, p. 250-251.

Sobre a possibilidade de descumprimento do dever de educar, por parte dos pais, ela oferece duas perspectivas de análise. Uma, no que tange ao fornecimento dos recursos necessários e possíveis para garantir a educação, e que a nosso sentir seria abarcado pelo dever de prestar alimentos em quantia necessária para que o menor viva dignidade, inclusive no que pertine à educar-se.

Nesse mister, tem-se que a idéia de inclusão, na prestação alimentar, da quantia necessária para o cumprimento do dever educacional foi, em nossos dias, enormemente prestigiada pelo judiciário brasileiro com a edição da Súm. 358 do STJ, a qual vaticina que *“O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.”* Nesse caso, percebe-se que, na esteira de uma forte jurisprudência que já condicionava o exoneramento da pensão não a maioridade, mas a necessidade educacional do filho, *consagrou-se o dever de educar, no sentido do fornecimento de meios materiais para tal, para além da própria noção do poder familiar.*

Outra questão é que circunda a possibilidade de danos morais, pelo não cumprimento do dever de educar. Para a doutrina da Prof. Alma Maria Rodriguez Guitán

No hay razones para se oponer a que, si estamos ante a um incumplimento grave de educar y ello há generado una série de danos em el menor, pudea solicitar este último uma indemnización de daños y perjuicios a su progenitor. Es cierto que el deber de educar es muy amplio y tiene um carácter moral muy claro, pero no por ello deja de ser impuesto por ley, que responde a um derecho Del niño fundado em preceptos de jerarquia constitucional.<sup>248</sup>

A jurista espanhola traz ainda, interessantes exemplos de possíveis danos morais caracterizados pelo descumprimento do dever de educar, mas centrados não na ausência de prestação educacional em favor do filho, e sim em no abuso dos progenitores quanto aos meios usados para exercer o dever de educação- geralmente através do emprego de violência física ou psicológica- ; ou na inserção numa cultura educacional prejudicial ao filho, como aquele em que ele é tutelado

---

<sup>248</sup> GUITÁN, Alma Maria Rodriguez. *Responsabilidad Civil em el derecho de familia*. Especial referência al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Thomson Reuters, 2009, p. 254.

em valores racistas, homofóbicos, de intolerância religiosa etc<sup>249</sup>.. Nesses casos, diz ela, a configuração do dano moral é evidente.

Em nosso ordenamento, as conseqüências jurídica explicitamente prevista para o descumprimento dos deveres parentais, inclusive dos educacionais, vem elencadas no arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil, a saber:

*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.

Em princípio, optou, pois, o legislador civil por apenar o descumprimento dos deveres parentais com a suspensão ou, em casos mais graves, com a perda do poder familiar, que é o que legitima o exercício da autoridade parental em face do filho.

Porém, em face de tudo quanto já percorreu esse estudo sobre a possibilidade do cometimento de atos lesivos contra a pessoa em seu ambiente familiar, cumpre dizer que não é necessário repetir a reflexão para que se perceba a possibilidade de, por abuso dos meios de prestar o dever educacional, ou pelo ministramento de uma educação que acabe por se revelar lesiva a personalidade do filho, haja a verificação de dano moral, cuja reparação se faz imperiosa.

Situação de índole diversa diz respeito aos possíveis danos causados ao filho, pela quebra do dever de educar, quando tem-se a circunstância de tal dever não ter sido cumprido em razão de ausência paterna. Ora, nesse caso temos uma espécie de confluência entre os inc. I e II do art 1634 do Códex, vez que se o pai não cumpre o dever de ter o filho em sua companhia ou guarda(e aqui, como se verá , a companhia tem espectro mais amplo do que a presença física), dificilmente

---

<sup>249</sup> Idem, p.255-268.

teria como gerir-lhe e proporcionar-lhe a educação que transcende o fornecimento de meios materiais para o estudo. Se o pai, ao revés, ainda que fisicamente distante do filho, por ele se interessa e com ele mantém o contato necessário para ser presente nos rumos da vida do filho, o gerenciamento da educação certamente se fará presente, não havendo como se cogitar da existência de dano moral.

Por isso, para responder se o descumprimento do dever de educar pela ausência e omissão paterna possibilita a configuração de dano moral, necessário se faz analisar o dever de convivência, trazido pelo r. II do art. 1.634 do Códex.

O dever de convivência dos filhos com seus pais, e do correspondente dever de guarda dos pais, além de esculpido nos supra mencionados dispositivos constitucionais e no Código Civil de 2001, também vem delineado no Estatuto da Criança e do Adolescente(ECA), o qual prevê, em seus arts. 16 e 19 do r. diploma.

"Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação."

"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."

"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"

Segundo leciona Wladimir Porreca, das transformações experimentadas pela família moderna rumo à contemporaneidade possibilitou

Inclusão do pai da órbita do privado tende a aproximá-lo dos filhos e estabelecer novas formas de sociabilidade na família, embora a inserção masculina em um universo associado à dimensão da vida interior e da subjetividade desloque o genitor para um espaço de indeterminação cultural, no qual ele não encontra modelos para orientar sua conduta. Com isso, introduz-se uma importante mudança nas relações familiares, permitindo, ainda que de modo incipiente, um novo modo de vivenciar a paternidade. O modelo tradicional de pai distante, provedor e autoritário vai dando lugar a alguém participativo, envolvido nas questões de sua prole. O exercício das atividades da paternidade (cuidados corporais

e afetivos para com os filhos) pode ser um caminho para a construção de um novo modelo de homem mais afetuoso e terno.<sup>250</sup>

Essa percepção, combinada com a doutrina do melhor interesse da criança, conduziram a formulação daquele que seria o Princípio da Convivência familiar, o qual inspira alguns institutos como os do ECA, já mencionados. E, nesse mesmo diploma legal vê-se, a teor dos §3º e 4º do art 28, sempre que for necessária a colocação do menor em família substituída, deverão ser observados

*§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência*

*§ 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituída, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência"(grifou-se)*

Outro instituto jurídico claramente influenciado pelo direito da criança e do adolescente à convivência familiar é o da guarda compartilhada, criação do direito anglo-saxão que foi aprovado, em sede de Direito Civil pátrio pela Lei 8.698/98, a qual alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Prevê, pois, o instituto, que sempre que o magistrado entender viável, decida, prioritariamente, pelo modelo de guarda em apreço, que soa ser o mais eficaz no garantimento da convivência familiar da criança com ambos os pais. O risco de alienação parental do menor, já analisado no cap. 4 desse trabalho, diminui sensivelmente em face desse modelo de guarda, embora não seja totalmente eliminado.

O fato é que a convivência familiar exhibe incontestavelmente importância no processo de formação e estruturação da criança. Certo também é que é mediante a convivência familiar que os afetos humanos se concretizam e consubstanciam o laço amoroso que matam a família, voluntariamente, unida em função de um projeto comum: o projeto de uma felicidade mais plena, mais completa, da felicidade que nasce da rede de solidariedade e apoio que a convivência familiar conforma. E o

---

<sup>250</sup> PORRECA, Wladimir, A Família como lugar privilegiado para a socialização dos filhos. A contribuição paterna. In O pai na Sociedade Contemporânea, coord Lúcia V. de Campos Moreira; Giancarlo Petrini; Francisco de Barros Barbosa. 2011, p. 113.

Direito Brasileiro compartilha dessas certezas, tanto que elegeu a convivência familiar como um princípio norteador de alguns institutos jurídicos.

Mas, a pergunta que sedia toda a discussão que controverte, hoje, doutrina e jurisprudência em face da possibilidade de dano afetivo reside justamente aqui. A convivência familiar, que inegavelmente é ato que pressupõe a existência de vontade, de desejo, de possibilidade, de disposição afetiva para conviver, no momento em que foi içada a qualidade de dever dos pais para com sua prole, pode gerar, caso seja negada aos filhos, compensação por abandono afetivo?

Sem a pretensão de obter respostas definitivas, é o se investigará a seguir.

É cediço que o conceito de poder familiar sofreu radicais alterações na segunda metade do último século, evoluindo do romano e despótico *pátrio poder* para a noção de um poder-dever decorrente da relação paterno-filial, a ser exercido conjuntamente pelo pai e pela mãe, em benefício primordial do melhor interesse da prole. A nova tábua de valores inaugurada pela atual Constituição consagra a *filiação como um direito de todos os filhos*, independentemente do modo de concepção ou da natureza da relação que os vincula aos pais (CF, art. 227) e que se desatreia indelevelmente da permanência ou durabilidade do núcleo familiar.

Esse é o espírito que norteou o legislador do *Codex* ao consagrar a intangibilidade da relação pai e filho, no que tange à dissolução da célula casamentária ou da formação de uma nova entidade familiar por um de seus pais. É Paulo Lôbo quem afirma que, “Com relação aos filhos, o poder familiar não se altera por causa da separação judicial. O sistema de guarda, seja exclusiva, seja compartilhada, não modifica o direito de acesso dos filhos aos pais, nem destes àqueles, nem reduz o complexo de direitos e deveres que emanam do poder familiar.”<sup>251</sup> (LÔBO, 2008, p. 143).

#### **4.4.2 O acirrado debate acerca da possibilidade de indenização pela falta de afeto paternal**

---

<sup>251</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 143.



Acerca do dano pelo abandono afetivo, e expondo de forma deveras interessante o leading case que lançou a matéria à arena dos tribunais, vale a transcrição da apresentação do problema, feita por Alexandre Moraes da Rosa<sup>252</sup>.

Caso real; um filho, nascido do relacionamento dos pais, com a separação, passa a ficar na guarda da mãe. Alexandre, seu nome. O pai passa a conviver com outra mulher, tendo uma filha. Paga os alimentos ao filho, mas nega-se a visitá-lo, enfim, com ele ter. O tempo passa, a convivência, um dia havida, se desfaz. Alexandre promove ação judicial alegando danos psicológicos em face do abandono verificado. O judiciário de Minas Gerais nega a pretensão em primeiro grau. Não satisfeito- e nem poderia, do seu lugar - apela ao tribunal de justiça de Minas Gerais que, embalado pelo mal-entendido princípio do afeto, defendido por "almas belas", acolhe o pedido dizendo "A dor sofrida pelo filho, me virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana(TGMG, Apciv. 408.555-5)-"bate outra vez, com esperanças o meu coração, pois já vai terminando o verão, enfim": o valor da troca:200 salários mínimos. Segue-se recurso ao Superior Tribunal de Justiça, o qual reforma a decisão, sob a seguinte fundamentação: a indenização por dano moral pressupões a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma(...)o abandono afetivo (é) incapaz de reparação pecuniária(STJ, Resp. 745.411/MG). Agora os autos estão no Supremo Tribunal Federal, claro, diante -dizem- da dimensão da questão".

Em verdade, em 27.05.09 o STF arquivou a apreciação da matéria ( RE (RE 567164), por entende-la atinente à avaliação de dano moral, o qual, para o Supremo Tribunal, não pode ser atacado via Recurso Extraordinário.

A apresentação de Alexandre de Moraes da Rosa é peculiar porque, ao mesmo tempo que apresenta o caso em suas principais nuances jurídicas, o entremeia com observações que levam em conta a dimensão do humano presente no problema.

O que se pretende, pois, nesse tópico, não é esgotar a análise de um tema por demais complexo e controverso, nem tampouco buscar para ele respostas definitivas, à guisa da necessidade de se concluir esse estudo.

---

<sup>252</sup> DA ROSA, Alexandre de Moraes. Mercado a dor no poder judiciário, a questão do dano moral pelo abandono afetivo. In Direito e Psicanálise. Intersecções partir do Mercador de Veneza, de William Shakespeare. 2008, p.89.

Aqui, partir-se-à de todas as noções já trabalhadas nos demais capítulos do trabalho, apenas para traçar um apanhado do tratamento que matéria vez recebendo pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

E a complexidade da questão tem dividido cientistas de algumas áreas interessadas no tema, a exemplo do Direito e da Psicanálise, basicamente em torno de duas posições mais definidas: a dos que são contrários à possibilidade de indenização pela falta de convivência afetiva, ou simplesmente de afeto; e dos que entendem que esse dano é perfeitamente indenizável, sendo sua compensação não só cabível mas socialmente importante, em função da imperatividade de se criar um Direito de Família baseado na ética e na valorização da dimensão existencial da pessoa.

O autor da apresentação que abre esse tópico, por exemplo recorre a argumentos da ordem da psicanálise para defender que

O dano moral virou "band-aid para qualquer frustração da realidade, sem que a ferida seja cuidada, como se a convivência com o outro não fosse traumática(e violenta) por definição(...) demandas postas, acolhiadas/rejeitadas e trocadas por dinheiro, cuja função simbólica é sabida: pago para que não nos relacionemos. Enfim, o Poder Judiciário ocupa, nesse lugar, uma função reparatória, de conforto. (...) tem valor porque se vende. Esse axioma liberal precisa ser marcado. O amor acaba se transformando em mais uma mercadoria a se negociada no mundo capitalista. O quantum de dinheiro incicará o valor da mercadoria(...) a consequência lógica é a estipulação objetiva da obrigação,a sua quitação. Paga-se para não se relacionar, para manter a distância.<sup>253</sup>

Também recorrendo a argumentos interdisciplinares que vale a pena transcrever, Ivone M. Candido Coelho de Souza investiga a realidade do afastamento paterno argumentado que

O afastamento, por adaptações a realidade insustentável no seio da família, às vezes também é precedido por um outro distanciamento, interno. Neste os débeis elos de ligação intrafamiliar, aquém do suficiente, terão sido os únicos possíveis e o abandono ainda que carcterizado posteriormente uma situação instalada a concepção do filho, ou mesmo desde os projetos de paternidade. Nenhuma pressão do tipo monetária será capaz de restaurá-lo. Ao contrário, algum pequeno equilíbrio obtido através da figura parcialmente preservada,

---

<sup>253</sup> DA ROSA, Alexandre de Moraes. Mercado a dor no poder judiciário, a questão do dano moral pelo abandono afetivo. In *Direito e Psicanálise*. Intersecções partir do Mercador de Veneza, de William Shakespeare. 2008, p.102.

pode ser ainda mais estremeado pela persistência de conflitos(.....) A família, desfigurada no projeto parental se contorce premiada por sentimentos de fracassos, invejas, revanche e crueldades. *Frágil, ao sustentar a estabilidade mental do filho que não pode proteger, recorre aos tribunais para que, dimensionando a extensão dos danos afetivos, coloque um preço sobre as fugas, para que determine multas sobre as perdas.* E preciso avaliar com cuidado e sensibilidade interdisciplinares as dolorosas e arriscadas ausências, de todos os jeitos, antes de imputar a um genitor, simplesmente, as culpas que serão convertidas em valores econômicos. Monetizar abandonos, pobreza amorosa, modelos não acessíveis ou precariedade do exercício previsto muitas vezes de forma idealizada e, portanto, acima das capacidades disponíveis longe de ser um instrumento de aquisição ao interesse do filho, pode ao contrário redundar em novas erupções dentro do quadro já instabilizado<sup>254</sup>.

Sob a ótica do Direito, são contrários à indenização autores como Judith Martins-Costa, que chega a afirmar que ele <sup>255</sup>representa "um pan-psicologismo infantilizado e que, por vezes, parece ignorar a própria contingência humana", e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, os quais aduzem que

Por isso, entendemos não ser admissível o uso irrestrito e indiscriminado das regras atinentes à responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias por importar o efeito da patrimonialização de valores existenciais, desagregando o núcleo familiar de sua essência. Nessa ordem de idéias, não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria indenização por dano moral. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar, ou a imposição da obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretensão dano moral. Enfim, em hipótese de negativa de afeto postos à disposição pelo próprio Direito das Famílias deverão ser ministrados para asolução do problema. Até porque a indenização pecuniária nesse caso, não resolveria o problema central da controvérsia, que seria obrigar o pai a dedicar amor a seu filho-, muito pelo contrário, por certo agravaria a situação<sup>256</sup>.

Assim, sintetizando os argumentos contrários à indenizabilidade da negativa de convivência parental, pode-se dizer que eles se resumem basicamente a: 1) impossibilidade jurídica de obrigar alguém à conviver, já que a convivência é algo

---

<sup>254</sup> Dano Moral. Monetizando o Afeto. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e da sucessões*, dez;-janeiro 2010, v. 13.

<sup>255</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação in. PETEFFI, Rafael. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. 2007. p 16.

<sup>256</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 62.

que se ancora no afeto, no querer; 2) em virtude da inexigibilidade de jurídica do afeto, a sua ausência ou interrupção não configura ato ilícito, nos moldes do artigo 186 e 927 do Código Civil; 3) o afeto não configura direito subjetivo, não podendo a sua negativa, desse modo, obrigar quem não deve a indenizar; 4) a juridicização do problema resvalaria em inevitável monetarização do afeto, e esse é um valor insuscetível de dimensionamento pecuniário; 5) obrigar o pai a indenizar não vai sanar o problema da falta de convivência afetiva, ao contrário, tende a acirrar o distanciamento e animosidade entre pai e filho; 6) as razões que levam alguém a negar afeto são muito complexas, da ordem do psíquico, e não são passíveis de perquirição açodada, pelo poder judiciário, que nem dispõe do instrumental de saber necessário para essa avaliação.

Acrescentar-se-ia, ainda, que além de tudo quanto exposto, dois graves riscos se corre em face da admissão do dano moral pelo abandono afetivo. O primeiro deles é o do efeitos social que isso ocasionaria, com provável corrida aos tribunais de inúmeras pessoas que não se sentem realizadas em seus esquemas de relação paterno-filial. E segundo, é a percepção de que seria praticamente inevitável que, as demandas que hoje trafegam em torno da ausência de concessão de afeto, de convivência ao filho, acabassem, em pouco tempo, se tornando demandas em torno da qualidade da convivência ou do afeto ministrado. E isso, inevitavelmente, conduzirá a uma retomada do papel do Estado nas demandas familiaristas, que, como já apreciado, tanto se lutou para afastar.

Nesse sentido, vale o relato a seguir, mencionado pela psicanalista Inez Lemos, de um filho que relata toda sua.

Como demonstra H, 16 anos: "gostaria de conviver mais com meu pai. Eu cheguei a morar com ele um tempo, para vê-lo mais. Eu tinha raiva de querer vê-lo. Eu sabia que estava com raiva por causa disso. É assim, o sentimento, você quer ver a pessoa, conversar, aí ela não vem. O sentimento é de frustração. Ele me dava bolo porque tinha preferência para outras coisas, para namorada, para cerveja com os amigos, e depois queria compensar dinheiro, me dando presentes".<sup>257</sup>

---

<sup>257</sup> LEMOS, Inez. Família, modernidade e responsabilidade, in revista Brasileira de Direito das famílias e das sucessões, v. 12, out-dezembro 2009, p. 26.

A fala de H, um filho não abandonado pelo pai demonstra, com clareza, que as demandas em torno da relação paterno-filial são mais complicadas do que o direito atual, no afã de ocupar o papel simbólico do pai e de se tornar o redentor de todas as demandas da pessoa, pretende fazer crer. E externa também, pelo discurso do sujeito, que às vezes, a compensação afetiva pode, ao invés de alento, incrementar a decepção.

Embora os Tribunais Superiores tenham, até o presente, negado a indenizabilidade da negativa de convivência afetiva, nota-se na doutrina, assim como em decisões de nossos pretórios, uma tendência significativa à aceitação da tese em apreço.

Exemplificativamente, colhidos na pesquisa para esse trabalho, tem-se que são favoráveis a indenização dos danos afetivo Giselda Maria Novaes Hironaka, Rolf Madaleno, Paulo Lôbo, Maria Celina Bodin de Moraes, Flávio Tartuce, dentre outros.

Da 3º Vara Cível Central da Comarca de São Paulo-SP, há notícia de sentença de primeiro grau, datada de 05 de Junho de 2004, da lavra do MM. Juiz Luis Fernando Cirillo, que condenou o pai ao pagamento da quantia de R\$ 50.000,00( cinquenta mil reais ) a título de dano moral, além do pagamento, a título de dano material, do tratamento psicológico necessário.

O TJ Minas Gerais continuam com a orientação firme que favorece a indenizabilidade desse dano, como demonstram o acórdão proferido em sede de ApeCiv. 1.0251.08.026141-4/001; 12 Câmara Civil, rel. Des. Alvimar de Avila, j. em 29.10.2009. Também em São Paulo e no Rio de Janeiro, encontra-se simpatia ao acolhimento da tese por alguns julgadores.

Também aqui cumpre tentar sintetizar os principais argumentos que sustentam a possibilidade de indenização pela negativa de afeto, quais sejam: 1) não se trata de demanda em torno de negativa de afeto-o qual de, de fato, é valor inexigível juridicamente, mas de lide aonde se busca apreciar a violação do dever de convivência parental; 2) a violação do constitucional direito do filho à convivência parental configura ato ilícito, nos termos do art. 186 e 927 do Código Civil; 3) a violação desse dever é tem o condão de causar danos à personalidade do filho; 4) todo dano moral trafega pelo âmbito de valores imateriais, de direitos da personalidade, e a violação deste tem sempre conseqüências insusceptíveis de valoração pecuniário. Contudo, isso não impediu que o dano moral fosse

consagrado como categoria de dano compensável, vez que se busca amenizar o sofrimento da vítima através de contentamentos de ordem financeira; 5) a indenização por dano moral comporta, além de sua função compensatória, uma importante função punitivo-pedagógica, e essa é uma das coisas que o impelem o Direito a reconhecer a indenização pelo abandono afetivo, a possibilidade de que as indenizações dissuadam as condutas lesivas, trazendo mais responsabilidade para o âmbito das vivências paterno-filiais. 6) a suspensão ou perda do poder familiar, sanções civis previstas para o caso de abandono afetivo, antes representam uma premiação ao pai desidiioso, o que uma punição pela violação do dever parental.

De todo modo, frise-se que, mesmo em face da potencial admissibilidade da tese da compensação pelo abandono afetivo, não se pode deixar de propugnar que, para que o suposto dano seja reconhecido e indenizado, outros pressupostos da responsabilidade civil deverão ser satisfeitos: deverá se provar a culpa do pai que negou afeto e convivência ao filho; há que se demonstrar a existência do dano pelo abandono, a exemplo da comprovação de problemas psíquicos dele decorrentes ou do submentimento do filho abandonado a vexame e humilhação decorrentes do fato; e há que se satisfazer o nexos de causalidade, provando que o dano foi efetivamente causado pela conduta do pai desidiioso.

Quanto ao dano, interessante é o entendimento de Anderson Schreiber, de que o mesmo não restará configurado se, mesmo em face do abandono paterno, o indivíduo teve quem exerce frente a ele o papel de pai, suprimindo as lacunas afetivas e simbólicas que essa ausência pode acarretar.<sup>258</sup>

Desse modo, percebe-se, como já aduzido desde o começo do presente trabalho dissertativo, que é problemática do afeto é das mais desafiadoras e angustiantes. Seguro é que muitos são os argumentos que se levantam em prol da indenizabilidade, assim como outros tantos condenam veementemente a sua possibilidade. Não há ainda uma resposta uniforme para a questão, mas qualquer tentativa de resposta terá que beber na interdisciplinaridade, terá que fugir das tentativas de simplificação e precisará enfrentar a problemática do resgate do afeto enquanto saber.

E uma assertiva que talvez aponte para o que o futuro reserva no que tange ao deslinde do problema vem de Maria Celina Bodin de Moraes

---

<sup>258</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradgmas da Responsabilidade Civil*. 2007. p. 156.

As controvérsias do direito da responsabilidade civil tem essa marcante característica: antes de serem técnicas, elas são decorrentes das diferentes concepções acerca do princípio da responsabilidade, princípio estrutural da vida em sociedade, e que, como tantas vezes repetido, se consubstancia em conceito mais filosófico-político do que jurídico.. *O princípio decorre diretamente da idéia de justiça, que tem a sociedade na qual incide.*<sup>259</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando ao final deste trabalho, seria enfadonha a repetição de todas as conclusões já esmiuçadas no decorrer desse estudo. Sendo assim, permita-se expor, de forma sucinta, algumas delas, que sintetizam as idéias defendidas ao longo desta dissertação:

- Nas últimas décadas, assistiu-se a um significativo aumento das demandas em torno da reparação de danos extrapatrimoniais ocorridos no interno da família, numa demonstração evidente de que algumas questões de foro íntimo das famílias tem buscado apoio para seu deslinde no judiciário, mas precisamente em sede do direito da Responsabilidade Civil.
- Essa interpenetração dos ramos do Direito Civil foi saudada com desconfiança por alguns juristas, que entendem ser o Direito de Família calcado em tantas peculiaridades que não comportaria a interferência inquisidora do Estado Juiz, na busca por valorar os atos praticados pelos membros da Família.
- Buscou-se demonstrar que essa afluência das demandas *mezzo* familiaristas, *mezzo* da responsabilidade civil é, primeiramente, uma decorrência das modificações experimentadas pelo próprio Direito da Responsabilidade Civil no século passado. É que com o correr da história, o surgimento da sociedade de massa e o progresso científico, houve um notável incremento dos riscos à existência do homem; os direitos da personalidade surgem na esteira dessa noção da imperatividade de se fortalecer a figura do ser humano, da

---

<sup>259</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Danos Morais e relações de família. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 147.

necessidade de se tutelar sua existência, mais do que o seu patrimônio; e, na seqüência, a Lei Maior de 1988 cristaliza, em solo pátrio a eleição pelo Princípio da Dignidade da Pessoa humana como o valor fundante de todo o ordenamento jurídico, que tutela a pessoa tanto em face do Estado quando no bojo de suas relações com outras pessoas.

- Assim, ante a Direito da Responsabilidade Civil atrelado a obrigatória busca pela reparação integral do dano, demandas como as analisadas nesse estudo se fortalecem.
- De outro lado, a repersonalização das relações privadas provoca, no Direito de Família, movimento oposto ao da Responsabilidade Civil, já que a sociedade e os juristas firmam campanha para o encolhimento do papel estatal no âmbito da família dissolúvel, democrática, afetiva e plural, que toma para si a tarefa de ordenar seu modo de formação e a proteção da felicidade e da realização de seus membros.
- Nesse mister, conclui-se que a forma de conciliar a interferência do Direito da Responsabilidade Civil no seio da família instrumental é condicionando a verificação dos supostos danos ocorridos no interno das famílias às clausulas gerais de ilicitude do artigo 186 e 927 do *Códex*.
- Dessa premissa fundamenta-se, para analisar a figura do dano moral, que é a que maior interesse tem suscitado no tocante à pleitos familiaristas. Prioriza-se a revisão de seu conceito, da evolução histórica que levou à sua reparação e às funções que sua indenização pode comportar. Isso porque, para as demandas envolvendo a violação do afeto, um dos argumentos mais invocados é o de que o caráter pedagógico da indenização possibilitaria um aumento da responsabilidade parental. Contudo, como se conclui, a possibilidade de danos de caráter punitivo sequer é pacífica no Direito Brasileiro, o qual tem como regra civil a de que a indenização mede-se pela extensão do dano (CC, art.944).
- O próximo passo foi aprofundar mais um pouco o estudo do direito da noção de responsabilidade, alargando-o e cotejando com as feições



plurais da família moderna. Nessa toada, investigou-se o dano moral causado pela alienação parental, que impede a vivência da relação parental plena entre pais e filhos e que tem imenso potencial lesivo frente ao genitor alienado e à criança vítima da alienação. E descortinou-se, ainda, a possibilidade de indenização pela chance perdida na seara familiarista.

- Por fim, aportou o presente trabalho na seara da problemática pela violação do afeto. Firmou-se, a dificuldade em dele tratar, dando a sua extirpação do âmbito da filosofia e demais ciências humanas, pelo saber moderno. Depois confirmou-se o seu status de valor jurídico para, em seguida, analisar a problemática da sua violação nas relações amorosas, aonde se entendeu que o dano moral não se submete a violação de deveres do casamento ou da união estável, devendo antes decorrer da ofensa à personalidade do cônjuge. E aonde também se concluiu que a ruptura das relações amorosas não enseja indenização pela quebra do afeto. Na seara das relações parentais, analisou-se os argumentos favoráveis e contrários a indenização pelo abandono afetivo, concluindo-se pela sua não admissibilidade, até o presente, frente aos tribunais superiores, mas pela tendência a admiti-lo pela maioria da doutrina e dos tribunais inferiores.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Renovar, 2006.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Comentários à Lei de Alienação Parental- Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Set/Out. de 2010.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. *Os danos morais pelo descumprimento dos devers pessoais do casamento*. In Revista IOB de Direito de Família, abr-maio, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord). *Código das famílias comentado*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2011.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de incidência da Autonomia Privada no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade Civil por dano à Honra*. São Paulo: Del Rey, 2005.

ARTUCE, Flávio. *Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord). 2008.

BARROS, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida*. São Paulo: editora Del Rey, 2005.

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo- os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Themis, Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006., cit., nota prévia.

BITTAR, Carlos Alberto. *A reparação Civil por danos morais*. 3. ed. rev., atual. e aum. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana Uma leitura civil – Constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Malheiro Editores, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Glicia Barbosa de Matos. *Reconstrução dos vínculos afetivos pelo judiciário*. Porto Alegre: Magister, 2010. CD-ROM.

CAPELO DE SOUSA, Radindranath. *O direito geral da personalidade*. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha(org.) *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARAS, Carlos Alberto Altas Duarte Pinheiro. *O núcleo intangível da comunhão conjugal* (os deveres conjugais sexuais). Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões. Jun/Jul 2008, v.04.

CARVALHO, Dimas Messias de. *A socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Reparação civil na separação litigiosa culposa*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes (Coord.). *Direito e Responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CATALAN, Marcos. O abuso de Direito nas Relações Familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (coord). *Ensaio Sobre Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade*. São Paulo: Editora Magister, 2009.

COSTA, Ana Surany Martins. Alienação Parental: o jogo psicológico que gera o sepultamento afetivo em função do exercício abusivo da guarda. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. junho/julho de 2011, v.16

Disponível em:

[http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2336&Itemid=83](http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2336&Itemid=83). Acesso em: 27/08/2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DA ROSA, Alexandre de Moraes. Mercado a dor no poder judiciário, a questão do dano moral pelo abandono afetivo. In *Direito e Psicanálise*. Intersecções partir do Mercador de Veneza, de William Shakespeare. 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. v. 2. São Paulo: Renovar, 2006.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DINIZ, M. Helena. *Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. v 1. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva* Direito à identidade genética. São Paulo: Lumen Juris, 2007.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Centauro, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil*. Do Direito de família, Do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco. v. 18. São Paulo: Forense. 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. São Paulo: Renovar, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais>. Acesso em: 26/04/2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. São Paulo: Lumen Juris, 2011.
- FARIAS, Luciano Chaves de. *A Teoria do Risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado ou de relações matrimoniais*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões. fev/Mar de 2008.
- FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês*. São Paulo: Objetiva, 2008.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREUD, Sigmund. *A interpretação dos sonhos*. Rio de Janeiro: Imago, 2006.
- FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. São Paulo: Imago, 2006.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil -Direito de Família*. v. VI. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GIORGIS, José Carlos Teixeira Arqueologia das Famílias. Da Ginecocracia aos Arranjos Plurais. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. n 17, ago./set. de 2010.

GONCALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família comum o direito à família. In: *A Outra Face do Poder Judiciário*. Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. 2005.

GUITÁN, Alma Maria Rodriguez. *Responsabilidad Civil em el derecho de familia*. Especial referência al âmbito de las relaciones paterno-filiales. Thomson Reuters, 2009.

HOUAISS. Enciclopédia e dicionário Koogan/Houaiss. Rio de Janeiro: Guanabara koogan, 1994.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto editora, 2006.

KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Marcelo Backes. Col. LP&M Pocket. Rio de Janeiro: LP&M, 2001.

LAGASTRA NETO, Caetano. *Alienação Parental e reflexos na guarda compartilhada*. DA SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coords). *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEMOS, Inez. Família, Modernidade e Responsabilidade. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. n 11, ago./set. de 2009.

LEVY-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. 5 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2 ed. São Paulo: Cultura, 1998.

LINS, Regina Navarro. *A Cama na Varanda*. São Paulo: Best Seller, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Família Contemporânea e as Dimensões da Responsabilidade. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. n 11, ago./set. de 2009.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4 ed. São Paulo: Forense, 2011.

MARION, J. Luc, *O fenômeno erótico e seis meditações*. Trad. Elaine Pedreira Rabinovich, Paris: Grasset, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no ordenamento brasileiro e a natureza de sua reparação*. Revista dos tribunais. São Paulo, n. 789, jul 2001.

MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira; MARTA, Taís Nader. Síndrome de Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*, abril/maio de 2011, v.21.

MIRANDA PONTES, Francisco. C. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Bookseller, 1972.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos Morais e relações de família. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v 2. 36 ed. Atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2001.

Notícia.

Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI5310162-EI8141,00Mae+e+condenada+por+maltratar+filho+adotivo+para+aparecer+na+TV.html>. Acesso em 24/07/2011.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código civil anotado e comentado*. 2 ed. São Paulo: Forense, 2010.

PAULO, Beatrice Marinho. Em Busca do Conceito de Família: desafio da Contemporaneidade. In *Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. n 12, ago./novembro. de 2011.

PELINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. São Paulo: Renovar, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. São Paulo: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade vista pelos Tribunais*. São Paulo: Livraria Del Rey, 2001. p. 36.

PEREZ, Elizio Luiz. *Alienação Parental*. Entrevista. Boletim IBDFAM-I, n. 54, ano 9, jan/fev.2009.

PETRINI, João Carlos. *Pós-Modernidade e família: um itinerário de compreensão*. Santa Catarina: Editora EDUSC, 2003.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário jurídico*. 15 ed. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PORRECA, Wladimir, A Família como lugar privilegiado para a socialização dos filhos. A contribuição paterna. In: *O pai na Sociedade Contemporânea*. coord Lúcia V. de Campos Moreira; Gincarlo Petrini; Francisco de Barros Barbosa. 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Clayton. *O dano moral*. São Paulo, Forense, 2009.

RESEDA, Salomão. *A função social do dano moral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSSOT, Rafael Bucco. *O afeto nas Relações familiares e a faceta substancial do Princípio da Convivência familiar*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões. v 9. Abr-Maio 2009.

SAMARA, Eni de Mesquita. *A família brasileira*. Coleção tudo é história. Brasília: Editora Brasiliense, 1998.

SANTOS, B.S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na seara da separação e do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, B.S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões de dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SAVI, Sérgio. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos, In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: RT, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. São Paulo: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Diálogos sobre Direito Civil.v.2*. São Paulo: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo (coord). *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: E.V, 1994.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILELA, Dantas Renata, Algumas reflexões sobre a responsabilidade civil pelo nascimento indesejado. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Diálogos sobre Direito Civil.v.2*. São Paulo: Renovar, 2008.