

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito

DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS E ENTRE
OS CÔNJUGES NO MOMENTO DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO.

MARIA LUIZA GOMES FERNANDINO NOGUEIRA

Belo Horizonte
2006

Maria Luiza Gomes Fernandino Nogueira

DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS E ENTRE
OS CÔNJUGES NO MOMENTO DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Privado.

Orientadora: Prof. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá.

Belo Horizonte
2006

FICHA CATALOGRÁFICA

N778d

Nogueira, Maria Luiza Gomes Fernandino

Danos morais nas relações entre pais e filhos e entre os cônjuges no momento da dissolução do casamento / Maria Luiza Gomes Fernandino Nogueira. Belo Horizonte, 2006.
107f.

Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Bibliografia

1. Dano moral. 2. Família – Relações. 3. Pais e Filhos. 4. Direito de família
5. Divórcio. 6. Separação (Direito). I. Sá, Maria de Fátima Freire de. II.
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-
Graduação em Direito. III. Título.

CDU:347.627

Maria Luiza Gomes Fernandino Nogueira
Danos morais nas relações entre pais e filhos e entre os cônjuges no momento da
dissolução do casamento.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais.
Belo Horizonte, 2006.

Autorizo o depósito da presente dissertação sob a minha orientação.

Maria de Fátima Freire de Sá (Orientadora) - PUC Minas

Maria Cláudia Crespo Brauner - Unisinos

Taisa Maria Macena de Lima – PUC Minas

Dedico este trabalho a alguém cujas feições ainda não conheço, mas que há seis meses desenvolve-se no meu ventre, apossando-se do meu ser, da minha alma e do meu coração.

Que o meu amor seja suficiente ao desenvolvimento do seu corpo, mente e alma, pois saiba que o que ofereço é simplesmente o que de melhor encontrei dentro de mim.

Agradeço de forma muito intensa aos meus queridos pais que nunca, nem jamais, mediram esforços para possibilitarem minhas conquistas, as quais não tomo como apenas minhas, mas sempre “nossas”. Obrigada pela fé que depositam neste ser extremamente falível.

De forma fraterna, manifesto minha gratidão ao meu irmão Marcello que, num momento de escuridão, iluminou-me a respeito do assunto a desenvolver neste trabalho.

Também sou muito grata ao meu doce e amado André, marido que soube e sabe confortar-me com um olhar e fortalecer-me com um sorriso. Agradeço por relevar os momentos em que estive ausente.

Enfim, sou infinitamente grata a Deus que me circundou de pessoas amadas e de ambiente propício para a desenvoltura deste trabalho. Grata por dosar sabiamente o tempo.

“É preciso amar as pessoas como se não houvesse amanhã.
Porque se você parar pra pensar, na verdade não há.”
(Renato Russo)

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi pesquisar sobre o dano moral dentro das relações familiares, em particular a desenvolvida entre pais e filhos e entre cônjuges quando ocorre o fim do casamento. Assunto que por si só já traz uma enorme carga de discussão, o dano moral nas relações familiares mereceu uma atenção mais detalhada, procurando trazê-lo praticável, sem afrontar qualquer princípio jurídico e ou perder-se do alcance da esfera jurídica. A investigação proposta foi feita mediante o confronto de institutos jurídicos elementares ao Direito e princípios constitucionais, o qual demonstrou que o prejuízo moral pode decorrer das relações existenciais, contudo, faz-se imprescindível apoiar-se nos pressupostos da responsabilidade civil – que contém o dano moral –, de uma forma a não permitir que a ordem jurídica ultrapasse seu papel de preservar a sociedade como um todo, através da tutela e da promoção do elemento fundamental, qual seja, o do equilíbrio. Pelo estudo apresentado, demonstrou-se que a dignidade e liberdade humanas dependem da efetivação do Direito, entretanto, percebeu-se que esta materialização não pode ultrapassar os próprios marcos em que sua ciência está inserida, sob pena de promover um efeito contrário, de subjugação do homem e de sua liberdade.

Palavras-chaves: Dano moral;

Relações familiares.

RESUMEN

El objetivo del trabajo fue pesquisar el daño moral dentro de las relaciones familiares, particularmente, las desarrolladas entre padres e hijos y entre cónyuges cuando ocurre el fin del casamiento. Punto cargado de discusión, el daño moral en las relaciones familiares mereció una atención más profundizada, de modo a traerlo practicable, sin oponerse a los principios jurídicos o perderse en sus límites. La investigación ha sido propuesta através de la confrontación de los principales institutos del Derecho y principios constitucionales, probándose que el perjuicio moral puede nacer de las relaciones existenciales, pero hay que apoyarse en los presupuestos de la responsabilidad civil – la que contiene el daño moral – no se permitiendo que el orden jurídica va más allá de su función de preservar la sociedad, através de la protección y promoción de su punto fundamental, el equilibrio. Por el estudio presentado, se demuestra que la dignidad y la libertad humanas dependen de la realización del Derecho; con todo, se percibió que esa práctica no puede transponer los propios puntos en que su ciencia se halla ubicada, bajo el peligro de promover el resultado contrario de dominación del hombre y de su libertad.

Palabras llaves: Daño moral

Relaciones familiares

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1. Considerações sobre a Responsabilidade Civil	13
1.2. Fundamento da Responsabilidade Civil	17
1.3. Definição	21
1.4. Chegamos ao Dano Moral	25
1.5. Reflexões sobre o Dano Moral	29
1.6. Responsabilidade Civil nas relações existenciais	35
2. RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES	39
2.1. Questões pontuais	39
2.2. Poder Familiar	47
2.2.1 O poder familiar para o Estado	51
2.3. A afetividade inserida na relação jurídica	53
2.3.1 Notas introdutórias	53
2.3.2 O abandono afetivo na relação jurídica	55
2.3.3 O afeto como objeto jurídico	64
2.4. Direito <i>versus</i> Moral <i>versus</i> Religião	70
2.5. Outros aspectos consideráveis à não responsabilização por abandono afetivo	72
2.5.1 Convivência e visitas: deveres incongruentes e germe do abandono afetivo	72
3- A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES ENTRE CÔNJUGES NO MOMENTO DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO	77
3.1. Primeiras considerações	77
3.2. O casamento na modernidade: visão atualizada ou desvirtualizada?	83
3.3. Culpa conjugal <i>versus</i> dano moral	90
4- CONCLUSÃO	97
5- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102
6- ANEXO A – Acórdão do TAMG	108

INTRODUÇÃO

O dano moral é assunto cada dia mais crescente entre os aplicadores e estudiosos do Direito. A discussão se deve, dentre outras causas, à dificuldade de identificação das situações que importam no seu emprego efetivo, sabendo-se que, para a preservação do próprio instituto e, quiçá, do próprio Direito, deve existir uma apurada distinção entre o que seja dano e o que venha a ser dano indenizável.

Inserido no contexto da responsabilidade civil, o enfoque que ora se apresenta concentrar-se-á no dano moral que, valendo-se de uma abordagem civil-constitucional, se proporá a uma investigação quanto à sua realização no âmbito das relações familiares constituídas entre pais e filhos e entre cônjuges que passam ou passaram pela dissolução matrimonial.

A partir de um acórdão proferido pelo então TAMG¹, na Apelação Cível n. 408.550-5, em 01 de abril de 2004, cujo voto do Relator Unias Silva foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora, o tema apresentado ganhou destaque e produziu variadas reações. Ao conceder a indenização por danos morais ao filho que se viu abandonado afetivamente pelo progenitor, a decisão abriu de maneira considerável a discussão do dano moral dentro das relações existenciais familiares.

As relações entre pais e filhos e entre cônjuges na ocasião da decomposição matrimonial emergem como uma das dificuldades que hoje se observa em se praticar o dano moral, apesar de se reconhecer que nestas formas de relações, há a

¹ O acórdão foi inserido neste trabalho como Anexo.

probabilidade de dano às pessoas envolvidas, muitas das vezes em proporções bem mais complexas que as sobrevindas de outras circunstâncias.

Diante do princípio constitucional da dignidade humana, elevado ao grau de princípio fundamental, elabora-se uma interpretação excessivamente vasta, no que tange à responsabilização civil do indivíduo, a qual tem força suficiente para romper a estrutura do instituto da responsabilidade civil e modificar o propósito para o qual justifica-se a realidade do Direito nas sociedades.

Optamos por desenvolver o presente estudo sobre duas relações familiares específicas: entre pais e filhos e entre cônjuges. Para tanto, desenvolveremos uma análise de aspectos essenciais ao instituto da responsabilidade civil e retomaremos conceitos elementares da teoria geral do Direito, como relação jurídica, objeto jurídico e direito subjetivo. Todas as argumentações que serão aqui desfiadas estarão sob uma hermenêutica constitucional particular, cuja proposta será a de reaver e redefinir os limites da ciência jurídica.

Iniciamos o trabalho dando vulto aos traços mais indispensáveis do instituto da responsabilidade civil. Ao mesmo tempo, percebemos a importância de se situar o dano moral dentro do ordenamento jurídico, desvelando o alcance deste feito. Este é o conteúdo do primeiro capítulo.

Em seguida, mergulhamos na relação parental, apresentando reflexões que despontaram no decorrer do estudo. Raciocínios produzidos sobre a estrutura da relação jurídica e também do objeto jurídico mostraram-se oportunos quando fizemos a absorção da afetividade no mundo jurídico. Junto com o exame do poder familiar, o segundo capítulo demonstrará as várias facetas da relação parental e como o Direito se posiciona ou deveria se posicionar frente a ela.

Finalizamos o estudo enfocando a relação conjugal no momento da dissolução matrimonial. Fez-se necessário, nesta parte dos trabalhos, atentar-se para a concepção contemporânea do casamento e confrontá-la com os aspectos do dano moral, sobrepujando os princípios constitucionais pertinentes. Alguns aspectos juridicamente incongruentes mereceram considerações na desenvoltura do assunto; culpa e dano moral assomaram-se como traços, a princípio, controversos dentro da atual estrutura jurídica.

Desenvolvido neste contexto, a presente dissertação busca resgatar o legítimo formato do Direito, o qual pode se apresentar de maneira nebulosa frente a esta questão do dano moral nas relações familiares. Obviamente, este resgate será feito dentro dos contornos constitucionais pertinentes, sem olvidar o princípio constitucional da dignidade humana e os demais que dão sustento e suporte à realidade deste princípio fundamental.

Enfim, este trabalho vem esclarecer pontos sensíveis à prática do dano moral, principalmente quando confrontado com as relações familiares, permitindo que sobre ele se elabore um entendimento mais exato aos limites jurídicos. Entendemos que esta abordagem é relevante, vez que o propósito é resguardar o ordenamento jurídico de possíveis avarias, manter os princípios constitucionais livres de qualquer forma de corrupção e conservar a estrutura humana vital do convívio em sociedade. Todas estas razões, não obstante serem relevantíssimas, colocam-se no rastro da preservação do bem maior da pessoa humana: a liberdade.

CAPÍTULO 1 – RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1- Considerações sobre a Responsabilidade Civil

Não pretendemos, com este trabalho, produzir mais uma obra, em si, sobre a Responsabilidade Civil. A pretensão aqui intentada é tomá-la em aspecto peculiar, cuja importância é ressaltada por envolver situações de família. É certo que ela será a “pedra angular” do tema, contudo, torna-se oportuno ressaltar que não proporemos uma evolução histórica nem conceitual do instituto, haja vista que nos “falta engenho e arte” e, ademais, já existem obras suficientemente renomadas e extensas que tratam desse conteúdo.

Outro aspecto que queremos destacar neste início de estudo é o caráter simples e inteligível que imprimimos ao texto, o qual é dedicado ao grande público, sem perder ou nos afastar, todavia, da terminologia jurídico-acadêmica.

Nosso objetivo primeiro, e que será conteúdo deste capítulo, é investigar o fundamento da responsabilidade civil², isto é, perquirir o motivo, a razão, o porquê da construção, do desenvolvimento e da consolidação desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Investigaremos a seguinte questão: a que se destina esta construção jurídica?

É fato que o homem é um ser social ou, nos dizeres de Aristóteles, o homem é um animal de cidade, isto é, seu habitat natural não é um ambiente próprio de condições climáticas e topográficas favoráveis ao seu desenvolvimento, mas é qualquer um no qual exista aglomeração humana. Seja na selva, nas montanhas, no

² É comum tomar-se a culpa como fundamento da responsabilidade; diferentemente o faz Savatier que a assimila como fonte de responsabilidade civil, juntamente com o risco.

litoral, no interior, no deserto, em qualquer desses locais se pode encontrar vida humana; ela carece, tão somente, da reunião de indivíduos. Existindo esse agrupamento, estabelecido está o ambiente de desenvolvimento do ser humano, por mais adversas que se apresentem as condições naturais³.

Por ser tão primordial à existência humana, essa convivência necessita ser preservada. Os indivíduos, diferentes entre si por sua própria natureza, almejam objetivos outros, muitas vezes conflitantes com os de seus semelhantes, carecendo assim de se criarem meios e instrumentos que viabilizem a coexistência de interesses e posturas tão diversas quanto as que encontramos em uma afluência de pessoas. Direcionamo-nos para a eliminação da “lei do mais forte”.

Além de o próprio instinto de sobrevivência nos impulsionar a um convívio saudável, no qual nos propomos a não suprimir ou violar a existência do outro diante das divergências de condutas, para que também não sejamos eliminados por elas, contamos ainda com uma força externa que nos impinge, sob pena de sanção, a procedermos dessa maneira, caso não façamos ouvidos à força da natureza. Surge, assim, o Direito e, nele, a missão de conservar a paz social, permitindo estabelecermo-nos em sociedade e, conseqüentemente, possibilitando-nos a própria vida.

Nos dizeres de Ferenvzy, *“o Direito resume em regras precisas os princípios aos quais os indivíduos devem adaptar-se se quiserem continuar sendo membros da sociedade.”* (Ferenvzy, *apud* MOTTA, 2000, p.42).

Obviamente, se todos se voltassem a um mesmo interesse ou objetivo, de maneira a se abolirem as divergências, ou ainda se todos se abstivessem da ofensa

³ Santo Tomás de Aquino, comentando a obra de Aristóteles, assim se pronunciou: “E, por isso mesmo, o homem é, por natureza, um animal social e político, destinado a viver em coletividade, mais que os outros animais, o que se impõe por uma necessidade ínsita.” (AQUINO *apud* SILVA, 1962a p.27)

ao outro, o Direito se posicionaria como algo bizarro, excêntrico, fora de propósito. Entretanto, não é essa a realidade.

Os sujeitos têm carências próprias, interesses que nem sempre se coadunam com os dos demais, aos quais acrescem-se os desvios de comportamento, surgindo, então, um contexto de tamanha diversidade que inviabiliza o autocontrole, fazendo-se essencial a lei e sua força imperativa.

A convivência pacífica de pretensões conflitantes se constrói sobre um só alicerce: o do equilíbrio. Estando ele presente na base das relações, os conflitos despontam, mas não ameaçam as pessoas envolvidas; em contrapartida, ausentando-se, inaugura o caos. O Direito prima por esse equilíbrio e dita normas para estabelecê-lo ou resgatá-lo. Não é outro o dizer do Preâmbulo da Lei Maior, que reconhece estar a sociedade fundada na “harmonia” social.

Igualmente, é por ansiar tal objeto que observamos a regra jurídica de que a cada direito corresponde um dever. Se a indivíduos fossem concedidos tão somente direitos ou tão somente deveres, as relações penderiam para um só lado, sobrepujando a estabilidade. Nosso raciocínio concentrar-se-á exatamente na circunstância do equilíbrio transgredido, pois raciocinaremos e ocupar-nos-emos da “reconstituição” daquele, através da reparação civil e, mais precisamente, do dano moral.

Se o homem apenas existe e se desenvolve enquanto em contato com seus semelhantes, e, exatamente por isto, torna-se suscetível a desavenças, estas precisam ser reguladas, em observância à sobrevivência humana. Compreendamos que não há que se extingui-las, pois são parte da essência humana e (por que não?) salutareis ao próprio desenvolvimento; necessário é apenas pautá-las para que não dissolvam a estabilidade obrigatória.

Como dissemos, o Direito lança mão de normas e procedimentos que pretendem tal harmonia, e não a extirpação do equilíbrio. É nesse instante que surge a responsabilidade jurídica. Distinta da responsabilidade moral, a jurídica pressupõe o prejuízo; há de haver uma perda para que a responsabilidade jurídica atue, pois é essa o seu primeiro indicativo. O outro indício, decisivo, seria o próprio desequilíbrio, ou melhor, que o dano tenha sido causa do desequilíbrio da relação. Este pode atingir direta e imediatamente a sociedade como um todo, situação que alcança a responsabilidade penal, ou pode restringir-se, de maneira imediata, tão somente ao indivíduo lesado, atacando mediamente a sociedade, ocasião em que tratamos da responsabilidade civil, e mais.

Além do dano e do desequilíbrio instalado numa relação jurídica, há que se perquirir se tais foram determinados por um ato ilícito, isto é, pela violação de uma norma jurídica. Acreditamos que é exatamente nesse ponto que a responsabilidade jurídica se aparta, diferencia-se, torna-se independente da responsabilidade moral.

O ato ilícito como fator peremptório da responsabilidade civil é elemento característico do instituto, desenvolvido pela doutrina e acolhido pelo ordenamento jurídico⁴.

O Direito somente está autorizado, segundo a norma, a atribuir a um indivíduo as conseqüências da responsabilidade se seu ato foi contrário às normas jurídicas positivas, porquanto são elas os indicativos do comportamento lícito e ilícito. Serão as normas de conduta ditadas pelo ordenamento jurídico, que pautarão a responsabilização dos sujeitos na esfera jurídica e também indicarão quais os danos indenizáveis. Também são as normas de conduta ditadas pelo Estado, que delimitarão o campo jurídico e o moral.

⁴ Art. 927 CC: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Acatadas as normas que compõem a ordem jurídica ou não contrariando os referidos preceitos legais, não há que se falar em reparação por responsabilidade, surgindo daí dois princípios do Direito, quais sejam, o da legalidade, que promove a segurança jurídica e o da liberdade, o qual estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei.

Tratando-se de responsabilidade civil especificamente, também recolhemos o dano e o ato ilícito como os requisitos desse instituto. Entretanto, afirmamos que nem a lesão (dano) nem mesmo o ato contrário à norma (ato ilícito) estão no cerne do referido instituto. Então, qual seria o seu núcleo ou a sua essência?

1.2 - Fundamento da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil é estreitamente vinculada ao equilíbrio social. O próprio instituto propõe que, através da reparação civil, procura-se estabelecer o *status quo ante* do indivíduo lesado, ou seja, busca-se restaurá-lo ao estado anterior de harmonia e equilíbrio. Mesmo que não seja possível resgatá-lo, parte-se para uma recomposição que mais se aproxime da situação anterior, optando-se, assim, pela compensação pecuniária.

Observemos as causas de irresponsabilidade contidas na lei civil: legítima defesa e estado de necessidade. Tais exceções à responsabilidade pressupõem situações em que um indivíduo sofra um dano produzido por outrem. Entretanto, por

não ficar estabelecida a situação de desequilíbrio, dita a lei que o fato originário do dano não é considerado ilícito⁵.

A desarmonia social coloca-se quando um dos sujeitos envolvidos na relação jurídica tem sua esfera jurídica atingida por um dano, ocasionado pelo outro sujeito, sem que a conduta do primeiro tenha concorrido para a produção do prejuízo. Nas de irresponsabilidade civil, a que se refere acima, mais especificamente a da legítima defesa, o indivíduo “lesado” terá convergido seus atos para a produção do agravo, ocasião em que torna legítima a ação de repulsa do sujeito que lhe ofendeu, exonerando-o da obrigação de indenizar.

Na excludente do estado de necessidade, tal fundamento do equilíbrio torna-se, ainda, mais evidente, ou melhor, mais ausente. A destruição de bens alheios e de lesão a outrem ficam resguardadas da ilicitude quando forem determinadas pela remoção de um perigo iminente. Percebamos que, nessa situação, o ofensor não tinha liberdade para escolher sua ação, restando o ato afrontoso como único instrumento de permanecer incólume. Contudo, o ordenamento jurídico é deveras prudente quanto a essa particular situação.

Verificamos que até mesmo essa fenda da legislação em permitir, ou melhor, em não punir tais ofensas esbarra novamente na sustentação da estabilidade, pois esses atos deixarão de estar legitimados e passarão a ilícitos caso não haja uma moderação na sua utilização, ou seja, caso a ação de preservação de direitos exceda os limites do razoável, do indispensável, posicionando-se como remédio forte demais à moléstia⁶.

⁵ Art. 188 do CC: “Não constituem atos ilícitos: II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”

⁶ Art. 188 do CC: Parágrafo único: “No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

Dessa maneira, deduzimos que a exigência que se faz à cominação da responsabilidade civil é a soma da verificação de seu fundamento – carência do equilíbrio – e a confirmação dos seus requisitos – dano decorrente de um direito violado por um ato ilícito. Tão só o dano ou apenas o direito lesado e/ou o ato ilícito não são suficientes para identificá-la, tampouco somente o dano. É certo que não há responsabilidade sem prejuízo, contudo o inverso é verdadeiro.

As relações humanas carecem de proporcionalidade, precisam contrabalançar-se para sustentarem-se. Caso contrário, estarão elas destinadas à ruína, à decadência, arrastando consigo toda a sociedade ali construída. Quiçá não possamos tomar essa imprescindibilidade de equilíbrio como razão que explique o fato de encontrarmos o instituto da responsabilidade civil em todas as civilizações, passadas e contemporâneas, e em todos os sistemas jurídicos, independentemente da filiação histórica ou ideológica a que estão vinculados. “*Seja dom dos deuses, seja criação dos homens, o direito tem como explicação o objetivo do equilíbrio, a harmonia social*”. (AGUIAR DIAS, 1983a, p.813).

*Certo é, entretanto, que nos mais antigos monumentos legislativos, que antecederam por centenas de anos a civilização mediterrânea, vestígios há de que o tema fora objeto de cogitações. Vem do ordenamento mesopotâmico, como do Código de Hamurabi, a idéia de punir o dano, instituindo contra o causador **um sofrimento igual**; não destoa o Código de Manu, nem difere essencialmente o antigo direito Hebreu (Leonardo A. Colombo, Culpa Aquiliana, nº 26 e segs). (PEREIRA, 1998a p.1) (grifo nosso)*

Essa equivalência de posturas apresenta-se nítida, sobretudo quando nos concentramos na reparação do dano. Esta deve ser direcionada no sentido de refazer a estrutura anteriormente desfrutada pela vítima, “*consistente na volta ao “status quo ante” da produção do dano.*” (CRETELLA Jr. *apud* STOCO, 1995a, p.47). O desagravo deve tender à restauração da situação de equilíbrio antes vivenciada,

por mais intrincado que possa parecer. Apoiando-se sobre essa mesma idéia que ainda hoje persiste é que podemos tentar compreender as primeiras civilizações que estabeleceram penas corporais aos transgressores, impingindo a eles a mesma aflição que produziram contra a vítima, numa tentativa de se atingir a exata proporcionalidade:

E por isso mesmo é que se dispunha, no Cód. de HAMURABI, que: “196. Se um homem livre fizer perder a vista ao filho de outro homem igualmente livre, sofrerá a perda de um olho; 197. Se vier a quebrar o membro de um homem livre, sofrerá, também, a ruptura de um membro; 200. Se um homem livre fizer saltar o dente de um homem igualmente livre, se lhe arrancará também um dente.” (SILVA, 1969a, p.25)

Ao estudarmos esses povos e suas respectivas legislações, tomamo-los como bárbaros e os denunciemos como legitimadores da *vindita*; atribuímos a ele o fato “primário” de retribuir o mal pelo mal. Contudo, não nos apresseemos em dizermos-nos contrários a tal fato nem nos vangloriemos de que o período do mal pelo mal restou superado, pois ele ainda se apresenta em nossos “modernos” ordenamentos jurídicos. Vejamos.

A imposição das penas corporais era apenas uma fórmula de justiça, uma vez que se atingia o culpado com a mesma ofensa por ele produzida, numa tentativa drástica de sustentar o equilíbrio. Ainda hoje praticamos a mesma regra: retribuimos a ofensa com a privação da liberdade, com a pena capital – nos países que a autorizam, com o ataque ao patrimônio do ofensor, quando do pagamento de indenizações, com a suspensão de direitos, etc. Enfim, devolvemos o mal com outro mal.

Aquela era a fórmula primeira de justiça, de preservação do equilíbrio, de conservação do coletivo, e, a partir dela e por ela, sustentamos nossa ordem jurídica contemporânea. O que hoje se postula sobre responsabilidade civil nada mais é que

a evolução dessa concepção a princípio “selvagem”. “O *jus vindictae* vai se sublimando em seu conceito rude, sem perder, contudo, o seu caráter” (SILVA, 1955a, p. 355). Essa fórmula somente estaria de fato superada se ao mal do dano retribuíssemos com a verdadeira absolvição.

Disso tudo podemos concluir que o fundamento da responsabilidade civil é a busca pela conservação do equilíbrio. Notamos que na história sempre houve revoltas quando esse fundamento não se consumava. Se o Direito se posiciona como tutor da harmoniosa convivência social – paz social –, a responsabilidade civil e também a penal surgem como os instrumentos que viabilizam tal função.

1.3 - Definição⁷

Destacado o seu fundamento, importante se faz definir a responsabilidade civil, não obstante termos inaugurado este trabalho com a advertência de não discutirmos a respeito de sua definição, e isso não faremos. Contudo, ao iniciarmos o estudo, anunciamos que a responsabilidade civil seria o “norte magnético” deste estudo, o que implica apresentar seu conceito.

Pretender que a responsabilidade seja conceituada de forma única, surgindo como uma voz uníssona, é quimera, pois é raro ao Direito o instituto que compartilhe do mesmo conceito através dos tempos e dos autores. Aliás, há no Direito algum

⁷ Os termos definição e conceito têm aspectos diferentes. “Definição” determina o sentido de um termo específico, enquanto que “conceito” apresenta-se como a representação ampla de um certo fenômeno, compilando suas características próprias e essenciais. Ambos serão profícuos à nossa proposta.

instituto cuja definição não seja passível de discussão? E por que essa dificuldade é sempre presente?

O Direito é uma ciência cuja função é regular a sociedade, a coletividade, e, na nossa experiência, assim procede por meio da realização de institutos que surgiram nos primórdios do tempo, ou seja, as raízes do Direito são por demais remotas e profundas, e delas ainda não nos foi possível afastarmos – nem seria prudente. Assim, ramificado no passado, o Direito regula a sociedade contemporânea através de suas sucessivas e constantes evoluções, trazendo a necessidade de construir conceitos que não cimentem os institutos, mas que lhes permitam uma maleabilidade frente ao tempo e às transformações sociais.

Definir; o próprio vocábulo já deixa transparecer a carga de se restringir em palavras algo que deverá atravessar os tempos, as mudanças e as teorias, sem permitir que seu significado se esvaeça.

Outra não é a dificuldade de se conceituar a responsabilidade civil. Esta despontou pela precisão de se reparar o dano em situações específicas e restritas; com o desenvolvimento tecnológico e industrial, somado ao crescimento populacional, passou a ser premente sua aplicação de forma mais abrangente que a até então processada, pretendendo-se, por isso, a eliminação do elemento “culpa” em fatos determinados. Modernamente, a aplicação da responsabilidade civil se dá nas formas objetiva e subjetiva, e não mais se circunscreve a esferas reduzidas, fazendo-se possível em todos os aspectos da vida humana, incluso o familiar, como agora testemunhamos.

De fato, transportar a noção abstrata da responsabilidade civil para a resumida fórmula da definição é tarefa por demais custosa, mas não irrealizável. Os

conceitos variam tanto quanto as possíveis formas de se perceber o instituto. Não podemos supô-los certos ou errados; no máximo, falíveis.

Há os que definem o instituto a partir do seu efeito, como fazem Sílvia Rodrigues⁸ e Serpa Lopes⁹, lembrados por Caio Mário (1998b, p.7-8). Outros optam por conceituar o instituto a partir da própria definição do responsável, ou seja, da pessoa a quem cabe a obrigação de reparar, como fez nosso legislador no art. 927¹⁰, ao inaugurar o título dedicado à responsabilidade civil.

É interessante verificar que, na maior parte dos conceitos, sempre encontramos as palavras “dever”, “obrigação” e “responsável”. Entretanto, torna-se importante salientar que, ao mesmo tempo em que a responsabilidade civil surge para obrigar, também se levanta para desobrigar, ou seja, a importância da definição também está em fornecer as situações em que os indivíduos não serão considerados responsáveis, efetivando, assim, a segurança jurídica. Assim, ficamos cientes de quais atitudes podem nos acarretar sanções jurídicas e quais estão libertas de qualquer consequência punitiva.

Diante dos fatos apontados e de toda essa variação conceitual que, segundo Caio Mário (1998c), reflete a insatisfação do jurista em fixar-se nos ditos de uma definição, seria eficaz buscarmos uma definição que se pautasse no próprio fundamento do instituto – o equilíbrio –, tão insistentemente esquecido. Acreditamos que a definição construída a partir desse alicerce seria sólida o suficiente para atravessar os tempos e as transformações. É esse o caminho percorrido por José de

⁸ Segundo o autor, a teoria da responsabilidade está fundada no princípio que impõe àquele que causa dano o dever de reparar.

⁹ Para este, a responsabilidade civil consiste no dever de reparar o prejuízo.

¹⁰ art. 927 CC: “Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.”

Aguiar Dias (1983b), o qual resgata o sentido do vocábulo *responsabilidade* ou *responsável*, assim como dos demais de mesma raiz, lembrando-nos que os mesmos estão a exprimir idéia de equivalência de contraprestação, de correspondência. A partir dessa noção, a responsabilidade civil surgiria como repercussão obrigacional da atividade do homem.

Dessa forma, a responsabilidade civil não se apresenta como independente de qualquer premissa. Marton, citado por Aguiar Dias (1983c, p.3) afirma que a ela coloca-se como *“termo complementar de noção prévia mais profunda, qual seja a de dever, de obrigação”*. Segundo o mesmo autor, *“responsabilidade civil é necessariamente uma reação provocada pela infração de um dever preexistente.”* (MARTON *apud* AGUIAR DIAS, 1983d, p.97). A obrigação antecedente se coloca como a verdadeira fonte da responsabilidade. Assim diríamos que responsabilidade é a conseqüência do comportamento do indivíduo perante um dever, cuja existência é anterior.

Havendo uma correspondência entre a ação da pessoa e a obrigação imposta, indiferente é indagar-se sobre a responsabilidade civil, pois esta não lhe acarretará qualquer dever que venha como substituto da obrigação prévia. Contudo, se a obrigação foi transgredida ou não correspondida, então o agente terá quebrado a harmonia social, devendo se submeter às conseqüências ditadas pela norma, entre elas, a obrigação do reparo. *“A sociedade reage contra esses fatos que ameaçam a ordem estabelecida: fere o seu autor, com o propósito de impedir que volte a afetar o equilíbrio social (...)”*, (AGUIAR DIAS, 1983e, p.6).

Sobre essa noção, podemos admitir que responsabilidade civil é o instituto que se destina à sustentação do equilíbrio nas relações civis, através da reparação

imposta àquele que, sem motivos justificáveis, viola direito de outrem, a partir da inobservância das normas legais.

Sobre esse alicerce, não se permite ao Direito olvidar-se de nenhuma espécie de dano, pois este, erguendo-se e acarretando fissuras na estabilidade entre sujeitos, motiva sua reparação, no escopo de restabelecer o equilíbrio anteriormente vigente. Dessa forma, não poderia o dano moral se apartar desse instituto. Talvez outro não seja o motivo pelo qual essa forma de dano igualmente sempre tem pairado sobre os mais diversos ordenamentos jurídicos, não obstante as mais variadas teorias que o negaram durante tempos a fio e que ainda acanhadamente o fazem.

1.4 - Chegamos ao Dano Moral

Os prejuízos acarretados pelo chamado dano moral são tão ou mais antigos que as primeiras legislações. O Código de Hamurabi já previa a pena de dez ciclos de prata em favor da mulher que sofresse a dor do aborto em razão de ferimento causado por outrem. Da mesma forma o Direito Romano já registrava a concepção dos danos morais, concedendo aos filhos de Roma a ação pretoriana *injuriarum aestimatoria*, pela qual se exigia uma reparação pecuniária para os delitos de *injuria*¹¹ e, recuando-nos até a Lei da XII Tábuas, podemos conferir nuances da idéia de se reparar o prejuízo cometido ao patrimônio ideal da pessoa, condenando-a, às

¹¹ Essa espécie de delito aparecia quando alguém era impedido por outrem de pescar, de conversar, de vender as próprias coisas ou quando se perseguisse mãe de família ou jovens nas ruas com intenções libidinosas ou pela difamação da memória do testador.

vezes, à morte por atos insultuosos ou instituindo-se uma quantia por delito da mesma natureza¹².

Diante do raciocínio desenvolvido até o momento, percebemos que o reconhecimento do dano moral como causa de reparação civil é muito menos uma questão de aquiescência ou não dos doutrinadores e juristas quanto à sua existência e mais uma questão de sobrevivência, revelando-se um assunto capital à coletividade e, logo, do próprio homem. Porém, o que é o dano moral, instituto jurídico tão necessário à conjugação da vida em sociedade e ao mesmo instante tão espinhoso quando da sua conceituação, definição, regulação e reparação?

Autores como Wilson Melo da Silva (1955b) o tomam como lesões ao patrimônio ideal da pessoa, isto é, malefícios ocasionados a tudo que não puder ser economicamente valorado; outros o recebem como danos não-patrimoniais ou extrapatrimoniais, e os mais modernos, na linha de Maria Celina Bodin de Moraes (2003a), adotam-no como toda lesão à dignidade da pessoa. Tais definições trazem em seu cerne imperfeições que dificultam a sua compreensão e concretização.

Mencioná-lo como prejuízo a bens não-apreciáveis economicamente pode ser temerário, posto sabermos que tal atributo não é exclusivo dos bens ditos ideais. Obras, relíquias, gravuras, fotos, fósseis são objetos que, a princípio, são economicamente consideráveis; contudo, por ocasião das circunstâncias que os cercam ou cercaram, tornam-se inestimáveis em pecúnia. Seríamos capazes de quantificar a tela “Monalisa” de Leonardo da Vinci? É tão inviável avaliá-la que sua condição é de patrimônio cultural da humanidade. Daí advém a mesma questão que se impõe aos danos morais: sua valoração é complexa, mas não impossível.

¹² Comandos de nº 1 e 3 da tábula VIII, respectivamente.

A tentativa que também se faz de extirpá-lo do patrimônio pessoal, trazendo-o como lesão a bem extrapatrimonial, não se apresenta como o melhor recurso. Não seriam eles também riquezas, as quais, como as demais, digam-se materiais, são reconhecíveis como parte do patrimônio e, portanto, merecedoras da mesma proteção jurídica? É preciso transpor a barreira de reconhecer o patrimônio apenas em sua dimensão financeira e material.

*Ao finalizar a propositura da teoria irrestritiva ou imaterial¹³, verifica-se que seus elementos constitutivos alteram o atual conceito de patrimônio. Propõe-se, então, uma nova conceituação que assimile as alterações introduzidas pelo novo pensamento, onde: **patrimônio é o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa ou ente, destinadas a um fim determinado, dotadas ou não de valoração econômica.** (CASES apud FERREIRA, 2000, p.94) (grifos nossos)*

Considerando-o como violação a bens não-componentes do patrimônio, estaríamos apartando do ordenamento jurídico todos aqueles que não detêm patrimônio economicamente apreciável, reservando a tutela jurídica apenas àqueles que retêm bens, materiais e valorizáveis pecuniariamente.

Absorvê-lo como lesão à dignidade humana, ou, nos dizeres de Maria Celina (2003b, p.184), como “qualquer “mal evidente” ou “perturbação” praticada contra a esfera da dignidade humana, pode acarretar sérias complicações estruturais no Direito, como tentaremos esboçar nos tópicos seguintes. Resta, assim, uma questão: o que é, então, o dano moral?

Podemos iniciar esta tarefa trazendo o bom entendimento de Aguiar Dias (1983f, p.812), que observa não ser a natureza do direito ou do bem lesado o responsável pela caracterização do dano em moral ou material, mas o efeito, a repercussão do prejuízo sobre o lesado, “de forma que tanto é possível ocorrer dano

¹³ Teoria defendida pelo autor na tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo.

patrimonial em consequência de lesão a um bem moral como dano moral em resultado de ofensa a bem material.”

Pelo raciocínio exposto, fica claro que não devemos nos fixar no bem violado, mas sim, no resultado ocasionado pela ofensa. Assim, se a violação do direito acarreta um prejuízo à pessoa do indivíduo, diminuindo-lhe sua porção humana, atingindo-lhe sua existência, sua essência, seu íntimo, sua subjetividade, prejudicando a própria percepção do seu ser, então verificaríamos a existência de um dano moral. Em contrapartida, se o prejuízo incidir naquilo que não compõe seu íntimo, em algo que lhe é exteriorizado, podemos antever um dano tão somente material. O que se torna necessário considerar é que a ocorrência de qualquer desses fatos nem sempre dirá respeito à ordem jurídica.

Não diferenciamos dano e dano antijurídico. O conceito de dano é único e refere-se à perda, prejuízo, ofensa, ou seja, havendo qualquer dessas hipóteses, haverá o dano, contudo não compulsoriamente jurídico. *“Todos são passíveis de sofrer um dano. Mas nem sempre esse dano é ressarcível. A ressarcibilidade do dano principia por pressupor que seja **juridicamente** atribuível a outro sujeito”*. (ALTERINI *apud* PEREIRA, 1998d, p.10) (grifo nosso).

Para o ordenamento jurídico, não cabe determinar se o fato é ou não dano, mas unicamente se ele é indenizável ou não, isto é, se se encontra sob o respaldo e a tutela da ordem jurídica; se foi decorrente de uma ação contrária às normas legais ou se, diferentemente, deu-se por fato não-compatível ao Direito. Serão as normas jurídicas as balizas para se dizer da possibilidade de reparação ou não da ofensa.

No nosso entendimento, esse é o ponto capital da estrutura do dano moral, não só na compreensão do estudo desenvolvido nesta dissertação, porém na percepção de toda a teoria do dano moral. Não obstante ser questão tão essencial,

tal fato vem sendo olvidado cada vez mais, sem embargo de todos os estudos concebidos sobre o tema. A idéia de dever jurídico não pode ser preterida do entendimento jurídico. Somente podemos diferenciar o jurídico do moral pelos deveres impostos por lei.

1.5- Reflexões sobre o Dano Moral

Ao falarmos de Dano Moral, faz-se mister rememorarmos algumas noções.

Primeiramente é relevante observarmos que o dano moral não se coloca no ordenamento jurídico brasileiro como um instituto independente, autônomo, que estabelece regulação própria, específica e à parte. O dano moral é, genuinamente, uma das conseqüências do instituto da Responsabilidade Civil.

O feito de encontrar-se previsto, expressamente, em preceito constitucional, não o diferencia, por exemplo, do dano material, que também é reconhecido pela Carta Magna. Assim, é necessário compreender o dano moral dentro da estrutura da responsabilidade civil, na qual ele se coloca como uma das decorrências possíveis do instituto. Deste podem originar perdas materiais e/ou morais, daí o dano moral.

Uma vez que reconhecemos a sistematicidade do nosso ordenamento jurídico, podendo este, inclusive, ser invocado como “sistema” legal, há que nos atermos ao dano moral inserido na estrutura jurídica da responsabilidade civil.

Estabelece a lei civil, em seu art. 927, que a responsabilidade civil decorre da existência de um dano produzido por um ato ilícito, conforme já mencionamos anteriormente. Reconhecemos a existência do dano moral a partir de um ato

contrário aos preceitos legais não rechaça, de forma alguma, o princípio da dignidade humana.

A postura dos doutrinadores contemporâneos de absorver a dignidade humana como fundamento do dano moral não acarreta a independência dessa forma de prejuízo, nem determina a possibilidade de ele se soltar dos requisitos e pressupostos exigidos juridicamente à consecução da reparação civil. Assim como a dignidade humana, a Constituição Federal também estabelece o princípio da segurança jurídica, previsto expressamente no art. 5º, II, que determina que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.”* De forma mediata, a segurança jurídica também concorre para a edificação da dignidade humana, protegendo o indivíduo das sanções legais quando sua ação não se encontra proibida por lei.

Da mesma forma é louvável que se atenha ao princípio constitucional da liberdade, tutelada em suas mais variadas facetas, que permite ao indivíduo agir conforme sua vontade, desde que não contrarie normas legais.

Entretanto, no entendimento de Orlando Gomes (1980), a responsabilidade civil sofreu “a” transformação quando do entendimento do *ato ilícito* se passou ao do *dano injusto*. A justificativa para tal ocorrência adviria do fato de o dano injusto ser “mais social”, no sentido de amparar, de uma forma mais completa, a dignidade do homem, englobando uma gama maior de fatos que dariam ensejo ao dano moral.

Sob essa nova perspectiva, o dano moral despontaria de condutas, inclusive lícitas, desde que afetasse aspecto fundamental da dignidade humana. Segundo essa compreensão, mesmo agindo o indivíduo dentro dos limites impostos pela lei, ou, melhor dizendo, ainda que sua atuação fosse correspondente aos ditames legais, uma vez que sua ação importasse “injusto” prejuízo alheio, não caberia

permitir que, pelo princípio da dignidade humana, a vítima padecesse o prejuízo, sendo-lhe facultado exigir uma reparação, apesar, como dito, de o obrigado estar pautado em lei, ou, pelo menos, não contrário a ela.

Destarte, fazer-se substituir o ato ilícito pelo dano injusto, desvinculando aquele da idéia de antijuridicidade, buscando-se, dessa forma, uma maior tutela da pessoa humana, é esmerar-se no requinte em se reconstruir a dignidade individual da vítima em detrimento de toda uma estrutura jurídica baseada na segurança jurídica, na sistematicidade, na liberdade e no bem “comum”, não individual, tido como objetivo primeiro do Estado Democrático de Direito.

Enxergamos que essa postura contraria cabalmente a dignidade do obrigado a indenizar, posto que, sem cometer qualquer ação contrária ao Direito e estando em conformidade com os preceitos legais, vê-se condenado à reparação, não mais conhecendo quais atitudes podem ou não levá-lo a uma responsabilização civil. Essa interpretação pode causar uma instabilidade social perigosa e, o que seria pior, levar à exaustão a essência do princípio constitucional da dignidade humana ou à “*comédia da responsabilidade civil*”. (PROCIDA *apud* MORAES, 2003c, P.166)

Uma das variadas dificuldades que emergem dessa posição contemporânea quanto ao dano moral é a ausência de critérios lógicos e objetivos para a classificação ou absorção do que seria e o que não seria motivo de aplicação do dano moral. Maria Celina Bodin de Moraes (2003d), em sua obra dedicada ao referido instituto¹⁴, revela essa preocupação. Na tentativa de dissolver essa inquietação, a autora argumenta ser necessário discernir entre as causas que levam ao surgimento de dano moral e os meros aborrecimentos e dissabores diários que,

¹⁴ Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.

segundo ela, traduzem-se em situações corriqueiras a que todos estão sujeitos mediante a convivência estabelecida.

... a multiplicação de julgados que impedem a criação de novas hipóteses (de dano moral), precedentes que poderiam inspirar uma infinidade de novas demandas, abarrotando o Judiciário e correndo o risco de banalizar a reparação das lesões de cunho extrapatrimonial.(MORAES, 2003e, p.166)

Contudo, o critério que responde por essa distinção é exatamente o ato ilícito, o qual foi tragado pela moderna concepção do dano moral em função do dano injusto.

Através do ato ilícito, presente no texto legal da norma 927 do Código Civil, é possível conhecerem-se as causas que condenam à responsabilização por dano moral, sendo ainda possível identificar se os atos não estão compreendidos na norma de exclusão de responsabilidade. Desde que a conduta do agente se reporte a ações ou omissões voluntárias, negligência ou imprudência e conduza à produção de um dano, fica autorizada por lei a devida reparação.

Entretanto, no instante em que o ato ilícito é afastado, deparamo-nos com a realidade de impedirmos a criação de novas hipóteses de dano moral, como se isso fosse possível, haja vista o vasto rol dos direitos da personalidade, e constitucional, vez que, pelo princípio da dignidade humana, não é cabível aos magistrados “transformar” situações em aptas e não-aptas a gerarem os efeitos respectivos dos danos morais. Pelo entendimento que trazemos à baila, uma vez comprovados os pressupostos da responsabilidade civil – dano, direito violado e ato ilícito –, é dever dos julgadores reconhecer o dano moral e ministrarem seus resultados.

Os estudiosos fazem ecoar o giro conceitual pelo qual passou o dano moral após a promulgação da Constituição Federal de 1988: as leis não mais se atêm à possibilidade de o agente ser responsabilizado ou não, mas na impossibilidade de a

vítima permanecer irressarcida, mesmo que a violação tenha decorrido de uma conduta lícita do agente.

De fato, não parece razoável, na legalidade constitucional, estando a pessoa humana posta na cimeira do sistema jurídico, que a vítima suporte agressões, ainda que causadas sem intenção nem culpa, isto é, sem negligência, imperícia ou imprudência. O que impede que se proteja o autor do dano em detrimento da vítima, como se fazia outrora, ou, melhor, o que torna hoje preferível proteger a vítima em lugar do lesante, é justamente o entendimento (ou, talvez, o sentimento) da consciência de nossa coletividade de que a vítima sofreu injustamente; por isso merece ser reparada. (MORAES, 2003f, p.179-180)

A questão do dano moral, ou melhor, a tutela da dignidade humana não se resume em favorecer a vítima ou o agente do dano; não se trata de prestigiar um em detrimento do outro. O que deve ser preservado é a dignidade DA PESSOA, e não de uma ou de outra em especial. Se o ordenamento jurídico anterior à Constituição Federal de 1988 optou por algum dos sujeitos da relação jurídica, compete-nos não repetir o mesmo erro.

Como dissemos acima, a própria norma, através do princípio da segurança jurídica, igualmente sustenta a dignidade humana pela condição que dá aos indivíduos de se saberem cidadãos, detentores de direitos e obrigações e conhecedores prévios das conseqüências que podem advir de seus atos, quando não correspondem aos preceitos legais.

Também é a norma que apara a liberdade do homem, dirimindo os caminhos sujeitos a sanções e, conseqüentemente, revelando os espaços considerados lícitos ou não-compatíveis ao Direito.

Diante dessas modernas discussões a respeito do dano moral, poder-nos-íamos perguntar se, dessa forma, a dignidade humana estaria, verdadeiramente, sendo tutelada e, conseqüentemente, se o Direito estaria voltado para a justiça e o bem comum.

A dignidade humana não se constrói através do almejado caráter intocável da pessoa humana, como propõe a doutrina contemporânea, mas ela surge e se mostra construída juridicamente quando as leis se fazem cumprir e os indivíduos são passíveis de estarem certos e seguros quanto às conseqüências de suas ações dentro de uma sociedade juridicamente estabelecida.

Viver em sociedade, principalmente nas qualificadas como democráticas, implica reconhecer e absorver possíveis frustrações pessoais, peculiares à experiência de vida de todos os seres humanos. Conviver se revela uma arte, no sentido de sabermos-nos frágeis e passíveis de amargarmos prejuízos de ordem interna, haja vista a possibilidade constante de não sermos, sempre, correspondidos em nossas aspirações.

Quando o Direito tutela a dignidade humana, não o faz de maneira a extirpar da vida do indivíduo todos esses momentos delicados, dispondo-se a remunerá-los sempre que emergirem. O papel do ordenamento jurídico é preservar a dignidade humana dos atos e ações daqueles que se opõem aos deveres descritos nas normas positivas.

Como dissemos anteriormente, a responsabilidade civil tem como fundamento a preservação do equilíbrio social, condição fundamental de preservação da sociedade. O emprego da responsabilidade civil em situações nas quais não há desequilíbrio a ser restaurado, como ocorre na imputação de reparação àquele que não cometeu ato ilícito, mas dano injusto, fixa um caminho inverso: ao invés de se reparar o desequilíbrio contido na relação jurídica, a responsabilidade civil vem promover o próprio desequilíbrio social.

O respeito e a preservação da dignidade humana não são um dever em si praticável, mas algo que se coloca como fim e objetivo a ser alcançado por toda a

ordem jurídica. Concretizamo-lo, juridicamente, pelo cumprimento e execução dos deveres legais impostos e não pagando pelos desgostos que porventura o outro venha a padecer, mesmo que, para tanto, não tenha sido violado qualquer preceito legal.

Porém, não sendo este trabalho dedicado à estrutura do dano moral, contentamos em não mais nos aprofundarmos na questão, as quais devem ser argüidas em estudo próprio. Seguimos, após estas primeiras linhas, a verificar a possibilidade do dano moral nas relações familiares.

1.6 - Responsabilidade civil nas relações existenciais

Antes de quaisquer considerações, faz-se pertinente destacar a gama de aspectos que envolvem as relações familiares. Nestas é possível descobrir elementos sentimentais, religiosos, ideológicos, pessoais, patrimoniais e também jurídicos. É importante fazer esse reconhecimento para prevenirmo-nos de que os aspectos jurídicos não absorvem, por completo, as relações familiares. Portanto, iniciaremos nossas considerações sabendo ser necessário distinguir quais pontos pertencem à competência do Direito e quais se posicionam fora da esfera jurídica.

Nas lições primeiras do Direito, conhecemos que, para a existência de um direito, há a necessidade de um objeto, *“elemento integrante do binômio sujeito-objeto, sobre o qual se assenta a relação jurídica.”* (SILVA, 1955c, p.199) E o que seria o objeto do direito? Várias definições poderiam ser aqui mencionadas; entretanto, primando por não nos afastarmos do enfoque do trabalho, optamos por

tão somente trazer a idéia nuclear desse elemento que se traduz no bem tutelado pelo ordenamento jurídico, podendo o sujeito exercer sobre ele um poder que lhe foi atribuído pela ordem jurídica. Segue-se então a seguinte questão: quais são os objetos do direito, ou melhor, tudo é passível de sê-lo? Sabemos que não.

Ao tutelar determinado bem, o direito assim faz por prever que o referido bem poderá ser, em qualquer momento, violado e ofendido pela atitude de outrem, decretando então uma situação de desequilíbrio, a qual exige a intervenção da ordem jurídica para restaurar a antiga situação de harmonia.

Sabemos que a responsabilidade advinda dessa ofensa unicamente se concretiza quando decidimos agir de modo contrário a uma norma de conduta. Entre dois comportamentos possíveis, observar ou não o preceito legal, optamos, por espontânea vontade e liberdade, por aquele que se posiciona como ato ilícito na ordem jurídica, ou seja, escolhemos o ato contrário ao preceito jurídico positivo. Em resumo, o direito apenas rechaça um ato danoso quando outro, designado por lei, poderia ter sido movido, caso assim fosse da vontade do ofensor.

A vontade e a liberdade de praticar a ação são fundamentais na responsabilidade civil. Não é por outro motivo que as chamadas excludentes de responsabilidade assim são consideradas por reconhecerem que o ato lesivo foi resultado de uma vontade viciada, na qual a liberdade do sujeito em optar por determinada atitude “ilícita” não esteve presente, mas tenha sido definida por fatores externos a ele, circunstância que o exonera de responsabilidade pelo prejuízo causado.

O que pretendemos revelar com estas considerações é que o direito apenas autoriza a responsabilidade de um indivíduo quando este age livre e racionalmente,

sendo punido pela responsabilidade civil justamente por não ter agido, dentro de sua racionalidade e liberdade, de forma diferente daquela erigida como ilícita.

O ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõem a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade. (BITTAR apud STOCO, 1995b, p.48)

É nesse ponto que encontramos a obscuridade a ser esclarecida neste trabalho.

Nas relações entre pais e filhos e entre cônjuges, nas circunstâncias do abandono moral e da separação, respectivamente, o objeto a ser regulado é o amor. É tal sentimento que determinará o modo e a forma de tratamento entre os envolvidos, e a carência dele é que fixará a quebra do elo entre essas pessoas, o que, decerto, acarretará prejuízos de ordem moral àquele não amado.

Segue-se, então, o questionamento: é permitido ao Direito responsabilizar juridicamente alguém por não amar outrem? Isso é o que se responderá nos próximos capítulos.

Como conclusão dos primeiros argumentos, podemos afirmar que, quando se tratar de um prejuízo decorrente de um ato contrário à ordem jurídica, ficando evidente a espontaneidade do indivíduo em praticar o ato ilícito, não há que se duvidar da efetivação da responsabilidade civil, pois esta já está configurada, mesmo que se trate de relações familiares. *“O Direito de Família, que regula as relações dos cônjuges, não está num pedestal inalcançável pelos princípios da responsabilidade civil.”* (SANTOS, 2000, p.123)

Contudo, a diferenciação que se deve fazer na seara familiar especificamente é que podem existir danos morais não-indenizáveis juridicamente, vez que se

tratarão de bens não-jurídicos, de atos não-compatíveis ao Direito e de questões absolutamente independentes da liberdade e da racionalidade do indivíduo.

CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

2.1- Questões pontuais

A família surge como a primeira reunião de indivíduos necessária à característica humana de “ser social”. Uma convivência em grupo não seria possível, tolerável ou saudável caso não houvesse empatia entre os integrantes, sem a qual essa comunidade primária de convívio estaria condenada à dissolução, ou nem mesmo se constituiria. Compreendemos então que o primeiro elemento integrante da família, seja ela considerada como reunião de consangüíneos ou não, seja ela absorvida ou não pelo ordenamento jurídico, é o sentimento de apego entre os seus componentes.

A partir desse alicerce se constrói, naturalmente, uma estrutura de caráter familiar, na qual cada indivíduo encontrará espaço suficientemente adequado para o seu desenvolvimento físico, intelectual e afetivo, julgando-se bastante protegido para isso, ainda que nela não se encontre laço biológico.

Não identificando essa afeição no grupo familiar, surge a figura do indiferente ou mesmo do inimigo. Veríamos então a extinção do grupo ou a sua permanência precária, estabelecendo-se unicamente sobre seus laços consangüíneos e/ou vínculos jurídicos – adoção, casamento.

Na ocorrência desse evento, a entidade familiar não cumpriria a finalidade que lhe atribui a atual interpretação do ordenamento jurídico de promoção da

personalidade de cada um de seus membros, mas, ainda sim, seria absorvida pela órbita jurídica¹⁵.

Portanto, não é a consangüinidade, nem a submissão, nem o costume, nem mesmo a religião ou o Direito que especificam uma porção de indivíduos como família. A todos esses pressupostos, hoje podemos também incluir a afetividade¹⁶. A família não é tão somente a união ou a reunião de pessoas, mas, igualmente, a aliança e a integração de afetos.

Pela história conhecemos que nem sempre a família fora identificada nem sustentada pelo elemento afetivo. Este poderia e deveria existir, todavia apenas em um plano secundário, de maneira a propiciar uma convivência mais prazerosa; contudo, não se posicionava como questão jurídica fundamental.

Houve momentos em que a família fora organizada para dar continuidade a cultos religiosos; também já fora sustentada pela idéia da proteção concedida aos seus integrantes pela pessoa única do *pater familias*; em outro momento, a família estabeleceu-se sobre a idéia de patrimônio e/ou interesses patrimoniais, na qual a consangüinidade e o casamento formal eram os meios hábeis para garantir tal fim, restando resguardada e regulamentada por lei apenas enquanto protegidos tais aspectos. Nesses contextos, a afeição entre os indivíduos não era considerada relevante, ou melhor, não era considerada para a verificação do núcleo familiar; os

¹⁵ A realidade nos demonstra que nem sempre a família é fonte de calor humano e afeto. Há convívios familiares que se instalam sobre a indiferença e o individualismo, mas nem por isso o Direito as retira da condição de família. Isso demonstra que o afeto não é o único elemento caracterizador da família no Direito brasileiro.

¹⁶ Tal entendimento é divergente do exposto por Orlando Gomes (2000), que, prevê como nova tendência do D. Civil a tomada da *affectio* como a *ratio única* do casamento, complementando Netto Lôbo (2002), ser razão única de todas as relações familiares. Sabemos que a consangüinidade ainda é relevante no determinismo das famílias no nosso direito, como se explicitará no decorrer deste trabalho.

interesses em questão é que eram os responsáveis por atribuir, ou não, a classificação de família à reunião de indivíduos.

Presentemente, o elemento que antes era exclusivo aos enfoques psicológicos, sociais e comportamentais hoje surge como traço jurídico marcante na verificação e constatação do vínculo familiar. De fato, o afeto e as consequências que dele advêm nas relações existenciais, recentemente consideradas e ressaltadas pelo ordenamento jurídico, deixam transparecer a grande evolução pela qual passa o Direito de Família. É pela autoridade atribuída ao amor que modernamente se postula pela desbiologização da paternidade, pela paternidade sócio-afetiva, pelo reconhecimento das várias formas de constituição familiar, pela possibilidade da união homossexual, pela solidificação da igualdade entre os filhos. Tudo isso somente foi e está sendo possível pela relevância jurídica dos sentimentos afetivos nas relações familiares.

Toda essa evolução e revolução do Direito de Família provocam sensíveis transformações, particularmente, na relação entre pais e filhos, na qual já é possível observar a filiação não como implicação da genética, mas como fenômeno também evadido da convivência e da construção cultural. Paulo Luiz Netto Lôbo (2000), nesse encadeamento de idéias, chega a divisar o princípio jurídico da afetividade e o posiciona como fundamento da família e substrato da filiação, alçando-o, inclusive, à categoria constitucional.

Se o afeto passou a ser o elemento identificador das entidades familiares é este o sentimento que serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais, levando ao surgimento da família eudemonista, espaço que aponta o direito à felicidade como núcleo formador do sujeito. (DIAS, 2003, p. 271)

Essa sólida transformação do Direito de Família, que hoje cogita também o afeto como elemento jurídico constituinte das relações familiares, inclusas as filiais, coloca-nos questões importantes: se a *affectio* implodiu o fundamento biológico da filiação, então a consangüinidade e os aspectos genéticos não são mais significantes para a fixação da paternidade? Como então explicar o furor jurídico ocasionado pela autenticidade da paternidade trazida pelos exames de DNA? Enfim, o aspecto biológico ainda tem validade no assentamento da paternidade?

O vínculo biológico sempre terá espaço no ordenamento jurídico brasileiro, no que se atém à paternidade.

A filiação natural é resultado da combinação biológica de dois indivíduos, cujo início dispensa o elemento volitivo das partes envolvidas, eclodindo independentemente da vontade de ambos os implicados, em casos de estupro e descuido e/ou insuficiência dos métodos contraceptivos, ou do desejo de um dos cingidos, como na incidência da reprodução assistida heteróloga, em que a aspiração do doador não é a paternidade, mas tão somente contribuir com a matéria-prima, que, sabemos, apesar da proibição, é retribuída economicamente em alguns casos.

Assim, gerar é acontecimento inerte e (por que não?) insensível à vontade consciente da pessoa, estando plenamente sob os domínios insondáveis das leis naturais. Essa é a porção física da paternidade.

Cultural e socialmente, conceber um novo sujeito implica estarem os progenitores aptos a reconhecer e aceitar todas as conseqüências próprias desse ato. Talvez por essa razão a paternidade seja quase sempre recebida como uma decisão contaminada de maturidade. Esta, ao menos biologicamente, é solicitada,

posto ser imprescindível à prática da concepção uma madureza orgânica feminina e masculina.

Contudo, não é sempre que os obrigados assumem a carga dos seus feitos, circunstância patológica que motiva o surgimento incisivo do Direito amparando a situação. Nas oportunas palavras de Calmon de Passos, *“o mundo do Direito é o espaço em que as pessoas fracassam e quanto melhor a família, menos necessitada estará do Direito.”* (PASSOS *apud* SILVA, 2004, p.540)

Nesse instante, o Direito se respalda nos caracteres biológicos para a imposição das responsabilidades relativas à paternidade. A sentença que comprova a paternidade/maternidade biológica inaugura a filiação e determina o parentesco do filho com os respectivos parentes do pai/mãe, impõe a obrigação de alimentos e concede os respectivos direitos sucessórios, além de outros efeitos decorrentes¹⁷. Entretanto, essa mesma sentença não poderá estabelecer a afetividade entre os “litigantes”.

O equívoco a que antes me referia, a propósito da investigação de paternidade, está, pois, em não se distinguir que posso obrigar alguém a responder patrimonialmente pela sua conduta – seja esta o descumprimento de um contrato, a prática de um ilícito ou o exercício de uma atividade potencialmente onerosa, como o ato idôneo à procriação – mas não posso obrigar, quem que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Simplesmente porque é impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria idéia de paternidade. (VILLELA, 1979a, p.415)

Igualmente, é sobre o laço biológico que se postula a tutela do nascituro. É o elemento hereditário que concederá àquele que ainda não nasceu direitos eventuais e outros subjetivos, tais como os alimentos que devem ser prestados à mãe para a garantia de sobrevivência do feto. O enfoque afetivo ainda não se fez presente

¹⁷ Impedimentos matrimoniais, nome, direitos previdenciários, etc..

nessa relação jurídica e pode ser que não se estabeleça entre o progenitor e a criança que está por vir¹⁸.

Percebemos, assim, que *“o laço biológico foi e continuará sendo, no campo jurídico, fonte de responsabilidade civil, especialmente para fins de alimentos e sucessão hereditária.”* (PEREIRA, 2003a, p.223).

Enquanto cumprindo as funções de pais, não há razão para o Direito ser invocado. As normas condizentes à relação parental permanecerão inertes e, na maioria das vezes, ignoradas, vez que os indivíduos, ordinariamente, exercem a paternidade e a maternidade sem se remeterem às leis civis. Decerto, não nos consideramos cônjuges, filhos e pais porque assim dizem as leis; somos, antes de qualquer norma jurídica e direito positivo, filhos, pais e esposos, distinguindo todas as responsabilidades advindas dessas variadas situações. Afinal, os fatos sociais precedem ao Direito.

Parece que o Estado, com sua onipotência, olvida que são os vínculos e pactos íntimos que ligam o par, e não as imposições sociais ou os mandamentos legais que os mantêm unidos. (DIAS, 2004,p.303)

Não estamos nos referindo a nada parecido ao Direito Natural. Apenas expomos a responsabilidade cabível ao homem frente às variadas facetas que a vida propõe e que, normalmente, traduz uma maturidade de sua própria dignidade. Devemos compreender que a dignidade não se edifica somente com a exigência de respeito aos aspectos fundamentais da humanidade, mas pela posição de deferência que estamos obrigados a observar quando diante de um semelhante.

¹⁸ “Pode a mãe propor ação de investigação de paternidade, em nome do filho que ainda não nasceu, pois, mesmo sem personalidade jurídica, este possui direitos. Ademais, qualquer pretensão alimentícia decorrente de necessidades pré-natais pode ser objeto do pedido.” (Acórdão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator Des. Renan Lotufo, na apelação 193.648-1, julgada em 14.09.93, citado por Fachin, 1999a, p.346)

Remetendo-nos à compreensão que Villela (1982a) faz sobre o aspecto punitivo do Direito, estaríamos em um inevitável processo de infantilização e imbecilidade se adotássemos as responsabilidades concernentes às posições sociais normais à vida somente por considerarmos a existência de uma norma jurídica impositiva. Somos e devemos permanecer responsáveis por todas as nossas façanhas, postando-se o Direito, exatamente, como um guardião dos que assim não correspondem.

Referindo-se às leis jurídicas, Platão dizia que elas são feitas para anunciar as ordens da razão aos que não podem recebê-la diretamente dela. É neste sentido que a lei jurídica vem dizer e expressar, para cada sociedade organizada, a sua razão, para possibilitar o viver coletivo. (PEREIRA, 2003, p.18)

No evento específico da filiação, as normas jurídicas se posicionam como uma consciência cogente dos pais, lembrando-os de suas responsabilidades mais centrais, as quais podem ser obtidas judicialmente, caso estejam ou sejam ausentes ou insuficientes. Através dessa regulamentação, o Direito resguarda a pessoa dos filhos em seus direitos, localizam os pais em suas obrigações e os preservam da interferência alheia, assim como liberam terceiros dos encargos conferidos aos pais.

A interferência do Direito na filiação se propõe a dizer aos progenitores que a estes não é permitido se afastarem da posição que lhes conferiram as normas jurídicas e, conseqüentemente, dos direitos e obrigações que lhes são intrínsecos, sob pena de sofrerem sanções civis. Dessas considerações, surge o princípio da responsabilidade nas relações paterno-filiais. Em havendo qualquer dever não cumprido, exigirá o Direito sua execução compulsória.

Para iniciarmos quaisquer argumentações sobre esse princípio, urgente é situar o Direito em seu âmbito específico, não o distendendo para além de seu

alcance, sob pena de corromper a legítima função estatal de assistir às famílias e não de substituí-las, variação que levaria os indivíduos a encaminharem ao Estado perspectivas inerentes ao círculo familiar.

A família, como célula *mater* da sociedade, carece de proteção estatal, jamais de substituição pelo Estado, o que poderia, inclusive, adulterá-la em seu papel mais específico e necessário. Deve-nos ser transparente a posição de defensor do Estado perante as famílias, recusando-se qualquer função parental que a ele possa ser comunicada.

A defesa da entidade familiar não é a única função do Estado; este ainda tem como responsabilidade respeitá-la como instituição distinta e, por isso, merecedora de espaço suficientemente livre para o seu pleno desenvolvimento e, conseqüentemente, o de seus integrantes. Não é por outro motivo que dispomos da norma civil ditada no art. 1513¹⁹, que impede a interferência de qualquer pessoa jurídica na comunhão da vida familiar.

Pelo conteúdo do poder familiar que estudaremos no próximo tópico, ficará evidente que o Direito apenas se atém aos aspectos considerados objetivos ou externos da relação parental, debandando de seu campo de atuação os elementos subjetivos e internos que envolvem a relação. Mister se fará reconhecer que a paternidade, perfilhada juridicamente, limita-se aos fins de subsídios; *“porque causam os filhos, os pais causam, conjuntamente, todos os gastos envolvidos na sua manutenção e desenvolvimento.”* (HIRONAKA, 2002a, p.417).

¹⁹ Art. 1513 do CC: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

2.2 – Poder familiar

A autoridade ou o poder dos pais em gerir a educação e criação dos filhos estão estreitamente vinculados à responsabilidade existente nessa relação. Não vamos perquirir o fundamento desse poder²⁰; nosso estudo partirá já de sua constatação, investigando as conseqüências dele decorrentes, entre as quais a ocorrência ou não da responsabilidade civil.

Aqui se torna importante advertir que o princípio da responsabilidade não se confunde com o instituto da responsabilidade civil. Este surge ministrando conseqüências jurídicas aos pais que não desempenharem, ou cumprirem de forma precária, a incumbência a eles atribuída; aquele posiciona os pais como os garantidores de obrigações específicas, restando a eles o múnus de criar e educar a prole.

Falemos, então, do poder familiar.

Inicialmente previsto como pátrio poder, este já foi concedido ao pai, isoladamente, de forma absoluta, estando ele na condição de senhor de seus filhos e, por acréscimo, de sua esposa. Estamos diante das civilizações antigas. Naquela época, a autoridade paterna e sua respectiva responsabilidade eram definidas apenas pelo arbítrio do pai, não sofrendo qualquer intervenção alheia – leia-se estatal.

Seguindo diretamente à contemporaneidade, temos o poder familiar, que não somente substituiu a expressão “pátrio poder,” como alterou a acepção do instituto,

²⁰ Giselda Hironaka argumenta muito bem essa questão em “Responsabilidade civil na relação paterno-filial”, contido nos Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.

dispondo-o em benefício dos filhos e distribuindo-o entre ambos os responsáveis, quais sejam, pai e mãe.

Apesar de a designação do instituto envolver o vocábulo “poder”, percebemos que, na realidade, o poder familiar é antes de tudo um dever, permanecendo o *potestá* como herança do seu antigo entendimento. Em vista disso, tomamo-lo como poder jurídico, *“que se consubstancia na atribuição de competências pelo Estado, para o exercício de um poder em benefício do outro sujeito da relação jurídica.”* (TEIXEIRA, 2005a, p.97)

Diferentemente de outrora, o poder familiar tem seu conteúdo regulado em lei, a qual estabelece a titularidade, a extensão, o elenco das obrigações e as respectivas responsabilidades.

Expressamente previsto no Código Civil Brasileiro a partir de seu art. 1630²¹, o Estado confere prontamente aos pais esse encargo, eximindo-se dessa responsabilidade, pelo menos diretamente.

Aos olhos do Estado, a relação entre pais e filhos é a de uma sociedade causada por vontades completamente particulares, que não têm poder nem legitimidade para transferir sua causalidade ao Estado, se este não desejar. (HIRONAKA, 2002b, p.417)

E, de fato, assim o Estado não desejou.

A responsabilidade estatal nessa específica relação familiar é, como dito, subsidiária, supletiva ou residual. O Estado só emerge quando não há a prestação dessa função pelos responsáveis ou quando a prestação é insuficiente. *“Ou seja, exime-se o Estado de seus deveres sociais, delegando-os à família, sem garantir-lhe*

²¹ Art. 1630 CC: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”

condições ou repassar-lhe recursos para o desempenho de tais funções.” (DIAS, 2004a, p.305). Sérgio Resende de Barros engrossa o mesmo coro.

Inconscientemente, vale-se o Constituinte da ideologia da família para assim desonerar o Estado – ou ao menos compartilhar o ônus – de certas funções públicas e deveres sociais, para cujo desempenho e adimplemento a grande maioria das famílias brasileiras não têm recursos econômicos, nem outras condições. (BARROS apud DIAS, 2004b, p.305)

Adotando a posição acessória no desenvolvimento da relação paternal, o Estado estabelece, dentro dos contornos que lhe são próprios, as obrigações concernentes àqueles que desempenharão, através da categoria jurídica do poder jurídico, o encargo da paternidade/maternidade. Assim, ao reger o exercício do poder familiar no art. 1634²² do Código Civil, o Estado dispõe as competências atribuídas aos pais, aos quais ordena a gerência da criação e educação dos filhos, a representação e assistência, a decisão do consentimento para o casamento e para a nomeação de tutor, e ainda os garante no direito de estarem e permanecerem com seus filhos.

A mesma norma também garante o direito dos pais de exigirem a obediência compatível dos filhos. Explique-se que essa prerrogativa deve conter-se na função de desenvolvimento completo dos filhos, não mais se colocando como vantagem decorrente da sua posição de ascendência, como outrora ocorrera.

É possível reduzirmos as obrigações dos pais, dispostas em todos os dispositivos legais referentes ao poder parental aos termos do art. 227 da Constituição Federal, que dispõe como direitos atribuídos às crianças e aos

²² Art. 1634 CC: “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.”

adolescentes a garantia da vida, da saúde, da alimentação, da educação, do lazer, da profissionalização, da cultura, da dignidade, do respeito, da liberdade, da convivência familiar e social, incluindo a obrigação de eliminação de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O artigo 229²³ do mesmo diploma legal também nos traz um rol de deveres impostos aos pais, abreviando-os nos encargos de assistir, criar e educar os filhos.

Pelo texto constitucional é possível percebermos que todas as obrigações ordenadas na norma não remetem os obrigados a qualquer dever de cunho afetivo ou sentimental; não nos obriga o Estado, nem poderia, desenvolvermos ou estabelecermos qualquer vínculo afetivo para com os filhos. Todos os deveres jurídicos impostos aos pais são realizáveis independentemente de qualquer construção afetiva ou emocional entre os indivíduos. A própria norma confirma-nos essa posição. Vejamos.

Dispõe a norma jurídica constitucional do art. 227 que é dever da família todas as incumbências acima mencionadas. Contudo, a letra legal revela que não são atribuições exclusivas da família, mas também e, subsidiariamente, da sociedade e do próprio Estado. Estes últimos sujeitos, obrigados à mesma norma, não são aptos a estabelecerem qualquer vínculo afetivo, mas submetem-se aos mesmos deveres.

“Só em caráter secundário tal dever é atribuído à sociedade, ou, em ordem sucessiva, é invocada a participação do Estado de forma supletiva ou residual” (DIAS, 2004c, p.305), ou seja, a figura do Estado insurgirá somente quando o comportamento dos pais responsáveis não for conciliável com os deveres próprios ditados em lei. Se o ordenamento regulamentasse aspectos outros que não os

²³ 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.”

externos à relação parental, ou melhor, se o Direito optasse por normatizar, também, elementos subjetivos tais como o dever de afeto e amor para com os filhos, como então posicionar o Estado e a própria sociedade na mesma carga funcional em posição acessória à dos pais?

É perceptível o caráter de “dever” do poder familiar, o qual situa os pais na obrigação de desempenharem as competências estabelecidas, sob pena de se verem excluídos ou suspensos da função parental e, também, de serem responsabilizados penal e civilmente. A carga de discricionariedade idealizada em tal instituto pode ser vinculada à liberdade da prática do ofício, deixando-se livre o modo e a maneira de como fazê-lo, desde que importe no salutar desenvolvimento da criança.

2.2.1 – O poder familiar para o Estado

Já dissemos que a sociedade tem como germe a família, dela brotando os indivíduos que comporão aquela comunidade. Esses indivíduos, para exercerem a condição de sujeitos de direito e obrigações, precisam estar desenvolvidos, tanto física quanto intelectualmente.

Para o legislador brasileiro, essa formação é suficientemente atingida pela maioridade – 18 anos – ou, antes disso, pela emancipação, situações objetivas que permitem entrever um amadurecimento satisfatório. Alcançando essa maturidade digamos, presumida, ficam os pais, e os filhos, liberados do poder familiar, não mais se sujeitando às responsabilidades pela subsistência e educação dos mesmos.

A partir do implemento da maioridade ou da emancipação, entende o legislador que a prole já se encontra concluída para assumir a posição de sujeitos independentes. Termina-se, assim, o processo jurídico de formação familiar, iniciado com o nascimento e findo com o advento da capacidade de fato.

Essa é a posição do Estado frente à relação paternal; podemos perceber que se trata de uma atitude teleológica, caracterizada pela busca de uma finalidade, qual seja, receber da família o indivíduo já formado para inseri-lo na sociedade. Por isso se coloca em atitude subsidiária, pois, na impossibilidade de receber a pessoa já formada, vê-se obrigado a concluir tal função.

Essa visão estatal da relação paterno-filial é corroborada pela continuidade do poder familiar sobre os filhos quando estes apresentam deficiência mental que os leve à incapacidade, assim como pelos institutos da tutela e da curatela, através dos quais o Estado chama terceiros a exercerem a função que primeiramente fora dirigida aos pais.

Não interessa ao Estado receber a pessoa em seu estado natural, em que lhe é apresentado todo o potencial instintivo e biológico do homem, mas preocupa-o aceitá-lo já em seu estado cultural, no qual prevalece o criado, o humano, o instruído. Enquanto perdurar esse processo de constituição, cabe aos pais e à família como um todo responder por esses indivíduos não-aptos; aperfeiçoados e preparados, estão os “novos” indivíduos hábeis a responder por si mesmos.

Contemporaneamente se fala no desenvolvimento da personalidade e dignidade dos filhos como a função principal do poder parental. É o que hoje relacionamos como *“uma visão essencialmente funcionalizada da família”*, na qual ela insurge *“como o locus privilegiado para o desenvolvimento da personalidade e afirmação da dignidade de seus membros”*. (FARIAS, 2004a, p.113).

O que entendemos ser essencial para enxergar as relações existenciais entre pais e filhos dentro da perspectiva jurídica, que é a que nos interessa prontamente, é compreender que essa função precípua do poder parental não está vinculada unicamente à promoção de afetos entre os envolvidos. O desdobramento da dignidade e da personalidade se perfaz, juridicamente, através dos deveres de criação, educação e assistência, que são, por lei, conferidos aos pais.

Na verdade, assistência, criação e educação estão diretamente atrelados à formação da personalidade do menor bem como ao escopo de realizar os direitos fundamentais dos filhos, sejam em que seara for.(TEIXEIRA, 2005b, p.136)

Por tudo isso, não cabe enxergarmos nenhuma relação afetiva promovida pelo Estado em direção aos indivíduos sob o poder familiar. Os laços civis não determinam a existência de afeto, mas o inverso.

A afetividade e o amor, reconheçamos, são indiferentes às determinações legais.

2.3 A afetividade inserida na relação jurídica

2.3.1 Notas introdutórias

Investigar o dano moral por abandono afetivo nas relações paterno-filiais nos leva a caminhos tortuosos. Vejamos.

O que esquadrimos no estudo até aqui promovido foi a comprovação de que o Direito, sim, regulamenta as relações entre pais e filhos, mas que esta

normatização não disciplina, nem poderia, qualquer elemento que não o tratado como objetivo. Fazemos aqui uma referência à doutrina da “exterioridade do Direito”, criada por Thomasius e citado por Reale (2000a, p.54), na qual fica estabelecida a diferença entre Direito e Moral a partir da distinção entre as ações íntimas e exteriores dos homens, dedicando-se o Direito a estas últimas.

A formação dos filhos é competência dos pais, resguardando-a e defendendo-a o ordenamento jurídico, mas somente quanto aos aspectos externos, próprios dos limites da atuação jurídica. Atente-se para a tutela da relação parental no momento das dissoluções conjugais; o amparo jurídico recai sobre assuntos referentes à guarda, aos alimentos, às visitas e ao direito de fiscalização do não-guardião, ou seja, dobra-se sobre aspectos exteriores à relação, não se imiscuindo em matérias internas que também a compõem.

Não há nada mais objetivo que a própria definição de alimentos ou o implemento da idade para a concessão da maioridade. Esse é o Direito.

O que tentamos expor é que, se o Direito não é competente para obrigar o sujeito a ter ou não um pensamento definido, afirmando o princípio constitucional da liberdade de pensamento, o que podemos dizer da obrigação das pessoas de corresponderem aos sentimentos dos envolvidos em uma relação jurídica!?

O conteúdo jurídico é continuamente objetivo, sempre dirimindo um bem jurídico inserido em uma relação jurídica, a qual se estrutura a partir da norma. E é diante de três figuras basilares à técnica jurídica do Direito Privado – objeto jurídico, relação jurídica e direito subjetivo – que a possibilidade do dano moral tratado no presente trabalho se torna nebuloso.

2.3.2 – O abandono afetivo na relação jurídica

Inicialmente cumpre esclarecer que o presente trabalho se desenvolve, exatamente, a partir do abandono afetivo, construção jurídico-doutrinária recente que legitima o surgimento da responsabilidade civil por ocasião do dano moral sofrido pelo filho que não tenha sido correspondido em sua carga afetiva e sentimental.

Abandono afetivo ou moral, na relação existencial entre pais e filhos, corresponde à ausência ou insuficiência da assistência afetiva e amorosa por parte dos pais em relação aos seus filhos, independentemente do cumprimento das obrigações alimentares e outras confiadas legalmente aos progenitores.

Para verificarmos a existência da responsabilidade em razão dessa forma de abandono, é imprescindível partirmos da estrutura da relação jurídica, em razão de esta constituir conceito elementar sobre o qual se erguem os institutos jurídicos – casamento, filiação, contrato, propriedade etc. -, levando-os a uma posição de destaque na teoria geral do direito.

A relação jurídica destaca-se como elemento básico do Direito. Sua imprescindibilidade no mundo jurídico já irrompeu na sua comparação com o próprio alfabeto; a relação jurídica estaria para a Ciência do Direito assim como o alfabeto estaria para a palavra.

Relação jurídica traduz a disciplina legal conferida pelo Estado às relações sociais travadas entre os indivíduos. Nesse contexto, temos uma norma jurídica (aspecto formal), regulamentando ações humanas (aspecto material), no sentido de disciplinar as pretensões dos sujeitos envolvidos.

A função estatal desempenhada através dessa construção se dá estabelecendo-se entre os sujeitos dela participantes um vínculo jurídico que determina os direitos e obrigações de cada indivíduo para a tutela de um interesse jurídico. Assim, identificada a norma de direito compatível com a relação social em foco, temos condições de reconhecer sujeitos na posição de poder, ou ativa, e outros na correspondente posição de dever, ou passiva.

Essa divisão em pólos ativo e passivo da relação jurídica traz grande desconforto entre alguns juristas, que argumentam não ser ela plausível, vez que transmite um traço de sujeição entre os respectivos sujeitos. Na verdade, esta seria uma concepção estática, simplista e abstrata da relação jurídica.

Quando inserimos a estrutura da relação jurídica no mundo da realidade, ela apresenta-se, então, de uma forma intrincada e dinâmica, implantando a confluência de direitos e deveres entre os participantes da relação, os quais serão titulares, simultaneamente, de direitos e deveres.

Pelo exposto, é possível alcançar o grande valor da norma jurídica nos institutos acima identificados. É a norma que define uma relação social como jurídica; também é ela que dita quais os direitos e as obrigações referentes a cada sujeito nas relações iniciadas, definindo o que o indivíduo está obrigado a realizar ou compelido a não executar, sob pena de sanções previamente estabelecidas. Percebemos, assim, que a norma jurídica se coloca como a baliza ou o marco da atuação de cada sujeito.

Também é pelo conteúdo normativo que o Estado estará autorizado ou não a substituir a pessoa humana na exigência de cumprimento de uma obrigação, a qual não se tenha dado livremente.

É importante não nos olvidarmos da efetivação do princípio da segurança jurídica que parte da norma. É através dela que conhecemos, previamente, quais as obrigações e os direitos aos quais estaremos submetidos a partir do instante em que nos fixarmos numa determinada relação jurídica.

Retornando ao abandono afetivo na relação parental, temos que a disciplina jurídica dessa relação existencial é encontrada no Código Civil, em capítulos específicos que tratam da proteção da pessoa dos filhos, da filiação, do reconhecimento dos filhos, da adoção e do poder familiar, e em artigos vários, dispersos por toda a lei civil. Da mesma forma verificamos a existência de legislação especial – ECA²⁴ – que regulamenta a mesma relação jurídica, e, por último, mas não menos importante, temos a própria Constituição Federal de 1988, que, inovando em sua carga dispositiva, optou por igualmente regulamentar sobre a relação paterno-filial.

Aqui, é importante retornarmos ao aspecto objetivo do Direito.

Nosso raciocínio se desenvolve sobre o argumento de que não fazem parte do debate jurídico as questões de cunho afetivo e interno da relação filial. Não é matéria jurídica compor os sentimentos e decepções das pessoas, pois a dignidade e a personalidade delas, tuteladas pela Constituição Federal, não se ancoram nos sentimentos não-correspondidos, mas na propiciação de condições básicas de desenvolvimento humano.

É na ausência ou escassez desses aspectos que o Direito se sobreporá – função jurisdicional –, concedendo medidas inibitórias, exigindo dos responsáveis a realização de suas correspondentes obrigações ou a imposição da incumbência de ressarcir o “carente”, dependendo do momento em que se verificar o prejuízo.

²⁴ Lei 8.069 de 13 de julho de 1990.

Observamos, então, que ao Direito importa a realização objetiva das incumbências, indiferentemente aos aspectos subjetivos que estejam a justificar o seu cumprimento. Nesse instante surge, então, a heteronomia, distinção que se erige entre Direito e Moral.

Quando invocamos o Direito como “objetivo”, referimo-nos às mesmas conclusões de Miguel Reale (2000b), que entrevê, de forma apartada, a atuação conforme a lei e a adesão do espírito a ela, identificando, assim, a heteronomia. Através dela, o Estado não pretende que as convicções e o espírito do indivíduo acompanhem a observância da norma, mas requer e exige, tão somente, a sua efetivação.

Na relação entre pais e filhos, isso é perceptível, pois a norma obriga aos pais praticarem a guarda, o sustento, a educação, o respeito, a dignidade, a assistência, não perscrutando sobre o elemento subjetivo que os levou ao cumprimento da norma, nem ordenando que aos filhos se dediquem sentimentos afetivos. Seja por afeto ou pela mera imposição legal, cabe ao Direito exclusivamente verificar se o comportamento do indivíduo é lícito ou não, ou melhor, conforme ou não à norma legal.

Assim é que se torna possível exigir referidas obrigações mesmo entre pais e filhos que nunca se viram ou nunca estabeleceram, até determinado momento, qualquer vínculo afetivo ou convivência íntima²⁵. As decorrências da paternidade ainda se sustentam, na medida da possibilidade, mesmo quando o pai já tenha

²⁵ A ação para fins de subsídios, invocada por João Baptista Villela (1979) a partir do direito francês, ilustra esta realidade. Pela respectiva ação, todo descendente natural que não tenha a paternidade reconhecida pode reclamar subsídios daquele, ou daqueles, que, ao tempo da concepção, manteve(mantiveram) relacionamento sexual com a mãe, desobrigando apenas o(s) que afastou(aram) a paternidade.

falecido, como acontece no caso de fecundação artificial homóloga de marido morto²⁶.

Disso resulta que o afeto não concedido pelos pais ou por um dos pais ao(s) filho(s), configurando o abandono moral, não está inserido no campo jurídico, ou melhor, não é matéria atinente ao Direito, tampouco dever atinente à relação jurídica filial. O afeto é sentimento, e este é de caráter estritamente subjetivo e interno, o qual não pode ser nem mesmo detalhado pelos próprios indivíduos, quanto mais exigido por lei. Quiçá, punido por ela.

As pessoas não têm condições inteligíveis nem vontade própria de dispensarem, ou não, afeto a quem quer que seja, mesmo que se trate de um filho.

Percebemos, desse modo, que o vínculo jurídico que se estabelece entre pais e filhos, ou seja, a relação jurídica que se impõe entre esses indivíduos específicos, deve corresponder a uma atuação dos pais a fim de realizarem as funções de criação, educação e assistência aos filhos, sempre buscando e proporcionando o progresso de sua dignidade e personalidade.

A gama de obrigações conferidas aos pais se limita a questões que não tratam de afetos ou sentimentos. Primeiro porque ao Direito não é possível exigi-los, por não se tratar de conteúdo jurídico. Segundo, porque, se a relação jurídica entre pais e filhos estabelecesse a imposição de aspectos afetivos, seria inviável cumprir o poder parental em situações nas quais o reconhecimento da paternidade ou maternidade viesse tardiamente.

Com os avançados exames de DNA é possível se fazer o reconhecimento da filiação, com alto grau de certeza, anos após a concepção. A veracidade da paternidade não acarreta o surgimento, nem mediato nem imediato, dos sentimentos

²⁶ Art. 1597 CC: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...); III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; (...)”

que os progenitores, comumente, desenvolvem por sua prole, mas nem por isso há o impedimento de exercerem o poder parental que acudirá, logo, da relação jurídica que se estabelecerá.

Outro aspecto relevante pode ser levantado para esse raciocínio.

Conhecemos que a relação jurídica que vincula pais e filhos finda com a maioridade ou a emancipação do(s) filho(s). Nesse aspecto, poderíamos dizer que, juntamente com as obrigações que colocamos como externas, também chegariam ao fim os deveres de afeição e amor, não havendo mais a imposição jurídica de dispensarem aos filhos quaisquer formas de encargos, sejam subjetivos ou objetivos. Seria como se a lei garantisse o bem-estar afetivo dos filhos até o momento da maioridade ou então da emancipação, não estando mais amparados depois do respectivo fato jurídico.

Extinguindo-se a relação jurídica paternal, os filhos não mais poderiam discutir ou exigir a afeição dos pais, impossibilitando, assim, qualquer responsabilização futura.

Pela lógica do mundo e do amor, nenhum pai ou mãe haveria por optar em não amar sua prole. O desamor pelos filhos já é por demais penoso aos pais, vez que o peso da culpa por não amá-los brota, primeiramente, de todos os seus poros e, como se não bastasse, de todos os olhos alheios.

Ademais, o Direito não tem padrões de amor paternal, não sendo a ele possível verificar onde faltou ou sobrou amor na relação para, então, rechaçar a atitude dos pais com a obrigação de indenizar.

Como não há regras no amor e para o amor, podemos deparar com situações em que há um visível distanciamento entre pais e filhos e ali reinar um amor incondicional e suficiente aos envolvidos, principalmente dos rebentos, enquanto

podemos verificar situações de profundas e reiteradas demonstrações de zelo e cumplicidade e ali se instaurar uma situação de indiferença, desprezo e exploração.

Não nos esqueçamos de que conseguimos enxergar apenas o que as pessoas nos deixam enxergar, tão somente aquilo que os indivíduos permitem emergir, e assim também é com o Direito, pois seus olhos são olhos humanos.

Sabemos não ser improváveis situações em que os pais tomam a iniciativa de um afastamento maior dos filhos, não por desprezo ou desamor, mas por razões íntimas que justificam a atitude fora dos padrões e que, para aquele indivíduo, faz o maior sentido.

Uma passagem que representaria isso muito bem está contida no filme “Riding in car with boys,”²⁷ o qual trata, exatamente, do desenvolvimento de uma família na qual o progenitor, em determinado momento da vida, numa tentativa de resguardar os filhos, resolve desaparecer da convivência familiar. Envolvido com entorpecentes, o pai decide abandonar a família, apesar de toda a dor e sofrimento que isso lhe causava. Ao final, encontrando-se com seu filho já rapaz, bem instruído e saudável física e psiquicamente, o pai resume em uma frase todo o consolo que sentiu ao ver o resultado de sua nobre e dolorida decisão: “Mesmo que tudo que fiz foi ficar longe, foi a melhor coisa que já fiz na vida.”

Seria o Direito instrumento hábil para apontar em que situações tenha havido ausência de amor, infringindo ao “culpado” a obrigação de indenizar? Por acaso o ordenamento jurídico impõe padrões médios de como os pais devem ou deveriam amar seus filhos, divulgando quais seriam as ações e omissões que estariam consideradas dentro do padrão, se não há nem mesmo norma que imponha tal encargo?

²⁷ Filme exibido no canal a cabo TNT, no dia 07 de julho de 2005, às 22:00 horas.

Tudo isso configura uma ingerência do Estado nas relações privadas dos indivíduos e, mesmo que se escore o direito à reparação sobre o fundamento de resguardar a dignidade humana, ele ainda permanece precário. O artigo 226, § 8º da Constituição Federal²⁸ assegura a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, do que se retira que não somente os filhos estejam resguardados, mas também os pais. Se estes não foram capazes de amar e de se fazerem amados, resta ao Direito preservar sua intimidade e dignidade, respeitando essa carência que não foi calculada, mas que é própria da sua condição humana.

Dessa forma, acreditamos que a tutela mínima a ser observada no que tange à dignidade dos pais, vez que eles se posicionam como fonte quase inesgotável de obrigações, é ver respeitados seus sentimentos e (por que não?) a ausência deles, obviamente desde que não comprometam os deveres de guarda, criação e sustento dos filhos. Cremos que não poderia haver violência maior aos princípios da dignidade e da personalidade infligida pelo Direito que obrigá-los ao afeto ou puni-los por não corresponderem ao que ditam os costumes e as tradições.

Assim, a lei e a Justiça desrespeitam gravemente uma criança quando lhe dão por pai que em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição.(...) Imagine-se cada um tendo como pai ou mãe, quem só o é por imposição da força: ninguém experimentará mais viva repulsa, nem mais forte constrangimento. (VILLELA, 1979b, p.415)

Os argumentos trazidos à baila nos demonstram que o liame jurídico entre pais e filhos pode culminar em responsabilização civil quando os progenitores não satisfizerem as obrigações ditadas em lei, cujo conteúdo é estritamente objetivo. Tratando-se exclusivamente de abandono moral, do qual não decorra desamparo

²⁸ Art. 226, §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.”

material, não é possível falar-se em responsabilidade civil, não sendo do domínio jurídico, referidas pretensões.

Por todo o exposto, verifica-se que, independentemente das concepções clássicas ou contemporâneas de relação jurídica, direito subjetivo ou situação jurídica, o abandono moral não se amolda no contexto jurídico. As normas que tratam da relação jurídica inaugurada entre pais e filhos não estabelecem a obrigação de corresponderem aos afetos uns dos outros envolvidos. A assistência psicológica aos filhos e a integridade psíquica deles prescindem da afetividade. Basta observar que respectivos deveres não são específicos dos pais, mas de todos os indivíduos que vivem em sociedade²⁹, não havendo necessidade ou utilidade em se perquirir sobre a existência ou não de afetos por parte dos obrigados.

Há norma jurídica que ordene aos pais que amem seus filhos? É comportamento imposto pelo ordenamento jurídico aos pais que estes desenvolvam a afetividade por sua cria? Há o dever jurídico de amar sua filiação? Há o direito subjetivo dos filhos de exigirem a prestação compulsória da obrigação de afeto através da função jurisdicional do Estado? Definitivamente, não. Se essas negativas se nos apresentam tão incisivas, podemos, então, falar em responsabilidade civil por abandono afetivo e/ou moral? Se afirmativo, a partir de que momento há o descumprimento desse “dever”, ou melhor, até quando os pais estariam afetuosamente responsáveis pelos seus filhos? Até a maioridade ou *ad eternum*?

(...) o amor não é um sentimento exigível juridicamente (...).

²⁹ Art. 4º do ECA: “**É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar**, com absoluta prioridade, **a efetivação dos direitos referentes** à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, **ao respeito**, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” (grifos nossos)

Art. 17 do ECA: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.”

(...) também é preciso esclarecer que, no Direito, o desamor, por si só, não é causa de aplicação dos princípios da responsabilidade civil, já que, mesmo ao acarretar sofrimento ou dano moral ao desamado, não constitui ato ilícito, por não contrariar qualquer norma jurídica, faltando-lhe, portanto, requisito essencial da reparação civil. (SILVA, 2004, p.539)

Imaginando que seja possível amoldar o abandono afetivo aos contornos jurídicos dos institutos citados – relação jurídica, direito subjetivo – para possibilitar-se a responsabilização civil dos pais por abandono afetivo, propomos, então, outro argumento. A identificação da afetividade como objeto jurídico, componente elementar da estrutura jurídica.

2.3.3 – O afeto como objeto jurídico

Não é dispensável mencionar que a relação jurídica se estabelece em função de um interesse, o qual se identifica com os bens materiais ou imateriais, constituindo-se como razão suficiente para agir.

Não há nada mais primário que as lições de objeto do direito ou objeto da relação jurídica. É ensino atinente aos primeiros anos do curso jurídico, aos quais jamais pode restringir-se, merecendo, na oportunidade, uma revisitação.

A doutrina traz formas diferentes de se definir o objeto do direito. Há a concepção clássica que o relaciona com as coisas materiais; há uma compreensão mais moderna que o identifica com o comportamento humano. Independentemente das variadas vertentes quanto ao objeto do direito, algo é inconteste: o poder dos sujeitos de direito sobre ele. *“Objeto da relação jurídica é, assim, tudo que se pode*

submeter ao poder dos sujeitos de direito, como instrumento de realização de suas finalidades jurídicas.” (AMARAL, 2002, p. 298).

Ao caracterizar um indivíduo como sujeito de direito, o Direito assim faz porque aquele é detentor de um objeto jurídico protegido, perante o qual todos os demais indivíduos se posicionam como terceiros obrigados à sua guarda. Lecionando sobre os mesmos, Caio Mário diz que “*sobre eles se exerce, dentro dos limites traçados pelo direito positivo, o poder jurídico da vontade e se retiram da incidência do poder jurídico da vontade alheia.*” (PEREIRA, 1995, p.253).

Ao mencionar que sobre eles se exerce poder, percebemos ser a dominação e a apreensão do bem elementos propostos pela teoria geral dos objetos da relação jurídica como característicos do objeto jurídico. É precisamente esse aspecto que os insere ou não na esfera jurídica, bastando observar que, alheias ao campo jurídico, estão as *coisas comuns*, as quais não são suscetíveis de dominação, embora utilizadas por todos, a *res nullius*, que, não obstante a possibilidade de apropriação, ainda não se encontra assenhorada, e, por último, a *res derelicta*, cujo domínio se deixou ao abandono.

A teoria geral demonstra que o controle sobre o bem jurídico se refere à possibilidade de o sujeito ativo da relação jurídica exigir, do sujeito passivo, através da figura do Estado, um comportamento específico que preserve ou reconstitua o objeto, fonte de interesse dos sujeitos envolvidos na relação jurídica.

A dominação do objeto jurídico, da mesma forma, determina o livre arbítrio que os sujeitos têm sobre ele, significando que o poder sobre o bem é gerido pela vontade livre e racional do seu detentor. Igualmente, a dominação do objeto jurídico pressupõe a liberdade e a racionalidade daquele que está obrigado a respeitá-lo e/ou constituí-lo. Se a apreensão do bem jurídico é inviável, não é possível exigir-se

qualquer ação do sujeito obrigado porque referido bem não cabe nos domínios humanos.

O domínio sobre o bem jurídico, o poder exercido sobre o objeto, revela que ele se coloca sob o império da vontade humana, tanto na esfera da exigência, quanto na esfera da violação e respeito. Somente o que pode sujeitar-se ao comando do ser humano é passível de proteção jurídica.

O aspecto da apropriação e da dominação insurge-se ainda mais proeminente e relevante quando identificamos o objeto do direito na relação jurídica, pois esta se traduz na situação real em que o objeto se encontra submetido ao sujeito. O bem é tutelado a partir de poderes e deveres conferidos pelo ordenamento jurídico aos sujeitos da relação.

A situação jurídica de bilateralidade inaugurada pela relação jurídica é definida quando a um dos sujeitos se atribuem momentos de poder, e, ao outro, resguardam-se os instantes de dever correspondentes³⁰, sendo que o poder e o dever estão vinculados à possibilidade de dominação do objeto jurídico tutelado. Ausente a possibilidade de se apreender o objeto, presente está a impossibilidade jurídica do pedido.

Diante dessas explanações podemos observar que a afetividade, os sentimentos e emoções não estão sob o império da vontade humana. Os seres humanos não são livres quanto aos seus sentimentos, não podem optar quanto à sua manifestação; portanto, não são suscetíveis à apreensão.

O homem, como dissemos, não é responsável por seus sentimentos, mas tão somente por suas ações, e estas é que se submetem ao Direito. A ninguém é dado conhecer ou explicar o porquê de conferirmos certa afetividade a uns e não a outros,

³⁰ Lembremos que a relação jurídica é sempre dinâmica quando aplicada à realidade.

mesmo que tratemos do âmbito familiar. Rejeição, carinho, afeto, amor, desafeto, repulsa, simpatia são decorrentes da mais íntima razão, tão íntima que nos é impossível conhecê-la.

Os vínculos afetivos são da ordem do desejo, impulso para a vida que remete à necessidade da completude. São fenômenos naturais, que sempre existiram, independentemente de regras ou tabus e bem antes da formação do Estado e do surgimento das religiões. (DIAS, 2002, p.301)

Groeninga (2003) revela-nos que a esfera psíquica, onde encontramos os afetos, os sentimentos e os desejos, onde identificamos o Sujeito do Desejo, é por demais subjetivo (2003, p.97), enquanto que o campo sócio-jurídico, local do sujeito de Direito, é objetivo e difere-se, sobremaneira, do primeiro. Segundo a autora, são campos que apresentam lógicas diferentes e *“quando a lógica de um sistema domina a lógica do outro, o preço pago é o aumento indevido do sentimento de culpa, a ponto de obscurecer a consciência e o desenvolvimento da responsabilidade”*. (2003, p.99).

Uma vez que não possuímos qualquer gerência sobre nossos sentimentos, não produzimos qualquer poder sobre a afetividade, como ser possível à ordem jurídica punir-nos por tal incapacidade? Se é reconhecido que não temos qualquer poder de mando sobre nossas questões sentimentais, então como nos submetermos a uma responsabilização civil por tal insuficiência ou precariedade de sentimentos?

Sabemos que a responsabilidade é corolário da liberdade e, no aspecto que tratamos, não deparamos com nada parecido à liberdade. Se a vontade submetida a situações de risco – legítima defesa e estado de necessidade – é causa de exclusão da responsabilidade civil, o que diremos então da completa ausência de vontade e de liberdade?

Não havendo a prática do dever de alimentos, de educação e de assistência material aos filhos, ficam os pais obrigados a praticarem as observações legais. Contudo, a lei prevê soluções diferenciadas quando essa insuficiência da prestação parental não decorrer da vontade dos pais, mas sim, de questões involuntárias. Assim, quando o alimentante deixa de cumprir a prestação jurídica por fato involuntário, como a perda do emprego, as dificuldades financeiras, a lei civil se adianta e concede a esse obrigado a possibilidade de ver-se diminuído ou até mesmo excluído da obrigação³¹.

O mesmo sistema aplica-se à prestação de educar. Os pais que não cumprirem com essa obrigação por episódios alheios às suas vontades – ausência de escolas, de transporte, insuficiência de recursos financeiros que garantam o material didático - não serão punidos pela lei, mas inseridos em programas governamentais a fim de atingirem a finalidade da norma jurídica.

Se os enfoques econômicos são objeto de ponderações legais, ou seja, se a lei afasta a responsabilização civil dos pais quando estes, desprovidos de liberdade e esmagados pelas circunstâncias miseráveis, descumprem deveres materiais dos filhos, o que diremos da correspondência de afetos?! Estes, infeliz ou felizmente, não são subjugados pela racionalidade ou liberdade humanas; igualmente às situações materiais acima identificadas, não se encontram sob o jugo da vontade, mas, ao que parece, não participam do mesmo tratamento.

Assim, percebemos que a teoria de responsabilização civil por abandono afetivo parte do fim, ou seja, inicia-se pelas consequências jurídicas de um direito violado sem investigar se há este dever e, o que é mais danoso, sem entrever a possibilidade jurídica de corresponder a essa obrigação. O sistema jurídico não

³¹ Art. 1699 CC: “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias,

dispõe de meios ou instrumentos para exigir o cumprimento desse “dever” afetivo, exatamente por ser inexigível, mas, por outro lado, é-lhe atribuído um meio de exigir diretamente a sua responsabilização pelo seu descumprimento, sem passar pela sua exigência.

Quando adjetivamos os substantivos “relação” e “bem” com o termo “jurídico”, qualificamo-los como pertencentes ao Direito e, conseqüentemente, como elementos detentores das particularidades dessa ciência. Isso os retira de qualquer outro campo em que possam recair, ou melhor, os diferencia quanto ao seu manuseio entre os demais domínios em que podem ser tratados. Posicionar o amor como objeto do Direito implica tomá-lo nos termos da técnica jurídica, ou seja, amparando seus aspectos exteriores. Pensamos ser isso impossível? Não.

O Direito já tutela o amor. Assim age quando reconhece a união estável como entidade familiar, outorgando-lhe garantias necessárias, quando possibilita o fim do casamento – o que há alguns anos era inconcebível, sujeitando os sentimentos do indivíduo ao peso das instituições –, quando possibilita a proteção a uma paternidade afetiva, totalmente desvinculada dos laços sangüíneos etc.

Essas posições do Direito trazem-nos o amparo da afetividade, mas da forma atinente à técnica jurídica. Dizer do direito dos filhos de se verem amados pelos pais não é competência do Direito. Natural ou moralmente se supõe obrigatório que se ame àqueles que gerou, mas juridicamente não. Por essas razões também diferenciamos Direito, Moral e Religião.

2.4 – Direito *versus* Moral *versus* Religião

Muitos séculos foram precisos para se registrar a diferenciação entre Direito, Moral e Religião. Não afirmamos que essas três esferas tenham um corte nítido que as distinga de forma precisa, pois conhecemos a implicação, a interpenetração existente entre elas. Ressaltamos que, apesar de, coincidentemente, muitas vezes partirem de um ponto comum, cada uma tem funções próprias e específicas que determinam a divergência no tratamento das questões.

O Direito surge para possibilitar a convivência social, utilizando instrumento não-característico à Religião e à Moral: a coerção imediata, incidente na porção humana do indivíduo³². Enquanto a metodologia da Moral e da Religião preconizam a realização do bem como o fim último da atividade humana, sob pena de padecerem sofrimentos da alma, do espírito e da consciência, nesta ou numa outra existência, o Direito move-se impondo condutas e exigindo comportamentos que tornem possível o convívio em sociedade, estabelecendo penas privativas de liberdade, de direito e pecuniárias para os que procedem contrariamente.

Assim como a Religião e a Moral, o Direito vem estabelecer limites à natureza humana; todavia, divisemos a real função do Direito, que não trata do aperfeiçoamento do indivíduo, mas da manutenção das condições necessárias para se dividir, entre pessoas de pensamentos e ideais divergentes, o mesmo espaço físico.

³² João Baptista Villela (1982b) questiona se a coerção seria própria do Direito, propondo que a força é diretamente proporcional à irresponsabilidade do homem e sua necessidade revela uma dignidade imatura e malévola, incapaz de aderir às normas da sociedade por livre manifestação da vontade.

É importante que essa distinção não se torne obsoleta para que o Direito não almeje ser mais que o Direito; sua função não é obrigar o indivíduo à prática das virtudes a fim de torná-los santos ou próximos da perfeição. Caso isso se dê, estaremos vencendo séculos de evolução e retornando ao Direito extraído de contextos divinos que nos mandam honrar pai e mãe, não cobiçar a mulher/o homem do próximo...

É importante perceber em tempo que o Direito não pode e não deve ultrapassar seus limites e sua função, sob o perigo de regular e punir searas por demais subjetivas e íntimas, sobre as quais não temos comando, estreitando o que Ferrara chama de “a esfera do lícito” (*apud* PEREIRA, 1998e, p.23), limite no qual a liberdade humana se revela nas suas mais variadas manifestações (manifestar pensamento, cultuar divindades, amar, desejar).

Haddad, comentando sobre a ruptura da relação entre homem e mulher determinada pela falta de amor, pondera sobre esta interpenetração de universos:

*Censura pode haver, mas restrita ao campo puro da ética e à área delicada e pessoal da religião. O direito, em seu utilitarismo, não pode exacerbar sua esfera a ponto de confundi-lo com a esfera maior da ética na tutela de um relacionamento que exsurge puramente do amor, cuja permanência ou provisoriedade depende dos mesmos fatores de difícil alcance na prescrutação do mistério da mente humana. (HADDAD *apud* CAHALI, 1999a, p.659)*

Esta compreensão é perfeitamente admissível no tratamento da relação parental, pois esta também é conduzida pelo amor.

2.5 – Outros aspectos consideráveis à não-responsabilização por abandono afetivo

2.5.1- Convivência e visitas: deveres incongruentes e germe do abandono afetivo

A convivência é um dos deveres dos pais perante os filhos. Contudo, sabemos que, em algumas circunstâncias, esse dever de companhia torna-se insuficiente e (por que não?) por vezes inviável. Questões de trabalho, de distanciamento prolongado, ocasionado por um reconhecimento tardio da filiação ou por inviabilidade de acordo entre os pais depois de uma separação ou divórcio ou até mesmo pelo pouco relacionamento entre ambos, vez que a filiação pode decorrer de qualquer encontro furtivo³³, são razões suficientes para comprometerem esta relação construída ao longo do tempo e do convívio.

É conhecido que, após o fim de uma relação que se frutificou em filhos, seja casamento, união estável, namoro ou até mesmo um encontro casual, os pais saem de cena, retirando-se como casal ou amantes e passando a arcar apenas com o papel de pais. Nesse momento de separação dos pais, faz-se imprescindível apontar-se o guardião da criança, cabendo ao outro o desempenho de não-guardião. A este, segundo a legislação civil, condiz apenas o direito de visitas e fiscalização, como exposto nos artigos 1589 e 1632 do Código Civil Brasileiro³⁴.

³³ Noticiamos aqui o que hoje estão sendo tratados como filhos da internet. São crianças nascidas do encontro às vezes único dos pais, os quais se conheceram pela internet na intenção exclusiva de se relacionarem sexualmente com os eventuais parceiros encontrados na rede.

³⁴ Art. 1589: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”
Art. 1632: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

A transformação do dever à companhia e guarda em deveres de visita e fiscalização já se coloca como origem de problemas de convívio entre o não-guardião e o filho e o conseqüente afastamento.

Os termos “convivência” e “visita” são díspares; quando há convivência não há visita e, inversamente, quando existe visita, não existe convivência.

Só há visita entre quem não convive, pois quem convive mantém uma relação de intimidade, familiaridade e trato diário, sendo desnecessária a visita.

Neste sentido, as regulamentações de visitas, mesmo que realizadas sob a justificativa de manter a convivência, ou do direito de convivência, na realidade, não concretizam a convivência entre filhos de pais separados e o pai/mãe não-guardião. (BRUNO, 2003, p.318)

Não nos recusemos a enxergar a realidade, deixando de assistir à grande dificuldade que a maior parte dos casais que se desfazem tem em traçar um acordo quanto à situação dos filhos após a separação. Toda a dor e frustração decorrentes do processo de separação, muitas vezes, tornam o acordo inviável e impraticável a possibilidade de qualquer convivência saudável entre pai e mãe.

É também prosaico assistirmos à manipulação da guarda como meio de vingança e de abuso contra o não-guardião, principalmente quando este constitui um novo par ou uma nova família.

Dessa incapacidade dos pais em separarem as frustrações pessoais dos interesses dos filhos, surge um terceiro – o Estado, na pessoa do juiz – que os auxiliará na questão da guarda e visita, fixando os dias e horários para as visitas quando não há a ínfima situação de concórdia entre eles. Como as decisões sobre o assunto são impositivas, não há qualquer maleabilidade entre o guardião e o não-guardião, permanecendo este refém daquele e dos “dias” e “horários” estabelecidos pela autoridade judiciária.

Não é inteligente negar que essas “grades” de horários arrefecem a relação filial, que antes se fortificava e se edificava diariamente. O não-guardião, pela impossibilidade jurídica de não mais conviver com seu(s) filho(s), tende a perder grande parte da intimidade daquela relação que era nutrida diariamente, levando-os a um afastamento não definitivo, mas sim, progressivo.

As visitas, geralmente limitadas a alguns fins de semana e datas festivas, tornam-se momentos de deleite e lazer, sem tempo suficiente para aprofundar questões mais sensíveis e importantes, que somente se mostram perceptíveis com a convivência diária e a proximidade adequada.

Atribuídos de uma responsabilidade limitada no tempo e no espaço, o não-guardião, detentor dos deveres de visita e fiscalização pela norma jurídica, tem maior tempo e espaço para programar sua vida sem considerar o cotidiano de uma prole, o que lhe permite ampliar seus campos sociais, profissionais e afetivos.

Não ousamos dizer que os pais, quando não mais juntos num matrimônio ou numa união estável, estão destituídos do poder parental, pois a norma jurídica do Código Civil é clara ao afirmar que *“o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.”*³⁵ Afirmamos apenas que o mesmo diploma legal deixa notória a transformação do dever de companhia e guarda em deveres de visita e fiscalização, o que traz consequências inevitáveis à relação entre eles.

O dever de convívio estaria um pouco mais bem assegurado, caso houvesse algumas transformações jurídicas quanto às questões de guarda. Estas poderiam ter vindo no bojo da lei civil recente, perdendo a sociedade uma grande oportunidade de rever e reverter tais situações.

³⁵ Art. 1579 do Código Civil de 2002.

A guarda compartilhada, tão veementemente afastada pelos juízes e juristas, seria um bom começo para essa transformação. Não a tomemos como a divisão do tempo da criança, atendo-nos em dificuldades quanto aos aspectos físicos de moradia múltipla da mesma, mas tenhamos como foco o compartilhamento entre os genitores das responsabilidades parentais e das próprias atividades cotidianas dos filhos de cuidado e afeto, pois não é causa de extinção ou suspensão do poder familiar a não-coabitação dos pais.

Contudo, se o próprio sistema jurídico repele a guarda compartilhada, na qual o Estado atribuiria a filiação *“e o exercício da educação dela decorrente, tanto ao pai quanto à mãe, independentemente de estarem casados ou não”* (BRITO, 2003, p.335), e esvazia o poder parental do não-guardião, concedendo-lhe apenas deveres de visita e fiscalização, como responsabilizá-lo depois por uma situação alimentada e inaugurada pelo próprio Estado que agora vem condená-lo à indenização por abandono afetivo?

É relevante investigar, nessa questão, o papel desempenhado pelo sistema jurídico, pois este surge condenando um ou ambos os pais por abandono afetivo, mas não possui meios ou instrumentos legais de diminuir a distância assentada pela impossibilidade de exigir-se algo a mais que não somente o direito de visitas e o de fiscalização.

Quanto aos demais deveres, que tratamos de objetivos - alimentos, saúde, educação - não há o que se dizer, pois esses não prescindem da convivência e do convívio diário para ser cumpridos, o que não ocorre com a afeição, carinho e amor dos pais para com os filhos e vice-versa. Estes últimos não são implantados automaticamente pelo laço consanguíneo, mas se fixam, em grande parte dos casos, a partir de um envolvimento constante entre pai/mãe e filho. Villela (1979c),

comentando sobre a paternidade afirma que a mesma é tão inflada de gratuidade e doação “*que não é susceptível de imposição coativa. Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é.*”

Não é por outro motivo que, percebendo tal ocorrência, o Direito de Família Brasileiro se rendeu à afetividade, investindo-a de poder suficiente para instituir relações jurídicas, como a paternidade sócio-afetiva, pois ficou claro aos doutrinadores que “*mesmo que se atribua uma paternidade pela via do laço biológico, jamais se conseguirá impor que o genitor se torne o pai*”. (PEREIRA, 2003b, p.223)

CAPÍTULO 3 – A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES ENTRE CÔNJUGES NO MOMENTO DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

3.1 – Primeiras considerações

No capítulo anterior discorremos sobre a possibilidade de reconhecer a obrigação de indenizar àquele culpado de abandono afetivo, na relação específica entre pai e filho. Neste capítulo, a mesma investigação é proposta; contudo, debruçar-nos-emos sobre uma outra relação familiar, qual seja, sobre a relação conjugal.

Entre as mais recentes decisões jurisprudenciais, conhecemos aquelas que conferem a um dos cônjuges uma indenização a título de dano moral por “sofrer” com o fim do casamento ou do relacionamento. Há, inclusive, decisões que responsabilizam civilmente um dos ainda esponsais, por não mais pretender realizar o casamento, rompendo, “imotivadamente”, o noivado³⁶.

Dessa forma, mais uma vez nos colocamos frente à questão do afeto nas relações pessoais, investigando se seria ou é possível ao Direito impor a obrigação de indenizar àquele que não mais ama e que, nesse caso, não mais pretende levar adiante a relação conjugal.

³⁶ TJRJ, Ap. Cív. 00.117.643, Rel. Des. Humberto Manes, julg. em 17.01.2001, na qual houve a confirmação da sentença que determinou a indenização por danos morais à autora da ação, em razão do rompimento “imotivado” do noivado pelo noivo, às vésperas da cerimônia de casamento. (*apud* MORAES, 2003, p.122)

Nesse questionamento, não nos fixaremos nas considerações já feitas no capítulo anterior, apesar de todas serem pertinentes. Introduziremos novas reflexões, no sentido de demonstrar como tais questões podem ferir vários outros traços jurídicos, além dos anteriormente estudados. Também é importante ressaltar que não faremos distinções entre as separações litigiosas ou consensuais, pois tratamos de dano moral resultante do término de uma relação matrimonial e, em se tratando de dano moral, procedente da violação dos direitos da personalidade, indiferente que se perquiria sobre o modo como processualmente a separação tenha sido feita. Verificaremos, apenas, a ocorrência ou não de ato ilícito que transgrida direito personalíssimo e, quando tratamos dessa categoria de direitos, não nos cabe diferenciar as situações e, conseqüentemente, os efeitos delas advindos³⁷.

O dano moral indenizável e, portanto, a responsabilidade civil, não emerge de uma ou outra relação jurídica definida e expressamente prevista em lei, mas de uma conjugação de elementos que, se reunidos, autoriza o sujeito a exigir uma reparação civil indenizatória. *“Havendo culpa, danos e liame causal entre um e outro, é fundamental que haja responsabilização indenizatória.”* (OLTRAMARI, 2002a, p.127)

Nosso estudo será objetivo, acolhendo ou refutando a possibilidade de obter responsabilização civil ocasionada pelo término da relação matrimonial. Investigaremos se essa relação jurídica apresenta os elementos configuradores da responsabilidade civil, quais sejam, o prejuízo, o direito transgredido e um ato contrário à lei, tudo atado pelo nexo causal.

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos (1999a), seguida por Inácio de Carvalho Neto (2003a), faz uma distinção entre efeitos imediatos e mediatos do

³⁷ Como leciona Inácio de Carvalho Neto (2003b), na separação culposa, o dever de indenizar é indiscutível, enquanto que, na separação não-culposa, esse dever de reparação configurar-se-á em casos específicos, como na separação-remédio, em que afirma ser o cônjuge autor da separação, infrator do dever de assistência mútua.

rompimento matrimonial. Os primeiros colocam-se como danos oriundos das causas que motivaram a dissolução do vínculo matrimonial, ou melhor, prejuízos advindos dos motivos da ruptura conjugal, da violação de um dever conjugal que tenha tornado insuportável a vida em comum. Já os efeitos mediatos, segundo o autor, referem-se ao próprio “*sofrimento ocasionado pelo rompimento do casamento.*” (CARVALHO NETO, 2003c, p.319)

Sobre esse específico efeito é que nos debruçaremos, pois entendemos que, nos efeitos ditos imediatos, não deveria haver qualquer discussão a respeito da indenização pelo simples fato de neles conterem-se os elementos configuradores da responsabilidade civil, surgindo questões relevantes somente quanto aos efeitos tomados como mediatos, os quais não apresentam os requisitos próprios.

Não é outra a conclusão a que chega a própria Regina Beatriz Tavares (1999b, p. 170):

É indene de dúvida a reparabilidade dos danos decorrentes diretamente da infração a dever matrimonial, por força da notória presença dos requisitos da responsabilidade civil: ação ilícita, nexo causal e dano. No entanto, poder-se-ia argumentar que os danos chamados mediatos não seriam passíveis de ressarcimento ou compensação porque a dissolução matrimonial, da qual diretamente se originam, não constitui, por si só, ato ilícito, de modo que não poderia gerar responsabilidade civil.

Neste ponto faz-se prudente esclarecer certos posicionamentos que nos trazem a doutrina e a jurisprudência.

Na doutrina contemporânea, encontramos autores que expõem suas conclusões a respeito da indenização por danos morais na separação e no divórcio, mas que, na essência do estudo, analisam outros aspectos que podem ou não ocorrer, coincidentemente, no momento da separação e/ou do divórcio.

Falar em indenização por violação do dever conjugal não é o mesmo que tratar da indenização pelo fim do casamento. No primeiro caso, a reparação advém por ocasião de um dever jurídico, peculiar ao casamento, não cumprido ou observado de maneira precária por um dos cônjuges, o que pode determinar prejuízos de ordem moral, os quais serão indenizáveis. Esta característica do dano surge do fato de não haver uma correspondência entre a ação do cônjuge em débito e o que preceitua a norma jurídica.

No segundo caso, o ressarcimento viria a título de sofrimento moral decorrente da cisão do matrimônio – efeito mediato -, independentemente dos motivos ensejadores da dissolução. Seria uma reparação atribuída ao “dano ao projeto de vida”, consubstanciado na dignidade humana violada.

Na obra “Reparação civil na separação e no divórcio,” a autora Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, traz decisões dos tribunais que ilustram sua tese. Num dos julgamentos trazidos à baila, o marido fora condenado a pagar a indenização por danos morais à mulher *“por tê-la acusado infundada e injuriosamente na demanda de separação judicial, atribuindo-lhe a prática de adultério, que não restou provada, e causando-lhe dano moral”*³⁸.

Perceba-se que a indenização se efetivou pelo ato ilícito de injúria cometido pelo marido, e não pela separação em si. A injúria, em qualquer momento em que se desse e em qualquer outra relação jurídica que não a conjugal ou a familiar, seria causa de reparação civil, não obstante ter sido causa da dissolução matrimonial e indiferentemente à própria ocorrência da ruptura matrimonial.

³⁸ Apel. Cível n. 220.943-1/1 da 4ª CCível do TJSP, julgado em 09 de março de 1995, citada por Tavares (1999, p.163).

Segue o mesmo entendimento a decisão proferida na ação de separação litigiosa na qual se admitiu a obrigação de ressarcir os danos morais, imputada ao marido por danos provocados à esposa, vez que ficou evidenciado que a mulher, tendo-se casado com homem de origem libanesa, foi vítima de escravidão, violência física e ameaça de morte³⁹. A sentença monocrática assim registrou:

*Os vexames impostos pelo marido à mulher, inclusive em público, durante longo período, são atestados pela prova colhida na instrução, conforme frisado. Os danos morais decorrem no caso não só das **sevícias** praticadas, como da humilhação a que a mulher precisou se submeter quando precisou sobreviver às custas da caridade de amigos, tão logo deixou o lar conjugal **por temer por sua integridade física**.(apud OLTRAMARI, 2002b, p.123-124) (grifos nossos)⁴⁰*

Pelo julgado, fica evidenciado que a responsabilização civil não adveio da causa “separação”, mas da configuração de atos ilícitos – sevícia, cárcere privado – que resultam em responsabilização civil e, inclusive, penal.

Abalizando nosso entendimento, temos Cahali lecionando:

*Nos termos em que a questão vem sendo assim colocada, não há dúvida de que o cônjuge agredido em sua integridade física ou moral pelo outro tem, contra este, ação de indenização, com fundamento no art. 159 do CC, **sem embargo de representar aquela ofensa uma causa que legitima uma separação judicial contenciosa** (...). Porém, este não é o ponto nodal da questão, pois não estão necessariamente atrelados os efeitos distintos da mesma causa. Basta que se considere que, conforme foi visto, o cônjuge agredido tem ação indenizatória contra o outro, **independentemente da dissolução da sociedade conjugal**, ou mesmo depois de decretada esta(...). (CAHALI, 1999b, p.669).(grifos nossos).*

Desse modo, corroboramos nossa posição até aqui desenvolvida de que, a reunião dos pressupostos legais do dano moral autoriza a sua reparação, não

³⁹ Recurso Especial n.3051, rel. Ministro Nilson Naves, julgado em 17.04.2001, processo origem São Paulo (1993/0020309-6).

⁴⁰ Sentença proferida pelo Juiz Ricardo Anders de Araújo, da 4ª Vara Cível, em 17 de maio de 1991, na Comarca de Araraquara/SP, no processo ns. 365/90, 879/90, 351/90, 502/90 e 503/90.

implicando saber se são relações familiares ou obrigacionais, pois a custódia do dano moral e dos direitos da personalidade contida na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, não nos permite fazer diferenciações em situações nas quais as próprias normas jurídicas não o fazem.

Alguns estudiosos encontram dificuldade em ultrapassar a barreira da responsabilidade civil nas relações familiares por reconhecerem a ausência de texto legal expresso a esse respeito. Contudo, oportuno considerar que a previsão legal da responsabilidade civil⁴¹ se faz por meio de uma cláusula geral, o que nos garante uma amplitude na sua aplicação. A jurisprudência vem corroborar esse argumento através de reiteradas decisões que unem o princípio da dignidade humana com a cláusula de responsabilidade civil.

Desse modo, a questão fundamental a ser verificada não passa por reconhecer a configuração da responsabilidade civil nas relações familiares, pois esta é indiscutível. Ratificando as argumentações, diz Regina Beatriz Tavares (1999c, p.124) que *“é inegável que os princípios da responsabilidade civil aplicam-se em todas as relações jurídicas, independentemente de sua origem e dos sujeitos nela envolvidos.”* O que nos resta saber e responder é se, nas relações que aqui são tratadas – marido/mulher quando da rescisão matrimonial –, encontramos requisitos que validam a indenização ou se, apesar da ausência deles⁴², a reparação seria acolhida. Nesse caso, sob quais fundamentos legais?

⁴¹ Artigo 927 do Código Civil de 2002.

⁴² Já foi dito em capítulo anterior que o requisito do ato ilícito deve ser substituído pelo do ato injusto, na intenção de se ampliar o dano moral, melhorando a tutela da dignidade humana.

3.2 – O casamento na modernidade: visão atualizada ou desvirtualizada?

As modificações mais significativas ocorridas no Direito de Família foram trazidas pela Constituição Federal de 1988, que, numa visão revolucionária, entendeu que a família tem aspectos muito mais amplos e consideráveis que os tratados até aqui pela ordem jurídica vigente. Foi pela letra da Carta Magna que a família deixou a estrutura formalista, conferida pelas regras do Código Civil de 1916, para estabelecer-se como instituição jurídica direcionada à promoção da pessoa, constituída por aspectos mui particulares e passíveis de serem considerados pela norma jurídica; a partir dessa nova legislação, entendeu-se que a afetividade, própria das relações existenciais familiares, deveria ser apreciada e considerada para conduzir as normas jurídicas pertinentes.

O papel da Constituição Federal, no que tange às relações familiares e, mais especificamente, ao casamento, foi fixar a liberdade como pano de fundo para a constituição das famílias e dissolução do vínculo conjugal. “*A família é concebida com base nos princípios da liberdade e da igualdade, entre os cônjuges e companheiros na relação matrimonial e entre os filhos.*” (OLTRAMARI, 2002c, p.127)

Da interpretação das normas constitucionais conclui-se que a família poderá ser inaugurada pelo casamento, pela união estável, pela relação monoparental e por tantas outras formas que possam ainda surgir pelo contexto constitucional⁴³.

⁴³ O entendimento dominante é o de que as entidades familiares não estão todas dispostas no artigo 226 da Constituição Federal. Devemos trabalhar com *numerus apertus* de formas familiares, como muito bem analisou Paulo Luiz Netto Lôbo (2002b) em seu estudo sobre o tema produzido no texto Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.

Essa mesma liberdade motivou a previsão do divórcio, agora nos formatos direto e indireto, no elenco das causas de cessação do vínculo matrimonial. Pelas inovações constitucionais, a dissolução matrimonial passa a ser motivada tão somente pela liberalidade das partes em requerê-la, desvinculando, assim, o fim do casamento aos poucos acontecimentos naturais – morte – ou a razões restritas, específicas e determinadas por lei – causas de anulação.

A adoção do divórcio no sistema jurídico brasileiro⁴⁴ foi motivo de muita celebração por parte de juristas, doutrinadores e cidadãos que não mais absorviam a norma jurídica que exigia o convívio de pessoas num casamento falido e afetuosamente inexistente, posto que, juridicamente considerado, impondo aos cônjuges o “*dever de viverem juntos para o resto da vida, pois o casamento era indissolúvel.*” (TEIXEIRA, 2005b, p. 24).

A referida previsão constitucional não somente repetiu-se na Constituição Federal de 1988 como ainda veio oxigenada com as formas de divórcio direto e indireto, compatibilizando-se com todo o elenco de direitos fundamentais expressos nas próprias normas da Carta Magna e também sorvidos pela interpretação delas.

A previsão do divórcio como forma de dissolução do casamento e da separação como quebra da sociedade conjugal abaliza, diretamente, os princípios da liberdade e da dignidade humana e, indiretamente, outros tantos princípios constitucionais. Entendeu o legislador que a permanência do casamento imposta por lei, viola direitos elementares da pessoa, sobretudo quando a sociedade se encontra organizada em um Estado Democrático de Direito e tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana.

⁴⁴ Lei 6.515/77: admitiu a separação judicial e o divórcio em caráter excepcional, submetendo-o à prévia separação judicial por longos cinco anos. Mesmo assim, era permitido uma única vez.

Diante dessas considerações, observamos que o divórcio e a separação vão na direção da nova perspectiva do Direito de Família atual, corroborando a relevância do afeto na formação familiar.

É inadmissível que a dissolução do casamento possa ser obstada por argumentos (filigranas) jurídicos, impedindo aquele que não mais tem afeto de viver livremente. Esbarra tal possibilidade, nitidamente, na avançada proteção constitucional da pessoa humana, garantindo uma vida digna, a igualdade, e a liberdade, como princípios fundantes da ordem jurídica brasileira. (FARIAS, 2004b, p.107)

Falamos em diversas oportunidades do papel fundamental da afetividade nas relações familiares. Na visão de Paulo Luiz Netto Lôbo (2000)⁴⁵, vivenciamos o que ele chama de “repersonalização do Direito Civil”, que explica como sendo a *“tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram e não de seus patrimônios”*. Referida postura corresponde, assim, ao posicionamento de Orlando Gomes (2000, p. 23), que neste estudo já fora exposto, mas que aqui se faz novamente conveniente: *“O que há de novo é a tendência para fazer da affectio a ratio única do casamento.”*

Conjugando todos esses fatores, anunciamos a posição contemporânea do casamento que hoje se encontra conforme as normas e interpretações constitucionais. Vivenciamos o casamento como sendo uma das opções de constituição familiar, escolha que cabe exclusivamente aos interessados, os quais deverão encontrar-se absolutamente envolvidos no seu direito à liberdade⁴⁶ para a

⁴⁵ Entendimento exposto no estudo intitulado “Princípio jurídico da afetividade na filiação”, disponível também no site www.ibdfam.com.br. Tal nomenclatura também é adotada por Luiz Edson Fachin.

⁴⁶ Art. 1.535: “Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, **ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade**, declarará efetuado o casamento, nestes termos: (...)” (grifo nosso)

celebração, sob pena de invalidação do mesmo⁴⁷. O livre-arbítrio exigido para a inauguração do ato jurídico do casamento não fica resumido ao momento inaugural do casamento. Segundo interpretação constitucional, a liberdade do indivíduo casado deve ser juridicamente relevante enquanto perdurar o instituto do matrimônio. Da mesma forma podemos falar do afeto. Este deve permear todo o casamento, utilizando-se das formas de dissolução quando não mais existir.

Modernamente, é a afetividade, mesclada à liberdade, que determinará o início, a permanência e o fim do matrimônio, visto à previsão legal da separação e do divórcio. Não podemos falar em afetividade, determinante das relações familiares, se não considerarmos a liberdade. Esta se expressa de forma legítima através dos sentimentos, os quais são livres para desenvolverem-se, assim como para permanecerem ou findarem-se.

Como já dissemos anteriormente, os sentimentos não são geridos pela vontade humana, tomada como capacidade interna de decisão, mas tão somente pela liberdade. Podemos completar dizendo que o sentir humano não se coloca nem mesmo sob o jugo do livre-arbítrio, o qual pressupõe uma decisão, um raciocínio elaborado conforme os anseios da pessoa. O sentimento é plenamente envolvido pela mais pura liberdade, ou seja, aquela que não admite qualquer meio ou instrumento de gerência⁴⁸. Melhor dizendo, os sentimentos são a própria

⁴⁷ Art. 1.556: “O casamento **pode ser anulado por vício da vontade**, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.” (grifo nosso)

Art. 1.558: “**É anulável o casamento em virtude de coação**, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares.” (grifo nosso)

⁴⁸ Antônio Junqueira de Azevedo, em seu texto “Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana”, indaga se haveria mesmo liberdade - a que chama de liberdade natural -, senão a liberdade de amar ou não amar e a possibilidade de praticar os atos com amor ou sem amor. Para ele, todas as demais expressões do ser humano estão condicionadas, de certa forma, pela natureza e suas circunstâncias. Apenas os sentimentos estariam libertos de fatores externos.

incorporação da liberdade, e são eles que nos aprisionam, retirando-nos da condição de seres libertos para sermos pessoas que têm suas vidas comandadas pelos amores e ódios.

Essa nova conjuntura em que se insere o casamento pode sofrer, ou parece que já padece, de uma distorção velada que culmina num contexto deturpado sobre o matrimônio e, inclusive, sobre as normas e regras que sobre ele recaem, principalmente no que tange aos princípios constitucionais da liberdade e dignidade humana.

No interesse de efetivar o princípio fundamental da dignidade humana, acaba-se por admitir que o cônjuge que sofra com a separação tenha o respaldo legal para exigir uma reparação pecuniária ao “responsável” pela amargura sentida, a título de dano moral. Enveredando-se por esse entendimento, estaremos concentrando a tutela jurídica apenas sobre a dignidade de um só cônjuge, nos olvidando do outro que também não deixa de padecer perdas com a ruptura do casamento, que da mesma forma vê ruído seu projeto de vida a dois e que, ao exigir a dissolução do vínculo, nada mais postula que a efetivação da sua própria dignidade humana, diretamente vinculada à sua liberdade constitucional, a qual, na situação específica, não mais lhe permite estar casado, mesmo que não tenha motivos perfeitamente claros e declarados⁴⁹.

⁴⁹ É forte a corrente doutrinária e jurisprudencial que rechaça as restrições legais (tempo de casamento, motivos relevantes, culpa etc.) à vontade do indivíduo de requerer a separação e o divórcio, as quais conflitam com os princípios da liberdade e da dignidade humana e negam a afetividade como elemento relevante das relações familiares. O Direito alemão (BGB, §§ 1564-1568) já avançou nesse ponto, reconhecendo um “direito material ao divórcio”, o qual se efetiva tão somente pelo “fracasso da união conjugal”. Também seguem a mesma tendência os julgados brasileiros: “*Evidenciando a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes.*” (STJ, REsp. 46.718-4/SP, Ac.4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DDJU 17.02.2003)

Observe-se que, por maior que seja o dano acometido ao cônjuge que se tenha sentido moralmente lesado com a separação, temos, em contrapartida, a previsão jurídica da dissolução do casamento, respaldada pelo princípio constitucional da liberdade do outro cônjuge de permanecer ou não casado. Fazendo uso das lições de Luiz Edson Fachin (1999b, p.169), *“uma história construída a quatro mãos tende ao sentido de permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado”*.

Ainda corroborando o entendimento, trazemos Haddad que assim se pronuncia:

O compromisso amoroso entre homem e mulher é, por natureza, eivado de risco, pois a ruptura insere-se em fatores de extremo subjetivismo, por vezes até de irracionalidade, mas que são próprios da complexidade existencial da pessoa humana (de qualquer sexo).(HADDAD apud CAHALI, 1999c, p. 659)

A separação e o divórcio são formas legais de rescisão do vínculo matrimonial, renunciadas pela Constituição Federal, pelo Código Civil e por lei ordinária⁵⁰, reconhecidas aos interessados em desvincular-se do casamento. Como se atribuir uma obrigação de reparação àquele que apenas efetivou um direito de não mais estar casado, consubstanciado pelo princípio constitucional da liberdade?

A dignidade humana também se perfaz com o respeito à liberdade do indivíduo. À pessoa que falta liberdade falta igualmente dignidade⁵¹. Se aos cônjuges são garantidos direitos, nesse caso, o de exigir a extinção do casamento,

⁵⁰ Lei 6.515/1977

⁵¹ Ressaltamos que a liberdade aqui retratada é a que se traduz na possibilidade do indivíduo realizar o que lhe permite a norma, assim como deixar de realizar aquilo que as leis não permitem. Assim, a pessoa que se encontra encarcerada por cumprimento de pena, tem sua liberdade momentânea e legalmente suprimida em função de um bem maior, qual seja, o bem comum.

então como atribuir a esse mesmo fato o caráter de ato ilícito, produtor de uma obrigação de reparar? Ou, para os adeptos da corrente do ato injusto, como revestir a concretização de um direito com as cores do ato injusto? Injusto com qual dos cônjuges? Com o que não mais consegue perceber sua dignidade na relação matrimonial falida, ou com o outro que pôde sentir a ofensa à sua dignidade no instante do divórcio, mas foi incapaz de percebê-la e exigí-la enquanto vivia uma relação vazia, apenas revestida com a fórmula legal do casamento?

Falamos ser direito do cônjuge a solicitação da separação e do divórcio quando não mais há sentimentos capazes de sustentar o matrimônio. Vamos além, classificando esse direito como potestativo, como o poder que tem a parte de modificar a situação jurídica familiar do outro, de forma unilateral.

Se a hipótese da reparação rechaça o princípio da liberdade, da mesma forma repele o princípio da legalidade.

O inciso II do artigo 5º⁵² da Carta Magna, nos autoriza a agirmos ou omitirmos por obrigação, apenas se exigir a lei; não havendo exigência legal, as atitudes são livres e, por isso, incólumes de sanções. Nesse sentido, entende Jussara Ferreira (2000) que a obrigação corresponde ao dever jurídico, do qual decorre a sanção em não havendo o cumprimento da prestação. Logicamente, se não há dever imposto pela norma jurídica, não há obrigação correspondente e, conseqüentemente, também não haverá sanção ou responsabilização.

Essa é a lógica do princípio da legalidade, que, aplicada à dissolução matrimonial, promove o seguinte entendimento: não há mais o dever de permanecer casado; portanto, não há a obrigação de sustentar o matrimônio a qualquer custo, ficando autorizada aos cônjuges a atitude que melhor aprouver a cada um deles,

⁵² Art. 5º, II- “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

estando esse proceder resguardado de conseqüências jurídicas, vez que não corresponde a qualquer dever jurídico.

Então, se a ordem constitucional permite agir livremente quanto à manutenção ou não do enlace, como pode haver a imposição da obrigação de indenizar? A mesma obrigação imposta àqueles que praticaram ato ilícito? Se assim procedermos, estaremos configurando uma sanção a uma obrigação que não é exigida por lei, pelo fato de a ordem jurídica não impor o dever de continuar casado.

Imaginando a superação dos argumentos acima desfiados, propomos investigar a conjugação da culpa com o dano moral decorrente do fim do casamento.

3.3 – Culpa conjugal *versus* dano moral

Na constante evolução do Direito de Família, verificamos que a culpa ocupa um lugar de destaque entre as teorias mais contemporâneas. Estamos conhecendo e reconhecendo a imprecisão dela nos limites da dissolução conjugal. É recorrente encontrarmos na doutrina brasileira⁵³ estudos referentes à impropriedade da verificação da culpa na ocasião do fim do matrimônio.

A culpa pela dissolução matrimonial era oportuna nos momentos histórico e jurídico do passado, nos quais vigiam o Código Civil de 1916 e ainda não havia sido promulgada a “constituição cidadã” de 1988.

⁵³ Sobre o tema, consulte-se Gustavo Tepedino (*Temas de Direito Civil*, p. 367), Rolf Madaleno (*Direito de família: aspectos polêmicos*, p.171), José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (*Curso de Direito de Família*, p. 421).

Naquele contexto a culpa pela separação era razoável de ser perquirida, vez que o legislador, diante da indissolubilidade do casamento, permitia apenas a forma de desquite⁵⁴, o qual se baseava na demonstração da culpa; somente era concedido o desquite estando demonstradas as causas culposas enumeradas no artigo 317⁵⁵ da lei civil.

Diante da necessidade de se demonstrar a culpa para a obtenção do desquite, o legislador tomou carona para também punir o culpado, por ocasião de ter dado causa a algo, por lei, indissolúvel. Punia-se, assim, o culpado por afrontar a instituição mais sagrada do direito: a família, a qual era fundada no casamento. Daí, na sua opção pela preservação do casamento em detrimento do indivíduo, sem interessar-se pelas condições pessoais do cônjuge tomado como responsável, o ordenamento jurídico visava a punir o “culpado” por meio de sanções civis, as quais se revelavam na extirpação do nome de casado, na perda da guarda dos filhos e na estipulação de alimentos.

“ O casamento era assim valorado como um bem em si mesmo, necessário à consolidação das relações sociais, independentemente da realização pessoal de seus membros.” (TEPEDINO, 1997a, p.202)

Nessa conjuntura, não cabia discutir a existência ou inexistência de afeto para a consubstanciação do casamento, pois o tomava-se como *“um valor superior ao interesse individual da mulher ou do marido que pretendessem se separar.”* (TEPEDINO, 1997b, p.202)

⁵⁴ Inserido pelo Código Civil na primitiva redação do art. 317: “O desquite equivale à separação judicial de hoje, ou seja, não extingue o vínculo do casamento, mas tão somente da sociedade conjugal.”

⁵⁵ Art. 317 do CC/1916: “A ação de desquite só se pôde fundar em algum dos seguintes motivos: I- adultério; II- tentativa de morte; III- sevícias, ou injúria grave; IV- abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.”

A questão da culpabilidade na separação sofrera, já, seu primeiro golpe com a Emenda Constitucional nº 9 e, por conseguinte, com a Lei do Divórcio – 6.515/77 -, que quebrara o princípio da indissolubilidade do casamento, trazendo as figuras da separação judicial, que substituía o desquite, e do divórcio, o qual finalizava, por completo, o vínculo matrimonial. Ainda que timidamente inovando, posto a lei regulamentar o divórcio severamente, a culpa perdeu fôlego com a previsão legal da separação-falência e da separação-remédio⁵⁶, cujos procedimentos não mais prescindiam da demonstração de culpa.

Contudo, o golpe de misericórdia à teoria da culpa na dissolução conjugal pode ser atribuído à Carta Magna de 1988, que, não obstante considerar a separação judicial e o divórcio, trouxe uma nova forma para este último – divórcio direto –, a qual dissolvia o indissolúvel (casamento) por ocasião apenas de um mero lapso temporal, afastando a necessidade de se apresentar um responsável pelo fim do matrimônio. Ainda na intenção de facilitar o divórcio, a Lei Fundamental diminuiu o prazo do divórcio por conversão que, de cinco anos, passou para um ano.

Na atual conjuntura, diante das referidas previsões constitucionais e da contemporânea interpretação a que foi submetido o ordenamento jurídico quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, percebe-se que a culpa pela rescisão do casamento se coloca cada vez mais afastada da ordem jurídica. Se no passado a culpa era sustentada pelo sistema de indissolubilidade do casamento, verificamos que tal fundamento não mais persiste, havendo a necessidade de uma reformulação quanto a essa teoria. É isto que pretendem e fazem a mais renomada doutrina e a jurisprudência de Direito de Família.

Insistentemente cabe dizer que as instituições jurídicas e o patrimônio cederam lugar à pessoa, o que corresponde, no Direito de família, à consideração

⁵⁶ Respectivamente parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Lei 6.515/77.

do afeto. É o sujeito, e não mais as instituições jurídicas, que ocupa lugar de destaque na Carta Magna e, conseqüentemente, em toda a ordem jurídica. Diante desse posicionamento perante a pessoa humana, as razões que motivavam a busca do culpado pela separação deram lugar a outros fundamentos, os quais não mais permitem encontrar um culpado, muito menos puni-lo por esse fato. Na verdade, as novas questões impostas pela Constituição Brasileira não revelam mais qualquer interesse em se saber qual dos cônjuges fora o responsável pela quebra do vínculo conjugal.

Mesmo que ainda seja possível encontrar no Código Civil de 2003 resquícios da culpa – art. 1572, 1573, 1578 e 1704⁵⁷ – verificamos que sua previsão vem mitigada pelas próprias normas inseridas na lei civil⁵⁸ e pela interpretação constitucional.

Mediante os princípios constitucionais da dignidade humana, da liberdade, da intimidade, da preservação da vida privada, da especial proteção do Estado à família e do objetivo fundamental de promover o bem de todos, fica clara a inconstitucionalidade da investigação da culpa na separação. Diante da sua

⁵⁷ Art. 1572: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.”

Art. 1573: “Pode caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I- adultério; II- tentativa de morte; III- sevícia ou injúria grave; IV- abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano consecutivo; V- condenação por crime infamante; VI- conduta desonrosa.”

Art. 1578: “O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I- evidente prejuízo para a sua identificação; II- manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III- dano grave reconhecido na decisão judicial”

Art. 1704: “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único: Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-lo, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.”

⁵⁸ Remetemo-nos aos incisos do art. 1578 e parágrafo único do art. 1704, transcritos na nota anterior.

possibilidade, veríamos todos os principais pilares da Constituição sendo subvertidos.

Como se não fosse suficiente essa afronta aos fundamentos constitucionais, João Baptista Villela (1982b, p.17) elenca ainda outros motivos que se colocam contrários à manutenção do princípio da culpa, quais sejam, dificuldade de apuração das causas, intromissão do Estado na esfera íntima dos cônjuges e “*envenenamento do processo e das relações pessoais das partes.*”

(...) o problema das separações conjugais tende a se deslocar, por muito boas razões, de uma perspectiva inquisitorial para uma perspectiva factual. Do Verschuldensprinzip para o Zerrüttungsprinzip, isto é, do princípio da culpa para o da deterioração. (VILLELA, 1982c, p.16)

Esta é a nova postura do ordenamento jurídico brasileiro frente ao elemento culpa na separação, basta analisar que a legislação civil já não mais impõe qualquer sanção ao culpado, estando a perda no nome de casado, os alimentos e a guarda dos filhos fundados, respectivamente, na ausência de prejuízo ao cônjuge culpado, no binômio necessidade/possibilidade e no melhor interesse da criança. Por este aspecto, observa-se que a investigação do responsável pelo fim do casamento já não acarreta efeitos, não existindo razões para levantá-la. É “*injustificável a manutenção da necessidade de identificação de um culpado (...) para intentar a ação de separação.*” (DIAS, 2004d, p.71).

Diante dos aspectos vistos, pergunta-se: se a culpa na separação foi superada, sobre que fundamentos a responsabilidade civil pelo fim do casamento deverá persistir?

A responsabilidade civil aplicada às relações existenciais é uma responsabilidade subjetiva, ou seja, baseada na demonstração do dano, do nexo causal e da culpa, posicionando este último elemento como o diferenciador para a

teoria da responsabilidade objetiva. Se não é possível e não mais justificável produzir-se prova da culpa na separação e no divórcio, a responsabilidade civil não estaria autorizada a ser manejada nesse assunto específico.

A regra geral a que se filiou a legislação civil é a da responsabilidade subjetiva, prevista no artigo 927⁵⁹ do Código Civil. No parágrafo único do mesmo artigo, vêm inseridas as hipóteses de responsabilidade objetiva, cuja possibilidade está condicionada a uma previsão legal⁶⁰.

É certo que, na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, o legislador inovou: atribui ao juiz o poder de reconhecer uma atividade de natureza arriscada, para a qual poderá aplicar a teoria da responsabilidade objetiva. Contudo, cremos que o casamento e as demais relações existenciais não padecem dessa classificação e jamais poderiam ser tratadas como atividade de risco aos direitos de outrem.

Não obstante esse aspecto técnico quanto à responsabilidade objetiva e subjetiva, surge uma pergunta: existe um cônjuge culpado pelo fim do afeto que sustentava o casamento?

Na verdade, o que vemos e tomamos como razões da dissolução matrimonial nada mais são que conseqüências da cessação do amor, do afeto. A partir desse instante é que se produzirão os “motivos” para a separação; surgirá então o adultério, a injúria, o desrespeito, a falta de assistência e os demais dispostos em lei. Enquanto persistir o amor entre os cônjuges, e esse amor for liberto, involuntário,

⁵⁹ Art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

⁶⁰ Art. 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

independente, não haverá qualquer traço para a implementação da separação e/ou do divórcio.

A própria jurisprudência já se vem consolidando a respeito⁶¹.

Desse modo percebemos que, na dissolução matrimonial, culpa e dano moral não andam juntos, merecendo um tratamento diferenciado dos demais fatos de responsabilidade civil, vez que as relações familiares, por si só, trazem um cunho afetivo relevante para a sua sustentação.

⁶¹ “É difícil, senão impossível, aferir a culpa real pelo desfazimento da união conjugal e, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às

CONCLUSÃO

Falar sobre relações familiares é extremamente delicado e confuso. Dizer sobre o dano moral inserido nestas relações características é um misto de emoções e técnica.

Muito foi dito sobre responsabilidade civil, dano moral e interpretação constitucional. De tudo isto, concluimos que o Direito, mesmo diante do fenômeno da personificação do direito civil, absorvido do entendimento que contemporaneamente se tem da Constituição Federal, ainda deve existir e persistir como unicamente Direito.

A responsabilidade civil, instituto que contém o dano moral, surge no ordenamento jurídico brasileiro com uma função: a de recompor o prejuízo de alguém, quando este é lesado em seus direitos por um ato diverso do previsto pela norma jurídica. Em suma, garante o equilíbrio social.

Preservar a harmonia dentre os que convivem não implica em manter imaculada as órbitas material, moral e sentimental de cada partícipe da sociedade. Semelhante ofício é transferido a cada um de nós.

Reconhecemos que a cada ser humano é imposto o dever de zelar pelo seu semelhante e pelo bem comum, de modo a ver-se também protegido e respeitado. Entretanto, por conhecermos a natureza humana, sabemos não ser esta a prática, evento que revela a imprescindibilidade do Direito e da norma de conduta ditando o *dever ser*.

A ordem jurídica, através da imposição dos deveres, da proteção dos direitos e dos instrumentos jurídicos, parte para cumprir o objetivo de possibilitar a convivência humana em sociedade. Perceba-se que o Direito não postula por uma convivência perfeita, mas sim, justa.

Dessa forma, quando o Direito Positivo trata das relações familiares, as quais estão impregnadas de afeto, o faz considerando e empenhando-se na busca da harmonia social, irrompendo do menor núcleo da sociedade, qual seja, a família. Referido intento diverge da pretensão de assegurar a felicidade e a satisfação pessoal de cada componente da família, como hoje se tem absorvido do entendimento do princípio da dignidade humana.

Observamos durante o estudo desenvolvido que o princípio da liberdade está sendo aspirado pela considerável dimensão que o princípio da dignidade humana tomou na atualidade, sem nos atentarmos para a correlação que existe entre ambos. Falar em dignidade humana implica em tratar da liberdade do homem. No instante em que se lança uma obrigação de indenizar àquele que não ama ou que deixou de amar, o ordenamento jurídico pune uma conduta que não participa da vontade humana e que, precisamente por não compartilhar do aspecto volitivo, a ordem jurídica não reveste da condição de dever jurídico.

Desse modo, perguntamos: o que representa a responsabilização civil por abandono afetivo? Representa o uso da força pelo Direito, punindo alguém pela inobservância de um dever moral e/ou cultural, mas nunca jurídico. A corrente afeita a esta responsabilização não vislumbra o dever de amar, nem a correspondente forma de sua realização no contexto jurídico, mas sim, entrevê, diretamente, a punição. Avista a sanção jurídica, mas somente consegue justapo-la a um dever que não compartilha dos caracteres jurídicos.

É importante identificarmos que o apoio psicológico, a companhia, o aconselhamento, o comparecimento em momentos marcantes da vida da pessoa não traduz, necessariamente, a existência ou a correspondência de afeto, pois cada qual pode ser exercido, mesmo sem que este elemento esteja presente.

Atentamos para o fato de que nas relações familiares em que presumimos existir amor, os atos a que atribuímos específicos da afetividade, muitas das vezes, não são exercidos pelos pais ou pelo cônjuge, mas sim por profissionais, por terceiros ou por pessoas estranhas à relação. Esta ocorrência não nos capacita a enxergarmos ou não o amor naquela relação. Quantos não escolhem se revelar para um psicólogo ou um terapeuta a ter que se expor para os próprios pais!? Quantos pais não buscam a ajuda destes profissionais para solucionar questões íntimas dos seus filhos, as quais não se sentem preparados ou capacitados para resolverem?! Quantos filhos não passam mais horas em escolas ou creches ou, ainda, na companhia de enfermeiras e babás que com os próprios pais?! Quantos não se sentem abandonados e solitários mesmo insertos em um meio aparentemente afetuoso e quantos não se sentem verdadeiramente amados e respeitados, ainda que a distância e a convivência dificultada sejam uma constante?! Quantos pais, verdadeiramente, não se encontram maduros e suficientemente instruídos para aconselhar, confortar e educar, seja pela pouca idade que têm – conhecemos o grande número de crianças e jovens de 10 a 18 anos que concebem filhos pela total inexperiência ou por resultado de abusos e exploração – , seja pela própria incapacidade humana de exercer este papel?!

A afetividade é da ordem do sentimento e da emoção. A capacidade humana é de senti-la e não de testemunhá-la. Diferentemente é o mecanismo das ações. Estas são da casta da inteligência, do entendimento, da razão. Verificando-as,

concluímos, pois são tangíveis. Sim, o amor tem os atos como um dos meios para se revelar, mas lembremos também que eles podem emitir-se sem qualquer carga afetiva.

O Direito não é a ciência adequada para reconhecer a carência ou o excesso de amor – pois se diga que o afeto em demasia também pode ocasionar danos de ordem moral; tampouco é competente para punir e rechaçar a deficiência humana em senti-lo ou torná-lo público e perceptível aos nossos olhos. À ordem jurídica é cabível a categoria das ações e condutas humanas, jamais a classe das sensações.

A posição do Direito em aplicar correção às várias facetas da humanidade – material, moral e sentimental – não implica em preservar o equilíbrio social, muito menos compreende sustentar uma sociedade justa. Na verdade, esta posição “paternalista” do ordenamento jurídico reflete como única função a de tornar a pessoa em um sujeito incapacitado e irresponsável, para o qual a ordem jurídica estabelece as punições necessárias, tomando a vontade própria ou a liberdade humana como incapazes à realização das atribuições peculiares a cada qual.

Disto tudo concluímos que as relações familiares entre pais e filhos e entre cônjuges no momento da dissolução matrimonial não estão excluídas da aplicação do dano moral. Este, como forma de reparação prevista na Carta Magna, não é casuístico, mas encontra-se previsto para todas as situações em que há um prejuízo de ordem moral, decorrente de um ato ilícito. Assim, existindo uma conduta divergente do que determina a norma jurídica antecipada para a situação em voga e, reconhecendo que este comportamento contrário à previsão legal derivou de uma atitude presidida pela liberdade e vontade humanas, encontramos os pressupostos para a efetivação da reparação por dano moral, não sendo necessário perquirir sobre o tipo de relação sobre o qual este recai.

Sevícia, maus tratos, abandono material, etc., são condutas – atos ilícitos – que violam diretamente as normas jurídicas que regulam as relações familiares, autorizando, assim, a realização da responsabilidade civil através da reparação por dano moral. Porém, a carência ou o excesso de amor nestas relações não corresponde ao *dever ser* imposto pelo Direito. A afetividade dentro das relações existenciais não se coloca como comportamento exigido pela ordem jurídica. Se não ocorre este dever jurídico, como falarmos em reparação civil por dano moral por um dever descumprido?

Em suma, falarmos em dano moral por abandono afetivo nas relações familiares é atribuímos uma punição jurídica a uma conduta que não faz parte da competência do Direito. É condenarmos e impedirmos o ser humano de ser livre para amar alguém, contrariando sua dignidade e liberdade. Pior. É tentarmos instaurar o afeto entre pais e filhos e entre cônjuges através da ameaça de uma indenização. É direcionarmos a existência da afetividade em família, usando do receio de sermos chamados a responder civilmente por esta carência afetiva. Estaríamos, assim, vivenciando uma sociedade saudável, justa e digna? Não. Estaríamos frente a uma convivência falsa, na qual não mais saberíamos diferenciar o verdadeiro afeto paternal e conjugal daquele fornecido por temer uma responsabilização civil pecuniária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGUIAR DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 2v.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 662p.

ARNAUD, André-Jean (Sup.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2001 Belo Horizonte. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**: família e cidadania. O novo Código Civil e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.329-351.

BARROS, Sérgio Resende de. Monetização do afeto. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Tolentino de Ensino**, São Paulo, n.33, p.465, dez.2001 a mar.2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 351p.

BRASIL. **Código Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1169p.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **El nuevo Código Civil Brasileño y la Costitucionalización del Derecho de Família**. Material gentilmente cedido pela autora.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Igualdade e divisão de responsabilidades: pressupostos e conseqüências da guarda conjunta. In: GROENINGA, Giselle

Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.) **Direito de Família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 325-337.

BRUNO, Denise Duarte. Direito de Visita: direito de convivência. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.) **Direito de Família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003. p.310-324.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação Judicial.** 11 ed. São Paulo:RT, 2002

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil:** Doutrina e Jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CRETELLA Jr., José. **O Estado e a obrigação de indenizar.** São Paulo: Saraiva, 1980.

DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2001, Belo Horizonte. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania. O novo Código Civil brasileiro e a *vacatio legis*.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.301-308.

DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil.** 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.61-82.

DIAS, Maria Berenice. Filiação homoafetiva. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2003, Belo Horizonte. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.393-397.

DIAS, Maria Berenice. Paternidade homoparental. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 269-275.

DWORKING, Ronald. **O Império do Direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 346 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2003, Belo Horizonte. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**: afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 105-125.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Conjugalidade: descasamento, recasamento e fim do amor. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1999, Belo Horizonte. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 93-104.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 13ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 17ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 562 p.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 290-302.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 219 p.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.) **Direito de Família e Psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 95-105.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2001, Belo Horizonte – MG. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**: família e cidadania. O novo Código Civil e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 403-432.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. **Revista Brasileira de Direito de Família**. São Paulo, Ano IV, n.13, p.143-161, abr., mai., jun. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1999, Belo Horizonte. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família: a família na travessia do milênio.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 245-253.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2001, Belo Horizonte. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania. O novo Código Civil e a *vacatio legis*.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-109.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 358p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2003, Belo Horizonte. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.399-415.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do Direito de Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2, 1999, Belo Horizonte. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família: a família na travessia do milênio.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.39-52.

NETO, Inácio de Carvalho. **Responsabilidade Civil no Direito de Família.** 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003. 574p, vol. 9.

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A tutela da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 803, p.111-128, set. 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, vol. I .

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 350p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A primeira lei é uma lei de direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara (Org.). **Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 17-29.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara (Org.). **Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 219-228.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 299p.

RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 891.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 2ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. V.5

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999. 197p.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade Civil dos cônjuges. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2, 1999, Belo Horizonte. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.121-140.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Débito conjugal. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2003, Belo Horizonte. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 531-541.

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e sua reparação**. 2ed. São Paulo: Forense, 1969.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares S.A, 1962.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TADEU, Silney Alves. **Responsabilidade civil no âmbito do direito de família: separação, divórcio e união estável – considerações**. 01 dez. 2005. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=217> Acesso em 9 dez. 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1997, Belo Horizonte. **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: repensando o Direito de Família**, Belo Horizonte: IBDFAM, 1997. p. 191-206.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. 674p., vol. 1

VILLELA, João Batista. Casamento e família na futura Constituição brasileira: a contribuição alemã. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 24, n.96, p.291-302, out./dez. 2004.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, Ano XXVII, n.21, p. 401-419, mai.1979.

VILLELA, João Baptista. Direito, coerção e responsabilidade: por uma ordem social não violenta. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v.4, n. 3, p.14-35, 1982.

ZAIDAN, Patrícia. Sim, existe amor depois da separação. **Revista Cláudia**. São Paulo, v.12, p.192-195, dez. 2005.

ANEXO A – Acórdão do TAMG sobre a indenização por dano moral na relação paterno-filial.

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível Nº 408.550-5** da Comarca de **BELO HORIZONTE**, sendo Apelante (s): **ALEXANDRE BATISTA FORTES MENOR PÚBERE ASSIST. P/ SUA MÃE** e Apelado (a) (os) (as): **VICENTE DE PAULO FERRO DE OLIVEIRA**,

ACORDA, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais **DAR PROVIMENTO**.

Presidiu o julgamento o Juiz **JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ** e dele participaram os Juízes **UNIAS SILVA (Relator)**, **D. VIÇOSO RODRIGUES (Revisor)** e **JOSÉ FLÁVIO ALMEIDA (Vogal)**.

O voto proferido pelo Juiz Relator foi acompanhado, na íntegra, pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Assistiu ao julgamento pelo apelante, a Dr^a. Thais Câmara Maia e Produziu sustentação oral pelo apelado, o Dr. João Bosco Kumaira.

Belo Horizonte, 01 de abril de 2004.

JUIZ UNIAS SILVA

Relator

V O T O

O SR. JUIZ UNIAS SILVA:

Trata-se de recurso de apelação interposto por Alexandre Batista Fortes – menor púbere representado por sua mãe – contra a r. sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada contra seu pai, Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que inexistente o nexo causal entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor.

Sustenta o apelante, em síntese, que o conjunto probatório presente nos autos é uníssimo ao afirmar a existência do dano resultante da ofensa causada pelo apelado. Afirma que a dor sofrida pelo abandono é profundamente maior que a irresignação quanto ao pedido revisional de alimentos requerido pelo pai. Aduz que o tratamento psicológico ao qual se submete há mais de dez anos advém da desestruturação causada pelo abandono paterno. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso.

Contra-razões às fls. 105-407.

É o relatório necessário.

Conheço do recurso, pois que presentes os pressupostos de sua admissão.

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.

Esclareço, desde já, que a responsabilidade em comento deve cingir-se à civil e, sob este aspecto, deve decorrer dos laços familiares que matizam a relação paterno-filial, levando-se em consideração os conceitos da urgência da reparação do dano, da re-harmonização patrimonial da vítima, do interesse jurídico desta, sempre prevalente, mesmo à face de circunstâncias danosas oriundas de atos dos juridicamente inimputáveis.

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a *afetividade*. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.

Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue.

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade.

O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.

No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar.

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", além de colocá-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso em comento, vê-se claramente, da cuidadosa análise dos autos, que o apelante foi, de fato, privado do convívio familiar com seu pai, ora apelado.

Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este afastou-se definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura.

De acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psíquica de difícil

elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria identidade.

"É como se ele tentasse transformar o genitor em pai e, nesta árida batalha, procurasse persistentemente compreender porque o Sr. Vicente não se posiciona como um pai, mantendo a expectativa de que ele venha a fazê-lo." (fls. 72).

"Neste contexto, ainda que pese o sentimento de desamparo do autor em relação ao lado paterno, e o sofrimento decorrente, resta a Alexandre, para além da indenização material pleiteada, a esperança de que o genitor se sensibilize e venha a atender suas carências e necessidades afetivas." (fls.74).

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos.

Desta forma, fixo a indenização por danos morais no valor equivalente a duzentos salários mínimos, ou seja, R\$ 44.000,00, devendo ser atualizado monetariamente de acordo com a Tabela da Corregedoria Geral de Justiça e com juros de mora em 1% ao mês, a contar da publicação do presente acórdão. Pelo que, condeno o apelado a pagar ao procurador do apelante, a título de honorários sucumbenciais, o valor relativo a 10% do valor da condenação em danos morais.

Com base em tais considerações, **dou provimento ao recurso**, para julgar procedente o pedido inicial, modificando ar. decisão ora objurgada.

Custas pelo apelado.