

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA – UNOESC
ÁREA DAS CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL CIVIL

SIMONE GRANEMANN DE OLIVEIRA AMERICANO

A POSSIBILIDADE DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES AFETIVAS

Videira
2014

SIMONE GRANEMANN DE OLIVEIRA AMERICANO

A POSSIBILIDADE DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES AFETIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Material e Processual Civil, Área das Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade do Oeste de Santa Catarina, *Campus* de Videira, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Material e Processual Civil.

Orientadora: Profa. Jociane Machiavelli Oufella

Videira

2014

SIMONE GRANEMANN DE OLIVEIRA AMERICANO

A POSSIBILIDADE DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES AFETIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC – *Campus* Videira, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Material e Processual Civil.

Aprovada em de de 2014.

Profa. Jociane Machiavelli Oufella
Universidade do Oeste de Santa Catarina

Dedico o presente trabalho primeiramente a Deus, inspiração de toda a minha vida e fonte de toda sabedoria. Ao meu pai, Ataídes, o qual faz prova de que o amor, atenção e afeto dispensado por um pai faz toda a diferença na vida do filho. Se sou o que sou, devo isso ao amor, educação e cuidado dado à mim por meu pai. Dedico o trabalho também à minha mãe, Ivone por todo amor, incentivo e suporte a mim dispensado, e ao meu esposo Flavio, pelo amor, apoio, incentivo e paciência. Sem todas essas pessoas, talvez eu não tivesse alcançado mais essa conquista.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço de todo meu coração e minha alma à Deus que é minha fonte de inspiração, segurança, proteção e sabedoria, jamais me desamparou nem deixou-me abater. Mesmos nos momentos de aflições pelas quais tive que passar, Ele deu-me forças para lutar e vencer as batalhas.

Ao meu esposo Flavio, com quem aprendi a amar, a viver, a mudar minha forma de agir, sendo mais paciente, aprendendo a controlar a minha ansiedade, especialmente na reta final da pós-graduação. Ainda, por acreditar em mim, sempre me incentivando e me apoiando nos meus objetivos. Pelo carinho, amor e paciência, agradeço.

Aos meus pais, que dispensaram à mim todo seu carinho e principalmente amor, do qual derivou-se o suporte, sustentação e incentivo à caminhada percorrida para chegar até aqui. Sem o sacrifício feito por eles, hoje eu não estaria aqui.

À minha irmã Sirlei, sobrinha Letícia e aos meus demais familiares, muito especialmente àqueles que nunca duvidaram do meu potencial e que hoje sentem orgulho de mim, pelo que sou, com virtudes e defeitos, àqueles que tomaram as minhas preocupações por suas e que hoje levam a minha vitória como presente que lhes dou.

À minha professora orientadora, Jociane Machiavelli Oufella, a qual, desde a graduação, acompanha esta caminhada e que, por diversas vezes, sábia e pacientemente dirigiu-me os passos para concluir o presente trabalho, pessoa em quem poderei me espelhar para ser exímia profissional.

Finalmente, agradeço às minhas amigas e amigos por todos os momentos felizes que passamos juntos e pelos tristes e difíceis, pois fomos suporte uns para os outros. Surgiram como colegas de pós-graduação, que tornaram-se amigos e uma grande família, os quais levarei em meu coração por toda vida.

"Não pode haver couraça mais forte do que um coração limpo. Está três vezes mais armado quem defende a causa justa, ao passo que está nu, ainda que de aço revestido, o indivíduo de consciência manchada por ciúmes e injustiças."
(William Shakespeare, Henrique VI – 2.^a parte, Ato III, Cena II)

"Bem aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão fartos."
(Mateus 5:6)

RESUMO

O presente estudo tem por escopo aferir se há a possibilidade de cobrar-se indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo em relações paterno-filiais, sem que isso se torne apenas mais uma hipótese de se aferir lucro dentro da já denominada “indústria do dano moral”. Para se buscar tal resposta tomar-se-á como pressuposto a pesquisa bibliográfica e documental, onde serão analisados, doutrinas, artigos de revistas e internet, jurisprudências dos tribunais brasileiros, bem como a legislação positivada. A natureza da pesquisa a ser elaborada é a qualitativa e os seus objetivos são exploratórios. A princípio tratar-se-á das relações familiares, englobando conceitos, lineamentos históricos, classificação e novos paradigmas. Em seguida passa-se a abordar o dano moral, conceituando-o, relacionando suas origens, requisitos e critérios de quantificação. Por fim, adentra-se especificamente ao estudo do dano moral nas relações familiares, tratando do valor do afeto nas relações afetivas, os requisitos para a condenação por abandono afetivo nas relações paterno-filiais e abordando, ainda, a possibilidade indenizatória por abandono afetivo do filho para com os pais idosos, o que a doutrina convencionou chamar de abandono afetivo inverso. Finalizando a discussão é possível constatar que a doutrina e jurisprudência, embora com algumas ressalvas, vem admitindo a possibilidade indenizatória, por dano moral, decorrente do abandono afetivo.

Palavras-chave: Família. Dano Moral. Afeto. Abandono Afetivo.

ABSTRACT

The scope of this study is to assess whether there is the possibility of charging up compensation for moral damages resulting from emotional abandonment in paternal - filial relationship without it becoming just another chance to gauge profit within the now called "damage industry moral". To get such a response will take up the premise of literature and documents, which will be analyzed, doctrines, magazine articles and internet, Brazilian jurisprudence of courts and the law positively valued. The nature of the research being prepared is the qualitative and their goals are exploratory. The principle will be treat family relations, encompassing concepts, historical lineaments, classification and new paradigms. Then he goes on to address the moral damage, conceptualizing it, relating their origins, requirements and criteria to quantify. Finally, it enters specifically to the study of moral damages in family relationships, dealing with the value of affect in emotional relationships, the requirements for conviction affective abandon the paternal-filial relationship and also addressing the possibility indemnification by emotional abandonment with the child to elderly parents, what doctrine called inverse emotional distance. Concluding the discussion it is clear that the doctrine and jurisprudence, albeit with some caveats, is admitting the possibility indemnification for moral damages resulting from emotional abandonment.

Keywords: Family. Moral damages. Affection. Affective abandonment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 RELAÇÕES FAMILIARES.....	12
2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA.....	12
2.2 LINEAMENTOS HISTÓRICOS DA FAMÍLIA.....	16
2.3 CLASSIFICAÇÃO DA FAMÍLIA.....	21
2.4 NOVOS PARADIGMAS FAMILIARES.....	29
3 DANO MORAL.....	32
3.1 CONCEITO.....	32
3.2 ORIGEM DOS DANOS DE ORDEM MORAL.....	36
3.3 REQUISITOS DO DANO MORAL.....	41
3.4 REPARAÇÃO DO DANO MORAL E SUA QUANTIFICAÇÃO.....	46
4 DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	53
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	53
4.2 O VALOR DO AFETO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS.....	58
4.3 OS REQUISITOS DA CONDENAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS.....	64
4.4 ABANDONO AFETIVO INVERSO.....	69
5 CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tratará da possibilidade de cobrança de indenização por dano moral frente ao abandono afetivo em relações familiares, mais especificamente nas relações entre pais e filhos.

Consabido é que, a temática a ser aqui discutida é controvertida, haja vista que trata de um ponto até então não abordado pelo direito: afeto e/ou dever de cuidado.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito da filha, ao recebimento de indenização por parte do pai, ante a inércia deste em cumprir o seu dever de “cuidado” para com ela, tendo asseverado a Ministra Nancy Andrighi, entre votos divergentes, que a indenização não se devia à falta de amor, por ser este uma faculdade, mas sim pela falta de cuidado, que é um dever dos pais.

Salienta-se a importância do tema em vista da possibilidade indenizatória pelo abandono afetivo, aferir a sua possibilidade e ressaltar as hipóteses, hoje reconhecidas nos Tribunais, de seu cabimento, especialmente para que tal fato não seja mais um a fomentar a chamada “indústria do dano moral”. Ademais, é necessário trazer à tona as formas atuais de relações familiares, para após adentrar na temática do dano moral e de sua possibilidade ante ao abandono afetivo, para que haja uma melhor compreensão do tema.

Cabe ponderar que o tema a ser estudado é recente e, no entanto, de grande repercussão e opiniões divergentes. Neste aspecto, o presente estudo almeja trazer à baila o maior substrato doutrinário e jurisprudencial possível, a fim de que se possa aferir se a indenização por abandono afetivo é deveras afeto à área jurídica e encontra respaldo no princípio da legalidade.

O problema sobre qual se regerá toda a pesquisa vem incrustado no próprio título do trabalho, consubstanciando-se na possibilidade de cobrança de indenização por dano moral ante ao abandono afetivo.

O dano moral no direito brasileiro vem sendo por muitos banalizado, chegando a ponto de muitos juristas e mesmo críticos da área, chegarem a afirmar a existência de uma “indústria” do dano moral.

Este tipo de dano indenizável é todo o dano que, vem de alguma forma a ofender a moral e a dignidade da pessoa, afetando sua personalidade.

No campo do dano decorrente de relações de afeto essa ofensa é mais saliente, mais agressiva, atingindo com mais ênfase a moral e a dignidade da pessoa. Entretanto, posicionamentos divergentes confrontam-se entre si, para suscitar, de um lado, que o amor ou o afeto é algo que não se pode exigir; de outro lado, sustenta-se que o dano não decorre da ausência de amor, mas da ausência de cuidado, que é um dever dos pais para com os filhos.

A problemática do presente estudo cinge-se, portanto, no seguinte questionamento: “Qual a possibilidade de cobrança de verba indenizatória decorrente de um dano gerado em relações de afeto, sem que esta modalidade, ainda recente, de dano, venha a se refletir em apenas mais um modo de auferir lucro?”.

Assim, para uma melhor abordagem e compreensão do tema a ser exposto dentro deste projeto, importante delimitar os pontos a serem abordados dentro da temática do dano moral decorrente das relações de afeto.

Inicialmente, tem-se por objetivo primordial analisar as possibilidades de cobrança do dano moral nas relações afetivas, já que os Tribunais têm divergido acerca do tema, o qual ainda é recente e muito questionado.

Especificamente, é necessário estudar as relações familiares, identificando suas espécies e trazendo à colação seus lineamentos históricos e novos paradigmas familiares da modernidade.

Do mesmo modo, estudar o dano moral, como forma de indenização pela ofensa à personalidade, dignidade e à moral da pessoa, bem como, apontar fatores conceituais e históricos deste tipo de dano, trazendo ainda à baila, entendimentos jurisprudenciais acerca da temática.

Objetiva-se ainda, verificar a possibilidade de cobrança de indenização decorrente de um dano de ordem afetiva advindo de relações familiares, onde as linhas de ligação entre as partes envolvidas são mais tênues e mais frágeis, correlacionando os entendimentos doutrinários aos jurisprudenciais acerca do tema, aferindo se há posicionamento dominante.

Por fim, este trabalho tem por escopo também, aferir até em que ponto é possível indenizar-se a falta de afeto, de amor e de cuidados, especialmente no que se refere às relações entre pais e filhos.

Outrossim, a fim de elaborar-se o trabalho de forma coerente e explicativa faz-se necessário verificar inicialmente quais são os lineamentos históricos e os novos paradigmas familiares presentes na sociedade atual.

Ainda, questiona-se qual a possibilidade de uma pessoa ser indenizada por ter sido afetivamente abandonada, mais especificamente, qual a possibilidade de um filho ser indenizado ante ao abandono afetivo por parte de seu pai ou de sua mãe, ou ainda, se há a possibilidade inversa, de os genitores, pai ou mãe, cobrarem indenização do filho pelo abandono de ordem afetiva deste para com eles.

Sob esta ótica, é necessário ainda questionar o que é de fato cobrado daquele que em tese “abandonou”: o amor, o afeto, o dever de cuidado, qual é o dano e do que ele decorre.

Perquirir-se-a ainda qual o posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema.

2 RELAÇÕES FAMILIARES

2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

Para o ordenamento jurídico este instituto que convencionou-se chamar de família é de suma importância, decorrendo dele as mais diversas espécies de relações jurídicas. Entretanto, o que para os juridicamente leigos pode ser de fácil definição, doutrinariamente fala-se acerca da complexidade de definir-se este instituto. Juridicamente, vários são os conceitos dados à família, que se unidos conduzem à um único caminho de compreensão. Assim, passar-se-á aqui a definir-se o vocábulo “família”.

Juridicamente conceituando o termo “família”, tem-se a definição dada por De Plácido e Silva (2008, p. 599):

FAMÍLIA. Derivado do latim *família*, de *famel* (escravo, doméstico), é geralmente tido, em sentido estrito, como a *sociedade conjugal*. Neste sentido, então, *família* compreende simplesmente os *cônjuges* e sua *progênie*. E se constitui, desde logo, pelo casamento. Mas, em sentido lato, família quer significar todo “conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade” (Clóvis Beviláqua). Representa-se, pois, pela totalidade de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, ou sejam provindas do mesmo sangue, correspondendo à *gens* dos romanos e ao *genos* dos gregos. (grifos no original)

“A família é um *organismo jurídico* (Cicu) ou um organismo natural, no sentido evolutivo. Mais particularmente o é neste outro, de um grupamento que se constitui naturalmente, e cuja a existência a ordem jurídica reconhece.” (PEREIRA, 2012, p. 28)

O vocábulo *família* não tem uma significação unívoca, segundo Orlando Gomes (1968, p.3). No próprio direito romano era empregado em várias acepções, aplicando-se às coisas e às pessoas. Ora significava o conjunto das pessoas sujeitas ao poder do *pater famílias*, ora o grupo dos parentes unidos pelo vínculo da cognação, ora o patrimônio ou a herança. Citado autor relata ainda que, modernamente, o vocábulo *família* perdeu o sentido etnológico de grupo das pessoas que vivem sob o mesmo teto, com economia comum, passando, em acepção *lata*, a compreender todas as pessoas descendentes de ancestral comum,

unidas pelos laços do parentesco, às quais se ajuntam os afins. Neste sentido, assevera o autor, abrange, além dos cônjuges e da prole, os parentes colaterais até terceiro grau, como tios, sobrinhos, primos, e os parentes por afinidade, sogros, genro, nora, cunhados. Em *Strictu sensu*, família limita-se aos cônjuges e seus descendentes, englobando, também, os cônjuges dos filhos.

Paulo Nader (2011, p. 03) discorre acerca da complexidade de se atribuir um conceito à família e cita o que leciona Arnaud (1999, p. 336), o qual diz não se conseguir dar à família uma definição:

Dada a complexidade que envolve a noção de família, especialmente diante da evolução dos costumes, em vão os autores tentam defini-la, reconhecendo alguns que tal objetivo é inalcançável de um modo incontestado, a ponto de André-Jean Arnaud declarar: “... *não se consegue dar uma definição de família...*”. Todavia, como o jurista não deve trabalhar, em qualquer setor do conhecimento, sem a prévia noção do objeto, impõe-se a busca do conceito.”(grifo no original).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 39) referem que “não é possível apresentar *um conceito único e absoluto de Família*, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias.” (grifo no original)

O professor Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 25) define família nos seguintes termos:

“Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos dos cônjuges (cunhados). (...) Na verdade, em sendo estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos.”

Embora saliente a complexidade de definir o termo “família”, Nader (2011, p. 3) conceitua:

Deixando entre parêntese os elementos não essenciais, contingentes, podemos dizer que *família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum. Ao lado da grande-família, formada pelo conjunto de relações geradas pelo casamento, ou por outras entidades familiares, existe a pequena-família, configurada pelo pai,*

mãe e filhos. Algumas disposições do Direito Civil alcançam os membros da grande-família, enquanto outras se dirigem à pequena. (grifo no original)

Este mesmo autor leciona ainda que o Código Civil de 2002 não confere à família um conceito unitário, referindo que os arts. 1.829 e 1.839, por exemplo, que dispõem sobre a linha sucessória, atribuem à família um sentido amplo, que abrange os parentes em linha reta (pais, filhos, netos) e os em linha colateral até o quarto grau (irmãos, tios e sobrinhos, primos). Em sentido estrito, assevera que tem-se a chamada *família nuclear*, constituída por pais e filhos, considerada na disposição do art. 1.568. (NADER, 2011, p. 4)

Como ente familiar ou família, define-se (RIZZARDO, 2011, p.11):

Considera-se a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Ou seja, constitui família o grupo integrado por um dos pais e pelos filhos e demais descendentes. É o que se denomina família monoparental, de grande importância atualmente, dada a quantidade dessas famílias, especialmente formadas por mães e filhos. Realmente, em vista da frequência como se formam uniões puramente sexuais, sem a maior estabilidade, decorrem conjuntos familiares das mães e dos filhos, ou, mais raramente, do pai com os filhos. O fenômeno se repete com as separações ou divórcios, quando um dos pais fica com a guarda dos filhos, passando a constituir uma nova unidade familiar.

Do direito comparado extrai-se a definição de Schlüter, ao tratar do Direito de Família no Código Civil Alemão (2002, p. 55-56):

Família pode ser uma vez entendida como *grande família*, ou seja, como comunidade de todos os parentes consanguíneos. Ele é tomada como princípio pela lei, nos §§ 1601 ff¹, 1589 BGB² sobre a obrigação de pensão entre parentes e nos §§ 1924 ff BGB sobre a sucessão legal. Mas família também pode ser entendida como *pequena família* no sentido de uma comunidade doméstica de pais e filhos. (grifos no original)

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 45) cuidaram em apresentar um conceito geral de família, tomando por base o superior princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa linha, apresentaram um conceito sistematizado, da seguinte forma:

a) *núcleo existencial composto por mais de uma pessoa*: a ideia óbvia é que, para ser família, é requisito fundamental a presença de, no mínimo, duas pessoas;

¹Folggelnde (ff): páginas, parágrafos seguintes.

²BürgerlichesGesetzbuch (BGB): Código Civil Alemão

b) *vínculo socioafetivo*: é a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os membros da família, constituindo-a. a família é um fato social, que produz efeitos jurídicos;

c) *vocação para a realização pessoal de seus integrantes*: seja qual for a intenção para a constituição de uma família (dos mais puros sentimentos de amor e paixão, passando pela emancipação e conveniência social ou até mesmo ao extremo mesquinho dos interesses puramente econômicos), formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social.

Na lição de Paulo Nader (2011, p. 5), em sua estrutura e finalidade, a família é um grupo social *sui generis*, que encerra interesses morais, afetivos e econômicos. Antes de jurídica, é uma instituição de conteúdo moral, sociológico e biológico, que centraliza interesses sociais da maior importância. O seu papel é relevante para a criação da prole, equilíbrio emocional de seus membros e para a formação da sociedade. Os vínculos internos, ao mesmo tempo que induzem à cooperação, contém um potencial de hostilidade e conflito, que podem eventualmente ser desenvolvidos.

Emerge ainda da doutrina um conceito de família que está respaldado na busca da felicidade e na satisfação afetiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 45):

É preciso compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo, ainda que existam – e infelizmente existem – arranjos familiares constituídos sem amor.

O que não se pode prescindir, nesse contexto, é o seu intrínseco elemento teleológico consistente na formação de um núcleo existencial que tenha por finalidade proporcionar uma tessitura emocional (e afetiva) que permita a realização da família como comunidade e dos seus membros como indivíduos.

A constituição da família é de livre iniciativa dos indivíduos, mas os efeitos jurídicos são os previstos pelo ordenamento. Tão importante é a família para a sociedade e, conseqüentemente, para o Direito, que Jean Carbonnier (1974, p. 155, *apud* NADER, 2011, p. 4) a considerou, ao lado da propriedade e do contrato, um dos pilares da ordem jurídica.

Embora haja definições diversas, é possível denotar que todas conduzem à uma única direção, na qual a família define-se pelo agrupamento de duas ou mais pessoas, unidas por laços de consanguinidade e de afetividade e é sobre este aspecto em específico – afetividade – é que laborar-se-á no presente trabalho.

2.2 LINEAMENTOS HISTÓRICOS DA FAMÍLIA

Dentro da temática envolvida no presente trabalho mostra-se saliente a necessidade de estudar-se os lineamentos históricos da família, pois é decorrente desta evolução que é possível compreender o que é o abandono afetivo dentro do contexto familiar, que vem movendo inúmeras ações indenizatórias.

Manter vínculos afetivos não é uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja ela verdadeira aversão que todos têm à solidão. Parece que as pessoas só são felizes quanto tem alguém para amar (DIAS, 2013, p. 27).

Como a lei sempre vem depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligado biologicamente. É essa a estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, 2013, p. 27)

Acerca da origem da família, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 16) leciona:

Associa-se o seu surgimento, porque conceitualmente não há outra alternativa, ao da prática da proibição do incesto, isto é, à regulação das relações sexuais permitidas e proibidas. Mas pouco se consegue avançar, pela trilha da certeza científica, no conhecimento de sua origem, porque nunca houve, como não há hoje em dia, uma forma única de família.

Segundo leciona Arnaldo Rizzardo (2011, p. 9), na fase primitiva, era o instinto que comandava os relacionamentos, aproximando-se o homem e a mulher para o acasalamento, à semelhança das espécies irracionais. Fala-se em uma promiscuidade primitiva, quando não ocorriam as uniões reservadas. Em período mais adiantado, explica, havia o rapto: a união iniciava com a apreensão da mulher pelo homem, que se efetivava com um ato de força, ficando submetida ao seu domínio.

Schlüter (2002, p. 56), discorrendo sobre a face histórica da família no direito civil alemão, considera que:

A grande família, entendida como a parentela organizada no clã familiar, manteve-se, até a modernidade, como comunidade autônoma, jurídica e de produção. Ela perdeu seu significado como comunidade jurídica (e de vingança), somente quando o Estado autoritário da modernidade criou uma ampla ordem jurídica e tomou para si o monopólio do exercício de poder.

A pequena família era inicialmente não somente comunidade de pais e filhos, mas ao mesmo tempo comunidade de produção. No trabalho conjunto os filhos eram educados e instruídos. Com a industrialização, ela perdeu consideravelmente esta função. A subsistência começou a ser garantida com o trabalho fora da família. Isto fez com que, por um lado, a família não mais educasse exclusivamente os filhos, mas tivesse que concorrer com as instituições estatais para a sua instrução e educação. Esta relação de tensão entre educação paternal de um lado, e educação estatal através de instituições escolares e extra-escolares de outro, permaneceu, até os dias atuais, um tema específico da discussão jurídico-política.

Fato certo e comprovado, no que se refere às origens da família, segundo ensina Pereira (2012, p. 30), é que a família ocidental viveu longo período sob forma patriarcal, assim tendo a reconhecido as civilizações mediterrâneas e assim a divulgou a documentação bíblica.

Cogita-se, embora sem rigor científico, do *matriarcado* como sistema social primitivo, que existiria após uma fase de promiscuidade social e antes do *patriarcado*. Em tal regime, o governo familiar teria sido exercido pela mulher. Por ela se registrava a descendência e a sucessão. A ideia prevalente entre os antropólogos e sociólogos, ao final do segundo milênio, era que o matriarcado como fenômeno social generalizado não chegou a se institucionalizar. Dentro do matriarcado teria havido tanto a *poliandria* (vários homens para uma mulher) como a *monogamia*, fase em que a mulher se unia apenas a um homem. O fato de o homem ser guerreiro, caçador, deslocando-se no espaço como nômade, enquanto a mulher cuidava da sobrevivência dos filhos, cultivando a terra, muito contribuiu para a caracterização do pretendido tipo familiar. (NADER, 2011, p. 8-9)

Com efeito, não faltam referências de que a família haja passado pela organização matriarcal, contudo, não há proclamação de que foi estágio obrigatório na evolução da família. Pode ter acontecido, eventualmente, em algum agrupamento a ausência temporária dos homens nos misteres da guerra ou da caça haja subordinado os filhos à autoridade materna, que assim a investia de poder. (PEREIRA, 2012, p. 29)

Engels ([?], p. 18-9), em sua obra fundamental para a compreensão da família como um instituto, observa (citado por GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 47):

O estudo da história da família data de 1861, com o aparecimento do livro *Direito Materno* de Bachofen. Nesse livro, o autor faz as seguintes afirmações: 1) – nos tempos primitivos, os homens viviam em total promiscuidade sexual – chamada impropriamente de heterismo por Bachofen; 2) – esse tipo de relações excluía qualquer possibilidade de estabelecer, com segurança, a paternidade, de modo que a filiação só podia ser contada por linha feminina, segundo o direito materno, e que isso ocorria em todos os povos antigos; 3) – por conseguinte, as mulheres, como mães, como únicos genitores conhecidos da nova geração gozavam de elevado grau de apreço e consideração, chegando, segundo afirma Bachofen, ao domínio feminino absoluto (ginococracia); 4) – a transição para a monogamia, em que a mulher passava a pertencer à um só homem, encerrava em si uma violação de uma lei religiosa muito antiga (ou seja, efetivamente uma violação do direito tradicional que os outros homens tinham sobre aquela mulher), transgressão que devia ser expiada ou cuja tolerância era compensada com a posse da mulher por outros durante determinado período.

Essa crítica visão permite a rediscussão de um paradigma muito aceito na concepção ocidental, qual seja, de que a forma patriarcal e monogâmica de família seria a modalidade mais antiga, como se não tivesse havido qualquer evolução, admitindo-se, no máximo, algum tipo de período de ausência de regra geral de papéis sexuais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 47).

Paulo Nader (2011, p. 9) descreve que na antiga civilização greco-romana, a união entre o homem e a mulher se fazia pelo casamento, e a família formava-se pelos descendentes de um mesmo ancestral, que praticavam no lar o culto aos antepassados. Refere ainda que, ao se casar, a mulher deixava a casa e os seus deuses e passava ao lar do marido, seguindo a sua religião, formada por deuses, hinos e orações. Desligava-se de sua família original para integrar a do marido, e os antepassados dele eram seus antepassados. Relata o autor que o filho adotivo, incorporando-se ao novo lar, era recebido como um de seus membros. Os fundamentos da família não estavam na geração de filhos, nem no afeto; repousavam na religião do lar e no culto que se praticava.

A família patriarcal, na Grécia antiga, segundo leciona Nader (2011, p. 9), foi retratada por Platão e exaustivamente por Aristóteles, nada se acrescentando ulteriormente aos seus registros. Os grupos familiares eram mais do que bárbaros. O governo se fazia pelo varão mais forte, que zelava por sua mulher ou mulheres e pelos demais membros da unidade familiar.

A família romana, igualmente, passou pela fase patriarcal (NADER, 2011, p. 10):

A família romana, como a da Grécia antiga, foi patriarcal. O pequeno grupo social se reunia em função do *pater*, que era o único membro com personalidade, isto é, que era pessoa. Os demais componentes da família eram *alieni juris* e se submetiam ao *pater potestas*. O *alieni juris* gozava, porém, de direitos políticos, sendo-lhe permitido assumir funções públicas, como a de cônsul e magistrado, além de votar e ser votado. Internamente, perante todos, o *pater* é sacerdote e magistrado. O patrimônio familiar se concentrava em suas mãos.

“A partir do século IV com o Imperador Constantino, instala-se no Direito Romano a concepção cristã de família na qual as preocupações de ordem moral predominam, sob inspiração do espírito de caridade.” (PEREIRA, 2012, p. 31)

Na sua concepção pós-romana, a família recebeu a contribuição do direito germânico. Recolheu, sobretudo, a espiritualidade cristã, reduzindo-se o grupo familiar aos pais e filhos, e assumiu cunho sacramental.

E veio revestir-se no direito moderno outras características. Substituiu-se, à organização autocrática uma orientação democrático-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. As relações de parentesco permutaram o fundamento político do *agnatio* pela vinculação biológica da consanguinidade (*cognatio*).

Os pais exercem o poder familiar, no interesse da prole menos como direito do que como complexo de deveres (poder-dever, em lugar de poder-direito). (PEREIRA, 2012, p. 32)

Deixando um pouco de lado as discussões acerca do modelo inicial de família, há de se reconhecer que na Antiguidade, os grupamentos familiares eram formados não com base na afetividade, que é o princípio básico do direito de família brasileiro moderno, mas sim na instintiva luta pela sobrevivência, independente disso gerar ou não uma relação de afeto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 49).

Segundo lecionado por Coelho (2012, p. 21), três são os modelos de famílias: tradicional, romântica e contemporânea. Na família tradicional, que existiu até meados do século XIX, segundo o autor, o pai era o poderoso chefe em torno do qual gravitavam os demais membros. A ele competiam todas as decisões: escolher a profissão dos filhos homens, definir as amizades que a mulher e filhas podiam cultivar, determinar os horários em que elas podiam sair de casa e a companhia que estavam autorizadas a ter. De todas as decisões que unilateralmente tinha o poder de tomar, a mais importante era a escolha da pessoa com quem seus filhos iriam se casar. Independentemente do sexo, o filho casava com quem o pai determinava.

Na família romântica, assim descreve referido doutrinador:

Na família romântica, que existiu entre meados do século XIX até os anos de 1960, o pai perde boa parte de seu poder tirânico, mas continua ainda centralizando a vida da família. As pessoas passam a gozar de certa liberdade na escolha do futuro cônjuge. O casamento deixa de ser um contrato entre famílias, quase sempre norteado pelos interesses econômicos dos pais; torna-se o encontro de seres que se identificam de algum modo. Chama-se romântica essa estrutura familiar porque com ela tem início o processo de despatrimonialização do direito de família. Mas é só o início, atente. O jovem só se arriscava a pedir a mão em casamento da mulher amada se tivesse alguma esperança de não ser recusado pelo pai dela; isto é, se podia se apresentar como alguém em condições de proporcionar-lhe um padrão de vida semelhante ao que tinha na casa do pai. Na família do noivo, em princípio, o pai era apenas informado da decisão do filho, mas este também se preocupava em tomar a decisão que o agradasse, para não correr o risco de sofrer algum prejuízo material (deserção ou simples negativa de recursos).

Já quanto a família contemporânea, ele assim explica:

A família contemporânea é resultado da mudança significativa na condição da mulher na sociedade, ocorrida na segunda metade do século passado. Podendo exercer sua sexualidade com mais liberdade, graças à pílula anticoncepcional, e ocupando no mercado de trabalho lugar de importância equivalente ao do homem, a mulher pode ser independente; não tem mais que aceitar minimamente a ideia de casar ou deixar de casar em função da vontade do pai. A chefia da família contemporânea não é mais do homem, e as decisões importantes (domicílio, local das férias, redecação da casa, etc.) surgem de intensa negociação com a mulher e os filhos. Quanto ao casamento destes, os pais são meramente informados, com mais ou menos solenidade, acerca da decisão tomada diretamente pelos noivos.

A expressão “família” ganhou significado jurídico no Direito Romano, mas com uma acepção diferente do significado que hoje apresenta. Em Roma a família pautava-se numa unidade econômica, política, militar e religiosa, que era comandada sempre por uma figura do sexo masculino, o *pater familias*. Esta figura consistia no ascendente mais velho de um determinado núcleo, que reunia os descendentes sob sua absoluta autoridade, formando assim o que se entendia por família. O prestígio exercido pelo *pater familias* era enorme, a ponto de deter o poder sobre a vida e a morte de todos que estavam sob sua autoridade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 50).

A visão tradicional da família, centrada no pai de família, como líder espiritual e necessário provedor da casa, sofreu sério abalo com as novas necessidades da coletividade. Conforme explicam Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 52), com a maior demanda de mão de obra e aumento da carência econômica pela pobreza

disseminada, as mulheres, que outrora se limitavam ao labor doméstico, ingressaram maciçamente no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. Os núcleos familiares migraram para as cidades em busca de novas oportunidades e, com a redução do espaço das áreas de convivência e com o alto custo de vida, passou-se a repensar o tamanho da prole e a valorizar a aproximação dos seus membros e seu vínculo afetivo.

Discorrendo acerca da concepção moderna de família Pereira (2012, p. 32) prossegue com suas ponderações:

Na sua evolução pós-romana, a família recebeu a contribuição do direito germânico. Recolheu, sobretudo, a espiritualidade cristã, reduzindo-se ao grupo familiar de pais e filhos, e assumindo cunho sacramental.

E veio revestir no direito moderno outras características. Substituiu-se, à organização autocrática uma orientação democrático-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. As relações de parentesco permutaram o fundamento político do *agnatio* pela vinculação biológica da consangüinidade (*cognatio*).

Os pais exercem o poder familiar, no interesse da prole com menos direito do que como complexo de deveres (poder-dever, em lugar do poder-direito).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 52-53) referem que a simples observação da realidade permite ver que neste momento, reconhecido como de “pós-modernidade”, há uma variada gama de arranjos familiares que se enquadram na tutela jurídica constitucionalizada da família, com os olhos voltados para um evidente e contínuo processo de dessacralização e despatrimonialização do Direito de Família. Mencionam que a proposital menção à expressão “contínuo processo” se dá porque, dificilmente conseguir-se-á um “Direito de Família puro”, despido de interesses patrimoniais que regem a sociedade capitalista.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DA FAMÍLIA

A respeito da classificação das famílias, subdividem-se em duas categorias, segundo leciona Coelho (2012, p. 27): as constitucionais e as não constitucionais. As famílias constitucionais, segundo refere, são as mencionadas na Constituição Federal (art. 226). São três: a instituída pelo casamento, pela união estável do

homem e da mulher e a família monoparental, isto é, a formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Já as famílias não constitucionais são as demais, não lembradas pelo constituinte, incluindo-se, nesta ampla categoria, por exemplo, as derivadas de parcerias entre pessoas do mesmo sexo e as famílias não monogâmicas.

Muito embora fale-se, nos dias atuais, na crise da família, a doutrina é unânime em reconhecer que na realidade, está a se construir uma nova concepção de família (PEREIRA, 2012, p. 33):

Há uma nova concepção de família que se constrói em nossos dias. Fala-se na sua desagregação e no seu desprestígio. Fala-se na crise da família. Não há tal. Um mundo diferente imprime feição moderna à família. Não obstante certas resistências e embora se extingam os privilégios nobiliárquicos, a família ainda concede prestígio social e econômico, cultivando seus membros certo orgulho por integrá-la. Recebe inequívoca proteção do Estado, que intervém cada vez mais na medida em que os poderes privados declinam. As relações familiares foram necessariamente atingidas: entre pais e filhos e entre os diversos membros do grupo familiar. Desapareceu a organização patriarcal, que vigorou no Brasil por todo o século XX, não apenas no direito, mas sobretudo nos costumes.

Para Coelho (2012, p. 20) não existiu uma estrutura única de família. A família extensa, predominante no meio rural de Pernambuco no período colonial tem pouco em comum com a família nuclear que predominava na São Paulo do século XVIII e nenhuma delas poderia ser chamada de modelo de “família brasileira”. Segundo ele, nos dias atuais ainda é assim, não sendo possível identificar uma estrutura única de família.

Na vida prática, a composição familiar se apresenta sob múltiplos modelos. Alguns empregam a expressão *polimorfismo familiar* ao abordar o tema. Ao lado da família tradicional, instituída pelo matrimônio e composta pela união de pais e filhos, há modelos diversos, alguns previstos no *Jus Positum*, como a *união estável* e a *relação monoparental*. (NADER, 2011, p. 4)

Dentre as formas de constituição da família está o matrimônio. Até a entrada em vigor da atual Constituição, conforme ensina Maria Berenice Dias (2013, p. 44) o casamento era a única forma admissível de formação da família. Apenas em 1988 o Estado reconheceu outras entidades familiares. Esse prestígio à família extramatrimonial atende aos interesses do Estado que, segundo a autora, delega à família a formação de seus cidadãos, tarefa que acaba quase sempre onerando exclusivamente a mulher. Há um certo descomprometimento, tanto do homem

quanto das entidades públicas e entes governamentais, de ensinar e educar crianças e jovens, único meio de assegurar o futuro da sociedade. Por isso é que a Carta Constitucional consagra (CRFB, art. 226): *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*. Em face disso o Código Civil de 2002 procurou deixar expressa essa proteção ao proibir qualquer pessoa, de direito público ou privado, de interferir na comunhão de vida instituída pela família (CC, art. 1.513).

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 410): *“O casamento é, tão somente, uma das várias e multifárias formas de manifestação deste belo fenômeno convivencial que é a família, ombreando-se a outros tipos de entidade (...)”*.

A par da família matrimonial, Dias (2013, p. 45) elenca a família informal, assim discorrendo:

A lei emprestava juridicidade apenas à família constituída pelo casamento, vedando quaisquer direitos às relações nominadas **adulterinas** ou **concubinárias**. Apenas a família **legítima** existia juridicamente. A **filiação** estava condicionada ao estado civil dos pais, só merecendo reconhecimento a prole nascida dentro do casamento. Os **filhos** havidos de relações extramatrimoniais eram alvo de enorme gama de denominações de conteúdo pejorativo e discriminatório. Assim, filhos ilegítimos, naturais, espúrios, bastardos, nenhum direito possuíam, sendo condenados à **invisibilidade**. Não podiam sequer pleitear reconhecimento enquanto o genitor fosse casado. (grifos no original)

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 420) aduzem que com a admissão expressa pela Constituição Federal da união informal entre homem e mulher como família, rompeu-se uma tradicional supremacia do modelo casamentário como único *standart* possível e legitimado.

O legislador, além de não regular as relações extramatrimoniais, ressalta Dias (2013, p.45), com veemência negava consequências jurídicas a vínculos afetivos fora do casamento, alijando qualquer direito à concubina. No entanto, a eterna busca da felicidade fazia com que egressos de vínculos desfeitos constituíssem novas famílias. Essas estruturas familiares, esclarece a autora, ainda que rejeitadas pela lei, acabaram aceitas pela sociedade, fazendo com que a Constituição albergasse no conceito de entidade familiar, o que chamou de união estável.

Sobre a união estável extrai-se o conceito e características de constituição desta espécie de união, segundo ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 424-425):

(...) podemos conceituar a *união estável* como uma *relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família*.

Sistematizando nosso conceito, podem ser apontados os seguintes elementos caracterizadores essenciais da união estável na sociedade brasileira contemporânea:

a) *publicidade (convivência pública), em detrimento do segredo, o que diferencia a união estável de uma relação clandestina;*

b) *continuidade (convivência contínua), no sentido do animus de permanência e definitividade, o que diferencia a união estável de um namoro;*

c) *estabilidade (convivência duradoura), o que diferencia a união estável de uma "ficada";*

d) *objetivo de constituição de família, que é a essência do instituto no novo sistema constitucionalizado, diferenciando uma união estável de uma relação meramente obrigacional. (grifos no original)*

Maria Berenice Dias (2013, p. 47) trata ainda da forma de família paralela ou simultânea e ressalta que as expressões para identificar a concomitância de duas entidades familiares são muitas e todas de cunho pejorativo,

As expressões para identificar a concomitância de duas entidades familiares são muitas, todas pejorativas. O **concubinato**, chamado de adúlterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé e até de concubinação, é alvo do repúdio social, legal e judicial. A doutrina insiste em negar-lhe efeitos positivos na esfera jurídica. Mas nem assim essas uniões deixam de existir, e em larga escala. Não há como negar que são relações de afeto e, apesar de serem consideradas invisíveis, geram efeitos jurídicos. Presentes os requisitos legais, a justiça não pode deixar de reconhecer que configuram união estável, sob pena de dar uma resposta que afronta a **ética**, chancelando o enriquecimento injustificado. (grifo no original)

Citada autora prossegue dizendo que, *“negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade.”* (DIAS, 2013, p. 47).

Sobre a união homossexual, Maria Berenice Dias (2013, p. 46) é enfática ao discorrer sobre o implícito preconceito da Constituição da República a respeito do tema:

Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou, de modo expresso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção

do Estado, pois a Constituição (1º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 159) igualmente salienta que a ausência de disciplina legal a respeito da união de pessoas do mesmo sexo importa em desrespeito ao princípio da dignidade humana.

A união civil de pessoas do mesmo sexo representa uma solução intermediária entre, de um lado, a admissão do casamento de homossexuais e, de outro, a inexistência de disciplina legal; ela tem sido adotada por muitos ordenamentos jurídicos.

Enquanto o direito positivo brasileiro silencia sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência protegem a família nascida de vínculos de conjugalidade de pessoas do mesmo sexo, a exemplo do que fez, no passado, na tutela da união estável.

(...)

Enquanto o direito positivo brasileiro continuar ignorando as famílias fundadas por casais do mesmo sexo, cabe à jurisprudência a tarefa de não as deixar ao desamparo. (COELHO, 2012, p. 159)

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 484) conceituam a união homoafetiva como: *“o núcleo estável formado por duas pessoas do mesmo sexo, com o objetivo de constituição de uma família”*.

Ainda a respeito da união homoafetiva como forma de constituição de família, os autores supra citados referem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 488):

Não existe, portanto, no Brasil, ainda, lei em sentido estrito que expressamente regule a união homoafetiva, de maneira que, no atual estágio do nosso Direito, sempre defendemos, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a *aplicação analógica das regras que disciplinam a união estável* (art. 1.723 a 1.727 do Código Civil).

Maria Berenice Dias (2013, p. 54-55) enumera, ainda, em sua obra “Manual de Direito das Famílias”, como formas de famílias, as famílias monoparental; parental ou anaparental e; pluriparental, composta ou mosaico. A família monoparental, conforme discorre, é aquela descrita na Constituição (art. 226, § 4º, CRFB), composta por qualquer dos pais e seus descendentes. Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar.

Segundo descreve Sérgio Resende de Barros (2003, p. 3), a família anaparental se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com o pai nem a mãe.

‘De origem grega, o prefixo “ana” traduz a idéia de privação. Por exemplo, “anarquia” significa “sem governo”. Esse prefixo me permitiu criar o termo “anaparental para designar a família sem pais.’

Sobre a família parental ou anaparental leciona Dias (2013, p. 55):

A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família parental ou anaparental.

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar.

As famílias pluriparentais são aquelas caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência. Maria Berenice Dias (2013, p. 56), autora desta definição, ressalva ainda que a cada dia surgem novas expressões – composta, mosaico e binuclear –, na tentativa de identificar as famílias que resultam de pluralidade de relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões.

As famílias podem ser classificadas ainda como naturais, extensas, ampliadas ou substitutas, cujos conceitos estão expressos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A respeito, leciona Maria Berenice Dias (2013, p. 56-57):

O conceito de família natural é trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (25): *a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes*. A expressão família natural esta ligada à ideia de família biológica, na sua expressão nuclear. E toda criança ou adolescente é assegurado direito de ser criado e educado no seio de sua família (art. 19).

A Lei 12.010/09 introduziu o conceito de família extensa ou ampliada: ***aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade***. Este novo conceito não diz exclusivamente com os vínculos de natureza biológica. A valoração da afetividade é também o critério norteador para a definição de família extensa ou ampliada. (grifos no original)

Sobre a família extensa, Dias (2013, 57) assevera que a tendência da doutrina é reconhecer que se trata de uma espécie de família substituta, até porque,

sobre uma perspectiva prática, os parentes próximos precisam regularizar situação por meio da guarda, tutela ou mesmo adoção.

Arnaldo Rizzardo (2011, p. 490) define a família substituta da seguinte maneira:

Em oposição à família natural, quando seus membros estão ligados por laços sanguíneos, há a família substituta, que, pelos termos da Lei n. 8.069, assim é considerada em relação ao menor que nela ingressa, em geral sem qualquer laço de parentesco biológico com os demais membros.

A colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas tem caráter excepcional, sendo garantida a convivência familiar e comunitária. Somente não havendo possibilidade de reinserção na família biológica, conforme frisa Dias (2013, p. 57), nem inclusão na família extensa, é que se passa a falar em família substituta.

Maria Berenice Dias (2013, p. 58) elenca ainda na classificação das famílias, a família eudemonista, identificada pelo seu envolvimento afetivo:

A ideia de família formal, decorrente do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que são as relações afetivas o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. É o afeto que organiza e orienta o desenvolvimento da personalidade e assegura o pleno desenvolvimento do ser humano. A busca da **felicidade**, a supremacia do **amor**, a vitória da **solidariedade** ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e da preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador. Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu desenvolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. (grifos no original)

Portanto, a família eudemonista diz respeito à família que busca a realização plena de seus membros, constituindo-se pela comunhão de afeto recíproco, independente do vínculo biológico. De acordo com Andrade (2008, p. 1):

Eudemonista é considerada a família decorrente da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua, como é o caso de amigos que vivem juntos no mesmo lar, rateando despesas, compartilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem, razão por que os juristas entendem por bem considerá-los como formadores de mais um núcleo familiar.

Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo se deu a nomenclatura de família eudemonista, que busca a felicidade individual, vivendo um processo de emancipação de seus membros. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver,

convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar.

Consoante infere-se dos entendimentos doutrinários acerca do tema, na organização da família atuam normas heterônomas, impostas pelo ordenamento jurídico, e outras de caráter autônomo, criadas internamente e assimiladas nas esferas moral, religião e regras de trato social, sendo que cada família possui o seu “estatuto próprio” e, apenas às famílias compete estabelecer o seu regime peculiar, tanto o é que a própria Constituição da República Federativa do Brasil é expressa neste sentido, ao prescrever que “*o planejamento familiar é livre decisão do casal*”. A interferência do Estado na organização da família visa, em um primeiro plano, à justiça nas relações interindividuais e, em segundo, à firmeza e à força de suas próprias instituições. (NADER, 2011, p. 6-7).

Concluindo acerca da classificação da família, oportunas são as palavras de Nader (2011, p. 6), que leciona que, em sua formação mais comum – *união de casal para uma comunhão de vida* –, a família é uma instituição guiada pela ordem natural das coisas, pela natureza, e tem o seu curso ditado pelo afeto, instinto e razão. Frisa que não são as convenções sociais a fonte geradora da família e salienta que a necessidade de desenvolver a afetividade e o sexo aproxima os casais, proporcionando a continuidade da espécie, mas é a razão, associada à experiência, que os orienta no planejamento da vida em comum, na criação e educação dos filhos.

De acordo com o abordado neste tópico fica claro que, em que pese haja modelos diversos de famílias, a legislação respalda apenas algumas delas, de modo que fica a cargo da doutrina e jurisprudência a abordagem e disciplina das demais. Fato certo, no entanto, é que em todas as formas, o elo que constitui e sustenta a família é o afeto.

2.4 NOVOS PARADIGMAS FAMILIARES

Segundo pode-se observar neste capítulo, a família passou por diversas modificações ao longo de toda a história, desde a forma matriarcal, não unânime entre os estudiosos, ao patriarcado, passando por uma fase de relações promíscuas, sem qualquer restrição moral, até chegar ao conceito atual de família, donde diversas ramificações deste conceito são visualizadas, não existindo uma forma única de família.

Nader (2011, p. 11-12) descreve que na Idade Contemporânea, a característica da família variou em função do regime econômico. Assim, na sociedade eminentemente agrária, em que o trabalho era desenvolvido pela célula familiar, a autoridade dos pais era preservada, bem como a convivência entre pais e filhos e a própria unidade da família. À medida, porém, que se efetiva a Revolução Industrial, ocorre a emigração para as cidades e verifica-se a desconcentração dos membros da família.

Este mesmo autor refere ainda que até o advento da chamada *revolução sexual*, que se processou a partir da segunda metade do século XX, prevaleceram o puritanismo judaico e a ditadura religiosa, sob a influência do catolicismo. Nesse tempo houve o império absoluto da hipocrisia, uma vez que o homem era instigado ao sexo, enquanto a mulher era instigada ao puritanismo. Tal situação induzia à prostituição e às práticas homossexuais, ambas seriamente reprimidas. A revolução sexual, instaurada a partir da pílula anticoncepcional e de outras importantes descobertas científicas, modificou o comportamento, sobretudo dos jovens, no campo da afetividade, advindo daí uma sociedade menos repressiva, mais liberal (NADER, 2011, p. 12).

Superada esta fase, novos paradigmas familiares são estabelecidos. Segundo menciona Coelho (2012, p. 20), centrada a atenção apenas no ambiente urbano, podem-se divisar os mais variados tipos de famílias: há os núcleos compostos pelo esposo, esposa e seus filhos biológicos; o viúvo ou viúva e seus filhos, biológicos ou adotivos; pai ou mãe divorciados e seus filhos, biológicos ou adotivos; esposo, esposa e os filhos deles de casamentos anteriores; esposo, esposa e o filho biológico de um deles, havido fora do casamento; esposo, esposa e filho adotivo;

casais não casados com ou sem filhos; pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos, biológicos ou adotivos, de um deles ou de cada um deles; a homossexual e o filho da companheira falecida; avó e neto; irmãs solteiras que vivem juntas etc.

Sob uma ótica atual, Pereira (2012, p. 34) discorre que a família modifica-se profundamente, não podendo definir-se suas linhas e contornos precisos. Entretanto, o autor assevera que não se deve falar em desagregação nem mesmo proclamar-se crise, pois como organismo natural, a família não acaba e como organismo jurídico, elabora-se a sua nova organização. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como “entidade familiar” (art. 226, § 3º). Uniões homoafetivas adquirem o *status* de “entidade familiar”, autorizando, inclusive, a adoção. Os vínculos de afetividade, segundo salienta o autor, projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar.

Maria Berenice Dias (2013, p. 33-34) igualmente defende a família e afirma, enfática, que ela não está em decadência, apenas está se modificando diante dos novos parâmetros sociais:

A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico e constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias. (DIAS, 2013, p. 33-34)

Há consideráveis mudanças nas relações de família, passando a dominar novos conceitos em detrimento de valores antigos. Nesta visão tem mais relevância o sentimento afetivo que o mero convívio (RIZZARDO, 2011, p. 12).

Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 35) salienta que os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua

afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico.

De todo o abordado neste primeiro capítulo é possível chegar-se à conclusão de que, ao longo das transformações da família no decorrer da história deixou-se de lado o materialismo que envolvia a unidade familiar, a conjugação de interesses que envolvia os membros da família, para adotar-se como elo principal de constituição da família o afeto. Embora, infelizmente, não se possa referir que o afeto esteja presente na totalidade das famílias que se formam, é ele o vínculo que gera as mais diversas formas de famílias, das quais o Direito não encontra-se preparado para dispor dos casos que se lhe achegam, havendo a necessidade de constantes mudanças a fim de que a legislação acompanhe os novos paradigmas familiares.

3 DANO MORAL

3.1 CONCEITO

A responsabilidade é uma situação de quem, tendo violado uma norma ou obrigação, causando um dano, se vê submetido às consequências decorrentes de seu ato lesivo. A natureza da norma violada pode apresentar-se sob três aspectos: civil, penal e moral. Sobre esta última é que ater-se-á o presente capítulo.

Inicialmente, convém destacar que a responsabilidade moral, oriunda de transgressão à norma moral, conforme leciona Maria Helena Diniz (1995, p. 15), repousa na seara da consciência individual, de modo que o ofensor se sentirá moralmente responsável perante Deus ou perante a sua própria consciência, conforme seja ou não um homem de fé.

Especificamente tratando do dano moral, Diniz (1995, p. 66) conceitua: “O dano moral vem a ser a lesão de interesse não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo.”

O dano moral subdivide-se em direto e indireto, o dano moral direto, conforme Maria Helena Diniz (1995, p. 68) consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). O dano moral indireto consiste na lesão à um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca um prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima.

Paulo Nader (2010, p. 86) assim leciona a respeito do dano moral:

Os patrimônios individuais são formados por bens materiais e imateriais. Os primeiros se compõem de riquezas suscetíveis de avaliação pecuniária, enquanto os segundos não comportam tal estimativa, como a vida, a honra, a liberdade. Os prejuízos causados aos bens materiais por *damnum*

emergens ou *lucrum cessans* configuram os *danos patrimoniais*, enquanto os afetos aos bens imateriais são os *danos morais*. A indenização por danos morais não visa à reparação, pois não há como a vítima se tornar indene; condena-se com dupla finalidade: a de proporcionar à vítima uma compensação e para se desestimular condutas desta natureza.

Nem todos os prejuízos causados às vítimas são de natureza material. Conforme assevera Paulo Nader (2010, p. 86), há valores humanos que, uma vez atingidos, provocam sofrimento, angústia, desespero e impõe reparação. Quando o ato ilícito atenta contra os direitos da personalidade, como o nome, a honra, a liberdade, a integridade física, a imagem, a intimidade, tem-se danos morais suscetíveis de indenização.

Danos morais, na definição de Wilson Melo da Silva (1955, *apud* RODRIGUES, p. 189), são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição por patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

Nader (2010, p. 86) leciona ainda sobre a definição do dano moral:

O dano moral é quando alguém atenta contra a constituição física da pessoa natural ou a atinge em sua composição incorpórea, como o nome, a honra, a liberdade em diversas manifestações, a psique. O efeito que o dano moral provoca é a dor física ou a psíquica, ambas não mensuráveis por padrões matemáticos ou econômicos.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 97) definem dano moral como uma lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, afirmam que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Estes autores supra citados frisam a importância de conceituar-se o dano moral, especialmente ante ao fato de que a lesão se dá em direitos, possui conteúdo não pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 97).

Nas palavras de Silvio Rodrigues (2002, p. 189):

Trata-se assim de dano sem qualquer repercussão patrimonial; se a injúria, assacada contra a vítima em artigo de jornal, provocou a queda de seu crédito e a diminuição de seu ganho comercial, o prejuízo é patrimonial, e não meramente moral. Este ocorre quando se trata apenas da reparação da dor causada à vítima, sem reflexo em seu patrimônio.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 98) dizem adotar a expressão “dano moral” tendo em vista estar consagrada pela doutrina, mas ressaltam que reconhecem não ser ela adequada para fixar todas as formas de prejuízos não fixável pecuniariamente. Dizem que a expressão “dano extrapatrimonial”, também comum na linguagem jurídica, pode se tornar equívoca, especialmente se comparada com a concepção de “patrimônio moral”, que supostamente abrangeria, dentre outros direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa. Melhor seria, segundo a concepção dos autores, utilizar-se do termo “dano não material” para se referir à lesões do patrimônio imaterial.

Silvio Rodrigues (2002, p. 190) assevera que muitas são as objeções levantadas contra a reparação do dano moral, *verbis*:

Muitas são as objeções levantadas contra a reparação do dano moral, a partir daquela que reputa imoral, se não escandaloso, discutir-se em Juízo os sentimentos mais íntimos, bem como a dor experimentada por uma pessoa e derivada de ato ilícito praticado por outra. Dentre essas objeções é mister destacar as mais importantes, a saber:

- a) a falta do efeito durável do dano meramente moral;
- b) a dificuldade em descobrir-se a existência do dano;
- c) a indeterminação do número de pessoas lesadas;
- d) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro da extensão do dano moral;
- e) o ilimitado poder que se tem de conceder ao juiz para avaliar o montante compensador do dano meramente moral.

As objeções acima formuladas têm sido reiteradamente respondidas no campo doutrinário. De fato, a circunstância de um evento danoso não ter efeito permanente não ilide a existência de um prejuízo, nem o mister de repará-lo. A indenização variará conforme a mágoa tenha maior ou menor duração.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 431) a função específica dos danos morais é compensar a dor, não se destinam a sancionar o devedor ou prevenir novos eventos danosos.

Ainda conceituando o dano moral, infere-se da lição de Washington de Barros Monteiro (2003, p. 489) que o dano moral é aquele que atinge um direito da personalidade do lesado. Os danos morais, segundo o doutrinador, podem ser divididos em duas categorias: 1ª) os que afetam a 'parte social do patrimônio moral' (ofensa à consideração social, que podem sofrer as pessoas naturais ou jurídicas); e 2ª) os que atingem 'a parte afetiva do patrimônio moral', alcançando o indivíduo em suas afeições (dor sentimental, que somente as pessoas naturais podem sofrer).

Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 2) ao escrever obra específica sobre o dano moral assevera que morais são os danos de natureza não-econômica e que "se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado". Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 430) assim disserta sobre o dano moral e a sua reparabilidade diante do Direito atual:

A dor não pode ser desfeita. Mesmo sensações posteriores de vingança ou de alívio financeiro não a desfazem. O único instrumento, na sociedade democrática dos novos tempos, que pode servir como resposta ao anseio da vítima de ver também este aspecto do evento danoso equacionado é o dinheiro. O devedor da obrigação de indenizar paga ao credor certa quantia com o objetivo específico de *compensar* a dor. O pagamento da indenização não repõe os danos morais, apenas os compensam. Não há ressarcimento, mas enriquecimento patrimonial. O aumento do patrimônio da vítima é a única forma, atualmente desenvolvida pelo Direito, para que sua indenização seja a mais justa possível.

Portanto, verifica-se que o dano moral é o dano que atinge a esfera sentimental da vítima/ofendido, aquele que fere-lhe no seu íntimo, e que não ataca a esfera patrimonial. Se houver ofensa patrimonial não há dano moral e sim material.

3.2 ORIGEM DOS DANOS DE ORDEM MORAL

Conforme dito anteriormente, é sobretudo relevante o estudo da face histórica dos danos morais, especialmente para fins de melhor compreensão acerca do tema. Nesse passo, seguir-se-á à expor os lineamentos históricos do dano moral.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 98-99) asseveram que, embora apenas a pouco tempo a tese de reparabilidade dos danos morais tenha se tornado pacífica na maioria das legislações contemporâneas, a história das nações demonstra que sempre houve preceitos normativos que amparavam algumas dessas pretensões.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 99) ponderam que, segundo Veit Valentim (1964, p. 81), o Código de Hamurabi foi o primeiro na história em que predominam ideias claras sobre direito e economia:

Trata-se de um sistema codificado de leis, surgido na Mesopotâmia, através do rei da Babilônia, Hamurabi (1792-1750 a.C.), também conhecido por Kamo-Rábi, que reviu, adaptou e ampliou diversas leis sumérias e acadinas. Tal código contém 282 dispositivos legais e foi descoberto graças a uma expedição francesa, chefiada pelo arqueólogo Jacques Morgan, sendo tais dispositivos conhecidos por intermédio de uma versão gravada em uma estela de basalto negro, encontrada originalmente em Susa-Irã, mas que hoje é conservada no Museu do Louvre

Os babilônios estabeleciam penalidades pecuniárias para os casos de dano moral, e somente quando estes meios eram frustrados é que se aplicava a pena de talião (MICHELLAZZO, 2000, p. 19).

A abordagem ao tema do dano moral, com efeito, salienta Theodoro Júnior (2001, p. 3), já se fazia presente no Código de Hamurabi, na Babilônia, quase 2.000 anos antes de Cristo, onde ao lado da vingança (“olho por olho, dente por dente”), se admitia, também, a reparação da ofensa mediante pagamento de certo valor em dinheiro, permitindo aos estudiosos entrever, nisso, a presença embrionária da ideia que resultou, modernamente, na teoria da compensação econômica, satisfatória dos danos extrapatrimoniais.

No Código de Hamurabi, segundo lecionam Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 99), a noção de reparação de dano está claramente definida. As ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, à custa de ofensas idênticas. Todavia o Código previa ainda a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário.

Outro momento importante na história da reparação pelo dano moral é o “Código de Manu”. Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 101) ensinam que Manu Vaivasvata, na mitologia hindu, foi um homem que, extremamente respeitado pelos brâmanes (membros da mais alta casta daquela sociedade), sistematizou as leis sociais e religiosas do Hinduísmo. Os citados doutrinadores mencionam que, embora a existência histórica de Manu seja discutível, o conjunto normativo conhecido por Código de Manu interfere até hoje na vida social e religiosa da Índia, onde o Hinduísmo ainda é a principal religião.

Confrontando o Código de Manu com o Código de Hamurabi, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 101) escrevem:

Confrontando-o com o Código de Hamurabi, não há como negar que, do ponto de vista da civilização moderna, o Código de Manu significou um avanço, eis que, enquanto no primeiro, a prioridade era o ressarcimento da vítima através de uma outra lesão ao lesionador original (dano que deveria ser da mesma natureza), o segundo determinava a sanção através do pagamento de um certo valor pecuniário.

Na trajetória histórica do dano moral está presente o Alcorão, que também traz exemplos de repressão histórica às lesões da esfera extrapatrimonial. Segundo expõe Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 101), verifica-se no item V que o adúltero não poderá casar-se senão com uma adúltera ou uma idólatra, sendo vedada tais uniões aos crentes. Esta proibição, segundo os autores, demonstra que o adultério se caracteriza, para os muçumanos, como uma autêntica lesão ao patrimônio moral dos indivíduos, correspondendo a proibição supra citada a uma forma de condenação.

Segundo Maxweel Sulívan Durigon Meneghini ([2014], p. 8), por ser o Alcorão um livro de cunho religioso, é uma lei acima das demais, pois dispõe de rigores e, ao mesmo tempo é controladora. Por isso deve-se compreender que neste livro não há o direito público ou direito privado propriamente dito, mas sim o direito dos homens,

o de Alá, que foi pregado por Maomé até sua morte, ou seja, o que há na verdade é um direito consuetudinário.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 101-102), asseveram que a Bíblia Sagrada, mais precisamente no Antigo Testamento, traz algumas passagens que, sem sombra de dúvidas, tratam da reparação de danos morais. Citam a passagem descrita em Deuteronômio 22:13-19, *verbis*:

“Se um homem tomar uma mulher por esposa e, tendo coabitado com ela, vier a desprezá-la, e lhe imputar falsamente coisas escandalosas e contra ela divulgar má fama, dizendo: ‘Tomei esta mulher e, quando me cheguei a ela, não achei nela os sinais da virgindade,’ então o pai e a mãe da jovem tomarão os sinais da virgindade da moça, e os levarão aos anciãos da cidade, à porta; e o pai da jovem dirá aos anciãos: ‘Eu dei minha filha para esposa a este homem, e agora ele a despreza, e eis que lhe atribui coisas escandalosas, dizendo: - não achei na tua filha os sinais da virgindade; porém eis aqui os sinais da virgindade de minha filha’. E eles estenderão a roupa diante dos anciãos da cidade. Então os anciãos daquela cidade, tomando o homem, o castigarão, e, multando-o em cem ciclos de prata, os darão ao pai da moça, porquanto divulgou má fama sobre uma virgem de Israel. Ela ficará sendo sua mulher, e ele por todos os seus dias não poderá repudiá-la” (Deuteronômio, 22:13-19) (grifos no original)

Citado o trecho do livro de Deuteronômio, da Bíblia Sagrada, os autores salientam que a honra era plenamente tutelada no Velho Testamento, pois o motivo para a aplicação do castigo corporal, indenização pecuniária e proibição de jamais se divorciar era a divulgação de “má fama sobre uma virgem de Israel”. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011, p. 102).

Seguindo adiante na linha histórica perseguida pelos danos morais há a importante contribuição da Grécia antiga (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011, p. 102-103):

A civilização grega assumiu um papel importantíssimo na história do homem e, graças aos seus pensadores, seu sistema jurídico atingiu pontos bastante elevados, com reflexos, inclusive, na vigente Teoria Geral do Estado. As leis gregas outorgavam ao cidadão e aos seus respectivos bens a necessária proteção jurídica, além de fixarem que a reparação dos danos a eles causados assumiria sempre um caráter pecuniário, afastando a vingança física e pessoal como forma de satisfação ao lesado.

Theodoro Júnior (2001, p. 3-4) discorre que há enorme controvérsia entre os pesquisadores do Direito Romano, não sendo poucos os que afirmam ter inexistido em Roma a regulamentação do dano moral. No entanto, o certo é que, o Direito

Romano previa numerosas hipóteses em que dispensava proteção a interesses não-patrimoniais por meio de reparação pecuniária.

“A noção de reparação pecuniária de danos era algo extremamente presente entre os romanos, pelo que todo ato considerado lesivo ao patrimônio ou à honra de alguém deveria implicar uma conseqüente reparação.” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011, p. 103).

Nader (2010, p. 87) relata que, não obstante as opiniões em contrário, houve em Roma o reconhecimento de danos morais e, entre eles, os decorrente de ofensa à honra. Segundo assevera, Rudolf Von Ihering, eliminou as dúvidas que poderiam haver a respeito ao desenvolver o estudo *De L'Actio Injuriarum*. Em Roma, conforme falou Ihering a pessoa podia ser vítima de lesão em sua pessoa ou no que ela possuía. No primeiro caso em que o alvo era físico, a honra ou a liberdade, cabia a ação de *injúria abstracta* e, no segundo, em que a tutela recaía sobre os bens materiais, a ação de *injúria concreta*.

Sobre os indícios da reparação pelo dano moral no direito romano extrai-se (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011, p. 103-104):

A preocupação com a honra, inclusive, era profunda, traduzindo-se no brocardo *honestas fama est alterius patrimonium* (a fama honesta é outro patrimônio), o que demonstra a possibilidade de reparação, ainda que pecuniária, da lesão à boa conduta, há mais de 2000 anos.

Na Lei das XII Tábuas (surgida sob a égide de Terentio Arsa, o Tribuno do Povo), encontramos, inclusive, várias disposições concernentes à reparação de danos, onde obviamente se insere o ressarcimento dos danos de caráter moral, amplamente tutelados.

Os cidadãos romanos, que eventualmente fossem vítima de injúria, poderiam valer-se da ação pretoriana a que se denominava *injuriarum aestimatoria*. Nesta reclamavam uma reparação do dano através de uma soma em dinheiro, prudentemente arbitrada pelo Juiz, que analisaria, cautelosamente, todas as circunstâncias do caso. (grifos no original)

Segundo José Camilo Neto (2012, p. 3), a Lei das XII Tábuas estabeleceu uma indenização com duplo caráter para a reparação do dano, ou seja, a depender da situação a pena recairia sobre a integridade física do autor, ou então, o autor sofreria perda pecuniária, pagando determinada quantia para a vítima do dano.

O direito canônico está intrinsecamente ligado à figura da Igreja e ao cristianismo e por isso encontram-se casos de dano moral e sua respectiva

reparação em alguns de seus artigos, mas conforme salienta Maxweel Sulívan Durigon Meneghini ([2014], p. 8), essa reparação poderia ser civil ou espiritual como está expresso nos diversos cânones do deste Código.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 105) dissertam que encontra-se, no Direito Canônico, diversas passagens em que se constata regras típicas de tutela da honra, notando-se, inclusive, que havia preocupação específica de se determinar reparação pelos danos morais e materiais, consignando dispositivos que as legislações seculares, sob a influencia constante da Igreja Católica, acabaram adotando.

Previa-se, segundo os autores, condenação pela ruptura de casamento, possibilidade de lesões decorrentes da calúnia e da injúria, em que se determinava a reparação de forma dúplice, com sanções de ordem material e moral. O Código da Igreja determinava, inclusive, a aplicação de sanções, tanto para religiosos quanto para leigos, podendo ser destacada, como exemplo de pena canônica, a “infâmia” (perda ou diminuição da boa reputação, por causa do mau comportamento ou prática de um delito). (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011, p. 105).

No Brasil Colonial, segundo os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 106-107), durante a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, não existia qualquer regra expressa sobre o ressarcimento do dano moral. Com o advento do primeiro Código Civil brasileiro (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, com vigor a partir de 1º de janeiro de 1917) a redação dos arts. 76 (e parágrafo único)³, 79⁴ e 159⁵ levou às primeiras defesas da tese da reparabilidade do dano moral. Contudo, em função de o art. 159 não se referir expressamente às lesões de natureza extrapatrimonial, bem como a argumentação de que a regra contida no art. 76 se referia a dispositivo de ordem processual, a doutrina e a jurisprudência nacional passaram a negar a tese da reparabilidade dos danos morais.

³ Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legitimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família.

⁴ Art. 79. Se a coisa perecer por fato alheio á vontade do dono, terá este ação, pelo prejuízos contra o culpado.

⁵ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Antes da promulgação da República (1988), havia posicionamentos contrários à admissão de indenização em casos de danos morais. O Código Civil de 1916 não fora explícito a respeito, induzindo divergência de entendimentos entre os expositores e nas decisões das cortes de justiça (NADER, 2010, p. 89)

Somente com a promulgação da vigente Constituição Federal é que se pode falar da ampla reparabilidade do dano moral no direito pátrio, pois a matéria foi elevada ao *status* dos "Direitos e Garantias Fundamentais". O Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), adequando de forma expressa a legislação civil ao novo perfil constitucional, reconhece expressamente em seu art. 186, o instituto do dano moral e, conseqüentemente, por força do art. 927, a sua reparabilidade (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011, p. 108).

3.3 REQUISITOS DO DANO MORAL

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) estabelece em seu art. 5º, inciso X, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

De igual sorte, está previsto no art. 186 do atual Código Civil (2002) que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Na mesma esteira e no que toca à obrigação de reparar o dano, não se deve perder de vista o que restou disposto no art. 927 do mesmo diploma legal: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Sobre o ato ilícito, Paulo Nader (2010, p. 63) leciona que o seu conceito pode ser examinado sob duas perspectivas principais: doutrinária ou legal. O autor pondera que o Direito Romano não chegou a elaborar o conceito de ato ilícito; daí sua casuística em torno da responsabilidade civil. Disse que este instituto se formou

em Roma, pela contribuição dos pretores, constituições imperiais e com a *responsa prudentium* – pareceres da lavra de eminentes juristas, que detinham o chamado *jus publice respondendi*.

O ato ilícito, segundo palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 311), é a conduta culposa violadora de direito que causa prejuízo a outrem. Corresponde a comportamento repudiado pela sociedade, proibido por lei.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 1-2):

É ato ilícito, por conseguinte, todo ato praticado por terceiro que venha refletir, danosamente, sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral. **Materiais**, em suma, são os prejuízos de natureza econômica, e, **morais**, os danos de natureza não-econômica e que “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível produzidas na esfera do lesado”. (grifos no original)

Coelho (2012, p. 316) leciona ainda que há dois modos de conceituar-se o ato ilícito:

Dois são os modos de conceituar-se o ato ilícito. Em função do direito positivo, ele é a conduta descrita na lei como antecedente da sanção. Em contraposição ao direito subjetivo, é o ato culposos que o viola e causa danos. Este último corresponde à alternativa adotada pelo Código Civil.

Para a configuração do dano moral, com seus aspectos preventivo e pedagógico, faz-se necessária a demonstração dos seguintes pressupostos: a) ação ou omissão do agente; b) ocorrência de dano; c) culpa e d) nexo de causalidade (FONSECA, 2008, p. 1).

A ação, para fins da responsabilidade civil, segundo Maria Helena Diniz (1995, p. 32), define-se:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano à outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Coelho (2012, p. 318) traz em singeleza de palavras os termos exatos que definem a ação, *ipsis verbis*:

A ação é um movimento físico qualquer: acionar o gatilho de uma arma de fogo, acelerar o automóvel, assinar um documento, deixar cair ou atirar um

objeto, atíçar cão feroz, falar mal de alguém, fincar cercas em terreno alheio etc. Trago exemplos de ações que podem ser relevantes para o direito, mas qualquer movimento físico serviria para ilustrar a ação, dos simples reflexos até os que dependem de sofisticadas operações mentais: desde levantar o braço para proteger o rosto até digitar no teclado do microcomputador um texto de conteúdo filosófico. Como movimento físico a ação desencadeia necessariamente eventos, muitos dos quais não têm importância nenhuma para o direito, são irrelevantes à solução dos conflitos de interesses manifestados em sociedade. Quem anda desloca ar – nem a ação nem seu efeito são fatos jurídicos; por outro lado, quem aciona o gatilho de arma de fogo pode matar alguém – neste caso, a ação é fato jurídico.

Para Diniz (1995, p. 32), a ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser lícita ou ilícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que vem se impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não deveria se efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em regra, mais freqüente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais. Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato (...).

Segundo Silvio Rodrigues (2002, p. 19), a indenização pode derivar de uma ação ou omissão individual do agente, sempre que, agindo ou se omitindo, infringe um dever contratual, legal ou social. A responsabilidade resulta de fato próprio, comissivo, ou de uma abstenção do agente, que deixa de tomar uma atitude que deveria tomar.

Sobre a omissão, Coelho (2012, p. 320) ensina que somente gerará responsabilidade civil subjetiva se presente dois requisitos, quais sejam: a) o sujeito a quem se imputa a responsabilidade tinha o dever de praticar o ato omitido; e b) havia razoável expectativa (certeza ou grande probabilidade) de que a prática do ato impediria o dano.

Acerca do dano, em já citadas palavras de Paulo Nader (2010, p. 73), é somente suscetível de reparação o dano injusto, o não amparado pelo ordenamento, não afigurando-se ilícitas as lesões praticadas em legítima defesa, no exercício regular de direito ou a fim de remover perigo iminente, desde que necessária a conduta e nos limites indispensáveis.

(...) seja qual for a espécie de responsabilidade sob exame (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração (...) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 77)

Somente haverá direito a indenização por danos morais, independentemente da responsabilidade ser subjetiva ou objetiva, segundo Alessandro Meyer da Fonseca (2008, p. 2), se houver um dano a se reparar, e o dano moral que pode e deve ser indenizado é a dor, pela angústia e pelo sofrimento relevantes que cause grave humilhação e ofensa ao direito de personalidade.

“O dano é moral quando alguém atenta contra a constituição física da pessoa natural ou a atinge em sua composição incorpórea, como o nome, a honra, a liberdade em diversas manifestações, a psique.” (NADER, 2010, p. 87). O efeito do dano moral, segundo o citado autor, é a dor física ou a psíquica, ambas não mensuráveis por padrões matemáticos ou econômicos.

Sobre a culpa como fundamento da responsabilidade civil, Maria Helena Diniz (1995, p. 33) leciona:

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado, quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto o ato ilícito qualifica-se pela culpa.

A culpa, como requisito da responsabilidade, possui divisões, podendo se manifestar de diversas formas. Neste sentido, Busa Mackenzie Michellazzo (2000, p. 65-66)

A culpa no direito brasileiro, considerando-se a violação de um dever preexistente, ou obrigação jurídica, se diz:

- Culpa Contratual: quando ela é fundada em um contrato, que não foi cumprido, do qual nasce a obrigação, aqui respondendo por ela o agente capaz;
- Culpa Extracontratual ou aquiliana: é a fundada no preceito de caráter geral que resguarda a pessoa, e os bens alheios, esta obrigação provindo de norma geral e social de não ofender, cabendo ao devedor fazer prova de que não houve cumprimento da obrigação por caso fortuito ou força maior. Na culpa aquiliana, compete o ônus da prova a quem alega ter sido ofendido injustamente, aqui distinguindo-se pelo fato de envolver várias situações tais como: intenção de prejudicar, imperícia, negligência, imprudência, invigilância, abuso de direito etc.;
- Culpa *in eligendo*, a que provem da má escolha de um representante ou preposto;

- Culpa *in vigilando*, a proveniente da falta de fiscalização do empregador em relação a seus empregados ou mesmo à própria coisa;
- Culpa *in committendo*, a que decorre de abstenção ou ato necessário de forma negligente;
- Culpa *in custodiendo*, a que se caracteriza pela falta de atenção do agente sobre as coisas sob sua guarda ou cuidados, podendo ser pessoa, coisa ou animal;
- Culpa *in concreto*, é o desatendimento por parte do agente a certas diligências necessárias às próprias coisas;
- Culpa *in abstracto*, é a falta de atenção natural que o agente deve dispensar aos seus negócios, relativamente a sua administração. (grifos no original)

Para fins de aferição da culpa é necessário tomar algumas precauções, a fim de averiguar se há ou não erro da conduta, neste sentido cita Sílvio Rodrigues (2001, p. 146):

Para se verificar se existiu, ou não, erro de conduta, e portanto culpa, por parte do agente causador do dano, mister se faz comparar o seu comportamento com aquele que seria normal e correntio em um homem médio, fixado como padrão. Se de tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado *in abstracto* pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta. (grifo no original)

Acerca do ato ilícito, Maria Helena Diniz (1995, p. 33) leciona que é aquele praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo de atividade culposa. A prática de ato ilícito, infringindo preceito normativo de tutela de interesse privado, produzindo dano a um bem jurídico, lesando direitos pessoais ou reais, dá origem ao ressarcimento do prejuízo. É de ordem pública o princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando-o.

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano produzido, neste sentido (LOPES, 2001, p. 218, *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 127):

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço

Portanto, para que se possa impor à alguém a obrigação de indenizar o prejuízo experimentado por outrem é mister que haja uma relação de causalidade entre o ato culposo praticado pelo agente e o prejuízo sofrido pela vítima (RODRIGUES, 2002, p. 163).

Trata-se, pois, do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 127).

Portanto, para fins de caracterização do dano moral é necessário a presença da ação ou omissão geradora do dano, da culpa daquele que gerou o dano e do nexos causal que liga a conduta do agente ao dano causado. Assim, superada esta fase e entendidos os requisitos para que haja o dano moral, passar-se-á a dissertar acerca da quantificação reparadora do dano moral.

3.4 REPARAÇÃO DO DANO MORAL E SUA QUANTIFICAÇÃO

A reparação do dano moral surge com função específica de compensar a dor, entretanto, diversamente com o que ocorre nos danos materiais, em que se é possível aferir o valor do dano sofrido, no dano moral não há como comprovar as cifras para o sofrimento causado na vítima pelo dano moral sofrido, desse modo, há que ser analisados outros critérios, pelo magistrado, ao qual cabe a fixação do valor indenizatórios, são esses critérios que estudar-se-á adiante.

A autora Maria Helena Diniz (1995, p. 68-72) suscita dez pontos acerca da problemática da indenização por dano moral, os quais, de forma resumida, estão citados abaixo:

1) *Efemeridade do dano moral*, mas a doutrina tem entendido que o fato desse prejuízo não ter efeito permanente não impede a sua ressarcibilidade, pois a reparação variará conforme sua maior ou menor duração.

(...)

2) *Escândalo da discussão, em juízo, sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro*, todavia, essa objeção é insustentável, visto que os juízes e tribunais têm a função de acolher as queixas das partes e dirimir as contendas.

(...)

3) *Incerteza, nos danos morais, de um verdadeiro direito violado e de um dano real*, porém a causa do prejuízo é uma só, pouco importando que o

bem violado seja material ou não. (...) O dano moral decorre de uma violação do direito extrapatrimonial, mas o fato dos efeitos do direito violado serem imateriais não implica a inexistência da violação e do direito lesado.

(...)

4) *Dificuldade de descobrir-se a existência do dano*, porém tal prova não é impossível ou difícil, visto que, se se tratar de pessoas ligadas à vítima por vínculo de parentesco ou de amizade, haveria presunção *juris tantum* da existência de dano moral.

5) *Impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral* (RT, 564:265). A esse respeito é preciso esclarecer que o direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenua, em parte, as conseqüências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o *déficit* acarretado pelo dano.

(...)

6) *Indeterminação do número de lesados*, pois a lesão atingiria não só a vítima, mas também seus parentes, amigos, noivo, namorado, cônjuge e até mesmo amante. Todavia, isso não oferece dificuldade, pois o juiz, em cada caso concreto, poderá verificar quem são as pessoas cuja dor merece ser reparada, uma vez que há pessoas que têm ódio de certos parentes, rogando-lhes toda a sorte de desgraças.

7) *Imoralidade da compensação da dor com o dinheiro*, (...) em certos casos, a reparação melindraria o senso moral médio, como na hipótese do marido traído por sua esposa vir a reclamar do amante desta a indenização pela dor por ele experimentada e derivada da traição de sua consorte. Todavia, como será o órgão julgante quem concederá ou não a reparação pecuniária do dano moral, examinando cada caso concreto, nenhuma imoralidade haverá nessa compensação.

(...)

8) *Perigo de inevitabilidade da interferência do arbítrio judicial conferindo ao magistrado poder ilimitado na apreciação dos danos morais, ao avaliar o montante compensador do prejuízo*. Realmente, na reparação do dano moral o juiz deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões da parte, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização.

(...)

9) *Enriquecimento sem causa*, pois o credor teria, com a reparação do dano moral, um aumento patrimonial, sem que antes tivesse tido nenhum desembolso. Entretanto, é bom lembrar que a ordem jurídica não ampara apenas os bens econômicos. Deveras, a inviolabilidade do domicílio, o bom nome, a honra, a vida, o decoro, a liberdade gozam de tutela jurídica, constituindo assim um patrimônio ideal que se compõe de bens íntimos e subjetivos.

(...)

10) *Impossibilidade Jurídica de se admitir tal reparação*. Tal objeção não tem nenhum fundamento, pois os bens morais também são jurídicos, logo sua violação também deverá ser reparada. (grifos no original)

Silvio Rodrigues (2002, p. 191) questiona: “Como compensar a dor com pecúnia, uma vez que são duas coisas heterogêneas?” Respondendo ao próprio questionamento o autor menciona: “Uma ideia que tem alcançado êxito é a de que o dinheiro provocará na vítima uma sensação de prazer, de desafogo, que visa compensar a dor, provocada pelo ato ilícito.” O autor salienta ainda que isso é mais

verdadeiro quando se tem em conta que esse dinheiro, provindo do agente causador do dano, que dele fica privado incentiva aquele sentimento de vingança que, quer queira quer não, ainda remanesce no coração dos homens.

Referido autor conceitua o termo indenizar, com o significado de ressarcimento do prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado, sendo esta, portanto, a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima. (RODRIGUES, 2002, p. 185).

O doutrinador Washington de Barros Monteiro (2003, p. 483) discorre que a reparação do dano moral possui duas funções específicas, *verbis*:

Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a “inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade”, traduzindo-se em “montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo”.

Maria Helena Diniz (1995, p. 74-75) leciona que a reparação do dano moral revela-se em um misto de pena e de satisfação compensatória. Sustenta a autora que não se pode negar a função de pena desta reparação, haja vista que constitui uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio pela indenização paga ao ofendido. Já a função satisfatória/compensatória revela-se porquanto a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada, ou seja, é uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu.

No que tange ao *quantum* indenizatório, prudente trazer à baila as ponderações do autor Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 442) sobre o tema, eis que suas certas palavras definem a complexidade de arbitrar-se valor ao dano moral sofrido pela vítima:

A quantificação dos danos morais é a questão mais difícil das que suscita a matéria. Como fixar, em reais, o valor que compense a dor extremada que o credor sentiu? De início, convém assentar que não há critério de mensuração objetivo. A dor não se mede por variáveis controladas quantitativamente.

No que tange à reparação do dano moral colaciona-se (RODRIGUES, 2002, p. 190):

Muitas são as objeções levantadas contra a reparação do dano moral, a partir daquela que reputa imoral, se não escandaloso, discutir-se em juízo os sentimentos mais íntimos, bem como a dor experimentada por uma pessoa e derivada de ato ilícito praticado por outra. Dessas objeções é mister destacar as mais importantes, a saber:

- a) a falta do efeito durável do dano meramente moral;
- b) a dificuldade em descobrir-se a existência do dano;
- c) a indeterminação do número de pessoas lesadas;
- d) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro da extensão do dano moral;
- e) o ilimitado poder que se tem de conceder ao juiz para avaliar o montante compensador do dano meramente moral.

As objeções acima formuladas têm sido reiteradamente respondidas no campo doutrinário. De fato, a circunstância de um evento danoso não ter efeito permanente não ilide a existência de um prejuízo, nem o mister de repará-lo. A indenização variará conforme a mágoa tenha maior ou menor duração.

“Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando e conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.” (DINIZ, 1995, p. 73-74).

A doutrina descreve dois sistemas para a reparação dos danos morais, o tarifário e o aberto (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 397-398):

Dois são os sistemas que a dogmática jurídica oferece para a reparação pecuniária dos danos morais: o sistema tarifário e o sistema aberto.

No primeiro caso, há uma predeterminação, legal ou jurisprudencial, do valor da indenização, aplicando o juiz a regra a cada caso concreto, observando o limite do valor estabelecido em cada situação.

(...)

Já pelo sistema aberto, atribui-se ao juiz a competência para fixar o *quantum* subjetivamente correspondente à reparação/compensação da lesão, sendo este o sistema adotado no Brasil. (grifo no original)

Washington de Barros Monteiro (2003, p. 482-483) leciona que o critério para fixação do dano material é o cálculo de tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e do que efetivamente perdeu. No entanto, ressalva, na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação de um direito da personalidade: vida, integridade física, honra, liberdade etc., e bem por isso se diz que emerge da própria ofensa ao atingir a esfera do

lesado. Por conseguinte, no cálculo da indenização do dano moral, a extensão do dano deve ser analisada segundo outros critérios.

Estes critérios, segundo o autor, são dois, por ele melhor descritos (MONTEIRO, p. 483):

Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do valor da indenização do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se neste contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, que, quanto maior, deverá agravar o valor da indenização, da situação econômica das partes, para que se verifique se o *quantum* indenizatório atenua o dano moral sofrido pela vítima e desestimula o lesante quanto a novas práticas ofensivas, e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito. (grifo no original)

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 398), acerca da quantificação da indenização pelo dano moral, assim referem: “Penso que os critérios a serem aplicados, no arbitramento, devem resultar da natureza jurídica do dano moral, ou melhor, da finalidade que se tem em vista satisfazer mediante a indenização.”

Não existe um critério quantitativo específico para a fixação da indenização por dano moral. Nesse passo, Paulo Nader (2010, p. 220) refere que, enquanto os danos materiais oferecem dados objetivos para a fixação da verba indenizatória, os de natureza apenas moral dependem da apreciação do juiz, que deve seguir os critérios da equidade.

Nessa mesma linha, Maria Helena Diniz (1995, p. 75-76) salienta que grande é o papel do magistrado na reparação do dano moral, competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada passo, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias.

Neste sentido são as palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 400):

O juiz, investindo-se na condição de árbitro, deverá fixar quantia que considere razoável para compensar o dano sofrido. Para isso, pode o magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes, ou mesmo adotados de acordo com sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de “justiça no caso concreto”.

Ao escrever sobre a fixação do valor da indenização por dano moral, Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 37) leciona que, para aproximar-se do

arbitramento que seja prudente e equitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes, quais sejam: o nível econômico do ofendido e o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa.

O padrão geral de quantificação do dano moral é o da intensidade da dor, refere Coelho (2012, p. 443). Estabelecido o valor, em reais, que a compense, deve o juiz verificar se não há, no caso, a incidência de algum fator de redução, como o reduzido grau de culpa do devedor, a culpa concorrente da vítima, a demora no ajuizamento da ação de indenização, a conduta do devedor ou a imposição da obrigação ao Estado.

Para José Raffaelli Santini (1997, p. 42, *apud* MICHELLAZZO, 2000, p. 55-56), o critério de fixação do dano moral não se faz mediante um simples cálculo aritmético. Na verdade, inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu.

Cita o autor ainda que, melhor fora, evidentemente, que existisse na legislação um sistema que concedesse ao juiz uma faixa de atuação, onde se pudesse graduar a reparação de acordo com o caso concreto. Entretanto, isso inexistente. O que prepondera, tanto na doutrina como na jurisprudência, é o entendimento de que a fixação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do juiz. (SANTINI, 1997, p. 42, *apud* MICHELLAZZO, 2000, p. 55-56).

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 413), do ponto de vista prático, consideram salutar que o autor já sugira ao órgão julgador, em sua petição inicial, uma importância que considere razoável para a compensação do dano moral sofrido, justificando os parâmetros que o levaram a propor esse valor. Assim, segundo os doutrinadores, poderá o magistrado vislumbrar, objetivamente, quando

da sentença de cognição, alguns parâmetros médios para a quantificação do julgado, isso quando já não for conveniente prolatar a decisão líquida, o que agilizará e muito a prestação jurisdicional.

Portanto, embora se revele difícil tarefa a de fixar um valor para reparar a dor, resta claro que cabe ao magistrado, velando-se na equidade, possibilidade financeira das partes e outros fatores que possam influenciar o julgador, fixar a verba indenizatória ao lesado moralmente.

4 DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A responsabilização civil no direito de família é um tema recente e que ainda suscita controvérsias. Há posicionamentos divergentes, alguns defendem a sua aplicabilidade, outros questionam seus fundamentos, certo é que o direito tem enfrentado situações diversas, no âmbito familiar, que requerem a reparabilidade civil.

Tecendo considerações prévias acerca da responsabilidade civil no direito de família, cita-se o que escreve Paulo Nader (2010, p. 349):

O Estado contemporâneo, alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, desconstituiu a hierarquia nas relações entre cônjuges e nas uniões estáveis e organizou o instituto do poder familiar como núcleo de formação moral fundado no princípio do dever de criar, educar e orientar os filhos em um ambiente sadio e propício ao seu pleno desenvolvimento. Se os cônjuges, bem como os conviventes, possuem deveres jurídicos entre si, implícita está a responsabilidade de cada qual por seus atos e omissões. É que na vida jurídica a responsabilidade é corolário do dever e sempre que houver quebra deste o seu titular responde perante o credor, seja nos termos do negócio jurídico ou na forma da lei. Os pais, além de presumidos laços de afeição, mantêm vínculos jurídicos com os filhos, por força dos quais devem a estes prestações de ordem moral e material. O não cumprimento dos deveres pode caracterizar danos e, em consequência, a responsabilidade civil.

Valéria Silva Galdino Cardin (2012, p. 69) leciona que mediante esse novo enfoque constitucional-familiar, deu-se início à valorização do vínculo de afetividade e solidariedade entre as pessoas envolvidas (paternais, filiares ou conjugais) e passou-se a exigir responsabilidade entre estes entes por atos cometidos em detrimento dos outros, em especial por dano moral. A autora frisa que a lesão produzida por um membro da família a outro é gravame maior do que o provocado por terceiro estranho à relação familiar, a ante a situação privilegiada que aquele desfruta em relação à este, o que justifica a aplicação da teoria geral da responsabilidade civil.

As questões familiares, no enfoque de Nader (2010, p. 350), devem ser analisadas com temperamentos, conforme as peculiaridades da pequena sociedade,

onde, apesar dos desencontros, costuma prevalecer o sentimento de solidariedade e a desunião de hoje pode ser o fortalecimento dos laços de amanhã.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 739), discutem acerca de qual órgão jurisdicional seria o competente para as ações afetas à responsabilização civil em matéria de relações de família. Entretanto, entremeio à questionamentos se seria matéria atinente às varas cíveis ou de competência atraída para a vara de família, afirmam, sem dúvidas, que a competência para as questões de responsabilidade civil nas relações familiares deve ser, quando existente, da Vara de Família, pois a análise das peculiaridades e características da família devem ser levadas em conta quando do julgamento das pretensões.

Paulo Nader (2010, p. 350) leciona que no Brasil, os danos no direito de família estão subordinados ao regulamento geral da responsabilidade civil extracontratual, embora com particularidades que devam ser consideradas na apreciação de cada caso. Frisa ainda que os danos causados nas relações familiares, no Direito pátrio, sujeitam-se aos princípios da responsabilidade subjetiva. A parte lesada há de provar os danos, o nexo etiológico e a conduta dolosa ou culposa do agente. O ressarcimento, destaca, se faz tanto por danos morais quanto materiais.

Ainda nas palavras de Nader (2010, p. 351), tem-se que o dano moral no direito de família deve ser tratado com reservas:

Se de um lado teme-se a juridicização das relações familiares, mediante a substituição do estatuto reservado e pessoal, por critérios legais de análise, de outro há o benefício de se alertar especialmente os cônjuges quanto à sua responsabilidade recíproca e nas relações com os filhos.

A chamada *despatrimonialização dos vínculos familiares*, pela qual a maior importância dos aspectos econômicos cede lugar à preeminência das relações afetivas, deve ser considerada na análise do tema *sub examine*, consoante a advertência de Giselda Hironaka: “... baseada na ideia da *despatrimonialização das relações familiares*, penso ser imprescindível que se busque estabelecer certos limites ao dever de indenizar decorrente de suposto abandono afetivo, sob pena de se assistir a instalação de verdadeira indústria indenizatória do afeto.”

A despatrimonialização dos vínculos familiares, entretanto, não impede o reconhecimento de danos morais tanto nas relações entre consortes quanto nos vínculos entre pais e filhos. (grifos no original)

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 740) mencionam que um dos primeiros juristas a tratar da reparação por abandono afetivo na relação filial foi Rodrigo Cunha

Pereira (2010, p. [?]), que analisando o primeiro caso a chegar em uma Corte Superior brasileira, asseverou:

“Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta.”

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 740) sustentam que o referido litígio cuidou, fundamentalmente, da seguinte discussão: se o afeto se constituiria em um dever jurídico, de forma que a negativa injustificada e desarrazoada caracterizaria um ato ilícito, nesse sentido são as posições adotadas e retratadas pelos autores:

Os partidários da tese defendem a ideia de uma paternidade/maternidade responsável, em que a negativa de afeto, gerando diversas sequelas psicológicas, caracterizaria um ato contrário ao ordenamento jurídico e, por isso, sancionável no campo da responsabilidade civil.

Já aqueles que se contrapõem à tese sustentam, em síntese, que a sua adoção importaria em uma indevida *monetização do afeto*, com o desvirtuamento de sua essência, bem como a impossibilidade de se aferir quantidade e qualidade do amor dedicado por alguém a outrem, que deve ser sempre algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal. (grifo no original)

Neste sentido, Silva (2006, p. 472), citada por Nader (2010, p. 351), destaca que a condenação de um pai ou de uma mãe que abandonou moralmente o filho ou se recusa injustificadamente ao reconhecimento da relação filial não pode ser vista como monetarização do amor, mas sim, como aplicação dos princípios da responsabilidade civil às relações familiares, desde que seja bem analisado o caso concreto e estejam preenchidos os seus requisitos.

Dias (2013, p. 469) discorre que, adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente a doutrina da proteção integral, as crianças e adolescente foram colocados a salvo de toda forma de negligência, transformando-se em sujeitos de direitos e foram contemplados com um enorme número de garantias e prerrogativas, sendo responsáveis a dar efetividade à estes direitos, a família, a sociedade e o Estado.

Em se tratando de dano por abandono afetivo nas relações entre pais e filhos, colaciona-se (NADER, 2010, p. 362):

O abandono, para configurar ilícito, é indispensável que seja voluntário. Se o pai, por exemplo, se afasta do filho porque contraiu doença contagiosa ou ficou entregue às drogas ou ao alcoolismo, não se tem ilícito. No primeiro caso, porque a força maior rompe o nexo de causalidade; nos demais, simplesmente por falta de dolo ou culpa. Os casos, todavia, devem ser analisados em sua concretude, pois aquelas ocorrências às vezes não impedem o contato, ao menos por telefone, cartas, *e-mails*. (...)

Verificado o dano, surge para o filho o direito de reparação a ser exercitado em face de quem lhe deu causa. A *quaestio facti* é muito complexa, pois requer: a identificação do dano, a definição da conduta do pai, a certeza do nexo de causalidade, ou seja, que a conduta do pai foi a causa do dano. Como se trata de responsabilidade extracontratual subjetiva, é fundamental que a conduta do indigitado tenha sido intencional ou decorrente de negligência ou imprudência. Constatado o preenchimento de todos os requisitos do ato ilícito conforme a definição do art. 186, caberá ao juiz, à luz do disposto no *caput* do art. 944, promover a liquidação dos danos. (grifos no original)

Dias (2013, p. 469) refere que ante ao direito à um desenvolvimento sadio e harmonioso, e ao direito de serem criados e educados no seio de sua família, direitos estes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, o conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade.

Desta mesma autora extrai-se (DIAS, 2013, p. 469-470)

Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

Esse direito à reparação moral ante ao abandono dos pais encontra posicionamentos divergentes nos Tribunais, conforme salientado por Nader (2010, p. 364). A corrente que se posiciona contra, segundo ele, alega que a falta de amor não pode ser apreciada pelo judiciário e que, uma ação judicial, envolvendo pais e filhos, pode tornar definitivo o fim de uma relação que poderia ser recuperada.

A Ministra Nancy Andrichi, ao proferir seu voto no julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), de sua relatoria, sustentou:

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

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

Ainda, das palavras da citada Ministra, publicadas na página do Superior Tribunal de Justiça em 02/05/2012, cuja matéria intitulava-se “Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo” extrai-se:

“Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança”, explicou. “E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentar, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não”, acrescentou a ministra Nancy. Para a relatora, o cuidado é um valor jurídico apreciável e com repercussão no âmbito da responsabilidade civil, porque constitui fator essencial – e não acessório – no desenvolvimento da personalidade da criança. “Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*”, asseverou.

Amor

“Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”, ponderou a ministra. O amor estaria alheio ao campo legal, situando-se no metajurídico, filosófico, psicológico ou religioso.

“O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes”, justificou.

No citado julgado, a Ministra Nancy Andrighi (2012, p. 9) é enfática ao afirmar: “amar é faculdade, cuidar é dever”. Abre-se aí precedente à possibilidade de indenizar o cuidado não recebido durante uma vida. Segundo ela alega ao proferir seu voto, a comprovação que essa imposição legal (dever de cuidado) foi

descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade compensatória/indenizatória.

4.2 O VALOR DO AFETO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

Consoante depreende-se do contexto dos capítulos anteriores, mediante esse novo enfoque constitucional, passou-se a valorizar mais o vínculo da afetividade nas relações familiares, de tal modo que o rompimento desses vínculos afetivos tornou-se passível de reparação civil, dada a sua importância.

Conforme Ricardo Lucas Calderón (2013, p. 193), as diversas concepções históricas de família nem sempre adotaram a afetividade como elemento constituinte do elo entre seus integrantes, eis que a noção de afeto envolve uma visão de pessoa, e da sua subjetividade, que nem sempre esteve presente. Na família antiga, não faria sentido sustentar a relevância da afetividade na formação do vínculo familiar.

Para o citado autor (CALDERÓN, 2013, p. 204) a afetividade assumiu paulatinamente importância crescente nas relações familiares, eis que mesmo na família tradicional (biológica e matrimonial) acabou por ser considerada como digna de atenção e exercício efetivo. Em outros relacionamentos figurou como único elo a sustentá-los. É possível afirmar, segundo ele, que os relacionamentos interpessoais, de modo geral, restaram a partir de então, de alguma forma, influenciados pela indelével marca a afetividade.

O perfil da relação paterno-filial, consoante dito alhures, nem sempre foi pautado na afetividade. Hironaka (2005, p. 12) frisa que em tempos passados, à luz do modo anterior de se *dizer o direito*, o que efetivamente importava na relação entre pai e filho era a sua valoração biológica e patrimonial. Assim, sem se preocupar com a linha da afetividade, o Direito e a jurisprudência do passado mais se preocuparam

em garantir ao filho o reconhecimento consanguíneo (caráter *biológico* da relação), o direito a alimentos e a sua possibilidade futura de herdar (caráter *patrimonial* da relação). Entretanto, questiona a autora se terá sido mesmo o suficiente? Terá efetivamente produzido o cumprimento integral da responsabilidade decorrente de tal relação? Desincumbir-se dos deveres de dar o nome e pagar alimentos terá exonerado pais e mais ausentes de qualquer necessidade que estivesse a escassear?

Com base em fontes psicanalíticas, Leonardo Boff (2005, p. 193-197), na obra dedicada à análise da figura paterna, citado por Hironaka (2005, p. 12-13) escreve que o pai é o responsável pela ruptura dos laços originais que ligam a mãe ao filho ou à filha e pelo seu ingresso no ambiente maior, em que terá contato, a princípio, com os irmãos, os avós, os parentes e, posteriormente, com a sociedade de entorno. Ele esclarece que essa mudança transpessoal e social externa o que se costuma denominar de princípio antropológico do pai e significa a apresentação de outro mundo, no qual vige a ordem, a disciplina, o direito, o dever, a autoridade e os limites que devem valer entre um grupo e outro. Esse papel revela, então, o arquétipo e a personificação paterna, que oferecem à criança a referência e a segurança indispensáveis ao “rito de passagem” entre a segurança e o conforto do acolhimento materno e a exposição-limitação social feita por meio do encaminhamento paterno. Diz o autor em determinada passagem:

É [da] singularidade do pai ensinar ao filho/filha o significado desses limites e o valor da autoridade, sem os quais não se ingressa na sociedade sem traumas. Nessa fase, o filho/filha se destaca da mãe, até não querendo mais lhe obedecer, e se aproxima do pai: pede para ser amado por ele e espera dele esclarecimentos para os problemas novos que enfrenta.

Adiante, ele arremata:

“Pertence ao pai fazer compreender ao filho que a vida não é só aconchego, mas também trabalho, que não é só bondade, mas também conflito, que não há apenas sucesso, mas também fracasso, que não há tão-somente ganhos, mas também perdas”.

Karow (2012, p. 126) assevera que família e afeto são dois personagens do novo contexto familiar. Contemporaneamente, o afeto é desenvolvido e fortalecido na família, sendo este, ao mesmo tempo, a expressão de união entre seus membros

e a mola propulsora dos integrantes que buscam a sua realização pessoal através da sua exteriorização de forma autêntica:

Assim, afeto e família passa a ser uma dupla salutar e estreita, desejada por todos aqueles que buscam como projeto de vida a construção de uma “verdadeira família”. Onde há o afeto inevitavelmente há autenticidade das relações e a família firmada torna-se o santuário almejado por todos os seus integrantes.

Ao discorrer acerca da afetividade como vetor dos relacionamentos familiares contemporâneos, Calderón (2013, p. 205-206) afirma:

O início deste século XXI tornou perceptível como a afetividade passou a figurar de forma central nos vínculos familiares, não em substituição aos critérios biológico ou matrimoniais (que persistem, com inegável importância), mas ao lado deles se apresentou como relevante uma ligação afetiva. Em grande parte dos casos se acumulam duas ou mais espécies de elos, o afetivo com algum outro (biológico, matrimonial, ou registral). Por outro lado, não raro passou a persistir somente o liame afetivo em diversas situações, mesmo sem a concomitância de qualquer outro. Isso restou evidenciado, por exemplo, no grande número de uniões livres (estáveis) e pela crescente quantidade de filiações socioafetivas (que não possuíam concomitante vínculo registral ou biológico) que acabaram por se apresentar. Também agregou elementos ao debate o crescente número de procriações assistidas, nas quais muitos dos pais acabavam por não manter laços biológicos com seus filhos. Nessas diversas situações, claramente apenas a afetividade sustentava naquele desenvolvimento interpessoal.

O que se percebeu é que a afetividade disseminou-se de forma crescente e com relevância ímpar na sociedade, nos mais variados relacionamentos (CALDERÓN, 2013, p. 207).

Segundo Aline Biasuz Suarez Karow (2012, p. 53), para o novo direito de família, o afeto é fundamental, a dignidade da pessoa proporcionou sua valorização, condição, seus valores íntimos, permitiu que o afeto fosse percebido juridicamente. Frisa ainda que o afeto possui um valor insubstituível, já que muitas e muitas famílias só tem razão de existir em função do afeto que une seus membros.

Segundo infere-se da obra “Princípio da Afetividade no Direito de Família”, de Ricardo Lucas Calderón (2013, p. 207), uma outra forma de convivência familiar foi constatada a partir do século XX, com preponderância da afeição, da liberdade, da igualdade e do respeito nos relacionamentos, o que permitiu enxergar uma nova família desde então. Nessa “nova” forma de viver em família, a afetividade assumiu relevante papel como vetor das relações, em substituição ao que outrora foi deixado

a encargo da Igreja, do Estado, do meio social, dos interesses institucionais ou patrimoniais.

Sobre o afeto, colaciona-se o que destaca Giselda Hironaka (2006, p. 436 *apud* CALDERÓN, 2013, p. 210):

O afeto, reafirme-se, **está** na base da constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afeto-ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo. O imorredouro do afeto. (grifo no original)

De tamanha relevância o afeto as relações familiares entre pais e filhos que o Código Civil reconheceu a importância do afeto para o pleno desenvolvimento da criança, assinalando-o como elemento jurídico para o direito de família, marcando presença na legislação e servindo de espeque para decisões judiciais (KAROW, 2012, p. 63).

No Brasil, quem precursoramente atentou para a questão da afetividade no Direito de Família foi João Batista Vilella, que em estudo publicado em 1979, tratou do tema da afetividade a partir da paternidade, no qual sustentou expressamente que o parentesco não restava restrito a uma questão meramente biológica, visto que “a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural”. Sua tese partia de uma constatação que poderia até ser conhecida em outras ciências, mas restava estranha aos juristas até aquele momento: a distinção entre as figuras de genitor e pai, pois “uma coisa, com efeito, é a responsabilidade pelo ato da coabitação sexual, de que pode resultar a gravidez. Outra, bem diversa, é a decorrente do estatuto da paternidade”. (CALDERÓN, 2013, p. 213-214).

Conforme destaca Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2005, p. 4), a ausência injustificada do pai origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção – função psicopedagógica – que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. Além

da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.

A partir desta distinção de pai e genitor, João Batista Vilella (1978, p. 408-409 *apud* CALDERÓN, 2013, p. 214) esclarecia o que determinaria a paternidade, que não era um critério biológico, mas sim eminentemente afetivo:

Qual seria, pois, esse *quid* específico que faz de alguém um pai, independentemente de geração biológica? Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja, ser pai ou ser mãe não está tanto no afeto de gerar quando na circunstância de amar ou servir. (grifo no original)

Luiz Edson Fachin (1992, p. 23, *apud* CALDERÓN, 2013, p. 220) auxiliou a percepção do caráter tríplice que envolvia a questão da paternidade: aspecto biológico, afetivo e jurídico, e contribuiu para a difusão da afetividade presente em tais relações a partir da defesa da utilização do critério da posse de estado,

A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade. Assim, para além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, à completa integração pai-mãe-filho agrega-se um elemento a mais. Esse outro elemento se revela na afirmação de que a *paternidade se constrói*; não é apenas um dado: ela se faz. O pai já não pode ser apenas aquele emprestou a sua colaboração na geração genética da criança; também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade. Ao dizer que a paternidade se constrói, toma lugar de vulto, na relação paterno-filial, uma verdade sócio-afetiva, que, no plano jurídico, recupera a noção da posse de estado de filho. (grifos no original)

Maria Berenice Dias (2013, p. 470) ressalta que a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe e filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam a ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender o dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.

Neste aspecto, colaciona-se o que leciona Hironaka (2005, p. 4):

Por um lado – nesta vertente da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade – há o viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, o que acarretaria a violação de direitos próprios da personalidade humana, de forma a magoar seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social; isso, por si só, é profundamente grave.

Conforme Karow (2012, p. 130-131) há diferença entre o afeto e o amor. Segundo ela, a filosofia kantiana é apenas um meio apto a demonstrar que o amor é um sentimento gênero enquanto o afeto é espécie desse amor, diferenciando-se ambos, pelos seus efeitos e resultados. Prossegue:

O afeto engloba todos os tipos de sentimentos familiares, independente dos membros que o cultivem e de sua origem, vertical ou horizontal. A filosofia grega já subdividia o amor em espécies como o amor *eros* (de conotação sexual), *ágape* (amor de nível espiritual e universal) e *philos* (amor psicomental).

Assim, entende-se ser *inapropriado dizer que o amor foi tutelado juridicamente e sim o “afeto”*. As famílias formam-se, desenvolvem-se, movem-se em afeto, porém nem sempre este chega a alcançar o estado máximo de “amor”. E para obter tutela jurídica estatal não pode ser exigido o amor profundo e único, senão que haja a mera presença do afeto entre seus membros. A formação do vínculo emocional entre os membros familiares nem sempre se traduz em amor, mas senão que às vezes em mero afeto.

O amor, dada a sua robustez e essência, é impossível ser mensurado, ainda que juridicamente, porém o afeto, um dos gêneros do sentimento amor, e por vezes, a manifestação mais simples e inicial deste, é suficiente para marcar um novo conceito jurídico familiar. (grifos no original)

Hironaka (2005, p. 12) salienta que é na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto.

Segundo Rolf Madaleno (2009, p. 314), amor e afeto são direitos natos dos filhos que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos pais, porquanto a falta desse contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis,

e de resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada.

O afeto está para os laços familiares assim como o sol para o dia. Muitas vezes está encoberto, mas sabido que está lá, mesmo que esteja atrás das nuvens. (KAROW, 2012, p. 140).

4.3 OS REQUISITOS DA CONDENAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Consoante visto, o afeto tornou-se elemento essencial nas relações familiares. Nas relações paterno-filiais desenvolve importante papel na formação psicológica do indivíduo. Por esta razão é que a ausência deste elemento tão importante – afeto – pode gerar um dano passível de indenização.

Os deveres de cuidado e afeto embora possam parecer implícitos ao exercício da parentalidade, como questões que não precisariam ser discutidas em Juízo, muitas vezes não são realidades vivenciadas em todos os núcleos familiares. (ROSA; CARVALHO; FREITAS, 2012, p. 185).

Rolf Madaleno (2009, p. 311) ressalta que a ausência do pai na vida do filho é elemento ensejador de indenização por dano moral, pela ausência moral e afetiva:

A desconsideração da criança e do adolescente no âmbito de suas relações, ao lhes criar inegáveis carências afetivas, traumas e agravos morais, cuja gravidade se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim padece com o injusto repúdio público que lhe faz o pai, deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental, privando o descendente de um espelho que deveria seguir e amar.

Conforme Rosa, Carvalho e Freitas (2012, p. 185-186), nos últimos anos, o direito de família tem se inclinado para a possibilidade do reconhecimento de um direito ao afeto existente nas relações de filiação, bem como da possibilidade de sua responsabilidade civil em havendo seu descumprimento, para os autores, a função

paterna abrange amar os filhos. Portanto não basta ser pai biológico ou prestar alimentos aos filhos. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). (ROSA; CARVALHO; FREITAS, 2012, p. 187).

Valéria Silva Galdino Cardin (2012, p. 239) ressalta que há uma resistência nos Tribunais brasileiros em indenizar quando ocorre abandono afetivo dos pais em relação aos filhos,

Há uma resistência nos nossos Tribunais em indenizar quando ocorre abandono afetivo dos pais em relação aos filhos. Realmente, o afeto não é algo que pode ser monetarizado, contudo, a falta acarreta inúmeros danos psicológicos a uma criança ou adolescente, que se sente rejeitado, humilhando perante os outros amigos em que os pais são presentes, dentre outras situações. É óbvio que esta criança ou adolescente terá dificuldades em se relacionar no futuro. Logo, a indenização teria como proporcionar que esta pessoa recebesse auxílio psicológico para tratar das sequelas oriundas da falta de visitação, do descaso, da não orientação ética, moral, intelectual, etc.

Ricardo Lucas Calderón (2013, p. 334-335) ressalva que aplicar pontual e isoladamente as categorias clássicas de ato ilícito, imprudência, negligência, imperícia, culpa, nexo causal e dano, a partir de conceitos estáticos de família, parentesco e poder familiar, sem considerar tanto a realidade concreta como os princípios e os valores constitucionais atinentes, pode não contribuir para a construção de soluções adequadas aos casos de abandono afetivo.

Rolf Madaleno (2009, p. 312), por sua vez enfatiza que além do direito ao nome paterno, o filho tem a necessidade e o direito e o pai tem o dever de acolher social e afetivamente o seu rebento, sendo esse acolhimento inerente ao desenvolvimento moral e psíquico de seu descendente. Recusando aos filhos esses caracteres indissociáveis de sua estrutura em formação, age o pai em injustificável ilicitude civil, e assim gera o dever de indenizar também a dor causada pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente rejeitado pela desumana segregação do pai.

Das lições de Maria Berenice Dias (2013, p. 471) extrai-se:

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o **princípio da solidariedade familiar**,

valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano moral é obrigado a indenizar. (grifo no original)

Conforme visto, para a configuração do dano moral faz-se necessária a demonstração dos seguintes pressupostos: a) ação ou omissão do agente; b) ocorrência de dano; c) culpa e d) nexo de causalidade (FONSECA, 2008, p. 1).

Analisando elementos que compõem a responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, Aline Biasuz Suarez Karow (2012, p. 219) diz ser necessário, inicialmente, que haja um fato, que é a conduta omissiva de um dos genitores e que esse fato seja antijurídico, que esse fato possa ser imputado a alguém, *in casu* um dos genitores; que tenham sido produzidos danos e que estes possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado e; que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada. Das palavras da autora extrai-se os pormenores de cada aspecto, *verbis*:

(...) inicialmente é necessário **(a) que haja um fato**: a conduta *omissiva* de um dos genitores, a ponto de privar o filho da convivência, aleijando-se voluntariamente de forma física e emocional, ou ainda, a conduta *comissiva* através de rejeitadas atitudes de desprezo, rejeição, indiferença e humilhação, em ambas, gerando desamparo afetivo, moral e psíquico. E ainda, que esse fato seja **antijurídico**: nasça da não observância dos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, que evidenciam a existência do direito-dever paterno ou materno de cuidar e proteger o filho, não apenas em seu aspecto físico, mas também no psíquico e afetivo. Este fato gerador pode estar tipificado em lei, ou decorrer de cláusula geral de responsabilização do ato ilícito extracontratual, independente de prévia definição legal tipificadora.

Posteriormente, **(b) que possa ser imputado a alguém**: este fato em regra somente pode ser imputado a um dos genitores, aqui a palavra em ampla acepção, não excluindo nem mesmo os genitores por adoção. (grifos no original)

Necessário ainda, segundo a autora (KAROW, 2012, p. 220), que tenha sido produzidos danos, “diante da conduta que se apresenta é preciso que a criança tenha sofrido danos em sua personalidade, na raiz de sua dignidade.”

Outro elemento requerido, segundo Karow (2012, p. 220) é que:

(d) esses danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado: impõe obviamente aqui o nexo causal, que da conduta do genitor tenha causado ao menor os danos alegados, as máculas na personalidade e ou psicopatias. Necessário que estas estejam estritamente ligadas à conduta omissiva ou comissiva dos genitores, excluindo-se que o dano advenha de outras situações que possam ser pulverizadas. Registre-se que os danos sofridos em tenra idade

são irreparáveis, uma vez que geram sequelas na personalidade, não raras vezes acompanhadas de distúrbios emocionais.

Por derradeiro, prescinde uma condição suplementar, **(e) que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada**, aqui se vislumbra que o dano sofrido pelo menor deve ser o objeto jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico. Os fundamentos que criam uma redoma de vidro em torno do objeto jurídico tutelado são compostos de várias legislações, desde a Convenção dos Direitos da Criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o próprio Código Civil, tanto no que verte aos deveres do poder familiar, ainda quanto às garantias de desenvolvimento da personalidade sem lesão ou ameaça à mesma. Igualmente a Constituição Federal, quando estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa. (...) Assim, o mínimo de dignidade que é exigido para que uma criança possa crescer e se desenvolver plenamente em sua personalidade é que confira ao menor não apenas uma parcela da paternidade e/ou maternidade, como o sustento, senão que também a educação, nela compreendida o apoio emocional, moral e afetivo, caminhando para o desenvolvendo um cidadão completo. (grifos no original)

Nesse compasso, o abandono parental (ou afetivo), segundo Maria Berenice Dias (2013, p. 472), deve ser entendido como uma lesão extrapatrimonial a um interesse jurídico tutelado, causada por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder familiar, o que configura um ilícito, sendo, portanto, fato gerador de obrigação indenizatória para as funções parentais. Dessa forma, segundo a autora, o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar.

Tomando por base, ao tratar do tema, o REsp. n.º 1.159.242/SP, já abordado aqui, Ricardo Lucas Calderón (2013, p. 331) argumenta que a filha rejeitada, concebida de uma relação extramatrimonial, demandou contra seu genitor biológico ante ao reiterado abandono afetivo ao longo dos anos. Em que pese ele lhe desse o amparo material, após o reconhecimento da paternidade, nunca houve qualquer aproximação afetiva, coisa que não acontecia com a outra filha do genitor, com a qual tinha total proximidade. Calderón destaca que diante desta conduta, a filha renegada pelo pai chegou à idade adulta sem ver desenvolvida a relação afetiva que se esperava desse vínculo familiar. Configurada a situação de abandono afetivo, sustentou essa filha que sofreu danos decorrentes da ausência dessa relação

paterno-filial, em vista do que, demandava uma reparação financeira pelo dano que sofreu em virtude da conduta omissa do seu pai.

Calderón (2013, p. 333) pondera que o julgamento da situação de abandono afetivo objeto do REsp. n.º 1.159.242/SP exigiu análise de valores, de princípios e de regras constitucionais, de direitos fundamentais, dos direitos de personalidade, da parte geral do direito civil, da responsabilidade civil e do direito de família. A tarefa do jurista frente a tais casos, comenta o autor, não é singela pois exige a dedicação e uma ampla compreensão da complexidade na qual se constitui o direito contemporâneo.

A solução dos casos de abandono afetivo exige a superação de uma possível tensão entre os princípios da liberdade e da solidariedade, mas segundo Calderón (2013, p. 334) a própria Constituição indica a solução que deve prevalecer. Uma leitura de todo o sistema a partir de uma perspectiva civil-constitucional também desnudará os aportes que permitirão a construção da resposta adequada a cada caso concreto.

Ainda comentando acerca do julgado que deu azo a toda a discussão acerca dos danos por abandono afetivo, cita-se o que diz Ricardo Lucas Calderón (2013, p. 352-353):

O acórdão analisou o caso a partir da perspectiva constitucional, do *caput* do art. 227, que traz o dever de convivência familiar, entre outros deveres parentais (alguns reiterados no art. 229 da Constituição). Acertada a análise do tema a partir dessa perspectiva civil-constitucional, a respostas para conflitos oriundos de relações privadas devem sempre partir dos princípios, das regras e dos valores constitucionais, *máxime* quando ausente regra específica que já tenha traduzido seus comandos para a seara específica do direito civil.

Como usual, não basta a consideração apenas dos dispositivos constitucionais para solução dos casos de abandono afetivo, sendo necessária uma análise também dos relevantes elementos infra-constitucionais do nosso sistema.

A doutrinadora Maria Berenice Dias (2013, p. 472) escreve que a indenização por abandono afetivo pode converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo na contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. Nas palavras da autora:

Claro que o relacionamento mantido sob pena de prejuízo financeiro não é a forma mais satisfatória de estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação.

Conforme vislumbrou-se, os requisitos para configuração do dano moral por abandono afetivo obedecem a regra geral inserta na responsabilidade civil, contudo, cabe ao julgador importante papel ao proferir o *decisium*. Cabe à ele analisar o caso concreto, deixando um pouco de lado a rigidez da legislação para direcionar-se ao emocional das partes envolvidas, de modo a poder aferir a existência de um ato ilícito (omissivo ou comissivo) do genitor, e o dano causado na esfera moral do filho(a).

4.4 ABANDONO AFETIVO INVERSO

Durante todo o presente trabalho abordou-se o abandono afetivo e a sua responsabilização na esfera civil, no entanto, teve-se à relação pai (autor do abandono) e filho (abandonado – vítima do ato ilícito). Agora, passar-se-á a analisar uma nova possibilidade jurídica de indenização, igualmente decorrente da ausência de afeto, mas na qual os pólos se invertem, onde o genitor passa a ser a vítima (abandonado) e o filho(a) é o autor do dano causado pelo abandono afetivo.

Diz-se abandono afetivo inverso, segundo o desembargador Jones Figueirêdo Alves (PE) (2013, p. 1), diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), é a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família. Segundo o diretor, esta falta do cuidar serve de premissa de base para a indenização.

Ainda, conforme salienta o desembargador (2013, p. 1):

O vocábulo “inverso” da expressão do abandono corresponde a uma equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, dado que ao dever de cuidado repercussivo da paternidade responsável, coincide valor jurídico idêntico atribuído aos deveres filiais, extraídos estes deveres do preceito

constitucional do artigo 229 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “...os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade”.

Para Lilian Ponchio e Silva, Alexandre Alliprandino Medeiros, João Bosco Penha, Veridiana Tonzar Ristori Ozaki e Carolina Paulino Penna ([2014], p. 6) a responsabilidade entre pais e filhos vai além da obrigação legal de natureza material (pecuniária). Há inúmeros casos de filhos que deixam seus pais em asilos com a promessa de que irão retornar, mas nunca mais o fazem. Esses idosos acabam sendo privados da convivência familiar, tudo a consubstanciar uma afronta ao dever de assistência afetiva (art. 3º do Estatuto do Idoso). Essa negação do amparo afetivo, moral e psíquico, em última análise, engendra danos à personalidade do idoso, efetivo tolhimento dos valores mais sublimes e virtuosos do indivíduo (dignidade, honra, moral, reputação social). A consequência da omissão dos filhos gera aflição, dor, sofrimento e angústia, podendo contribuir até para o desenvolvimento, para o agravamento de doenças e, por fim, para a morte.

Durgante (2008, p. 255) resume a necessidade de amparo do idoso na seguinte frase:

“Finalmente, o bem-estar físico, mental, social e espiritual – sinônimos de qualidade de vida – devem ser os objetivos primordiais para um envelhecimento com respeito e dignidade”.

Questionado em entrevista dada ao IBDFAM, o desembargador Jones Figueirêdo Alves (2013, p. 1) ressalta:

No Dia Mundial de Combate à Violência Contra a Pessoa Idosa, instituído desde 2007 pela ONU e celebrado em 15 de junho passado, foram revelados novos dados significativos da violência ocorrente. Na composição dos dados, o abandono afetivo inverso se constitui, de fato, como a violência mais gravosa.

Mais do que a violência física ou financeira, a negligência pelo abandono impõe ao idoso uma negação de vida, quando lhe é subtraída a oportunidade de viver com qualidade. Pior ainda é que as maiores violências contra os idosos assumem o território próprio da família, nela acontecendo as mais severas agressões.

Sabido e consabido que dos 22,3 milhões de idosos, atualmente no país, apenas 2,7 milhões com mais de 60 anos, moram sozinhos (1,8 milhão de mulheres e 938 mil homens) enquanto que na composição familiar 15,5 milhões daqueles ainda chefiam suas famílias, a geração de idosos sob abandono inverso assume índice preocupante. É um contingente ancião da recente tendência de menor prole que por isso mesmo fica a depender, uma vez alcançada a faixa etária propecta, de menos guardiões.

Lado outro, o abandono mais se perfaz dentro da família; ou seja, nada obstante esteja o idoso na companhia familiar falta-lhe a assistência material e moral dos devidos cuidados, importando o déficit afetivo em sério comprometimento de vida. Esse tipo de violência não tem maior visibilidade. Enquanto isso, dados da Secretaria de Saúde paulista indicam (15.06.13) que nove pessoas com 60 anos ou mais, em São Paulo, "são internadas por semana em hospitais públicos em razão de agressões físicas".

O art. 229 da Carta Magna prevê que a família é a célula da sociedade, trazendo em seu bojo o princípio da solidariedade nas relações familiares. Nesse contexto, cabe aos pais o dever de amparar os filhos menores, enquanto os filhos maiores são incumbidos de prestar auxílio aos pais na velhice, carência ou enfermidade (ALVES, *et al.* [2014], p. 9).

A Constituição da República Federativa do Brasil disciplina, ainda, em seu art. 230:

"Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida."

O desembargador Jones Figueirêdo Alves (2013, p. 2), em entrevista ao IBDFAM ressaltou que desde quando o afeto passou a ter a sua valoração jurídica, no efeito de ser reconhecido como vínculo familiar, em significado amplo de proteção e cuidado, no melhor interesse da família, a sua falta constitui, em contraponto, gravame odioso e determinante de responsabilidade por omissão ou negligência.

Lilian Ponchio e Silva, Alexandre Alliprandino Medeiros, João Bosco Penha, Veridiana Tonzar Ristori Ozaki e Carolina Paulino Penna ([2014], p. 6) destacam:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.

A prestação pecuniária, não há como negar, é de extrema importância. Todavia, ela não é suficiente para garantir a vida, a saúde e a dignidade dos pais. Segundo Claudia Maria da Silva, o conviver é basicamente afetivo e, enriquecido com uma convivência mútua, alimenta o corpo, cuida da alma, da moral, do psíquico.

O abandono afetivo dos filhos gera o dever de indenizar e essa indenização tem um caráter punitivo, compensatório e pedagógico. É uma punição ao filho que deixar de cumprir dever legal e contribui para o surgimento de dano moral. É compensatória da privação do convívio familiar e do próprio

dano moral levado a efeito. É pedagógico porque tem por escopo desestimular a reiteração no descumprimento da obrigação pelos filhos

Citado desembargador (ALVES, 2013, p. 2) ressalta que a autonomia da pessoa idosa, enquanto patriarca, chefe de família e pai, exige a assistência filial, moral e afetiva, como imprescindível instrumento de respeito aos seus direitos existenciais de consolidação de vida. No ponto, como abandono afetivo inverso, na mesma dimensão jurídico-axiológica que reclama os cuidados de proteção na relação paterno-filial, devemos considerar que a falta do cuidar serve de premissa de base para a indenização.

Questionado sobre qual seria o preço do abandono o desembargador Jones Figueirêdo Alves (2013, p. 3) afirmou que não se pode precificar o afeto ou a falta dele, na exata medida que o amor é uma celebração permanente de vida e como tal, realidade espontânea e vivenciada do espírito; todavia o abandono moral e material, como instrumento de desconstrução de vida pode ser mensurado em níveis de quantificação indenizatória. Os parâmetros são os circunstanciais de vida dos próprios atores envolvidos, sinalizando uma reparação civil adequada e necessária.

De acordo com os ensinamentos de Azevedo (2004, p. 14) considera que:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.

Adriane Leitão Karam (2011, p. 55) discorre com precisão acerca do caráter da indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo do filho com relação ao pai, *verbis*:

O caráter punitivo tem como objetivo punir o filho por abandono imaterial ao seu pai idoso, desobedecendo, assim, uma obrigação jurídica e gerando um dano moral.

O caráter compensatório tem como finalidade compensar o pai de ter sido privado da convivência com a família e de ser amparado por estar em um momento tão frágil de sua vida. Embora o valor financeiro não substitua esse direito do pai abandonado, a finalidade aqui, é reparar o idoso pelos danos sofridos emocionalmente.

O caráter pedagógico seria para que outros filhos procurassem cumprir suas obrigações, prevenido outros comportamentos semelhantes vindo de filhos negligentes e proporcionar, conseqüentemente, uma proteção da instituição familiar.

Desta forma, aquele que sofreu o dano, tem o direito de ser indenizado, principalmente quando este dano afeta sua vida psicológica e a sua dignidade, visto que a dignidade humana abraça inúmeros valores, como direito à vida, à liberdade, à saúde, ao lazer, etc.

Durgante (2008, p. 257), cita as palavras de León Denis, as quais transcreve-se aqui dada a sua singeleza e veracidade:

“Nenhuma fase da vida humana é inteiramente deserdada dos dons da natureza e muito menos das bênçãos de Deus. A velhice é o começo da nossa espiritualização e da nossa desmaterialização.” León Denis.

Embora a possibilidade de cobrança de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo inverso ainda revele-se um tema recente e pouco discutido, verifica-se que a premissa e fundamento do dano é o mesmo de quando se trata de abandono afetivo paterno-filial: o afeto. Conforme viu-se, o amor não é algo que possa ser imposto, amar não é um dever, no entanto, o cuidado e o afeto dispensado com todos os atos inerentes ao bem cuidar constituem-se em um dever, disposto primeiramente na Constituição da República Federativa do Brasil, e, assim, a falta destes cuidados e do afeto são plenamente passíveis de indenização.

5 CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado foi possível constar que a doutrina e jurisprudência vêm pacificando o entendimento de que há a possibilidade de cobrança de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo em relações paterno-filiais.

Embora hajam controvérsias, tendo vista que ainda há entendimentos pela “não monetarização do amor e afeto”, é predominante o entendimento de que a legislação, implicitamente, já prevê a afetividade como uma obrigação nas relações paterno-filiais, sendo salientes e comprovados os malefícios na vida daquele que foi afetivamente abandonado.

Decorrente dessa omissão é que gera-se o dever de indenizar. Desta indenização, o indenizado poderá partir para busca de tratamento ou outras formas de amenizar os prejuízos sofridos em decorrência do abandono.

Salienta-se a importância do tema em vista de que esta indenização – por abandono afetivo – não possui apenas caráter indenizatório, mas também repressivo e preventivo, de modo não só a auxiliar o indenizado, mas também a punir o agente que praticou o abandono e coibir novas práticas.

Trazendo à tona conceituação, lineamentos históricos, classificação e novos paradigmas familiares foi possível melhor compreender porque chegou até o Judiciário a questão do abandono afetivo.

De outro vértice, tratando da responsabilidade civil, mais especificamente sobre o dano moral, vislumbrou-se que o dano moral não é apenas uma forma buscada por muitos, através do Judiciário, de se aferir lucro. Há que ser analisado caso a caso pelo julgador a fim de verificar a existência ou não de um dano indenizável, de modo que a condenação e fixação da verba indenizatória esteja dentro dos parâmetros de legalidade e justiça.

Abordado dentro do presente trabalho o dano moral nas relações afetivas constatou-se que, embora recente a decisão do Superior Tribunal de Justiça que fomentou a discussão a respeito do tema, a doutrina há muito já vem tecendo posicionamentos acerca da temática.

Conforme viu-se, o afeto é um sentimento de suma importância nas relações familiares, em especial nas relações paterno-filiais. A criança, ainda em desenvolvimento, poderá carregar uma carga negativa em decorrência do abandono

afetivo do genitor, que influenciará diretamente em sua formação psicológica e moral.

A indenização vem como uma forma de que esses aspectos negativos sejam tratados e, se possível, eliminados do íntimo daquela pessoa que passou por este tipo de abandono.

Outrossim, ponderou-se ainda no presente trabalho a possibilidade de indenizar o abandono afetivo inverso, ou seja, aqueles casos em que o filho abandona seu genitor idoso, quando este passa a necessitar de cuidados.

Nesse ponto, foi possível aferir que a Constituição da República Federativa do Brasil prevê a obrigação dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores e, da mesma forma, que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O descumprimento destes deveres gera o dever de indenizar.

Portanto, atingindo os objetivos do presente estudo, constatou-se que há a possibilidade sim de indenizar o abandono afetivo entendido como a falta de cuidado, de amparo, ou, poder-se-ia dizer, a “falta de presença” do genitor na vida do filho, ou do filho na vida do genitor, quando este necessita de cuidados.

Como bem salientado pela Ministra Nancy Andrighi, citado no contexto do presente estudo, “amar é faculdade, cuidar é dever”. É da ausência do cumprimento deste dever, portanto, que surge a obrigação indenizatória.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização.**

Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 20 abril 2014

ANDRADE, Camila. **O que se entende por família eudemonista?**

03 out. 2008. Disponível em:

<http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081001121903207&mode=print>. Acesso em: 18 mar. 2014.

ANDRIGHI, Nancy. **Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo.** Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>. Publicado em 02 de mai. de 2012. Acesso em: 23 out. de 2013.

ARNAUD, André-Jean *et alii*. **Dicionário Enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**.2.ed., trad. sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro:

Renovar, 1999, p. 336. *Apud* NADER, Paulo. Curso de direito civil: direito de família.v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Anotado e Legislação Complementar**. São Paulo: Atlas, 2004 *apud* KARAM, Adriane Leitão.

Responsabilidade civil: o abandono afetivo e material dos filhos em relação aos pais idosos. 2011. Disponível em:

<<http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.pdf>>. Acesso em 21 abril 2014

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: principais e operacionais**. 03 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principiais-e-operacionais.cont>>. Acesso em:

18mar. 2014

BOFF, Leonard. **São José: a personificação do pai**. Campinas: Véus, 2005, p.

193-197 *apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. 23 jul. 2005. Disponível em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_resp2.doc>. Acesso em: 10 abril 2014

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data da decisão: 10 de mai. de 2012

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013

CARBONNIER, Jean. **Derecho flexible**. Trad. espanhola da 2. ed. francesa. Madrid: Editorial Tecnos, 1974 *apud* NADER, Paulo. Curso de direito civil. Direito de família.v.5. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva 2012

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família e sucessões**. v. 5. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. **Curso de direito civil**. Obrigações: responsabilidade civil. v. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995

DURGANTE, Carlos Eduardo Accioly. **Relatório azul comissão de cidadania e direitos humanos**. Porto Alegre: Corag, 2008. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/r_relatorio_azul/r_azul_2008.pdf>. Acesso em: 21 abril 2014

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre, Fabris, 1992 *apud* CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013

FONSECA, Alessandro Meyer da. **Requisitos para a caracterização do dano moral**. 17 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9799-9798-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2014

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade Civil.v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **Novo curso de direito civil: direito de família**. As famílias em perspectiva constitucional.v.6. 3. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1968

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos – Um devaneio acerca da ética no direito.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006 *apud* CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013

_____. **Aspectos jurídicos da relação paterno-filial.** Carta Forense São Paulo, ano III, n. 22, p. 3, março, 2005 *apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. 23 jul. 2005. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/Giselda_resp2.doc>. Acesso em: 10 abril 2014

KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade civil: o abandono afetivo e material dos filhos em relação aos pais idosos.** 2011. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.pdf>>. Acesso em 21 abril 2014

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo:** valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. São Paulo: Saraiva, 2008

LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil.** Fontes acontratuais das obrigações e responsabilidade civil. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Responsabilidade Civil.v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MADALENO, ROLF. **Curso de direito de família.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

MENEGHINI, Maxweel Sulívan Durigon. **Dano moral no tempo, no espaço e sua reparação no Brasil.** [2014]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8701>. Acesso em 21 mar. 2014

MICHELLAZZO, Busa Mackenzie. **Do dano moral.** Teoria, legislação, jurisprudência e prática. 4. ed. São Paulo: Editora Lawbook, 2000

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das obrigações. v. 5. 2ª parte. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

NADER, Paulo. **Curso de direito civil.** Direito de família.v.5. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

_____. **Curso de direito civil:** responsabilidade civil.v. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

NETO, José Camilo. **Evolução histórica do dano moral**: uma revisão bibliográfica. 16 jan.2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7053>. Acesso em: 21 mar. 2014

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de família. v. 5. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo**. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de família. As famílias em perspectiva constitucional. v. 6. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Responsabilidade civil. v. 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

ROSA, Conrado Paulino; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Philips. **Dano moral e direito das famílias**. Florianópolis: Voxlagem, 2012

SANTINI, José Raffaelli. **Dano moral**. 1997 *apud* MICHELLAZZO, Busa Mackenzie. Do dano moral. Teoria, legislação, jurisprudência e prática. 4. ed. São Paulo: Editora Lawbook, 2000.

SCHLÜTER, Wilfried. **Direito de família**. Código civil alemão. BGB – familienrecht. Tradução da 9. ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

SILVA, Lillian Ponchio e; MEDEIROS, Alexandre Alliprandino; PENNA, João Bosco; OZAKI, Veridiana Tonzar Ristori e; PENNA, Carolina Paulino. **Responsabilidade Civil dos Filhos com Relação aos Pais Idosos: Abandono Material e Afetivo**. [2014]. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx>. Acesso em: 21 abril 2014

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Questões controvertidas no novo código civil**. Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos. São Paulo: Método, 2006 *apud* NADER, Paulo. Curso de direito civil: responsabilidade civil.v. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

SILVA, Wilson de Melo. **O dano moral e a sua reparação**. Rio de Janeiro, 1995 *apud* RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Responsabilidade civil. v. 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001

VALENTIM, Veit. História universal. 6. Ed. São Paulo: Ed. Martins, 1964, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade Civil.v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

VILELLA, João Baptista. **A desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, mai. 1979, *apud* CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013