

# Responsabilidade civil pelo abandono afetivo

*Fábio Calheiros do Nascimento*<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

“Antes de você ser concebido,  
Eu já queria você.  
Antes de você sair do meu ventre,  
Eu já amava você.  
Antes de você ter uma hora de vida,  
Eu morreria por você.  
Este é o milagre da vida”.  
(Maureen Hawkins)

## Introdução

Como ensina Enzo Roppo, não é possível estudar um conceito jurídico apenas numa dimensão jurídica, afinal de contas, ele tem uma função instrumental e não existe de forma autônoma. Há uma realidade econômico-social que subjaz a ele, “da qual ele representa a tradução científico-jurídica”, e que precisa ser bem compreendida.<sup>2</sup>

Na mesma linha se manifesta Pietro Perlingieri. Ele diz que:

O estudo do direito – e portanto também do direito tradicionalmente definido ‘privado’ – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a sua individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor-assistente da Escola Paulista da Magistratura.

<sup>2</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 7.

<sup>3</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1.

Seguindo essa orientação, em se tratando de artigo que tem por objeto a responsabilidade civil, convém anotar inicialmente que essa matéria passou por inúmeras modificações ao longo dos últimos dois séculos que acabaram por alterá-la sobremaneira. Calcada no liberalismo, a responsabilidade civil moderna, iniciada pelo *Code Napoleon* era essencialmente individualista e patrimonialista. A culpa servia como o principal filtro da reparação civil. Segundo Louis Josserand, no entanto, a responsabilidade civil mudou por conta, principalmente, de dois fatores, um de ordem social e mecânica, outro de ordem individual e moral, quais sejam: o aumento do perigo na vida contemporânea, caracterizada pela multiplicidade de acidentes, e o apuro das consciências das pessoas, que antes aceitavam que certos danos eram apenas fatalidades, mas deixaram de fazê-lo e passaram a buscar um responsável.<sup>4</sup>

A sociedade passou a buscar não só liberdade, mas também justiça, solidariedade e segurança. Realçados esses novos valores, naturalmente surgiram novos danos, confirmando a lição de Ripert, no sentido de que onde outrora se curvava perante o dano derivado do que se tinha por acaso, hoje se passou à busca do autor do dano, o que também pode ser interpretado como um responsável civil.<sup>5</sup>

Neste artigo, o objetivo é tratar justamente de um desses novos danos, aquele que se convencionou chamar de afetivo dos pais em relação aos filhos, mas que, conforme se verá, melhor seria que fosse chamado de dano dos pais ao interesse juridicamente tutelável consistente no cuidado dos filhos.

Para tanto, será utilizado como paradigma um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça que chamou atenção da comunidade jurídica.<sup>6</sup> Tratou-se de uma ação de indenização por danos materiais e morais que a filha promoveu contra o pai. Segundo constou do acórdão, o pai teria se mantido distante dela durante toda a sua in-

<sup>4</sup> JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1941. p. 549-550.

<sup>5</sup> “Là où autrefois on supportait le dommage causé, em s’inclinant devant l’hasard néfaste, on tente aujourd’hui de trouver l’auteur du dommage”. (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 3. ed.. Paris: 1938. 3 v. In: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. I, p. 18).

<sup>6</sup> REsp. n. 1.159.242-SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 24.04.2012

fância e adolescência, omitindo-se da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade. Depois de ter sido forçado a reconhecer a paternidade em juízo, o pai permaneceu ausente da vida da filha, não se prestando a lhe oferecer auxílio material que não o que foi fixado também em processo judicial, nem auxílio psicológico. Aliás, tampouco esteve presente em momentos marcantes da vida dela, o que, segundo se infere do julgamento, teria causado à filha danos de ordem psicológica, que, embora superados, inclusive com a constituição de família pela filha, não fez desaparecer os danos por ele cometidos nesse ínterim.

Pois bem, para se compreender melhor o referido dano e também alguns argumentos expostos nesse julgado, o presente artigo é dividido da seguinte forma: no primeiro capítulo, é vista a construção da responsabilidade objetiva a partir da subjetiva. No segundo capítulo, apenas a responsabilidade objetiva no ordenamento pátrio é analisada, de molde a evidenciar qual é o campo de aplicação de cada uma dessas espécies de responsabilidade atualmente no Brasil.

No terceiro capítulo, é explicado o que se entende por dano na atualidade, deixando então o caminho pavimentado para que depois seja compreendido o dano decorrente da violação ao dever de cuidado dos pais para com os filhos.

No quarto capítulo adentra-se definitivamente ao tema central, e por isso se opta por dividi-lo em cinco pontos. No primeiro subitem, é apresentada a evolução que também se apresentou no âmbito do direito de família. No segundo subitem, é explicitada a construção do conceito de cuidado como interesse juridicamente tutelável, de tal sorte que, se violado, pode gerar a responsabilidade civil dos pais violadores. No terceiro subitem, trata-se da diferença entre amor, moral e direito, apenas com o propósito de se deixar claro que não há obrigação de amar, mas, sim, de cuidar. No quarto subitem, procura-se delinear os pontos sobre os quais se fundamenta a culpa dos pais na violação do referido dever jurídico, o que é relevante porque no âmbito do direito de família a responsabilidade civil aplicável é a subjetiva. Por derradeiro, no quinto subitem, os institutos da suspensão e da extinção do poder familiar são analisados com o objetivo de se demonstrar que a existência deles também não é óbice à responsabilização civil dos pais pela violação do dever jurídico de cuidar dos filhos adequadamente.

## 1. Da responsabilidade civil subjetiva à objetiva

Conquanto não haja consenso acerca da diferença entre moral e direito, se podem estas áreas do conhecimento ser representadas por círculos concêntricos, independentemente de qual delas tenha o menor círculo, representativo, por conseguinte, da menor área de aplicação, ou se são representados por círculos secantes, o fato é que ambas as áreas do conhecimento se aproximam, e muito, pois têm como objeto a análise da correção da conduta humana à luz dos interesses sociais predominantes na época e as consequências disso.

A culpa é exatamente o elemento de ligação entre essas duas áreas do conhecimento quando se trata da responsabilidade civil, tanto que G. Marton mencionava que o sistema jurídico de responsabilidade “não é senão a reprodução do seu sistema de responsabilidade moral”.<sup>7</sup>

Desenvolvida inicialmente em Roma com conotação objetiva, derivada da simples contrariedade do ato praticado com o direito, ganhou conotação subjetiva por conta de influências gregas e orientais, sendo que com a superveniência da ideologia cristã “ela ganhou fortes contornos éticos e morais, ligados à ideia do livre arbítrio e de sua má utilização pelos fiéis”.<sup>8</sup>

O *Code Napoleon*, forte nas lições de Domat e Pothier, fixou a culpa como critério central da responsabilização civil em seus artigos 1382 e 1383.<sup>9</sup> Sendo fonte de inspiração para outros diplomas civis ao

<sup>7</sup> DIAS, José de Aguiar. Op cit., p. 10.

<sup>8</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.13-14. A teoria da culpa é aquela que tem na culpa a causa geradora da responsabilidade civil. Há discussão acerca de sua origem, pois alguns autores, tais como Mazeaud e Mazeaud acreditam que o direito romano não tinha essa noção e que, somente no fim da República, é que a culpa aquiliana foi introduzida no ordenamento. Eles negam que a culpa estava no cerne do conceito de delito da Lei Aquilia. Outros, no entanto, entendem exatamente o contrário. Independentemente disso, o certo é que esse foi o caminho seguido na época, tanto que no período justiniano a culpa subjetiva estava no cerne da responsabilidade, embora com diferenças para a noção atual de culpa. (DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 45).

<sup>9</sup> “Art. 1382. *Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*” - “Qualquer ato do homem que cause a outro um dano, obriga aquele que agiu com culpa a repará-lo.” (trad. livre); “Art. 1383. *Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*” - “Cada um é responsável pelo dano que ele causa, não somente por sua culpa, mas também por sua negligência e por sua imprudência”. (trad. livre) A palavra “faute” tem dois significados. No senso objetivo significa “infração à maneira de agir de um tipo-módulo determinado; e senso

redor do mundo, esse critério se espalhou por vários ordenamentos jurídicos, a par da discussão travada no seio da doutrina acerca do conceito de culpa.

Nessa linha, de acordo com Geneviève Viney, o Código Civil francês de 1804 se assentava em três princípios básicos, quais sejam, o universalismo, pois havia uma cláusula geral de responsabilidade civil; o individualismo, haja vista que se impunha o dever de reparar o dano a alguém em particular; e o moralismo, porquanto a pessoa que seria obrigada a reparar o dano seria identificada pela culpa quanto à ocorrência do evento danoso.<sup>10</sup>

No Brasil, por exemplo, esse sistema de responsabilização civil de cláusula geral focada na culpa e com atribuição individualizada de reparação ganhou contornos definitivos no artigo 159 do Código Civil de 1916.<sup>11</sup> Antes disso, na Itália, os artigos 1151 e 1152 do Código Civil de 1865 praticamente reproduziram a redação dos artigos 1382 e 1383 do Código Civil francês, inclusive dando a entender, como se discutiu na França, se o primeiro artigo se referia apenas ao dolo e o segundo à culpa propriamente dita.<sup>12</sup>

Essa exigência de se comprovar a culpa em todos os casos de responsabilidade civil, conforme interessava à burguesia, no entanto, mostrou-se extremamente injusta com o passar o tempo. O desenvolvimento das atividades industriais ocasionava danos anônimos, cuja culpa era impossível de ser comprovada, tanto que a prova dela passou a ser chamada de *probatio diabolica*. Por conseguinte, esses danos

---

*subjetivo: censura moral imputável ao agente*". Houve resistência à adoção da culpa subjetiva, imaginando-se que se tratava da mesma culpa do direito justiniano, mas não o era. Em razão disso e do fato de que faltou à lei a menção à ilicitude, ou seja, à contrariedade do ato em relação ao direito, acabou se adotando a culpa objetiva, que "em nada se relaciona com a capacidade individual do agente". (DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 47-48).

<sup>10</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no código civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26.

<sup>11</sup> "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. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553."

<sup>12</sup> "Art. 1151. Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno." - "Qualquer fato do homem que acarreta danos a outro, por culpa daquele, o obriga a ressarcir o dano" (trad. livre); "Art. 1152. Ognuno è risponsabile del danno che ha cagionato non solamente per um fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza" - "Todo mundo é responsável pelos danos causados não somente por fato próprio, mas também pela sua própria negligência ou imprudência." (trad. livre).

acabavam sendo aceitos como meras fatalidades, *acts of God* ou *damni fatale*, cujas consequências deveriam ser suportadas pelas vítimas, sem reparação.

Considerando que outras classes sociais, não capitalistas, ascenderam socialmente, fazendo o contraponto aos interesses da burguesia, e elas viam os acidentes como causas da perda da força de trabalho que lhes garantia a renda, passaram a exigir uma mudança no sistema de responsabilidade civil.

Visando atender a esse clamor popular por mais igualdade material foram empregados vários meios. Tal como ensina Josserand, por trabalho da doutrina e da jurisprudência, passou-se a admitir muito facilmente a existência da culpa (1); estabeleceram-se ou reconheceram-se presunções de culpa (2); o legislador (francês) substituiu a noção de culpa pela de risco, assumindo posição em favor da responsabilidade objetiva (3); e, ainda, estendeu-se o campo da responsabilidade contratual, afastando-se, na mesma medida, o alcance da responsabilidade aquiliana (4).<sup>13</sup>

Sem dúvida que, de todos esses meios, aquele que mais ganhou destaque foi a adoção da teoria do risco, cujo desenvolvimento sistemático é atribuído justamente a Josserand, e também a Salleiles, tendo este desenvolvido conhecido trabalho sobre o tema no livro *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*.<sup>14</sup> Segundo essa teoria, a responsabilidade civil não dependeria da prova da culpa do ofensor, derivando apenas de uma relação de causalidade.

A propósito dessa mudança de paradigma, Alvinio Lima expôs o seguinte raciocínio:

[...] imprescindível se tornava, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão

<sup>13</sup> JOSSERAND, Louis. Op. cit., p. 551.

<sup>14</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9. Segundo G. Marton, os precursores da teoria em tela foram adeptos da escola do direito natural do séc. XVIII, especialmente Thomasius e Heineccius. Essa teoria foi adotada pelo Código prussiano de 1794 e pelo austríaco de 1811. (DIAS, José de Aguiar. Op.cit., p. 53-54.).

sob um ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva.<sup>15</sup>

Conforme Cláudio Godoy, com a adoção dessa teoria, em que o risco, por vezes, é coletivizado, “passa-se a cogitar da procura não mais de um culpado, e sim de um responsável pela indenização”, deixando evidente o escopo da responsabilidade civil de restaurar o equilíbrio econômico, jurídico e social rompido com a causação do dano.<sup>16</sup>

Essa nova noção de responsabilidade civil se espalhou por diversos ordenamentos jurídicos, sendo especialmente recepcionada em leis especiais que passaram a reger situações específicas, cujas circunstâncias não permitiam a adoção da responsabilidade civil subjetiva de forma justa.<sup>17</sup>

O Brasil, por sinal, é um bom exemplo da inserção gradual dessa teoria por meio de leis especiais, que foram, pouco a pouco, fazendo com que a responsabilidade civil objetiva ganhasse espaço e diminuísse

<sup>15</sup> LIMA, Alvinio. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 87-88.

<sup>16</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op.cit., p. 32. Acerca da solidarização da responsabilidade civil, vale a menção ao seguinte trecho da obra de Anderson Schreiber: “*Os tribunais desconsideram a culpa (todos somos culpados) e a causa (todos somos causadores) dos danos, mas concluem o processo judicial de responsabilização lançando o ônus indenizatório sobre um único – e, muitas vezes, randômico – responsável. Há solidarismo no que diz respeito às condições para a deflagração do dever de reparar, enquanto a atribuição do dever em si continua arraigada ao individualismo mais visceral*”. (Op. cit., p. 7).

<sup>17</sup> A teoria objetiva foi introduzida em normas específicas em vários ordenamentos, mas não, de forma global, em nenhum. Aparentemente o Código Civil da Rússia o fez, porque seu artigo 403 estabelece apenas que aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Ocorre que as exceções mostram que a teoria do risco não foi adotada: liberação da obrigação quando não se podia evitar o dano, quando se tinha permissão para causá-lo, ou se o dano decorreu de dolo ou negligência grosseira da vítima. O mesmo ocorre com o artigo 117 do referido diploma, pois o artigo 118 estabeleceu as mesmas exceções supracitadas (DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 88-89.).

as resistências, até que fosse incorporada ao Código Civil. O primeiro diploma que adotou a teoria do risco foi o Decreto n. 2.681/1912, a Lei de Estradas de Ferro. Outras leis especiais recepcionaram essa teoria, tais como a Lei Federal n. 6.453/77 (atividades nucleares) e a Lei Federal n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a adoção da responsabilidade objetiva em alguns de seus preceitos normativos, como nos casos de acidente de trabalho (art.7º, inc. XXVIII) e de danos causados por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público (art. 37, § 6º), a teoria do risco ganhou ainda mais força, passando então a ser incorporada como regra no Código de Defesa do Consumidor (arts. 12 a 14) e com bastante destaque no Código Civil de 2002 (art. 927, par. único).

## 2. A responsabilidade civil objetiva no Código Civil brasileiro

O Código Civil brasileiro de 2002 não se resumiu a uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. Ele foi muito além, chegando a haver divergência na doutrina se houve a inversão do sistema do Código Civil anterior ao se adotar a responsabilidade objetiva como regra e a subjetiva como exceção.<sup>18</sup> Independentemente disso, o fato é que em todos os artigos do Código Civil de 2002 em que o legislador deixou de exigir a comprovação da culpa para fins de responsabilização civil, imputando responsabilidade civil a quem não necessariamente era culpado (arts. 734 e 927 a 937), o fez em situações muito específicas. Em outras palavras, com exceção da cláusula geral de responsabilidade

<sup>18</sup> “De acordo com as previsões do Código Civil de 2002 pode-se dizer que, comparativamente, a responsabilidade subjetiva é que se torna residual, tantas são as hipóteses de responsabilidade que independem de culpa. Assim, cumpre mencionar, além da cláusula geral do parágrafo único do art.927, as previsões relativas à responsabilidade do amental (art.928), do empresário (art.931), do transportador (art.734), as diversas hipóteses de responsabilidade indireta (arts.932 e 933), a responsabilidade pelo fato dos animais (art.936), a responsabilidade decorrente da ruína (art.937), isto é, inteiras searas do direito de danos, antes vinculadas à culpa, hoje cumprem o objetivo constitucional de realização da solidariedade social, através da ampla proteção aos lesados, cujos danos sofridos, para sua reparação, independem completamente de negligência, imprudência, imperícia ou mesmo da violação de qualquer dever jurídico por parte do agente. São danos (injustos) causados por atos lícitos, mas que, segundo o legislador, devem ser indenizados”. (MORAES, Maria Celina Bodin de, *Problemas em torno da cláusula geral de responsabilidade objetiva*, no prelo, apud SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 23).

civil objetiva do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que versa sobre atividade normalmente desenvolvida que, por sua natureza, implica em risco para os direitos de outrem, continua a ser exigida a culpa para a responsabilização civil.

A propósito da referida cláusula geral de responsabilidade objetiva, faz-se necessária uma breve anotação para que fique bem claro o campo próprio de sua aplicação, em contraposição à cláusula geral de responsabilidade subjetiva prevista no mesmo artigo 927 do Código Civil, mas no seu *caput*, que faz expressa menção aos artigos 186 e 187 deste mesmo diploma.

Dispõe o referido artigo 927 do Código Civil, em seu parágrafo único, o seguinte:

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

De pronto se pode afirmar que, entre as correntes mais conhecidas que existem em relação à teoria do risco, no caso em tela está a se tratar da teoria do risco-criado. Sim, pois, evidentemente, ao não haver expressa exclusão de qualquer das situações que poderiam significar rompimento do próprionexo causal, não se está diante da teoria do risco integral. E também não se está frente à teoria do risco-proveito, pois não há sequer menção à extração de algum benefício da atividade normalmente desenvolvida para que se possa atribuir a responsabilidade à pessoa que a desenvolve.<sup>19</sup> Basta que haja o normal desenvolvimento dessa atividade e que ela gere, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, para que, em havendo dano, seja responsabilizada civilmente.

Dito isso, três são as questões que interessam à compreensão desse artigo de lei. A primeira é o que se deve considerar por atividade normalmente desenvolvida. Acerca dessa questão, Fernando Noronha propõe uma diferenciação entre atividade e ato, nos seguintes termos:

<sup>19</sup> SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 93-94.

Uma atividade é sempre caracterizada por uma série (ou conjunto) de atos praticados com continuidade e para realização de um determinado objetivo. Na atividade, o todo é qualitativamente diverso dos atos que a integram. Atividade jurídica é aquela que visa realizar uma finalidade juridicamente relevante e que, por isso, é objeto de tratamento unitário; os atos que a integram vão produzir consequências jurídicas diversas das que aconteceriam, se eles não estivessem integrados no conjunto.<sup>20</sup>

Para que seja aplicada a teoria do risco, portanto, não se pode falar em um ato isolado ou esporádico. Há que haver uma atividade, no sentido de reiteração de atos, e, justamente por conta da alusão a essa ideia que Sérgio Cavalieri Filho traça um paralelo entre o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e o artigo 966 desse mesmo diploma:

O elemento histórico reforça essa exegese. Na década de 70 do século passado, quando foi elaborado o Projeto do novo Código Civil, o legislador tinha os olhos voltados para inúmeras atividades em que, embora exploradas empresarialmente, com grandes riscos para a sociedade, a responsabilidade dos exploradores era subjetiva. Os serviços já ocupavam àquela tempo vastíssimo campo de atuação na sociedade (transportes, luz, gás, telefonia, seguros, bancos, financeiras, cartões de crédito, saúde etc.) desempenham importantíssima função econômica e jurídica, afetando a vida de mais de uma centena de milhões de pessoas, mas os riscos dessa exploração corriam por conta dos usuários.<sup>21</sup>

Não que, com isso, se esteja a vincular, necessariamente, a atividade de que trata a referida cláusula geral de responsabilidade civil

<sup>20</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 421.

<sup>21</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 155-156.

objetiva com o exercício da empresa, que tem por norte a obtenção de lucro e, por conseguinte, deita suas raízes na teoria do risco-proveito, até porque isso seria uma contradição. Mas é relevante a comparação entre os artigos para reforçar a ideia que, para a lei civil brasileira, atividade realmente não é algo eventual.

O detalhe é que a lei brasileira não fez constar apenas que o risco derivaria de uma atividade desenvolvida pela pessoa. Ela a qualificou, dizendo que essa atividade teria que ser normalmente desenvolvida por ela. Mas o que se entende por normal? A par da diferença entre ato e atividade, como visto acima, vale a menção à lição de Caio Mário da Silva Pereira:

No campo da responsabilidade objetiva insere-se a teoria dos atos anormais. Seu fundamento é a distinção entre o ato normal e o ato anormal, somente este último criando a responsabilidade civil de quem o pratica. Para fazê-la, é de se estabelecer o que Demogue entende (invocando Durkheim) um tipo social representativo do padrão médio da sociedade. Na sua aparente simplicidade, a teoria vai enfrentar o problema da caracterização da anormalidade do ato, ou no estabelecimento de uma barreira separando um do outro.<sup>22</sup>

Embora exista divergência na doutrina acerca da relevância do termo “normalmente” no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, ao se seguir a ideia de que a lei não tem palavras inúteis, compreende-se que a mens legis foi a de indicar ao intérprete que a teoria do risco deve ser aplicada nos casos em que o dano resulta do exercício de atos reiterados que se inserem no campo de atuação regular da pessoa. É como exemplifica Wendell de Souza, há uma diferença entre o protesto indevido de um título endossado ao banco que havia sido pago pelo devedor sem que o credor tivesse avisado o banco, e o café que é servido ao cliente no estabelecimento comercial da transportadora e que acaba, por conta de um problema no pó, causando danos ao cliente.

<sup>22</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 375.

No primeiro caso o recebimento do título e o protesto dele por parte do banco se inserem nas atividades normalmente desenvolvidas pelo banco, de tal modo que ele responde pelo risco da atividade; ao passo que no segundo, o serviço de café da transportadora não está no seu campo de atuação, tendo sido servido ao cliente no seu estabelecimento comercial apenas a título de cortesia.<sup>23</sup>

Claro que a situação pode ser nebulosa no caso concreto e a adoção de uma cláusula geral por parte do legislador veio precisamente para deixar nas mãos do intérprete e aplicador da lei a possibilidade de extrair das circunstâncias do caso concreto os elementos necessários para chegar à conclusão pela aplicação ou não do artigo em comento.<sup>24</sup>

A segunda questão é o que se deve entender por atividade que, pela sua natureza, gera riscos aos direitos de outrem. Ao contrário de outros diplomas ao redor do mundo, com exceção do Código Civil da Suíça, o diploma brasileiro optou por se referir a risco e não a perigo. Com isso, deixou clara a opção legislativa pela maior amplitude da norma, não se exigindo tanta intensidade para que se caracterize a atividade que ora se trata.<sup>25</sup>

Partindo dessa premissa e focando na diferença que existe entre atividade de risco e risco da atividade, como proposto por Antônio Junqueira de Azevedo, Cláudio Luiz Bueno de Godoy cita alguns pontos nos quais se deve basear o intérprete para inferir em que consiste a atividade que, pela sua natureza, gere riscos aos direitos de outrem, conforme segue:

<sup>23</sup> SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. Op.cit., p. 99-100.

<sup>24</sup> “O pandectismo era uma espécie de idolatria do Direito Romano, tal como se contém nas Pandectas de Justiniano. Caracteriza-se ele pela preocupação de dar aos problemas jurídicos um tratamento estritamente jurídico, visando solucionar seus problemas somente mediante categorias do Direito. Era, de certa maneira, uma sistematização cerrada, fechada em uma compreensão individualista da juridicidade. Ao contrário, nós, ao concebermos o Direito Civil como matriz do Direito Privado, pensamos em um sistema aberto, no qual o rigorismo técnico cede lugar a um normativismo plástico e flexível em função da experiência histórico-social.

A norma aberta é uma norma destinada à atuação posterior do intérprete, mesmo porque não se compreende a regra do Direito sem a sua interpretação. Enquanto não objeto de uma hermenêutica apreciando seus resultados e desenvolvendo o que nela está implícito, a norma jurídica é apenas um esboço de comando, que passa a atuar de maneira efetiva em razão da interpretação vivida pela doutrina e pela jurisprudência”. (REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 56).

v. tb. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27-28.

<sup>25</sup> TARTUCE, Flávio. *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Coord.). São Paulo: Atlas, 2012. p. 383-385.

- a. Se toda atividade, em maior ou menor grau, gera riscos, não teria motivo para a lei civil mencionar o risco se quisesse apenas tratar da causalidade pura; bastaria que tivesse tratado do exercício da atividade para que houvesse responsabilização civil;
- b. O risco derivado do exercício da atividade precisa ser especial, específico, não aquele atinente com toda a sorte de atividades humanas;
- c. A especialidade do risco pode ser extraída da estatística, do casuísmo, do emprego de meios técnicos;
- d. A especialidade do risco deve ser analisada de forma apriorística e não a posteriori;
- e. O risco não precisa se restringir à atividade em si, podendo também decorrer dos meios empregados para o desempenho dela.<sup>26</sup>

A terceira e última questão que se coloca em relação ao artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, consiste nas excludentes à aplicação desse dispositivo normativo. Nesse ponto, a comparação com os sistemas português e italiano tem grande utilidade.

O artigo 493, item 2, do Código Civil português de 1966 dispõe que:

Quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.

O artigo 2.050 do Codice Civile de 1942, por sua vez, estabelece que: “chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un’attività

---

<sup>26</sup> GODOY, Cláudio Bueno de. Op. cit., p. 111-118. Acerca desse ponto vale a alusão à doutrina de Anderson Schreiber, praticamente na mesma linha daquela exposta por Cláudio Godoy: “[...] a cláusula geral de responsabilidade objetiva dirige-se simplesmente às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam grau de risco elevado seja porque se centram sobre bens intrinsecamente danosos (como material radioativo, explosivos, armas de fogo etc.), seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo (como o controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear etc.). (SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 25).

pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”.<sup>27</sup>

Como se pode verificar pela redação dos dois artigos supracitados, ao contrário do que consta do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, tanto em Portugal quanto na Itália há exclusão da responsabilidade no caso de a pessoa que produziu o dano conseguir comprovar que adotou todos os meios idôneos para evitar que ele ocorresse. Por sinal, essa excludente constava do projeto original do Código Civil brasileiro, mas foi retirada durante a tramitação no Congresso Nacional.<sup>28</sup>

De regra, portanto, apenas as causas usuais de rompimento do nexo causal é que podem ser aceitas como excludentes, quais sejam: a culpa (ou o fato) exclusivo da vítima ou de terceiro, a força maior e o caso fortuito. Não fosse assim, se estaria diante da aplicação da teoria do risco, na sua corrente do risco integral, o que, como já visto, não é o caso.

Há apenas duas ressalvas quanto a essas excludentes. A primeira diz respeito ao caso fortuito, aqui entendido como sinônimo de força maior, para evitar maiores discussões, tal como se infere do artigo 393, parágrafo único, do Código Civil. Ambos são vistos como fatos imprevisíveis ou inevitáveis. O caso fortuito pode ser dividido entre fortuito interno e externo, o que é muito bem tratado pelos consumeristas na aplicação do artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, que, tal como aqui, não inclui expressamente as hipóteses descritas acima como excludentes de responsabilidade civil nos casos de fato do serviço.<sup>29</sup>

Sérgio Cavalieri Filho, tratando da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, diferencia o fortuito interno do externo da seguinte forma:

---

<sup>27</sup> “Qualquer pessoa que causa danos a outro na condução de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, deve indenizar, a menos que possa provar que foram tomadas todas as medidas necessária para evitar o dano.” (trad. livre)

<sup>28</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 21.

<sup>29</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 312-322.

O fortuito interno, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável.

O mesmo já não ocorre com o fortuito externo, assim entendido aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra, ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação. Em caso tal, nem se pode falar em defeito do produto ou do serviço, o que, a rigor, já estaria abrangido pela primeira excludente examinada – inexistência do defeito (art. 14, § 3º, I).<sup>30</sup>

Considerando que está a se tratar de risco da atividade e que no fortuito interno há uma causa que se integra à sequência de atos que caracterizam aquela atividade, o que se infere daí é que o risco decorrente do fortuito interno corresponde ao risco normal da atividade, de tal modo que ele não exclui a responsabilidade civil.<sup>31</sup>

A segunda ressalva está relacionada ao fato exclusivo de terceiro. Esse terceiro, segundo jurisprudência dominante, é aquele que “nada tem a ver com a coisa, a pessoa ou a atividade, ensejando uma situação semelhante à da força maior”.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 307.

<sup>31</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 120-121. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. II, p. 813.

<sup>32</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 814.

### 3. Os danos passíveis de reparação

Durante muito tempo dano foi sinônimo de prejuízo financeiro, quer presente, com os danos emergentes, quer futuro, com os lucros cessantes. Somando-se a isso o fato de que até o desenvolvimento da teoria do risco por Salleilles e por Jossierand, a teoria da culpa dominava completamente a responsabilidade civil, entender o dano como um dos elementos desse ramo do direito civil não era um problema, afinal de contas, ele tinha apenas a natureza patrimonial, que é de fácil constatação.

No entanto, houve uma mudança não só quantitativa, mas também qualitativa no tocante aos danos passíveis de indenização. Tanto é assim que já se aludiu à era dos danos.<sup>33</sup> Quanto ao aumento das hipóteses fáticas de dano, tal como dito anteriormente quando se tratou do contexto que fez surgir a teoria do risco, ele decorreu, num primeiro momento, da Revolução Industrial e da concentração das pessoas nos centros urbanos. Depois, só tendo aumentado essa concentração e o desenvolvimento das tecnologias, houve também um aumento exponencial dos danos.<sup>34</sup>

No que diz respeito à mudança qualitativa, a mais interessante, ela decorreu principalmente do processo que se passou a chamar de “despatrimonialização” ou de “publicização” do direito privado. Com o enfoque predominante por ocasião da Revolução Francesa, o *Code Napoleon* de 1804 foi forjado a partir de uma noção essencialmente patrimonial e liberal, de tal sorte que se tutelava o ter, não o ser, e todos eram tidos como formalmente iguais.

Sucede que, com o passar do tempo, essa visão acabou se mostrando deletéria tanto em nível individual como social, como menciona Marcos Catalan, que também ensina que:

O ser humano, nesse universo, é importante ratificar, não passa de uma noção formal, que só possui utilidade quando representa algum papel. O

<sup>33</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 54.

<sup>34</sup> “À medida que a civilização se desenvolve, dizem Mazeaud e Mazeaud, tornam-se mais e mais complexas as relações sociais, com a interpenetração cada vez mais profunda dos círculos de atividade jurídica de cada um. É inevitável, em tais condições, o atrito de interesses, cada vez mais intenso, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil”. (DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 18.).

aspecto humano de cada pessoa foi esmagado pela análise tecnicista. Muito além de mera ‘submissão ou proletarização’ de certa classe social, a repetição desse discurso levou à desumanização e ao genocídio das subjetividades. E, apesar da aludida racionalidade ser compreensível em razão das balizas fixadas pelo Estado Liberal, não resiste à leitura crítica, até porque a manutenção do tratamento dos sujeitos de direito como entes abstratos só interessa à classe dominante.

Considerando a essencialidade da tarefa de resgatar as identidades esmagadas pelos detentores do poder, parece imperioso denunciar que a visão patrimonialista que imperou nessa quadra da História – e que ainda informa muitos discursos na contemporaneidade – é recheada de vícios, em especial, o de ignorar aqueles que nada têm. É imprescindível lembrar que a concepção formal da pessoa humana é algo inaceitável nos dias atuais, sendo essencial reconhecer o valor ontológico da vida.<sup>35</sup>

Essa alteração de concepção social acerca da liberdade e da igualdade, somada ainda ao rebaixamento a que foi submetido o ser humano durante as duas grandes Guerras Mundiais, especialmente a segunda, fez com que fosse alçada à condição de valor fundamental em muitas constituições ao redor do mundo a dignidade da pessoa humana. Associando a isso o reconhecimento da aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, houve significativa mudança no direito privado, com a tutela do ser assumindo papel preponderante em relação à tutela do ter, sendo que, no campo da responsabilidade civil, foi aceita a ideia de ressarcibilidade do dano extrapatrimonial.<sup>36</sup>

No Brasil, embora já houvesse aceitação doutrinária e jurisprudencial, somente com a Constituição Federal de 1988 é que o ordenamento jurídico passou a reconhecer formalmente o dano extrapatrimonial,

<sup>35</sup> CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66-67.

<sup>36</sup> SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 91.

com a inclusão no seu artigo 5º dos direitos fundamentais à indenização por danos moral ou à imagem (incisos V e X).<sup>37</sup>

Tendo constado do referido dispositivo normativo apenas alguns interesses tutelados que são passíveis de serem indenizados em caso de ofensa, tais como a privacidade e a honra, e tendo se referido genericamente à possibilidade de indenização por danos morais em caso de agravo, a Constituição Federal de 1988 deixou para a esfera infraconstitucional a explicitação da matéria, mas já sinalizou com a criação de um sistema aberto de indenização por danos extrapatrimoniais, que se consolidou com o advento do Código Civil de 2002.<sup>38</sup>

Conforme se verifica dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002, todo aquele que causa dano a outrem, seja patrimonial ou extrapatrimonial, tem obrigação de indenizar a vítima. Não há qualquer restrição legal quanto ao tipo de dano passível de indenização.<sup>39</sup>

Assim sendo, no que tange aos danos extrapatrimoniais, a preocupação que existe atualmente é definir os interesses que merecem

---

<sup>37</sup> “*Impende considerar que a Constituição de 1988 apenas elevou à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade dos danos morais, pois esta já estava latente na sistemática legal anterior; não sendo aceitável, assim, pretender-se que a reparação dos danos dessa natureza somente seria devida se verificados posteriormente à referida Constituição.*”

*Na realidade, mesmo antes da explicitação constitucional, já se permitia induzir das hipóteses ditas casuísticas e controvertidas, em que o anterior CC (arts. 1.537, 1.538, 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550) e algumas leis especiais teriam preconizado a reparação do dano moral, já se permitia induzir (repita-se) do sistema jurídico brasileiro a existência em nosso direito do princípio geral da reparabilidade do dano moral”. (CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 3. ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 55).*

<sup>38</sup> Não à toa, pouco tempo depois de criado e posto em funcionamento, o Superior Tribunal de Justiça já editou a súmula 37, indicando a total desvinculação entre o dano moral e o dano patrimonial e a possibilidade de um fato qualquer ensejar indenização por dano moral.

<sup>39</sup> Há, basicamente, dois sistemas de responsabilidade civil, no que se refere aos danos passíveis de reparação, que são o fechado e o aberto. Como a própria denominação indica, nos sistemas fechados ou taxativos apenas os danos previstos em lei é que são reparáveis, o que, em outras palavras, significa que, mesmo havendo a conduta de uma pessoa que poderia ser juridicamente responsabilizada por haver nexo de imputação, não haveria dano, se juridicamente considerado.

Dois exemplos de sistemas que se consideram fechados são o alemão e o italiano, o primeiro de modo ainda mais rigoroso que o segundo. Com efeito, de acordo com o § 823 do BGB, são passíveis de reparação apenas os danos à vida, à integridade física, à saúde, à liberdade e à propriedade. Consoante se extrai dos artigos 2043 e 2059 do *Codice Civile*, de outro lado, são indenizáveis todos os danos patrimoniais injustos decorrentes de condutas culposas ou dolosas, mas no que se refere aos danos extrapatrimoniais, apenas os casos previstos em lei são passíveis de reparação.

Nos sistemas abertos, de outro lado, não há uma cláusula limitativa no que atine com os danos passíveis de reparação, de tal modo que, a rigor, tudo o que se entender por dano pode ser reparado. É o caso do sistema brasileiro. Nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil não consta qualquer restrição quanto aos danos passíveis de reparação.

ser tutelados, isto é, o que pode ou não ser tido como dano moral, para usar a expressão que acabou prevalecendo por aqui, em virtude de tradição.<sup>40</sup>

Num movimento natural de abertura recente à indenização dos danos extrapatrimoniais, a doutrina tendeu inicialmente a dar a maior amplitude possível aos interesses legítimos para fins de indenização, como se pode perceber da doutrina de Yussef Said Cahali abaixo reproduzida:

Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem em que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a ‘parte social do patrimônio moral’ (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a ‘parte afetiva do patrimônio moral’ (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que prova direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.).<sup>41</sup>

A jurisprudência brasileira também se alinhou a esse movimento e acabou por iniciar uma jornada de reconhecimento de outras espécies de dano, como se infere da súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, que admitiu a existência do dano estético ao lado dos danos moral e patrimonial.<sup>42</sup>

O grande problema desse alargamento é que acabou por se confundir o interesse juridicamente tutelável com a consequência subjetiva do dano, o que representou a perda dos critérios definidos do dano moral. A se seguir aquele entendimento bastaria a vítima requerer a

<sup>40</sup> CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 23.

<sup>41</sup> CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 22.

<sup>42</sup> Ora, se dano moral foi a expressão adotada por aqui para definir todos os danos extrapatrimoniais, para que diferenciar o dano estético do moral? Não seria suficiente reconhecer o dano estético como espécie do dano moral, considerando a amplitude desse tipo de dano?

indenização com base em dor ou sofrimento para se ter que reconhecer o seu direito, o que é descabido.

Hoje, reconhecendo a necessidade de se constatar o interesse juridicamente tutelável em primeiro plano, antes de se adentrar à pesquisa do nexos causal e eventualmente da culpa *lato sensu*, a doutrina já se manifesta em tom mais restritivo e criterioso, com a devida vênias em relação aos posicionamentos diversos, como se pode verificar abaixo:

Com efeito, a concreta lesão a um interesse extra-patrimonial verifica-se no momento em que o bem objeto do interesse é afetado. Assim, há lesão à honra no momento em que a honra da vítima vem a ser concretamente afetada, e tal lesão em si configura dano moral. A consequência (dor, sofrimento, frustração) que a lesão à honra possa a vir a gerar é irrelevante para a verificação do dano, embora possa servir de indício para a análise de sua extensão, ou seja, para a quantificação da indenização a ser concedida.<sup>43</sup>

#### 4. Responsabilidade civil no âmbito do direito de família

##### 4.1. As mudanças na família e no direito de família

O termo família deriva de “famulus”, que significa “servidor”, o que deixa à mostra que a família, na sua origem, era o lugar onde reinava o “pater” e o restante de seus integrantes apenas o cercavam, tais como esposa, filhos, patrimônio, servos e criados.<sup>44</sup>

Segundo Fustel de Colanges, quando as cidades surgiram e começaram a criar as suas leis, já encontraram alguns costumes enraizados no seio das famílias, sendo que um dos principais era a centralização de todo o poder nas mãos do “pater”, que tinha o poder até de mandar matar seus filhos.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 134.

<sup>44</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 4.

<sup>45</sup> “Graças à religião doméstica, a família era um pequeno corpo organizado, pequena sociedade com o seu chefe e o seu governo. Coisa alguma, na nossa sociedade moderna, nos dá idéia deste poder paternal. Naqueles tempos, o pai não é somente o homem forte protegendo os seus e tendo tam-

Embora com o tempo tenha havido alguma mitigação dessa concepção de família patriarcal de natureza despótica, sobretudo após o racionalismo, que afastou certos dogmas e fez emergir a autodeterminação como mote para a tomada de decisões com vistas à realização pessoal, o fato é que essa centralização exacerbada de poderes em mãos do pai chegou até os nossos dias de forma quase intacta.<sup>46</sup>

Com o advento do Código Civil de 1916 não houve alteração relevante neste contexto. Socialmente ainda se aceitava essa diferença entre homens e mulheres, tanto que o artigo 233 desse diploma dispôs que o marido era o chefe da sociedade conjugal, contando apenas com a colaboração da mulher<sup>47</sup>, e o artigo 384 desse mesmo diploma, que tratava do pátrio poder, como o próprio nome sugere, tinha um enfoque claro do poder dos pais em relação aos filhos.

Somando-se a isso o fato de que a família, até bem pouco tempo atrás, era apenas aquela formada por casamento, o qual era indissolúvel, e que os filhos havidos fora do casamento eram considerados espúrios e não podiam nem ser reconhecidos pelos pais (art. 358), não há qualquer dúvida de que a família sempre foi uma organização social hermeticamente fechada, na qual as pessoas que queriam ou tinham que integrá-la haviam de se submeter às regras preestabelecidas da lei e também àquelas fixadas principalmente pelo pai.<sup>48</sup> Enfim, ela não era o ambiente adequado para o pleno desenvolvimento das potencialidades de seus integrantes. As individualidades eram desprezadas em prol

---

*bém a autoridade para fazer-se por eles obedecer: o pai é, além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside no pai.* (COULANGES, Numa Denis Fustel. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Helmus, 1975. p. 70).

<sup>46</sup> “Como porém a boa ordem exige imperiosamente que haja um chefe nesta sociedade, e não pôde ser senão um dos dois; e como, por outra parte, a mesma natureza indica ser o homem por ser o mais inteligente, o mais experimentado, o mais ágil em todos os negócios da vida, e ao mesmo tempo o mais forte; com razão e justiça devem competir a este alguns direitos especiais, os quais constituem o poder marital”. (LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Instituições de direito civil brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1871. t. I, p. 115-116).

<sup>47</sup> Como estava previsto na redação original do artigo 373 do Código Civil francês de 1804.

<sup>48</sup> “A família, como todo e qualquer agrupamento humano, se sustenta e se orienta por relações de poder. E este era exercido com exclusividade pelo homem, porque a ele cabia o sustento material da família. Em grande parte, os casamentos se mantinham por causa da dependência econômica da mulher em relação ao marido. E essa mesma dependência justificava o exercício ditatorial do poder do marido sobre a esposa e os filhos.” (SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito de família e das sucessões - temas atuais. São Paulo: Método, 2009. p. 197).

de uma formação derivada da exacerbada influência do cristianismo e da centralização de poder com o patriarca.

Essa realidade, no entanto, começou a mudar em várias partes do mundo a partir da metade do século passado. A igualdade e emancipação dos filhos, o divórcio, o controle de natalidade, a afetividade, entre outros fatores, tornaram a estrutura da família mais flexível. A saída da mulher de casa para o trabalho gerou grandes alterações sociais, quer nas empresas, que passaram a ter que se preparar para recebê-las, quer nos ambientes familiares, que deixaram de ter a pessoa responsável por tudo o que ocorria na casa e que cuidava dos filhos.

Na Itália, por exemplo, segundo Michele Sesta, houve grande mudança tanto na relação entre os cônjuges quanto na relação entre pais e filhos, pois as prerrogativas individuais deixaram de estar subordinadas aos interesses familiares, e estes, por sua vez, deixaram de estar em segundo plano em relação aos “interesses superiores do casamento”. Tanto é assim que, ainda de acordo com a lição do referido autor, a Corte de Cassação italiana, no ano de 2005, expressamente mencionou que:

No sistema delineado pelo legislador de 1975, o modelo de família instituição, ainda baseado no Código Civil de 1942, foi suplantado pelo modelo de família comunidade, cujos interesses não se colocam num plano dominante, mas sim se identificam com aqueles interesses irmanados dos seus componentes.<sup>49</sup>

Especificamente no Brasil, grandes mudanças ocorreram com o advento do Estatuto da Mulher Casada (1962), da Lei do Divórcio (1977) e da Constituição Federal (1988). Quanto à Carta Magna, por sinal, vale ressaltar o artigo 226, § 7º, que introduziu os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana no regime familiar. Com isso, como ensina Paulo Lôbo:

---

<sup>49</sup> SESTA, Michele. Novas dimensões e perspectivas dos deveres dos pais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira (Coord.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 147.

[...] a família converteu-s e em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades. Dessa forma, os valores coletivos da família e os pessoais de cada membro devem buscar permanentemente o equilíbrio, “em clima de felicidade, amor e compreensão”.<sup>50</sup>

Como vários institutos do direito, à família também se ligou uma função, ou seja, ela deixou de ser uma instituição rígida em que imperava a subsunção a regras que talvez servissem à satisfação pessoal apenas do patriarca para se tornar um organismo flexível, tanto que se tornou difícil sua conceituação pela doutrina e pela jurisprudência<sup>51</sup>, no qual seus integrantes devem ter um ambiente seguro e tranquilo para desenvolverem na máxima plenitude possível as suas potencialidades, como sói ocorrer em um Estado que tem a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito.

#### 4.2. A construção do cuidado como valor juridicamente tutelável

Um dos principais tópicos que sofreram mudança com essa funcionalização da família foi o antigo pátrio-poder, que deixou de ser visto como um poder dos pais, especialmente do homem, em relação aos filhos, para ser visto como um poder-dever, uma relação jurídica complexa em que há um feixe de direitos e deveres de ambos os lados, os quais devem ter por função fazer com que os filhos cresçam e se desenvolvam, de tal modo que se faça realizar, na medida do possível, o potencial de cada qual.

À guisa de exemplo, na França essa mudança ocasionou a alteração do artigo 371 do Código Civil local. Passou a constar do seu item “1” que a finalidade da autoridade parental é o interesse dos filhos,

<sup>50</sup> LÔBO, Paulo. *A nova principiologia do direito de família e suas repercussões*. In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Op. cit., p. 5.

<sup>51</sup> Segundo Anderson Schreiber há três requisitos necessários à configuração da entidade familiar nos dias de hoje: afetividade, estabilidade e ostentabilidade. Ele mesmo, no entanto, reconhece que em certos momentos esses requisitos não são cumulativamente imprescindíveis, tal como ocorre com “o casal homoafetivo que não ostenta publicamente sua condição, preferindo escapar ao olhar discriminatório de setores conservadores da sociedade”. (In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Op. cit., p. 239).

ou, mais precisamente, o desenvolvimento deles, respeitadas as individualidades.<sup>52</sup> Dessa forma, ficou claro, como ressalta Jean Carbonnier, que há duas ordens de atributos na autoridade parental, uma pessoal e outra patrimonial, sendo a primeira, ligada à pessoa dos filhos, derivada de ideias modernas, mais importante.<sup>53</sup> Na Itália não foi diferente, pois o artigo 147 do Código Civil passou a prever expressamente que os cônjuges devem educar e criar os filhos, consideradas as habilidades, inclinações e aspirações destes.<sup>54</sup>

Se havia alguma dúvida acerca dessa mudança de paradigma no Brasil, por conta dos termos antiquados do Código Civil de 1916, ela desapareceu com o advento da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, § 7º, repisou a necessidade de se observar o princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família, e ainda acresceu o princípio da paternidade responsável<sup>55</sup>; e no artigo 227 da Carta Magna ainda mencionou o dever da família, da sociedade e do Estado de tratar com absoluta prioridade os direitos da criança e do adolescente.<sup>56</sup> Como se não bastasse, pouco tempo depois veio à tona o Estatuto da

<sup>52</sup> *“L’autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l’intérêt de l’enfant. Elle appartient aux parents jusqu’à la majorité ou l’émancipation de l’enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.”* - “A autoridade parental é um conjunto de direitos e de deveres que têm por finalidade o interesse do menor. Ela pertence aos pais até a maioridade ou a emancipação do menor para proteger a sua segurança, saúde e moral, para garantir a sua educação e permitir o seu desenvolvimento, com o devido respeito à sua pessoa.” (trad. livre)

<sup>53</sup> CARBONNIER, Jean. *Droit civil - les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales*. 19. ed. Paris: PUF, 1994. p. 185.

<sup>54</sup> “Art. 147 *Doveri verso i figli* - Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l’obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.” - “Art. 147. Deveres para com os filhos - O casamento impõe a ambos os cônjuges a obrigação de manter e educar a prole tendo em conta as habilidades, inclinações naturais e aspirações dos filhos.” (trad. livre) De acordo com Massimo Bianca, essa transformação no poder familiar derivou de experiência alemã, que alterou a lei local para mudar o significado do instituto jurídico, abandonando a terminologia tradicional (Gewalt) para usar uma nova (Sorge) que corresponde ao cuidado dos pais para com os filhos. (BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 2001. v. 2, p. 286-287.).

<sup>55</sup> “A paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da dignidade humana, da responsabilidade, da afetividade. Na verdade, ela está contida nestes outros princípios norteadores e a eles se mistura e se entrelaça. Merece ser considerada como um princípio destacado e autônomo em razão da importância que a paternidade/maternidade tem na vida das pessoas. A paternidade é mais que fundamental para todos nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 245.).

Criança e do Adolescente, que repetiu no seu artigo 4º a absoluta prioridade dos direitos dos menores e, ainda, estabeleceu em seus artigos 1º e 6º, respectivamente, a necessidade de se dar proteção integral aos menores e de se lembrar na interpretação e aplicação da lei que os menores são pessoas em desenvolvimento.

Em virtude dessa alteração no âmbito do poder familiar era de se esperar que o Código Civil de 2002 seguisse essa tendência inovadora e se preocupasse em mostrar que a autoridade dos pais se exerce em função dos interesses dos filhos. No entanto, não foi isso que se observou, talvez por ter sido ele gestado há cerca de 30 anos.

O artigo 1634 do Código Civil de 2002 praticamente repetiu a redação do antigo artigo 384 do Código Civil de 1916. Nem por isso, contudo, esse artigo pode deixar de ser interpretado e aplicado em consonância com os supracitados princípios.

À luz do que dispõe os artigos 53 e 56 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>57</sup> e os artigos 246 e 247 do Código Penal<sup>58</sup>, poderia se

<sup>56</sup> “Como averiguar o conteúdo deste princípio? Afinal, o conceito de melhor interesse é bastante relativo. O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor. Ficar sob a guarda paterna, materna, de terceiro, ser adotado ou ficar sob os cuidados da família biológica, conviver com certas pessoas ou não? Essas são algumas perguntas que nos fazem voltar ao questionamento inicial: existe um entendimento preconcebido do que seja o melhor para a criança ou o adolescente? A relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos.”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 150).

<sup>57</sup> “Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais. Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola. Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação

supor que o dever de educação dos pais para com os filhos se resumiria à educação formal, ou seja, à matrícula dos filhos na escola, sob pena de os pais praticarem crime de abandono intelectual. Não é bem assim. O artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Federal n. 9.394/96) estabelece expressamente que a educação:

[...] abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Está claro, portanto, que educar é muito mais do que matricular o filho na escola. É participar da formação dos filhos nos diversos aspectos dela, tais como nos campos moral, político, religioso, profissional, etc. E mais: os pais devem fazer tudo isso no interesse do filho, de tal sorte que ele ganhe maturidade social e preparação cultural conforme sua capacidade e suas escolhas.<sup>59</sup> Dessa forma, por exemplo, malgrado se possa reconhecer como direito dos pais a orientação religiosa dos filhos, consoante reza a Convenção Internacional dos Direitos da Criança<sup>60</sup>, não parece ser desarrazoado que um adolescente possa divergir dos pais no tocante à religião, a par de a ausência de norma no ordenamento pátrio acerca de uma espécie de maioridade

---

*de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino. Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de: I - maus-tratos envolvendo seus alunos; II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares; III - elevados níveis de repetência.”*

<sup>58</sup> “**Abandono intelectual** Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II - freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III - resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.”

<sup>59</sup> BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 279.

<sup>60</sup> O Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo n° 28, de 14 de setembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990, na forma de seu artigo 49, inciso 1. O Governo brasileiro ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990, tendo a mesma entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990, na forma do seu artigo 49, inciso 2. Foi posteriormente promulgado o Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, que determinou a aplicação integral das normas da referida Convenção no país.

religiosa, como existe em outros países<sup>61</sup>. Da mesma forma, se afigura razoável reconhecer ao filho o direito de não ser educado necessariamente para exercer uma determinada profissão, ou ter determinado papel na sociedade, ou mesmo ser simpatizante de uma certa corrente política ou filosófica.

A atribuição de ter os filhos em sua companhia, que estava previsto no inciso II do artigo em comento, antes da alteração procedida pela Lei Federal n. 13.058/2014, também passou a ser interpretado de maneira diversa da que era interpretada em atenção aos supracitados princípios.<sup>62</sup> Essa atribuição sempre foi entendida simplesmente como a obrigação de os filhos de aceitarem a fixação da residência pelos pais e de se ausentarem ou não dessa residência apenas com a autorização deles<sup>63</sup>. Mas deixou de sê-lo, haja vista que essa interpretação estava claramente voltada aos interesses dos pais.

Essa atribuição passou a ser entendida de forma mais abrangente, a reboque do que consta do capítulo III do título I do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que há direito e dever recíproco de convivência familiar. Ou, como preferiu a Convenção Internacional dos Direitos da Criança em seus artigos 9º e 10<sup>64</sup>, o menor tem direito de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos os genitores, salvo se isto se mostrar contrário ao interesse superior do próprio menor.

---

<sup>61</sup> Um bom exemplo é o Código Civil Suíço, que no seu artigo 277 dispõe que aos 16 anos de idade o menor adquire o direito de escolher por ele mesmo a sua confissão religiosa. (*“Les père et mère disposent de l'éducation religieuse de l'enfant. Sont nulles toutes conventions que limiteraient leur liberté à cet égard. L'enfant âgé de seize ans révolus a le droit de choisir lui-même sa confession.”*)

<sup>62</sup> Convém notar que o direito de ter os filhos consigo não foi excluído do ordenamento jurídico, nem mesmo do Código Civil, haja vista que está previsto no artigo 1.588 do referido diploma, que não foi alterado nem revogado posteriormente à entrada em vigor.

<sup>63</sup> *“Código Civil [1916], art.384, II. É ao lar conjugal que devem permanecer os filhos menores, na companhia e sob a guarda dos pais, os quais podem interna-los em colégios e estabelecimentos de ensino. No caso de separação legal dos cônjuges, a guarda e a companhia obedecem à determinação especial da lei, conforme vimos oportunamente. Nos vários Códigos se encontram regras referentes ao assunto. O Código Napoleão declara que: L'enfant ne peut quitter la Maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge, de dix-huit ans révolus.”* (ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Bookseller: Campinas, 2001. p. 550.).

<sup>64</sup> **Artigo 9º** [...] 3 - Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança. **Artigo 10º** [...] 2 - Uma criança cujos pais residem em diferentes Estados Partes tem o direito de manter, salvo circunstâncias excepcionais, relações pessoais e contatos diretos regulares com ambos.”

Por mais paradoxal que isso possa parecer, o melhor interesse dos filhos ficou mais evidenciado nas regras acerca da guarda deles em caso de separação ou divórcio dos pais. Na redação original do § 2º do artigo 1.583 do Código Civil de 2002 constou que, a guarda seria atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto, saúde, segurança e educação.

Foi sob esse prisma do melhor interesse da criança e do adolescente que a autoridade parental passou a ser vista como um poder-dever de cuidar. Em outros termos, o cuidado deixou de ser apenas um termo utilizado em outras áreas do conhecimento e até mesmo de maneira informal no cotidiano das pessoas para se tornar um interesse juridicamente tutelável, e, por conseguinte, gerador de responsabilidade para os pais. Nada mais lógico que assim seja, afinal de contas, se o princípio da paternidade responsável, previsto na Constituição Federal de 1988, informa todo o sistema jurídico, o mínimo que os pais podem fazer em relação aos filhos é cuidar adequadamente deles, para que cresçam e se desenvolvam nos diversos aspectos da vida de modo saudável e efetivo, a fim de que a sociedade ganhe com o advento do novo adulto que se forma. Nesse sentido:

O princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e a alma. Embora o direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes destes sentimentos. Afeição, segundo o Dicionário Aurélio, significa também instruir, educar, formar, dar feição, forma ou figura (grifo original).<sup>65</sup>

Segundo Michele Sesta, na Itália também houve essa mudança de entendimento acerca do poder familiar, que foi funcionalizado no sentido do melhor interesse da criança e do adolescente, que precisa ser cuidado, apoiado e amado, sob pena de haver responsabilização civil dos pais:

<sup>65</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 246.

Receber cuidados por parte de ambos os genitores é um direito do menor, o qual persiste mesmo diante da existência de crises entre o casal; o direito a ser cuidado, apoiado e amado – e não somente mantido – por cada um dos pais, é hoje tutelado pelo art. 709 do Código de Processo Civil, tal direito foi introduzido pela Lei 54/2006 que estabelece que ‘em caso de graves descumprimentos ou atos que acarretem prejuízo ao menor’, o juiz pode modificar os provimentos em vigor e determinar que o menor seja ressarcido dos danos, causados por um dos genitores.

Além das violações do dever de sustento, portanto – que também a primeira casuística reconheceu como possível fundamento para um provimento nos termos do art. 709 do Código de Processo Civil, o legislador entendeu, diante do citado artigo, dar novo vigor aos assim chamados danos existenciais, ou seja, a todos os prejuízos acarretados ao menor como consequência de graves descumprimentos por parte de uma das figuras parentais; encontrou respaldo, portanto, a medida que previa o ressarcimento ao menor por situações que lhe causaram turbamento, sofrimento, ansiedade, eventual agravo nos aproveitamentos escolares etc.<sup>66</sup>

### 4.3. Amor, moral e direito

Para compreender o significado de moral, André de Comte-Sponville<sup>67</sup> segue um caminho diferente do que se costuma fazer e desde logo propõe uma comparação com o amor. Segundo ele, a moral é uma aparência de amor. É um agir como se amássemos. Por exemplo, quando se faz uma doação a alguém, ela pode ser feita por amor ou por generosidade. Se a fazemos por amor, ele é o próprio mote da doação. Mas se o fazemos por generosidade, é porque não amamos, mas agimos como se amássemos. Não é à toa que Kant dizia que a moral é o amor prático.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> SESTA, Michele. Op. cit., p. 147-148.

<sup>67</sup> SPONVILLE-COMTE, André. *O amor*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 16-20.

<sup>68</sup> SPONVILLE-COMTE, André. Op. cit., p. 17.

Essa singela comparação mostra bem a diferença que há entre a moral e o amor. O amor é um sentimento que conduz a pessoa a agir de modo a satisfazer o próximo.<sup>69</sup> Não se escolhe entre alimentar ou não um filho, entre ajudar ou não os pais idosos, simplesmente se faz, porque se ama. A moral, no entanto, não é um sentimento, mas, sim, uma escolha que a pessoa faz entre as várias opções de conduta que tem à disposição em diversas circunstâncias da vida. Quando uma pessoa observa outra deixar cair um objeto que carregava consigo sem perceber, aquela tem a opção de pegá-lo e devolvê-lo, ou pode simplesmente se apropriar dele. No primeiro caso se opta pela honestidade, no segundo, pela desonestidade.

Considerando que não se pode obrigar ninguém a amar, como ocorre com qualquer sentimento, não há qualquer dúvida de que a única medida que a sociedade pode adotar para manter a paz e caminhar no sentido do bem comum é o regramento da conduta das pessoas. Em outras palavras, a preocupação é com o agir e não com o sentir quando se trata da moral.<sup>70</sup>

Ocorre que, se é certo que amor e coerção não combinam e que somente a moral pode obrigar a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, também é certo que esta obrigatoriedade moral não é suficiente para dirigir a humanidade no sentido dos valores mencionados acima. Isso não decorre do fato de a moral não ter sanção, pois é cediço que ela a tem. A sociedade pode, de maneira informal, atribuir à pessoa que pratica um ato imoral certas consequências, mas não pode, a não ser por intermédio da ordem jurídica, impor-lhe o cumprimento de uma conduta positiva ou negativa. É o que deixa claro Kelsen, quando trata da relação entre o direito, a moralidade e a religião:

<sup>69</sup> O amor pode ser entendido, ao menos, de três maneiras distintas. A primeira é “eros”, que, conforme expõe Platão em “O Banquete”, em síntese, corresponde ao desejo, à vontade de se ter o que não se tem. A segunda é “phila”, explicada por Aristóteles como o regozijo pelo que se tem, ou seja, a alegria pelo que se vive. Por fim, há “ágape”, que é o amor pelo próximo, consoante ensinamentos de Jesus Cristo. No caso em tela, está a se tratar do amor nessa terceira perspectiva. (BARROS FILHO, Clóvis de; POMPEU, Júlio. *A filosofia explica as grandes questões da humanidade*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra Produção Editorial, 2013. p. 10-12).

<sup>70</sup> “O amor é uma matéria do sentir, não do querer e não posso amar porque o quero e, ainda menos, porque o devo (não posso ser constrangido a amar); por conseguinte, um dever de amar é um absurdo. Mas a benevolência (amor benevolentiae), como conduta, pode estar sujeita a uma lei do dever. [...] Mas todo dever é uma coação, um constrangimento, mesmo se este é para ser auto-constrangimento de acordo com a lei. O que é feito a partir do constrangimento, contudo, não é feito a partir do amor” (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* – contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 244).

[...] o Direito é um meio, um meio social específico, e não um fim. O Direito, a moralidade e a religião, todos os três, proíbem o assassinato. Só que o Direito faz isso estabelecendo que, se um homem cometer um assassinato, então outro homem, designado pela ordem jurídica, aplicará contra o assassino certa medida de coerção prescrita pela ordem jurídica. A moralidade limita-se a exigir: não matarás. E, se um assassino é relegado moralmente ao ostracismo por seus pares, e se vários indivíduos evitam o assassinato não tanto porque desejam evitar a punição do Direito, mas a desaprovação moral de seus pares, permanece ainda uma grande diferença: a de que a reação do Direito consiste em uma medida de coerção decretada pela ordem e socialmente organizada, ao passo que a reação moral contra a conduta imoral não é nem estabelecida pela moral, nem é, quando estabelecida, socialmente organizada.<sup>71</sup>

Somente o direito, não o amor e nem a moral, pode exigir que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa sob pena de ser obrigado a fazê-lo à força e/ou, não sendo isso possível, de ter seus direitos limitados ou mesmo retirados, tais como a liberdade física e o patrimônio.

Como se pode perceber pela explicação supracitada, quando está a se lidar com a violação ao dever de cuidado por parte dos pais em relação aos filhos, não está, de modo algum, a se obrigar os pais a amarem os filhos. Sendo o amor um sentimento, isso é impossível. Não se está, nem mesmo, a defender que os pais devam prestar condutas tendentes ao desenvolvimento dos afetos, pois, com a devida vênia em relação a posicionamentos contrários, parece que isto é o mesmo que exigir o amor deles, mas por via indireta.<sup>72</sup> Quando se diz que os pais devem cuidar dos filhos porque o cuidado é um interesse juridicamente tutelável, o que está a se dizer aos pais, nas entrelinhas, é o seguinte: se não cuida dos seus filhos porque não os ama, então faça parecer que

<sup>71</sup> Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>72</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. Op. cit., p. 201.

os ama e cuide deles porque, do contrário, serão responsabilizados civilmente. É precisamente por conta disso que parece preferível deixar de chamar esse dano de afetivo para se passar a chamá-lo de dano por falta de cuidado adequado.

#### 4.4. A culpa do genitor

Como visto anteriormente, o Código Civil de 2002 adotou um sistema misto de responsabilidade civil, mesclando as teorias da culpa e do risco. Somente há responsabilidade objetiva se se estiver a tratar de uma das hipóteses de incidência fática previstas nos artigos em que ela é expressamente enunciada, tais como de transporte ou de desabamento de prédio (arts. 734 e 928 a 937). Afora isso, a responsabilidade objetiva depende da presença dos requisitos estabelecidos na cláusula geral do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Em se tratando de exercício das atribuições derivadas do poder familiar, especialmente do cuidado que os pais devem ter para com o filho, sem dúvida, não está a se lidar com a responsabilidade objetiva, quer porque esta conduta exigida dos pais não se encaixa em nenhuma das hipóteses expressamente previstas em lei como sendo de responsabilidade objetiva, quer porque a atribuição de cuidar dos filhos não pode ser considerada uma atividade que implica, pela sua natureza, riscos aos direitos de outrem, como visto anteriormente.

A culpa, portanto, é exigida para a responsabilização civil dos pais pelo dano consistente na violação ao dever de cuidado. Definida essa premissa, convém definir inicialmente de que culpa está a se tratar. A par da complexidade da questão relativa à definição de culpa, que tanto ocupa os especialistas a mais de século, ela pode ser conceituada como sendo o erro de conduta da pessoa que, sem querer causar o dano, mas sendo ele previsível, infringe dever jurídico preexistente, de modo a permitir que ele sobrevenha. Sobre esse conceito básico, se destacam as culpas objetiva e subjetiva. Na primeira, a culpa se extrai da comparação entre a conduta efetivamente adotada pela pessoa a quem se atribui o dano e um modelo-padrão, um *standard* de comportamento, a conduta do homem médio.<sup>73</sup> Na segunda, a culpa é extraída

---

<sup>73</sup>“O padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não é só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente e sensato, avisado, razoável e capaz. Quem não tem capacidade física, intelectual ou técnica para exercer determinada atividade deve se abster da

da comparação entre a conduta efetivamente adotada pela pessoa a quem se atribui o dano e a conduta que ela poderia adotar, consideradas as suas circunstâncias pessoais.

A lei não define qual dessas duas espécies de culpa deve ser adotada no sistema de responsabilidade civil brasileiro. Isso fica a cargo da doutrina e da jurisprudência. Em geral, tanto doutrina como jurisprudência adotam a culpa objetiva.<sup>74</sup> Não parece, contudo, que esse seja o melhor critério para definir culpa no que diz respeito à violação do dever de cuidado dos pais para com os filhos.

Primeiro porque, quando se trata de dano ao dever de cuidado por parte dos pais em relação aos filhos, não está a se tratar de uma conduta isolada no tempo e no espaço, como num acidente automobilístico ou numa ofensa pessoal, mas, sim, de uma pleora de condutas que, quando analisadas globalmente, acabam por demonstrar um tipo de comportamento adotado pelo pai no trato com o filho.

Segundo, porque essa relação é muito especial se comparada com outras com que o direito se depara, pois entremeada de inúmeros sentimentos e emoções, muito mais do que a mera confiança que qualifica as relações empresariais, por exemplo, o que, juntamente com o fator anteriormente apresentado, acabam por torná-la única. Não é à toa, por sinal, que tanto aqui (STJ - Resp n. 1.159.242/SP) quanto na Itália (Corte de Cassação, 07 de junho de 2000, n. 7713; Tribunal de Veneza, 30 de junho de 2004)<sup>75</sup>, a título de exemplo ilustrativo, as cortes que reconheceram o direito do filho de receber indenização por violar ao dever de cuidado por parte do genitor foram pródigas em expor detalhes da vida do filho, desde o nascimento, com menção a eventos marcantes pelos quais ele passou, especialmente dificuldades que não foram supridas pelo pai ausente.

Terceiro, enfim, porque a regulamentação da guarda parece indicar ao intérprete e aplicador da lei que importa considerar as circuns-

---

*prática dos atos que escapam de todos ao círculo de suas aptidões naturais, ou reforçar a diligência para suprir suas deficiências - como, por exemplo, o motorista que tem deficiência visual ou auditiva, o médico cujo caso não está em sua especialidade, e assim por diante. A tendência geral da doutrina e da jurisprudência é nesse sentido: incluir na caracterização da culpa não só a diligência da vontade, mas também a falta de capacidade ou de conhecimentos exigíveis do agente.”* (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 32-33.)

<sup>74</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; p. 132-134.

<sup>75</sup> SESTA, Michele. Op. cit., p. 148-151.

tâncias pessoais dos genitores. O § 2º do artigo 1.583 do Código Civil de 2002, antes da reforma procedida pela Lei Federal n. 13.058/2014, como já assinalado anteriormente, falava em afeto nas relações com o genitor, o que é algo essencialmente individualizado. O atual § 5º desse mesmo artigo de lei, por sua vez, ao tratar da guarda unilateral, menciona a troca de informações e a prestação de contas de um genitor para com outro, tanto de ordem objetiva quanto subjetiva, o que também denota a necessidade de se adentrar ao caso concreto para saber se há ou não cumprimento adequado das atribuições decorrentes do poder familiar, inclusive para fins de responsabilização civil.

Precisamente por conta da adoção desse critério, isto é, da culpa subjetiva, é que importa ao intérprete e aplicador da lei considerar as circunstâncias do caso concreto não só para configurar a culpa do genitor no trato do filho, no tocante ao dever de cuidado, como também para afastá-la. É dizer: faz-se necessário que sejam ponderadas circunstâncias relacionadas à vida do genitor acusado, tais como limitações financeiras, distâncias geográficas, compromissos profissionais, alienação parental da parte do outro genitor, nível socioeconômico, falta de instrução, orientação inadequada ou deficiente dos seus próprios genitores, que contribuíram para uma noção indevida acerca da educação dos filhos, etc.

#### 4.5. A suspensão e a extinção do poder familiar

Assim como fazia o Código Civil de 1916, ao final da parte referente ao poder familiar o Código Civil de 2002 disciplinou a suspensão e a extinção do poder familiar. A diferença entre as duas hipóteses é que, tal como se deduz da própria terminologia escolhida, a suspensão é temporária e a perda é definitiva. A extinção *lato sensu* subdivide-se em extinção *stricto sensu* e perda, sendo que a primeira decorre de causas objetivas e a segunda de causas subjetivas. Como se verifica do artigo 1.635 do diploma legal em comento, se extingue o poder familiar pela morte do genitor ou do filho, pela emancipação do filho, pela maioria do filho e pela adoção do filho por terceira pessoa. A perda do poder familiar, por seu turno, consoante artigo 1.638 do mesmo diploma legal, decorre de castigo imoderado do filho, de abandono dele, da prática de atos contrários à moral e aos bons costumes por parte do genitor ou, ainda, pela reiteração das causas de suspensão do poder familiar, que são a falta de cumprimento dos deveres por parte dos genitores ou o arruinamento dos bens dos filhos.

Tanto a suspensão como a extinção *lato sensu* do poder familiar não têm por escopo punir o genitor violador. Se fosse assim, estar-se-ia, por via reflexa, admitindo que esse poder não é funcionalizado, em atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente. Considerando que se trata de um encargo da sociedade que é transferido diretamente aos pais, mas que continua a ser fiscalizado pela sociedade, por meio do Estado, parece claro que essas duas consequências derivam, isso sim, da constatação de que os pais não podem seguir cuidando dos filhos, pois isso não está mais indo ao encontro do melhor interesse deles.

Evidente que, por decorrer a suspensão ou a perda do poder familiar de uma conduta ou de um comportamento dos pais, aos olhos deles, isso pode ser visto como uma punição, mas isso nada mais é do que o caráter didático que se extrai de toda e qualquer norma de conduta. Independentemente disso, malgrado não se tenha como certo que a suspensão e a perda do poder familiar possam ser vistas como punições aos pais que descumprem certos deveres jurídicos para com os filhos, dos quais se destaca o dever de cuidado, ainda que isso seja tomado como verdade, essa é a única função desses institutos que coincide com a função da responsabilidade civil.

Segundo Nelson Rosenvald, a responsabilidade civil tem três funções:

- (1) Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial;
- (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis;
- (3) Função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas.<sup>76</sup>

Fernando Noronha segue a mesma linha ao citar as seguintes funções da responsabilidade civil: reparatória, sancionatória e preventiva.<sup>77</sup>

À vista disso, não tem o menor cabimento se cogitar da impossibilidade de se responsabilizar os pais pela violação ao dever de cuidado para com os filhos por conta da previsão legal de suspensão ou

<sup>76</sup> ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 77.

<sup>77</sup> NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 459-464.

perda do poder familiar. As funções dos institutos não se confundem, e nem poderiam se confundir mesmo, porquanto na suspensão e na extinção do poder familiar o legislador olha o passado para mirar no futuro, ao passo que na responsabilidade civil ele faz isso e ainda tenta recompor o equilíbrio rompido com a superveniência do dano, o que não deixa de ser um novo olhar para o passado. Tanto é assim que na responsabilidade civil costumeiramente se utiliza a ideia de retornar ao *status quo ante*.

### Conclusão

O propósito do presente artigo foi de analisar o que se conveniou chamar de dano afetivo, a partir de um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se condenou o pai ao pagamento de indenização à filha. Ele chamou a atenção da comunidade jurídica, sobretudo pelo referido nome empregado para qualificar o dano, porque parecia que se tinha reconhecido a obrigação do pai de amar a filha, o que seria uma confusão entre amor e direito. Isso não poderia acontecer porque no amor existe espontaneidade e no direito coercitividade.

Sob esse enfoque, foi exposto que no âmbito do direito de família a responsabilidade civil aplicável é a subjetiva, de tal modo que, para a responsabilização civil do genitor pela violação de qualquer dever jurídico preexistente em relação ao filho, é preciso que sejam comprovados os três elementos tradicionais da matéria, ou seja, culpa, nexo causal e dano.

Fixada essa premissa, analisando-se as mudanças pelas quais passou o direito e família nos últimos tempos, foi demonstrado que o dano que verdadeiramente pode fundamentar a responsabilização civil dos pais, como se deu no referido julgado, consiste na violação ao interesse juridicamente tutelável do dever de cuidado. Além disso, foram analisados os elementos definidos da culpa do genitor pela ofensa a esse dever, inclusive com as ressalvas que ele pode apresentar para se safar da responsabilização.

De outro lado, foram afastados os óbices geralmente opostos à responsabilização civil no âmbito do direito de família, inclusive na relação de pais com filhos, que são a impossibilidade de se obrigar al-

guém a amar e a prévia existência de punição dos pais com a suspensão e a extinção do poder familiar.

Com isso, o que se espera é que se tenha conseguido demonstrar que é possível a responsabilização civil dos pais pelos danos causados aos filhos, no âmbito do direito de família, independentemente dos referidos óbices, que, na verdade, não existem, mas, para tanto, é preciso que seja bem definido o interesse juridicamente tutelável, como é o caso do dever de cuidado dos pais para com os filhos, assim como a culpa dos pais, o que precisa ser visto pela ótica da culpa subjetiva.

### Bibliografia

BARROS FILHO, Clóvis de; POMPEU, Júlio. *A filosofia explica as grandes questões da humanidade*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra Produção Editorial, 2013.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 2001. v. 2.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil – les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales*. 19. ed. Paris: PUF: 1994.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COULANGES, Numa Denis Fustel. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Cargmo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Helmus, 1975.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. I, v. II.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009.

JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1941. p. 548-559.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* – contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SPONVILLE-COMTE, André. *O amor*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira (Coord.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

---

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. II.

VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.