

A PENA CIVIL PARENTAL

Nelson Rosenvald

Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma-Tre (Itália). Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Civil do Damásio Educacional e da Pós-Graduação da Faculdade Milton Campos. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Autor de livros e artigos jurídicos.

As famílias felizes parecem-se todas; as famílias infelizes são infelizes cada uma à sua maneira

(Leon Tolstoi)

1. INTRODUÇÃO

É extremamente proveitoso o diálogo entre o Direito de Família e a responsabilidade civil. Abandona-se a imunidade familiar em favor do reconhecimento da obrigação de indenizar nas relações jurídicas travadas nas diversas formas de entidades familiares.

Especificamente nas relações parentais sempre houve maior resistência à imposição de uma obrigação de indenizar, pela necessidade de se outorgar ampla discricionariedade aos pais para disciplinar e controlar os filhos. Eventuais ilícitos eram sanados nos próprios limites do Direito de Família (leia-se: guarda, visitação e alimentos) ou, em última instância, pelas normas de Direito Penal.

Todavia, com a evolução do Direito de Família, convertida de instituição fechada – voltada à preservação de sua unidade –, para instrumento de proteção e promoção das situações existenciais de cada qual de seus membros e do afeto que os vincula, paulatinamente a responsabilidade civil foi encontrando espaços para sancionar os ilícitos danosos praticados contra a autonomia de seus membros. A cada dia se amplia o rol de eventos antes considerados inerentes à existência humana e ora transferidos ao autor do fato.

Relativamente ao modelo jurídico da parentalidade, houve uma explosão das situações jurídicas consideradas como dignas de tutela, pois a dinâmica familiar passou a atribuir peso a princípios como a paternidade responsável e o melhor interesse da criança, transformando fatos da vida em ilícitos. Há uma inexorável tendência de se extrair o menor da categoria estática, abstrata e estigmatizante de “incapaz”, para a concretude e dinamicidade de sua situação jurídica de pessoa em desenvolvimento, o que

implica uma postura parental dialética, com respeito à autonomia e direitos fundamentais dos filhos.

Com o reconhecimento deste *zeitgeist*, a expansão das possibilidades de filhos se dirigirem contra os pais se deu de maneira acelerada. Atualmente, eles podem responsabilizar genitores por negativa de espontâneo reconhecimento ou identificação biológica do pai, alienação parental, abandono afetivo, exercício abusivo da autoridade parental, com atos de violência psicofísica ou ofensa à sua intimidade, ou mesmo quando os pais lhe transmitiram alguma enfermidade genética.

E para o futuro? Mantida esta toada, teremos tudo isto e muito mais, pois, somando a proliferação de novos danos tidos como merecedores de proteção jurídica com a flexibilidade concedida à admissão do nexo causal por nossos tribunais, já não existem filtros capazes de reter as demandas reparatórias derivadas de danos parentais.

Este cenário gera insegurança jurídica e torna a família um lugar inóspito e perigoso para (con)viver. A complexidade do poder familiar é evidenciada por uma multiplicidade de decisões diárias com impacto na vida dos filhos, que demandam certa discricionariedade aos pais. Deliberações quanto ao colégio, religião, local de residência, decisões médicas (desde a escolha de um profissional até uma doação de medula óssea), mesmo que realizadas em favor do interesse da prole, nem sempre serão as melhores escolhas. Mas não seria razoável converter todas estas “páginas da vida” em demandas reparatórias, sob pena de se converter a autoridade parental em atividade de risco inerente, a ponto de ser conduzida pela imputação objetiva (artigo 927, parágrafo único, CC). Por outro lado, igualmente censurável seria qualquer tentativa de retrocesso, pois a privacidade da família e a liberdade de atuação dos pais deve ser submetida a controles de legitimidade.

Por conseguinte, o intuito deste breve texto é introduzir o tema da pena civil no interno do Direito de Família – mais precisamente para as relações parentais –, como uma alternativa capaz de propiciar duas finalidades: por um lado, a preservação da responsabilidade civil no Direito de Família sempre que os seus pressupostos estiverem perfeitamente caracterizados; por outro, independente do fato ilícito estar agregado a um dano ou a um nexo causal, a viabilidade da imposição de uma pena civil parental nas hipóteses em que o comportamento antijurídico revele absoluto desprezo dos responsáveis pelos deveres decorrentes do poder familiar.

Nos limites a que se propõe uma palestra, ilustraremos estas duas almejadas finalidades, com o enfoque em um tema relacionado ao momento patológico das relações parentais: o abandono afetivo. Ademais, apesar da mutualidade da responsabilidade parental, apenas trataremos da questão sob o ponto de vista da proteção de filhos.¹

¹No Brasil, a Constituição Federal consagra ordem jurídica de tutela máxima de proteção ao idoso, sobremodo

2. A REPARAÇÃO DE DANOS

A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo – apesar de não imune a críticas vindas de vários setores da sociedade – tem sido prestigiada pela doutrina de direito privado e jurisprudência, sobremaneira após a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.159.242, de abril de 2012², que ofereceu bases jurídicas mais sólidas para o deslinde de colisões de direitos fundamentais envolvendo a liberdade do genitor e a solidariedade familiar. Em resumo, a Min. Relatora Nancy Andrighi salientou que, na hipótese, não se discute o amar – que é uma faculdade – mas, sim, a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Assim, considerou o cuidado como um valor jurídico objetivo, sendo que a omissão do genitor no dever de cuidar da prole atinge um bem juridicamente tutelado – no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia) – importando em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Acrescenta ainda que os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É consabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.). O cuidado, vislumbado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Pois bem, não temos dúvidas que o mérito da decisão consiste em oferecer parâmetros objetivos para a tensão entre os princípios da liberdade e solidariedade e isto se fez, no momento em que o fundamento da ilicitude da conduta paterna migra da metafísica ofensa a um suposto “dever de amar”, ou mesmo da violação a etérea cláusula geral da dignidade da pessoa humana, para uma objetiva conduta antijurídica consistente na omissão do dever de cuidado assinalado nos incisos I e II do art. 1.634 do Código Civil, concretamente consubstanciados na violação dos deveres de criação, educação, companhia e guarda.

Estes deveres já eram igualmente assinalados no Código Civil de 1916, sem que a negligência a eles impusesse qualquer sanção aos genitores. Na concepção das gerações passadas o ilícito consistia na negativa de

na esfera familiar, em perspectiva de dignidade constitucionalmente assegurada pelo art. 230 da Carta Magna que, afinal, orientou a Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, dispondo sobre uma política nacional de proteção ao idoso. A seu turno, a responsabilidade parental mútua tem sede constitucional, em dicção do art. 229 da CF de 1988, ao estabelecer que “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. No mesmo sentido, o Estatuto do Idoso - Lei n. 10.741/2003 - acentua que a família e o Estado devem assegurar ao idoso os direitos fundamentais bem como o respeito à convivência familiar e comunitária.

²Informativo 496 do STJ

prestações materiais. Assumia-se o filho como uma propriedade materna, algo nitidamente perceptível com o fim da conjugalidade, sancionada com a obrigação alimentar, mesmo que a mulher duplicasse os papéis afetivos.

Por conseguinte, o dado cultural da personalização da família submeteu ao império da ilicitude todo e qualquer comportamento indicativo de que o procriador não exerce o *status* de pai socioafetivo por deixar de adotar o próprio filho. A ausência do vínculo de conjugalidade dos pais em nada afeta o vínculo de parentalidade. Isto justifica a qualificação da ilicitude ao ato antijurídico por omissão do dever de cuidado.

Todavia, além do que se bem propôs na decisão em destaque, a responsabilidade civil não se exaure na constatação do ilícito. O fato da antijuridicidade da conduta do agente é apenas o primeiro entre 4 (quatro) pressupostos da responsabilidade civil. Some-se à ilicitude, a culpa, o dano e o nexo causal. É na conjugação destes elementos que se sustenta a responsabilidade subjetiva aplicável ao Direito de Família.

Quando falamos em ilícito culposo conjugamos dois conceitos. Além da contradição do comportamento à norma, deve ficar provado que houve uma deliberada violação do dever jurídico (dolo) ou, no mínimo, uma inobservância deste dever de cuidado por via de uma negligência do agente (culpa *stricto sensu*). Para o Direito Civil esta dicotomia dolo/culpa é normalmente assumida como periférica. Aqui, reserva-se ao plano teórico a diferenciação entre dolo e culpa, pois, no pragmatismo da responsabilidade civil, o fundamental para a afirmação da obrigação de indenizar não será o grau da culpa do agente, mas a extensão do dano.

No tocante ao abandono afetivo, apontados concretamente os atos omissivos paternos, surge uma presunção de culpa que poderá ser elidida com base em alguns argumentos como: a) impossibilidade material de convivência e cuidado por dificuldades econômicas ou distanciamento geográfico b) impossibilidade de aproximação em decorrência de alienação parental, com interferência materna no sentido de que o filho repudiasse o pai, c) a congênita e atávica impossibilidade de se aproximar do filho pelo fato do genitor também ter sido vítima de abandono familiar por parte de seus pais.³

Com relação ao dano, restringimos nossa abordagem ao dano moral decorrente do abandono afetivo. O dano moral é uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. O juízo de merecimento de tutela somente pode derivar de uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular, que não resulte em aceitações gerais pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar interesses à luz de circunstâncias peculiares.

³Como se passa em uma crônica de Moacyr Scliar, na qual um homem é abandonado afetivamente pela própria esposa. Ela ignorava o marido e só tinha olhos para o filho. “E porque ele estava abandonado, abandonava a casa, abandonava o filho”. (*Folha de S. Paulo*, 21 set. 2009).

Há um desvio de perspectiva toda vez que um tribunal assume que a configuração do dano moral requer simplesmente a ocorrência de ofensa à dignidade da pessoa humana, dispensando-se a comprovação de dor e sofrimento – traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Em outros termos: a desnecessidade da demonstração da dor, mágoa ou de qualquer outra forma de lesão à suscetibilidade da vítima não deve ser motivada no fato de o dano moral ser presumido por uma lesão à dignidade, porém pelo fato de que aqueles sentimentos não passam de eventuais consequências de um dano moral, pois este se traduz na própria lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.

Portanto, o fato de se dispensar a prova da dor ou da mágoa (o que é correto!!) não justifica que se dispense a prova quanto à própria existência do dano moral (isso é incorreto!!). A fórmula *in re ipsa*, como vem sendo utilizada atualmente, converte a dignidade em um sacrossanto princípio, sacramentando o *an debeatur* pelo simples relato da vítima quanto ao fato que abstratamente lhe ocasionou lesão à dignidade. Reiteramos nosso ponto de vista: se assim se mantiver a postura jurisprudencial, nada mais faremos do que substituir o dogma da dor, pelo dogma da dignidade – ambos no plano consequencial da lesão –, quando na verdade a investigação deve efetivamente ser centrada na concreta ofensa a um direito da personalidade ou a um direito fundamental do ofendido.

Isto significa que o dano moral só pode ser presumido, ou *in re ipsa*, no plano das consequências sobre as variáveis subjetivas da vítima, mas jamais presumido no que concerne à própria demonstração da sua existência: assim para se atribuir um dano à integridade psicofísica do filho, como vítima de abandono afetivo, é despidendo aferir se ele se sentiu deprimido a ponto de tomar medicamentos ou se internar em uma clínica! Contudo, em um giro de 180 graus, não basta que simplesmente afirme que a omissão do dever de cuidado lhe afetou o desenvolvimento da personalidade ou que houve uma rejeição perante a figura paterna para que se presuma em sua versão um dano moral já definido.

Laudos psicológicos e estudos sociais são importantes subsídios para que se determine não apenas a existência do dano psíquico, como também a sua extensão. A existência de um padrasto ou outra pessoa que supra a função afetiva e de cuidado, bem como a presença de uma figura materna forte e equilibrada também são fatores que neutralizam a produção do dano, mesmo que evidenciado o ilícito culposo paterno.

Este exame objetivo do fato, na ponderação entre a conduta supostamente lesiva e o interesse supostamente lesado, é que selecionará o interesse existencial concretamente merecedor de tutela e evidenciará se, de fato, trata-se de dano injusto (e reparável).

Concluindo: não se dispensa o autor do ônus probatório quanto ao dano moral, da mesma maneira que se dá com relação à prova do concreto dano patrimonial. Com exceção da perda de uma chance e dos lucros cessantes, os danos econômicos possuem uma materialidade que facilita a constatação do *an debeatur*. Por sua vez, os danos extrapatrimoniais também oscilam entre hipóteses singelas, pela evidente materialidade (v.g. perda de um braço em atropelamento por ilícito culposos, inserção de um nome em cadastro de inadimplentes), ou casos de maior dificuldade, como no abandono afetivo, pela ausência de materialidade. Deste modo, perante uma pretensão de reparação de danos não patrimoniais, não importa apenas sopesar em concreto a tutela do lesado com o exercício de uma eventual liberdade contraposta, como também, legitimar caso a caso, o direito à reparação dos danos concretamente sofridos. Só assim se evitam – em um campo extremamente fluido e despido de enumerações taxativas – pretensões compensatórias injustas e não razoáveis, incapazes de possibilitar uma verdadeira conjugação entre a afirmação da dignidade com o dever de solidariedade.

O último dos pressupostos da responsabilidade civil é o nexo causal. Trata-se da “esfinge” da responsabilidade civil. Aqueles que não podem responder seu enigma, se bem que não sofrerão um destino bem típico dos contos e histórias mitológicas – sendo mortos e totalmente devorados por esses monstros vorazes –, infelizmente serão excluídos da possibilidade de prosseguir na trajetória desta matéria para aquilo que propõe a complexidade de nossos tempos.

Com efeito, a responsabilidade civil clássica desconhecia o nexo causal e se satisfazia com a culpa e o dano como pressupostos desencadeadores da obrigação de indenizar. Com o passar do tempo os refinamentos teóricos se insinuam. Entra em cena o ilícito como fato atributivo de responsabilidade na teoria subjetiva, tendo a culpa ou abuso do direito como elementos de apoio (art. 927, CC). O dano injusto se bifurca em patrimonial e moral, com uma intensa produção de novas categoriais (v.g. perda de uma chance, dano existencial, etc...). Todavia, o nexo causal se manteve na zona cinzenta da responsabilidade civil e do direito das obrigações, jamais merecendo a devida sistematização. Provavelmente, este distanciamento dos estudos sobre o nexo causal se deveu à forte herança moral da noção de culpa como núcleo da responsabilidade civil. A necessidade de demonstração do mau comportamento do agente praticamente frustrava a maior parte das demandas reparatórias em sua origem, sendo assim desnecessário o recurso ao nexo causal por parte do suposto ofensor. Em sentido contrário, quando demonstrada a culpa, já se considerava automática e implicitamente acertada a relação de causalidade. Poder-se-ia dizer que o nexo causal era um apêndice da culpa.

Atualmente, a causalidade ocupa papel central na teoria da responsabilidade civil. Antes de procurar um culpado, localizamos um

responsável. Podemos conceituar o nexo causal como a relação de causa e efeito entre o fato (comportamento) do agente e o dano. Só se poderá imputar ao agente a obrigação de indenizar caso o conjunto probatório evidencie que necessariamente (ou adequadamente) a lesão patrimonial ou extrapatrimonial se relaciona com a sua conduta ou atividade. Em sede de responsabilidade subjetiva, só em um segundo momento se investigará se esta conduta também corresponde a um ilícito culposos.⁴

No setor da responsabilidade civil, o nexo causal exercita duas funções: a primeira é a de conferir a obrigação de indenizar àquele cujo comportamento foi a causa eficiente para a produção do dano. A segunda, a de determinar a extensão deste dano, a sua medida. Ou seja, pela relação da causalidade seremos capazes de determinar quem repara o dano e em que valor.

Em uma demanda de reparação de danos por abandono afetivo não será a culpabilidade que determinará a medida da responsabilidade, mas a causalidade. Antes de precisarmos se a conduta antijurídica paterna ocorreu com leviandade e manifesta indiferença pela figura filial, faz-se necessário averiguar o nexo causal entre a omissão parental e os danos sofridos pelo filho.

De nada adianta a aferição do ilícito culposos paterno, assim como do dano psíquico que afeta a saúde do filho, se não houver constatação clara de que o fato omissivo do agente é a causa necessária do evento lesivo, pois inexistente outra causa capaz de justificar a lesão. Esta certeza poderá se esvaír se o contexto probatório demonstrar que outros fatores influenciaram negativamente o desenvolvimento da vítima, tais como o ambiente familiar, amigos, escola e até eventual comportamento ilícito materno, sobremaneira a prática da alienação parental. Todas estas condutas podem concorrer para o surgimento da lesão (o que implicará em repartição de danos, com mitigação de valores) ou mesmo serão a causa imediata do dano, o que excluirá a obrigação de indenizar por parte do pai, ao argumento da exclusão do nexo causal pelo fato exclusivo de terceiro.

Constatados os quatro pressupostos da responsabilidade civil a condenação pelo dano extrapatrimonial será aplicada. Nada obstante, as conhecidas críticas a este desfecho – tais como a patrimonialização do Direito de Família pela fixação de um “preço” pelo amor paterno, ou de servir o processo como um “túmulo”, pois sepultará definitivamente as chances de reconciliação entre agente e vítima –, preferimos crer que a reparação pecuniária atua como uma compensação por aquilo que não se pode obrigar, mesmo porque seria incoercível a imposição de obrigação *in natura*, tal como a prestação de abraçar o filho e passar as tardes em sua companhia! Quando

⁴Outrossim, na teoria objetiva sequer se cogitará da ilicitude, o que propiciará ao nexo causal ainda maior destaque, pois independente da existência de culpa do agente, haverá a necessidade de situar o seu comportamento no interno de uma norma ou de uma atividade de risco.

filhos alcançam a maioridade e deliberam pela via judicial, certamente todas as tentativas consensuais de aproximação já fracassaram.

Enfim, caso o magistrado ou o tribunal apliquem a técnica da responsabilidade civil, sem desvios discricionários – pois decisão judicial não é escolha nem ato voluntarista –, haverá uma seleção mais apurada de interesses mercedores de tutela que concretamente farão jus à reparação de danos.

Todavia, e aqui ingresso no cerne da exposição, por mais que respeitemos o acesso da responsabilidade civil no contexto das famílias, não nos olvidamos que o direito de danos atua subsidiariamente através das normas especiais fixadas em cada ramo do direito privado. Em um mundo ideal o Direito de Família se bastaria, até mesmo para sancionar a inobservância de suas normas, todavia reconhecemos que o conjunto de medidas estabelecidas no Direito de Família tradicional para reforçar a observância das relações parentais simplesmente se mostrou ineficaz para acolher as novas demandas sociais. Quer dizer, o renovado Direito das Famílias ofereceu um rol de modelos jurídicos e possibilidades amplas de realização afetiva e existencial da pessoa no interior de uma pluralidade de entidades, mas em contrapartida descurou em conceber técnicas de controle social hábeis a dar vazão a toda ordem de novos ilícitos que irrompem neste cenário complexo. A única saída para tutelar estas vítimas foi pegar de empréstimo o regramento da responsabilidade civil e introduzir a compensação intrafamiliar de danos.

Todavia, a nossa sugestão é a de implantar no âmbito do Direito de Família o modelo jurídico da pena civil, pela via de sanções punitivas hábeis a conceder efetividade a um sistema que quer diluir todas as resistências à concretização de seus princípios e funções.

3. A PENA CIVIL

A pena e a reparação ostentam em comum a condição de sanções. A sanção é uma medida estabelecida pelo sistema para reforçar a observância da norma. Quando a sanção é prevista para a violação de uma obrigação, duas perspectivas distintas se abrem como reação ao ilícito: surgem as sanções restitutórias e as sanções punitivas. No primeiro grupo, inserem-se todas as sanções capazes de restabelecer a situação jurídica anterior ao ilícito, entre elas as sanções ressarcitórias, em que o retorno ao estado originário é alcançado por um equivalente econômico. Trata-se de sanções sucessivas, eis que apenas eliminam ou atenuam danos. Já no grupo das sanções punitivas a ameaça precede à violação da norma com imposição de desvantagem para o agente violador da norma. Esta é a sua índole preventiva. A sua previsão será exercitada seja mediante dissuasão (a ameaça de um mal como consequência do ilícito), seja mediante persuasão (ao intimidar com

uma sanção punitiva o ordenamento comunica uma valoração negativa do comportamento objeto de proibição).

As sanções punitivas civis são aplicadas excepcionalmente, a título preventivo, como sanção por ter o ofensor incorrido em condutas sumamente demeritórias. Elas se reservam a combater comportamentos dolosos, isto é, situações em que o agente não apenas tem a intenção de praticar o ilícito, mas também é indiferente com relação às suas consequências danosas. Deseja-se o desencorajamento. Assim, há uma dissuasão mediante a ameaça de um mal como reação a um ilícito. Contudo, falhando a ameaça intimidativa pela prática do ilícito, surge a pena, como retribuição moral em face do agente.

Historicamente, em sede de responsabilidade, o Direito Civil se distanciou do Direito Penal justamente pelas funções atribuídas a cada um destes setores do ordenamento jurídico. Diante de um ilícito, a reação do direito privado é indagar: o que se fez? Ou seja, o civilista mira o seu olhar para o fato antijurídico em si e as suas consequências sobre a pessoa da vítima. Contudo, diante do mesmo ilícito, o penalista questiona: quem fez? O Direito Penal volta a sua atenção para a pessoa do ofensor, suas circunstâncias e a reprovabilidade maior ou menor de seu comportamento.

Percebe-se então que reparação e pena são conceitos antagônicos. Por meio da função reparatória de danos, a responsabilidade civil se concentra no passado – no fato ocorrido –, com a missão de contenção de danos e recomposição do equilíbrio patrimonial rompido pela lesão. O que se quer é restaurar dentro do possível o contexto econômico reinante no momento imediatamente anterior ao dano. Isto se concretiza mediante a indenização de danos patrimoniais e a compensação de danos morais.

Já na pena, prevalece uma função preventiva de ilícitos. O Direito Penal ergue os olhos para o futuro, pois ao aplicar a sanção punitiva deseja desencorajar o autor do ilícito a reincidir. Aliás, não apenas ele, mas desestimular a qualquer outra pessoa que queira praticar condutas antijurídicas semelhantes. Trata-se de uma missão de contenção de comportamentos.

Esta notável dicotomia se perpetuou nos ordenamentos da modernidade, fixando-se o paradigma da responsabilidade civil como técnica de reparação de danos, não importando a reprovabilidade da conduta e a capacidade econômica do ofensor. Na tradicional visão do Direito Civil, as sanções que lhe tocariam seriam apenas as restitutórias, reintegratórias e ressarcitórias, mas não as punitivas. Isto remete a um direito privado do tipo reativo, que cuida do ilícito tão somente em caráter *ex post*. Quer dizer, um Direito Civil de fundo sub-rogatório que se presta basicamente a eliminar ou mitigar os efeitos danosos de um ato ilícito, ignorando completamente a sua aptidão *ex ante*, qual seja, de prevenir a prática do ilícito, pela via do direcionamento intimidativo da vontade dos particulares, mediante o seu próprio instrumental, sem a necessidade de recorrer a ameaças derivadas de aparatos sancionatórios exógenos (Direito Penal e Administrativo).

O paradigma reparatório é axiologicamente neutro e asséptico. Desconsidera o desvalor de comportamentos contrários ao Direito, alimenta a impunidade, encorajando diversos atores a compartilhar as nefastas práticas desestabilizadoras do já esgarçado tecido social. Portanto, urge perceber que o Direito Civil não deve se limitar a conter danos, mas também (e principalmente) a conter comportamentos antijurídicos, inibindo ilícitos e dissuadindo o potencial ofensor no sentido de respeitar o *neminem laedere*.

Na passagem do singular ao plural (a propriedade/as propriedades; a família/as famílias), cumpre também verificar a transposição do ilícito para os “ilícitos”, com a exaltação de um perfil funcional da responsabilidade civil, superando-se o esquema bipolar da responsabilidade aquiliana (dano patrimonial/moral).

O contraste entre a vontade do particular e a vontade da norma imperativa evidencia o ilícito. Todavia, a doutrina se limita a se referir ao ilícito para caracterizar a responsabilidade civil e o efeito desfavorável da reparação de danos, desconhecendo a recorrência de um ilícito não danoso. A relação entre o ilícito e a responsabilidade civil é de gênero e espécie. A obrigação de reparar danos patrimoniais ou morais é uma das possíveis eficácias do ato ilícito. Em sua estrutura, o ilícito demanda como elementos nucleares a antijuridicidade (elemento objetivo) e a imputabilidade (elemento subjetivo) do agente. O dano não é elemento categórico do ilícito, mas a ele se acresce como fato gerador de responsabilidade civil (art. 927, CC). Assim, de forma equivocada e míope, substitui-se uma noção ampla e indiscriminada de ilícito por um conceito restrito de ilícito danoso, que descuida da decisiva consideração de que a intervenção do direito se realiza no sentido de tornar possível uma reação a uma situação de contraste entre aquilo que foi estatuído e um certo comportamento, prescindindo da causa que determinou o ilícito. Portanto, a noção de ilícito se estende a uma série de *fattispecies*, nos quais a proibição de determinados atos gera a aplicação de uma sanção em sentido amplo, de forma a infligir um mal ao transgressor.

O ilícito poderá ser tratado pelo ordenamento de duas formas diferentes: pelo seu valor “sintomático” ou por seu valor “causal”. No primeiro caso, a valoração considera o ato de ruptura do ordenamento jurídico, a violação de um preceito por si só; enquanto no segundo caso, o desvalor do comportamento é diretamente proporcional à consideração e à relevância dos efeitos que derivam do ilícito no plano do ordenamento. Na pena civil, a sanção se prende a um ilícito sintomático. As penas civis possuem finalidade punitiva primária, pois o essencial da sanção será uma função preventiva de dissuasão da conduta em si. Desrespeitado o preceito pela mera prática da conduta haverá a retribuição do ilícito pela imposição da pena, sem qualquer subordinação à verificação de um dano ou de seus efeitos.

Assim, a incidência de uma sanção punitiva pela prática de um ato ilícito poderá ser fonte de responsabilidade civil, independente da aferição

concreta de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, seja por não existirem ou serem de difícil percepção. Vale dizer, a função sancionatória se dará cumulativamente, lateralmente à função reparatória da responsabilidade civil, ou mesmo à margem desta. Neste caso, haverá a responsabilidade civil sem dano. A pena constitui uma punição pela transgressão da norma; enquanto a reparação persegue unicamente a restauração da lesão praticada por outro sujeito.

4. A PENA CIVIL PARENTAL

No Código Civil de 2002 e na legislação civil esparsa, existem algumas interessantes combinações da ideia penal de punição do lesante com a finalidade civil de reparação concedida ao lesado. Trata-se de recursos legislativos para potencializar o dever legal de não causar danos. Em comum a todas as penas, há um denominador mínimo representando por sua natureza de sanção civil com finalidade punitiva e preventiva.

Em algumas das situações ora descritas as previsões legais de condenações punitivas serão atreladas à responsabilidade civil, especialmente quando estabelecem penas correspondentes a múltiplos indenizatórios. Nestas hipóteses, o ilícito intencional do agente refletirá na sanção punitiva como um *plus* em cotejo aos danos sofridos pela vítima. Ilustrativamente, o art. 608 do Código Civil, ao tratar da interferência ilícita de terceiros sobre a relação de crédito – com indução ao inadimplemento da obrigação pela via do aliciamento –, estipula que o aliciador será condenado a pagar uma importância “que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 2 (dois) anos”. Cuida-se de imposição de pena privada em face do aliciador, ao atrair ou recrutar pessoas já comprometidas contratualmente com outras. Outrossim, no âmbito dos direitos reais, o art. 1.336 do Código Civil prevê uma multa – não superior a 5 vezes o valor da contribuição condominial – para o condômino que não observar os deveres alinhavados na norma. O legislador não utilizou o vocábulo “pena”, mas a natureza de sanção civil é evidente, pois a multa é devida independentemente das perdas e danos que se apurarem.

Além das sanções punitivas atreladas a múltiplos danos, eventualmente o legislador aplicará penas no âmbito do direito privado, cujo resultado será a supressão de uma determinada situação jurídica até então favorável ao potencial ofensor.

Ilustrativamente, o Código Civil sanciona o comportamento reprovável do possuidor de má-fé, respondendo ele pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais (art. 1.218, CC), bem como por todos os frutos colhidos e percebidos, além dos que por culpa sua deixou de perceber, desde o momento em que constituiu a má-fé (art. 1.216, CC). Isto significa que o

possuidor de má-fé pagará ao proprietário um montante punitivo, pois o seu valor se baseia na mera probabilidade de obtenção de um determinado valor por parte de um proprietário diligente, e não do dano por este efetivamente sofrido. Ademais, em matéria de direito das sucessões, a exclusão dos sucessores por indignidade nos casos em que atentam contra a vida, honra e liberdade do *de cujus* ou de outros familiares próximos (art. 1814 CC), consiste em pena civil. O patrimônio que seria destinado aos sucessores excluídos por sentença reverterá em favor de outros herdeiros.

O Direito de Família também se serve da pena civil como sanção em face de condutas antijurídicas praticadas entre os seus membros. Contudo, nenhuma das medidas legislativas é capaz de emprestar eficácia inibitória e punitiva aos ilícitos ora tratados.

A prisão por inadimplemento do débito alimentar é a hipótese extrema de sanção punitiva parental, cuja aplicação evidentemente se restringe ao descumprimento de prestação relacionada a manutenção do mínimo existencial do credor de alimentos e, como medida restritiva de direitos fundamentais (art. 5º, LXVII, CF), jamais será objeto de aplicação analógica para conter comportamentos omissivos de prestações imateriais caracterizadores de abandono afetivo.

A destituição da autoridade parental é outra pena civil, estabelecida nos artigos 22 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Art. 24: “A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”. Trata-se de mais um ilícito de eficácia caducificante que nada acresce a tarefa de dissuasão de comportamentos paternos reprováveis, tendo em vista que a maior parte destes eventos só vem a lume quando a vítima já alcançou a maioridade. Mesmo que a demanda seja ajuizada na constância da menoridade, é fato que a perda do poder familiar nada significa em termos inibitórios para quem espontaneamente já havia renunciado a esta autoridade parental!

Alguns poderiam ter em consideração o efeito punitivo das sanções de indignidade e deserção com caráter inibitório de prática de atos de abandono afetivo. Infelizmente, se o filho vier a falecer antes do pai, este não poderá ser excluído da sucessão por uma sentença que reconheça o ilícito praticado pelo genitor – pois o art. 1.814 do Código Civil não sanciona este comportamento⁵ –, nem tampouco terá eficácia o ato jurídico de deserção

⁵Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

porventura antecipado pelo filho, pois a teor do art. 1.961, os herdeiros necessários só poderão ser privados de sua legítima nas mesmas hipóteses em que podem ser excluídos da sucessão.

Vê-se que em situações como a do abandono afetivo, a par da responsabilidade civil e de sua função reparatória de danos, inexistem mecanismos de contenção de comportamentos antijurídicos. Isto é, o sistema jurídico permite a existência de um vácuo legislativo no qual mesmo que amplamente demonstrada a deliberada omissão paterna de deveres de criação, educação e companhia do filho nenhuma sanção lhe será imposta, exceto uma eventual compensação pecuniária pelo dano moral, se, evidentemente, além do ilícito culposos houver prova quanto ao dano e ao nexo causal. Nem se cogite de uma norma que crie uma obrigação *in natura* de convivência entre pais e filhos, com a imposição de *astreintes*, eis que flagrante a incoercibilidade da prestação de “afeto” em nosso sistema jurídico.⁶

Esta hesitação já não procede na lei de proteção contra a Síndrome da Alienação Parental. Estipula o art. 6º da Lei n. 12.318/10, que caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III – estipular multa ao alienador; IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

A norma é pedagógica, posta inibitória de atos de interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores para que repudie o outro genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Há um arsenal de sanções punitivas em face de potenciais ofensores com o intuito de estimular o cuidado psicológico parental. Combinando o *caput* do ilustrado art. 6º, com o seu inciso III, encontramos uma pena civil de caráter pecuniário – aqui chamada de multa –, que poderá ser aplicada isoladamente ao genitor alienante, independente da caracterização dos pressupostos da

⁶Na China, vigora desde julho de 2013 lei de visita frequente obrigatória parental, institucionalizando uma antiga tradição chinesa, a de prestação de cuidados filiais aos pais idosos, que necessitam da presença afetiva dos filhos, servindo-lhes de suporte emocional e existencial à idade avançada. No caso, a “Lei de Proteção dos Direitos e Interesses do Idoso” (“*Law of Protection of Rights and Interests of the Aged*”) revigora, no plano jurídico-legal, valores morais que devem ser preservados na sociedade chinesa, despertando a consciência crítica dos mais jovens, no objetivo de os filhos não abandonarem os pais; devendo-lhes, antes de tudo, cuidados adequados, carinho presente e atenção de vigília, em proteção objetiva da família que conta, em seu núcleo básico, com os pais ou familiares anciãos, como pessoas vulneráveis e dignas de proteção integral. Fonte: www.ibdfam.com.br

responsabilidade civil. Aliás, todos os demais incisos evidenciam que o ilícito possui diversas eficácias, sendo o efeito reparatório apenas uma de suas eventuais consequências, desde que associado ao dano e ao nexo causal (art. 927, CC).⁷

Esta deliberação legislativa quanto ao tratamento do ilícito, seja pelo valor sintomático ou pelo valor causal, dependerá das escolhas do legislador. Diferentemente da alienação parental, no abandono afetivo, não há norma posta. Portanto, para os que admitem a responsabilidade civil pela lesão existencial decorrente do desprezo pelo genitor do valor objetivo do cuidado, o ilícito será sancionado por seu valor causal, qual seja, a consequência da compensação de danos extrapatrimoniais. Todavia, se valorizarmos o ilícito do abandono afetivo pelo seu valor sintomático, será suficiente a demonstração de comportamento antijurídico omissivo no exercício da autoridade parental, consistente na negligência do ascendente em propiciar a seu filho o necessário cuidado, descuidando nos deveres de criação e educação. Sob este prisma o ilícito será sancionado pelo ordenamento por seu desvalor intrínseco, independente da aferição de efeitos, quer dizer, mesmo diante da negação da obrigação de indenizar. Neste caso, o sistema agirá impondo uma pena ao ofensor, sem qualquer consideração aos efeitos compensatórios da violação do dever de cuidado.

A pena civil só existe se amparada normativamente, caso contrário estar-se-ia violando o princípio basilar da legalidade (*nulla poena sine lege*).⁸ Aderimos a este fundamental ponto de vista: somos peremptórios no sentido de que só haverá pena civil aquiliana no Brasil com reconhecimento pelo legislador em norma específica. Não admitimos que a pena civil possa ser extraída diretamente – ou seja, sem a intermediação de regras – das cláusulas gerais dos arts. 186 ou 927, *caput*, do Código Civil e submetida a uma decisão judicial que extrairá o conteúdo da pena civil conforme a concretude da hipótese.

Com a edição de uma norma viabilizando a implantação da sanção punitiva, os magistrados poderão aplicá-la, sem se olvidar que: a) a pena civil não guarda nenhuma identidade com os danos extrapatrimoniais; b) a pena civil só se justifica como sanção se conjugada a comportamentos caracterizados pelo dolo ou culpa grave; c) a sentença pode condenar o ofensor à pena civil mesmo que não reconheça a configuração do dano moral.

⁷Evidentemente alguns cuidados serão necessários. É lacunosa a Lei n. 12.318/10, no sentido de estipular beneficiários e/ou destinatários da pena civil. Tratando-se de alienação parental, acreditamos que o melhor caminho seja reservar o valor da multa para o próprio menor, em caderneta de poupança vinculada ao juízo, até que complete a maioridade, ou antes disso, desde que motivadamente com parecer ministerial e ordem judicial.

⁸Está em tramitação o PL 700/07, cujo objetivo é alterar o ECA para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. Caso aprovado, o parágrafo único do art. 5º da Lei n. 8.079/90, teria a seguinte redação: “Art. 5º. Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral”.

5. CONCLUSÃO

Em absoluto, não consideramos que caiba ao Estado determinar como o cidadão deva escolher o ideal de uma “vida boa”. Mas, nossa convicção é no sentido de que o ordenamento deva induzir o cidadão a ser virtuoso, a adotar uma ética pautada na virtude. Daí o papel pedagógico de sentenças que apliquem penas civis. Propiciam não apenas uma prevenção especial em relação ao autor do fato, mas uma prevenção geral, um fator inibitório para todos os genitores que atuam ou cogitem em atuar de forma irresponsável perante os seus filhos. De fato, a existência de uma pena civil induz a uma reflexão social e política sobre a importância do pai para a constituição da subjetividade de seus filhos.

O fundamental de sanções civis punitivas é reagir contra a perspectiva em voga, que invariavelmente remete a responsabilidade civil à pessoa da vítima e ao dano, abstraindo-se da pessoa do agente, da gravidade de seu fato e, principalmente, de qualquer aptidão preventiva. A ideia de um cuidado psicológico parental – e não meramente material – repercute na sociedade, sendo capaz de gerar um ser humano melhor. Mais do que acautelar e sancionar, a pena civil reafirma a prevalência da pessoa e de sua especial dignidade como referenciais do Estado Democrático de Direito.