

**O PARALELISMO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA E
O DIREITO CONTRATUAL**
THE PARALLELISM BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW

César Fiuza*
Matheus Henrique Vieira Lage**

RESUMO: O Direito de Família vem passando por uma profunda reestruturação ao longo dos anos, em razão dos novos contornos da autonomia privada e do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, surgiu na *XV Conferência Mundial da International Society of Family Law* um intenso debate, com a finalidade de responder se o ramo do Direito de Família encontra-se em vias de paralelismo com o Direito Contratual. Para tentar responder a essa questão, o presente artigo propõe um amplo debate jurídico, passando pelo contexto histórico e econômico.

Palavras-chave: Família; contratos; análise econômica; paralelismo.

ABSTRACT: Family law has undergone a profound restructuring over the years, owing to the new contours of private autonomy and respect for the principle of the dignity of the human person. In this context, an intense debate arose at the Fifteenth World Conference of the International Society of Family Law, to answer if the branch of Family Law is in the process of pairing with Contractual Law. In an attempt to answer this question, this article proposes a broad legal debate, going through the historical and economic context.

Keywords: Family; contracts; economic analysis; parallelism.

* Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Direito Civil na UFMG, PUCMG e na Universidade FUMEC. Professor colaborador na FADIPA. Professor na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais. Advogado.

** Advogado. Bacharel em Direito pela PUCMG. Bolsista de iniciação científica.

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade, um dos temas mais discutidos no âmbito do Direito Civil é o alcance da autonomia privada no Direito de Família. Nesse sentido, a *XV Conferência Mundial da International Society of Family Law*, realizada em Recife, foi palco de uma discussão científica que buscava responder se o Direito de Família atual estaria emparelhado ao Direito contratual.

Como paralelismo, deve-se entender a similitude dos ramos, ou seja, em quais aspectos ambas as áreas do Direito podem ser consideradas como semelhantes. Neste contexto, o presente trabalho vem tentar estabelecer esse debate, demonstrando se de fato as duas searas do Direito se encontram em vias de paralelismo.

2. A PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO DIREITO CIVIL

O Código Civil Brasileiro foi instituído pela Lei 10.406, entrando em vigor em 11 de janeiro de 2003. A codificação foi organizada em uma parte geral e em cinco livros, contendo a parte especial, sendo que toda essa estrutura foi pensada sob os princípios da eticidade, sociabilidade, operabilidade, na qual a parte geral conteria apenas matérias já sedimentadas, enquanto na especial estariam os eventuais desdobramentos que ainda não se encontravam cediços pela doutrina da época. (TARTUCE, 2016)

Apesar de bem organizado, o Código Civil não foi capaz de servir como única fonte de aplicação do Direito Privado. Por essa razão, ao longo deste texto, ficarão demonstradas as transformações ocorridas bem como a nova vertente, que originou a atual constitucionalização do Direito Civil.

Inicia-se nesse instante, uma breve consideração histórica, que servirá como base para a análise pretendida.

As sociedades pretéritas, nas quais se deu a origem da estruturação social, por meio de leis, eram regidas por consolidações, isto é, um agrupamento de textos era responsável por estabelecer as convenções que iriam construir aquele grupo social. Como exemplo, podemos pensar no Digesto e em suas diversas compilações. (LORENZETTI, 1998)

Em tese, as consolidações eram legislações densas, cuja interpretação somente poderia ser feita por certos membros mais antigos da sociedade e eram pensadas para serem estáveis e imutáveis. (LORENZETTI, 1998)

Lado outro, a legislação codificada, utilizada atualmente, pode ser consultada por todos, possui uma redação sistematizada, que parte da teoria geral aos ramos especializados, sendo um modelo dedutivo.

Os princípios também sofreram uma intensa modificação durante os anos. Nas legislações atuais, esses elementos podem ser facilmente identificáveis, em razão da estrutura demonstrativa dos códigos. Por outro lado, nas consolidações antigas, essas bases principiológicas somente eram identificadas por aqueles que interpretavam esses textos legais, tendo em vista a complexidade desses escritos.

Na consolidação, o interprete tinha uma enorme tarefa e era o grande protagonista. O Código, ao contrário, recorta o espaço da interpretação jurídica, a qual se limita exclusivamente à lei e se transforme em exegese. (LORENZETTI, 1998, p. 43)

De início, percebe-se que as legislações antigas não eram sedimentadas na sociedade, visto que somente aqueles que aplicavam o “direito” tinham conhecimento e conseguiam sugar os princípios dos textos legais. Com o passar dos anos, as leis se tornaram de fácil acesso e sua leitura podia ser feita com técnicas simples. Sabendo dessa diferenciação, cabe agora explorar o contexto que acarretou nessa transformação.

Em análise aos escritos de FERRAZ JÚNIOR (2003), nota-se que as origens das relações sociais nos evocam ao mundo romano, especificamente às famílias, que eram estruturadas sob um modelo patriarcal, de dominação, cujo soberano era aquele que ocupava a posição de pai e exercia o poder sobre os membros e sobre a propriedade.

A finalidade dessa estrutura estava em buscar os meios de sobrevivência, através da produção e da administração da propriedade. Portanto, nesse primeiro momento, o mundo privado poderia ser definido como uma estrutura baseada na busca pela satisfação das necessidades pessoais.

A esfera pública, por sua vez, era composta pelos cidadãos, que consistiam em um grupo de privilegiados, que não estavam submetidos ao labor, pois eram livres e assim deliberavam sobre a coisa pública. Esses, praticavam aquilo que seria denominado de ação.

O labor e a ação eram considerados atividades fúteis, ou seja, não eram delimitadas pelo início ou pelo final, sendo atividades contínuas. Todavia, a ação era a única atividade de concedia ao praticante a liberdade.

Passando à Idade Média, essa diferenciação entre o público e o privado tornou-se menos clara, ante o surgimento do social, que englobava tanto o âmbito privado como o público. (FERRAZ JÚNIOR, 2003)

O homem passa a ser visto como animal político, e a política passa a ser vista como sendo tanto de interesse público quanto particular, definindo, assim, o social.

Já na Era Moderna, com o avanço da atividade industrial, houve o surgimento do conceito “trabalho”, distinguindo cada vez mais a esfera privada da pública. Nesse contexto, as pessoas passaram a viver em cidades, exercendo o convívio social e assim, necessitando de novos ramos jurídicos, até então inexplorados.

Nesse momento, Jhering e a escola da Jurisprudência do Interesses começaram a dissipar as “teorias do interesse”, que em tese colocavam os comuns em oposição ao Estado. Ainda, nota-se um fortalecimento da noção de soberania e da preponderância do interesse público sob o privado. (FERRAZ JÚNIOR, 2003)

Feitas essas considerações, há de se pensar que a legislação se transformou de acordo com a utilidade que lhe foi dada, como bem sinaliza TARTUCE (2016):

Sabe-se que a distinção entre Direito Público e Direito Privado não é apenas um método de classificação, de ordenação dos critérios de distinção dos tipos normativos, mas sim um poderoso instrumento de sistematização. Tal distinção remonta ao Digesto, 1.1.1.2, no Corpus Juris Civilis de Ulpiano, que dividiu o direito em jus publicum e jus privatum. Os critérios utilizados para que fosse feita essa distinção se baseavam na utilidade da lei: se fosse de utilidade pública, tratar-se-ia de uma lei de Direito Público; se fosse de utilidade particular, seria uma lei de Direito Privado. (TARTUCE, 2016, p. 56 e p. 57)

Nesse diapasão, emergiu a necessidade por uma legislação codificada. Contudo, mesmo com esse contexto que levou à codificação, que se resume à tentativa de simplificar o acesso ao ordenamento jurídico, a legislação brasileira vem experimentando aquilo que na doutrina de Ricardo Lorenzetti é denominado de *big-bang* jurídico, ou seja, o poder legislativo vem criando uma imensa quantidade de leis, em nome de atender às especificidades das matérias.

A esse fenômeno, podemos defini-lo como a criação de microssistemas, ou seja, a especialização é tão densa que é possível tê-la como um sistema alheio daquele que esta foi derivada. (LORENZETTI, 1998)

Assim, com essa grande quantidade de leis, que impossibilitam o cidadão de conhecer sua legislação pátria, bem como, considerando que essas novas leis não se encontram codificadas, pode-se dizer que retornamos ao estágio inicial, ou seja, temos uma legislação complexa, que não pode analisada pelo cidadão?

Obviamente que a resposta é negativa, uma vez que apesar de termos, atualmente uma intensificação da atividade legislativa, o Direito é único, não podendo ser encarado como um emaranhado de textos distantes da população, que só podem ser interpretados por algumas pessoas.

Nessa toada, surge o movimento que a doutrina intitula como Direito Civil constitucional. Essa nova tendência se traduz em um método interpretativo que consiste em analisar os institutos do Direito Civil sob a ótica da Constituição.

O Direito Civil Constitucional, como uma mudança de postura, representa uma atitude *bem pensada*, que tem contribuído para a evolução do pensamento privado, para a evolução dos civilistas contemporâneos e para um sadio diálogo entre os juristas das mais diversas áreas. Essa inovação reside no fato de que há uma inversão da forma de interação dos dois ramos do direito – o público e o privado -, interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, isto é, exatamente o inverso. (TARTUCE, 2016, p. 58-59)

Concluindo, observa-se que ao longo da história da civilização, a legislação passou por uma intensa transformação e essa modificação se deu de acordo com a intenção que a sociedade depositava naquele ordenamento jurídico. Ainda, vê-se que as distinções entre o

público e o privado perderam a nitidez com a ascensão do conceito de trabalho, que englobava tanto o labor quanto a ação e assim, culminando para o nascimento do “social” que consistia na visão de que o homem era um ser político e que essa atividade interferia tanto no mundo público quanto na vida particular, surgindo assim a necessidade de uma legislação codificada e clara. (FERRAZ JÚNIOR, 2003)

Contudo, no Brasil, com a proliferação das leis, tivemos a impressão de uma inversão da sistematização, com a intensa atividade do poder legislativo, mas os aplicadores do direito devem se ater ao fato de que apesar das especificidades dos microsistemas, que originam a necessidade de promulgar novas leis, o ordenamento jurídico consiste em algo único e que deve ser aplicado sobre a luz da Constituição, como forma de valorizar os princípios da sociabilidade, operabilidade e eticidade, que motivaram a criação da Lei Civil vigente.

Portanto, o Direito Civil Constitucional se traduz em uma tentativa de aplicar os preceitos constitucionais, nas relações civis, de modo a concretizar a unicidade do ordenamento jurídico brasileiro e assim dar corpo aos preceitos que motivam a estrutura legal pátria. (TARTUCE, 2016)

Logo, em razão da unicidade, nessa perspectiva, não há espaço para se falar em um não paralelismo entre o direito das famílias e o contratual.

3. O DIREITO DE FAMÍLIA SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Contratos são negócios jurídicos, que por dependerem de ações de mais de uma pessoa, podem ser classificados como bilaterais ou plurilaterais. Na mesma toada, o Código Civil italiano, em seu art. 1.321, conceitua que “*il contratto è l'accordo di due più parti per costituire, regolare ou estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”, ou seja, o contrato, para os italianos, é definido como um acordo entre pessoas acerca da relação existente entre elas.

Essa conceituação muito se assemelha com o conceito clássico da doutrina brasileira, que nas palavras de TARTUCE (2016), pode ser apresentado como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.

Pelo conceito, nota-se que é um instituto de extrema importância para as relações comerciais, visto que são praticados pela força dos mais diversos desejos e interesses. (FIUZA, 2012).

Em outra seara, mas não menos importante, encontra-se um ramo jurídico que cuida das relações familiares, que são vínculos privados de afetividade e simultaneidade de obrigações entre as pessoas.

Assim, por serem ramos de Direito Privado, a autonomia privada, a boa fé objetiva e a função social se encontram presentes, mas com as devidas ressalvas, conforme será exposto.

Cientes que a base principiológica entre os ramos jurídicos se assemelham, seria possível pensar em um Direito de Família Contratual?

Nesse tópico, serão apresentados os desdobramentos dessa confluência de princípios, que servirá de parâmetro para o desenvolvimento dos demais tópicos desse trabalho.

Sobre esse tema, Flávio Tartuce apresenta uma série de reflexões, originadas da XV Conferência Mundial da International Society of Family Law, realizada em Recife, entre os dias 6 a 9 de agosto de 2014, em seu artigo denominado “A contratualização do Direito de Família” (2014). Segundo o autor, no evento, foram apresentados diversos argumentos que tendem tanto para a concordância de que o Direito de família se encontra contratualizado quanto para o oposto, justificando a ideia da descontratualização.

Dentre os tópicos apresentados, o que mais possuíam relevância foram as reflexões sobre a autonomia da vontade, que, segundo alguns palestrantes, estaria presente no Direito de Família, apesar das normas de ordem pública que o norteiam, enquanto para outros a sua existência seria contestável, ante a desigualdade de renda entre homens e mulheres, que limita a participação dos sujeitos, em igualdade, no planejamento familiar.

Com razão, ambos os lados. Contudo, há de se pensar que o conceito de família não se limita ao matrimônio, tampouco à união entre duas pessoas, haja vista a existência de famílias monoparentais. Ainda, mesmo diante da deplorável desigualdade de gênero, não é razoável afirmar que tal fato seja capaz de abater a autonomia da vontade da vida em família, ante a pluralidade de modelos e a dimensão do instituto.

Portanto, tem-se que a base principiológica dos dois ramos possuem semelhanças, mesmo com a especificidade de cada um. Mas para saber se há um paralelismo entre as duas disciplinas é necessária uma análise mais profunda, que se inicia a partir desse ponto.

4. AS CAUSAS SUSPENSIVAS DO CASAMENTO COMO MODALIDADE DE DIRIGISMO CONTRATUAL

Adentrando nos ditames legais do Direito de Família, tem-se o primeiro instituto legal, o casamento. Trata-se de uma previsão, instituída pelo Código Civil, nos arts. 1511 a 1590, sendo a que mais inspira o debate da contratualização do Direito de família. Constitui-se pelos princípios da monogamia, liberdade de escolha e comunhão plena de vida. (TARTUCE, 2016)

Nas origens greco-romanas da família, o matrimônio, se concebia como o vínculo jurídico que validava a família como propriedade do *pater-familias*, mas, com o passar do tempo e a valorização das relações afetivas, que passaram a ser dissociadas do viés patrimonial, essa categoria jurídica passou a ter outra conotação, simbolizando apenas o instituto que se constitui em prol da comunhão de vida plena.

Contudo, mesmo com essa transformação, o casamento ainda se coloca como um ato jurídico lato sensu, considerando que se trata de uma união de vontades para se realizar. Dessa forma, trata-se de um ato jurídico solene e que deve observar uma série de quesitos para se concretizar.

Os requisitos são diversos e analisam os sujeitos, a vontade e a forma, mas nesse momento, nossa análise cinge-se quanto às hipóteses de suspensão, ante a finalidade desse estudo. Estas encontram-se previstas no art. 1523 do Código Civil, com a seguinte redação:

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Em análise às hipóteses previstas pelo dispositivo acima, percebe-se que todos os incisos se referem a uma proteção patrimonial e, tanto assim o são, que caso a ausência de prejuízo seja demonstrada, essas hipóteses não se aplicam. (TARTUCE, 2016)

A doutrina, durante muito tempo, debateu sobre a natureza do instituto do casamento, sendo certo que durante anos oscilou-se entre ser uma modalidade contratual específica ou genérica. Contudo, atualmente, o casamento é visto sob a luz da teoria mista, que, em síntese revela o caráter híbrido do casamento, sendo contratual, no tocante aos requisitos de sua formação e existencial, no que se refere à intenção dos sujeitos de formar um vínculo conjugal, com o intuito de ter uma comunhão plena de vida, conforme já exposto. (TARTUCE, 2016)

Emparelhando ao Direito contratual, as causas suspensivas do casamento são hipóteses cuja inobservância importará o impedimento temporário da realização do casamento, até que subsista qualquer indício que demonstre a ausência de prejuízo ou que os sujeitos regularizem a situação.

De fato, nesse momento, fica notório o viés contratual formal do casamento, tendo em vista que o acordo de vontades fica submetido a uma previsão legal para se efetivar. Mas, há também de se assinalar que o art. 1523 estabelece uma série de proteções a terceiros, que poderiam ficar prejudicados com a realização do casamento.

Nesse sentido, os incisos:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros.

Nessa hipótese, o legislador protegeu os eventuais herdeiros do cônjuge falecido, ao suspender a possibilidade e o outro cônjuge constituir novo casamento e assim ocasionar uma confusão patrimonial, os da partilha aos herdeiros e os comuns do novo casamento.

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal.

Nesse ponto, o legislador visou resguardar a paternidade presumida, evitando qualquer discussão a respeito, pela constituição de novo matrimônio. Frise-se aqui que a medicina já apresenta testes eficientes capazes de afastar esse “prejuízo”. Ainda, é de se comentar que o impedimento de constituição de casamento não se faz como um fator relevante para determinar a inexistência de relações sexuais, capazes de ensejar a gestação.

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal. (BRASIL, 2002)

Nota-se novamente uma preocupação com o viés patrimonial, semelhante ao primeiro inciso, mas tendo o divórcio como paradigma.

Importante salientar que essa hipótese foi incluída graças a previsão do art. 1581, que permite a concessão de divórcio sem a prévia partilha de bens.

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. (BRASIL, 2002)

Nesse ponto, impera uma questão moral acerca da relação tutor curador x tutelado; curatelado e seus bens.

Diante dessas essas informações, visto que as causas suspensivas podem ser entendidas como condições de proteção a terceiros, é possível considerar que sua natureza equivale ao dirigismo contratual, que se estabelece como uma intervenção do Estado na autonomia da vontade dos particulares, em prol da defesa da parte vulnerável ou de terceiros.

Logicamente, as cláusulas suspensivas são observadas na fase preliminar à formação do vínculo conjugal, e o dirigismo é realizado após a formação do negócio jurídico. Portanto, o que se pretende nesse momento é demonstrar a semelhança quanto à natureza do instituto, esquecendo do fator temporal. Assim, existe uma semelhança entre ambos os institutos apontados, mas esse fator é insuficiente, pelo menos por ora, para afirmar existir o paralelismo completo entre os dois ramos do Direito.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA

Para iniciar o estudo da responsabilidade civil, faz-se necessário esclarecer em que esse tema se traduz. Nas palavras de TARTUCE (2016):

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Nesse sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da *Lex Aquilia de Damno*, do final do século III a. C., que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.

Em tese, o que o autor pretende dizer é que a responsabilidade civil é o instituto jurídico que surge em decorrência da prática de um ato ilícito ou de abuso de direito, bem como em razão de um descumprimento obrigacional ou contratual, cuja a sua natureza vai depender do tipo de responsabilidade que se está a analisar.

Sobre as modalidades, pode ser feita a seguinte diferenciação, ainda nas palavras de TARTUCE (2016):

Responsabilidade civil contratual ou negocial – nos casos de inadimplemento de uma obrigação, o que está fundado nos artigos 389, 390 e 391 no atual Código Civil. [...] Responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana – pelo Código Civil de 1916 estava fundada no ato ilícito (art. 159). No Código Civil de 2002 está baseada no ato ilícito (art.186) e no abuso de direito (art.187).

Portanto, de início, já é possível apontar que a responsabilidade no direito de família é da modalidade extracontratual.

Sobre esse tema, de início, é interessante perceber que o Tribunal de justiça mineiro, assim como determina a legislação, se vale da análise do dano para delimitar o valor da indenização, valendo-se dos seguintes termos, por exemplo:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INCLUSÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DANOS MORAIS - VALOR RAZOÁVEL - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL - DATA DO EVENTO DANOSO.

1 - A definição do valor da indenização deve se pautar pelos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando o enriquecimento ilícito do ofendido, a ruína do infrator e a necessidade de evitar que ocorrências similares se repitam.

2 - A indenização por danos morais estipulada na instância de origem somente deve ser revista quando se revelar manifestamente irrisória ou excessiva, porque é preciso prestigiar a colheita da prova, inclusive as impressões do Julgador sobre as partes envolvidas.

3 - Os juros de mora incidentes sobre o valor da indenização por danos morais decorrentes de responsabilidade civil extracontratual computam-se a partir do evento danoso, a teor da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. (Relator(a): Des.(a) Claret de Moraes, Data de Julgamento: 27/10/2016, Data da publicação da súmula: 03/11/2016)

Contudo, no tocante a esse assunto, pensando que o tema desse trabalho é o paralelismo entre o Direito de Família e o Direito contratual, que, à primeira vista, não haveria uma conexão, mas, em razão da responsabilidade civil contemporânea, ambos os temas encontram-se devidamente sintonizados, isso se deve ao fato de que essa divisão assume um contorno meramente pedagógico, conforme será exposto.

A responsabilidade civil, ao longo do século XX, assumiu diversos contornos, a fim de se proporcionar diversas finalidades, sendo essas: Função Reparatória; Função Precaucional; Função Punitiva, sendo essas de fácil definição, mas de difícil delimitação temporal, ante a efervescência da sociedade contemporânea.

Contudo, atualmente, a corrente que representa o cerne da responsabilidade civil é a preventiva, e esse fato se deve ao atual momento vivido pela sociedade, que se marca pela insegurança e se define como sendo uma sociedade de riscos. (ROSEVALD, 2017)

A insegurança atual, assume LIPOVETSKY, não é uma ideologia, mas o correlato inevitável de um indivíduo desestabilizado amplificando todos os riscos, obcecado por seus problemas pessoais, exasperado por um sistema repressivo julgado inativo ou “clemente” demais, habituado a ser protegido e traumatizado por uma violência da qual ignora tudo: a insegurança cotidiana resume sob uma fora angustiada a dessubstancialização pós-moderna. (LIPOVETSKY apud ROSENVOLD, 2017, p. 23)

Portanto, nessa linha, a responsabilidade civil passa a ter a função de mitigar ou prevenir o dano, suprindo a ideia de retribuir à vítima tudo aquilo perdido em razão da outra parte.

Alterum non laedere, avisaram os romanos! Evitar e mitigar um dano se converte em questão central e maior desafio para a responsabilidade civil do século XXI. A prevenção como antonomásia da responsabilidade civil contemporânea. Ao invés de agir reativamente ao dano consumado (direito remediador) – pela via da indenização ou da compensação -, deve-os conservar e proteger bens existenciais e patrimoniais (direito proativo). [...] Ademais, caso o dano já tenha sido produzido, que se evite o seu agravamento (duty to mitigate the own loss). (ROSENVOLD, 2017, p. 97)

Portanto, valendo-se da ideia de prevenção é possível afirmar que a responsabilidade civil extracontratual e contratual encontram-se emparelhadas ou, para evitar incorrer em erro ao fazer essa difícil delimitação temporal, pode-se dizer que em virtude da visão contemporânea do tema, encontra-se em vias de paralelismo.

Alguns Tribunais de Justiça se valem da análise da finalidade da responsabilidade civil em alguns julgados e, inclusive, adotam a postura contemporânea, como nos seguintes exemplos:

Ementa: DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. CIRURGIA REPARATORIA. IMPERÍCIA. TRÍPLICE FUNÇÃO DO DANO MORAL. COMPENSATÓRIA. PUNITIVA. PREVENTIVA. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. VALOR ÍNFIMO ARBITRADO EM SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - Sendo ínfimo o valor arbitrado em sentença, necessária é sua majoração com o objetivo de que o dano moral cumpra sua tríplice função, punitiva, compensatória e preventiva; - Dano moral majorado; (TJ-AM - Apelação APL 00156616919988040012 AM, Data de publicação: 14/07/2015)

Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. SERVIÇOS DE TELEFONIA. BLOQUEIO IMOTIVADO DE LINHA TELEFÔNICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRESSUPOSTOS PRESENTES. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA INCONTROVERSA. QUANTIFICAÇÃO. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ADSTRIÇÃO À NORMATIVA DA EFETIVA EXTENSÃO DO DANO. FUNÇÃO PREVENTIVO-PEDAGÓGICA-REPARADORA-PUNITIVA. MAJORAÇÃO. SENTENÇA, EM PARTE, REFORMADA. 1. Ante a ausência de impugnação recursal, não se controverte acerca da responsabilidade civil objetiva da empresa de telefonia, fundada na teoria do risco da atividade desenvolvida, conforme arts. 14 do CDC e 186, 187 e 927 do CC, bem assim sobre a caracterização de danos morais em razão dos transtornos vivenciados pela consumidora devido ao bloqueio indevido de sua linha telefônica. 2. O valor dos danos morais, em qualquer situação, deve ser arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em conta, além da necessidade de compensação dos prejuízos sofridos, as circunstâncias do caso, a gravidade, a situação do ofensor, a condição do ofendido e a prevenção de comportamentos futuros análogos (Funções preventivo-pedagógica-reparadora-punitiva). O valor pecuniário a ser fixado não pode ser fonte de obtenção de vantagem indevida, mas também não pode ser irrisório, para não fomentar comportamentos irresponsáveis. Normativa que trata da efetiva extensão do dano (CC, art. 944). 2.1. Cabe ao Poder Judiciário adotar medidas severas e comprometidas hábeis a desestimular as infrações das regras consumeristas, por meio do arbitramento de quantia que cumpra o perfil de advertência à instituição envolvida, sob pena de incentivo à impunidade e de desrespeito ao consumidor. 2.2. No particular, é de ser relevado que a consumidora exerce atividades externas de fiscalização de empreendimentos e obras, constituindo o telefone móvel (...) (TJ-DF - Apelacao Civel APC 20130111094682 DF 0028566-33.2013.8.07.0001 (TJ-DF) , Data de publicação: 08/09/2014)

Assim, essa perspectiva teórica ganha força ao encontrar exemplo em tribunais espalhados pelo país. Nesse contexto, deve-se fazer a análise do abandono afetivo.

A tese do abandono afetivo, ou teoria do desamor, surgiu diante da compreensão de que a falta de afeto seria uma violação à dignidade da pessoa humana. Um dos tribunais pioneiros nessa visão foi o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que concedeu indenização a um filho que teve a convivência paterna negada pelo genitor. Contudo, apesar do

êxito da demanda perante a segunda instância, o requerente teve a improcedência decretada pelo STJ, em 2005. (TARTUCE, 2016)

Em 2012, houve uma mudança de entendimento por parte do STJ, que deu origem ao entendimento 496 da corte, que possui os seguintes termos:

O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Isso porque o **non facere** que atinge um bem juridicamente tutelado, no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia), importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Consignou-se que não há restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e ao consequente dever de indenizar no Direito de Família e que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento pátrio não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF. O descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão. É que, tanto pela concepção quanto pela adoção, 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, vislumbrado 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. A Min. Relatora 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. Ressaltou que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará **ad perpetuam**, é perfeitamente apreensível e exsurtem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano **in re ipsa** e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. Com essas e outras considerações, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais de R\$ 415 mil para R\$ 200 mil, corrigido desde a data do julgamento realizado pelo tribunal de

origem. (REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012.)

Valendo-se dos termos do informativo, bem como considerando a finalidade preventiva da responsabilidade civil, percebe-se que essa mudança jurisprudencial do STJ tem a finalidade de punir aquele genitor incapaz de prover as necessidades imateriais, inerentes ao desenvolvimento humano, mas também possui a finalidade de prevenir ou ao menos coibir a existência de famílias sem estrutura para a criação de uma criança, ante a possibilidade de punição. Nessa perspectiva, não é possível afirmar que essa indenização insurge na monetarização das relações familiares, mas em preservar a dignidade da pessoa humana e em estabelecer punição em caso de violação. (TARTUCE, 2016)

Dessa forma, é possível dizer que a responsabilidade civil contratual e extracontratual encontram-se emparelhadas, ante a doutrina contemporânea, conforme já trabalhado e em todos os ramos tem a finalidade de diminuir riscos e preservar a dignidade da pessoa humana, conforme também já mencionado.

6. O PARALELISMO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – À GUIA DE CONCLUSÃO

Muito se discute sobre os impactos financeiros das disposições jurídicas, principalmente quando o cerne do debate está no Direito Civil. Os estudiosos do *Law and Economics* se propõem a esse debate e sob esse prisma será feita a análise sobre o paralelismo do Direito contratual e do Direito de Família.

Para tanto, faz-se necessário apontar os motivos pelos quais a análise do Direito, sob a perspectiva econômica se torna importante. Em linhas gerais, essa corrente parte da análise do livro “A Riqueza das Nações”, bem como em consideração às teorias de Jeremy Bentham (1748-1832), sendo a primeira referente à defesa da não intervenção do Estado, e a segunda sobre os conceitos de dor e prazer, que, segundo o autor, norteiam as ações o ser humano. Contudo, após vários desdobramentos dessa linha de estudo, foi na Universidade de Chicago que esta corrente de pensamento se aprofundou, tendo como vetores personalidades como Ronald Coase. (PIMENTA e LANA, 2016)

Partindo para a análise, em específico, faz-se necessário ingressar no campo da economia, que pode ser entendida como:

[...] o estudo da forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos. Na maior parte das sociedades os recursos não são alocados por um único planejador central, mas pelas ações combinadas de milhões de famílias e empresas. Os economistas, portanto, estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas poupanças. (MANKIWI, p. 05, 2001)

Assim, os economistas estudam as escolhas humanas e de suas relações, que buscam auferir vantagem, ou em caso de infrutíferas, causam prejuízos.

Outro princípio de Posner é o de que trata do equilíbrio colocado pelo custo de oportunidade, ou seja, o que um indivíduo deixa de ganhar ao optar por uma das escolhas disponíveis. Assim, no entrelaço de interesses dos consumidores versus fornecedores, chega-se ao equilíbrio do preço. Como bem sabemos, em nosso dia-a-dia de nossas relações e transações civis, nos deparamos com várias escolhas, em que, se por um lado auferimos determinada vantagem, em contrapartida, sofremos algum determinado prejuízo por outro lado. (PIMENTA e LANA, p. 93, 2016)

Segundo essa corrente doutrinária, sobre os prejuízos devem incidir as leis ou a interferência do Estado no domínio econômico, se dando, assim, a relação entre a Economia e o Direito.

Muito embora seja o mercado o melhor ambiente para se obter a melhor alocação de bens, este também apresenta falhas, como por exemplo, existência de poder econômico, informações assimétricas, bens públicos, externalidades, etc. É justamente ao se deparar com as falhas de mercado que, de acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), vislumbra-se a atuação do Estado, com fins a eliminar ou diminuir tais falhas, visando obter cada vez mais a eficiência e perfeição quando da alocação dos recursos escassos disponíveis. (PIMENTA e LANA, p. 103, 2016)

As intervenções, em tese, visam reprimir certas condutas humanas, que causem resultados danosos, com o enriquecimento ilícito. Em tese, a atuação busca reduzir falhas e reprimir condutas prejudiciais. As demais questões ficam por conta do direito de escolha. (PIMENTA e LANA, 2016)

Nesse tópico temos uma questão que em muito se relaciona com o Direito de Família. Nesse ramo, impera o princípio da não intervenção, instituído pelo art. 1513 do Código Civil, que, em breve consideração, coíbe qualquer intervenção estatal na comunhão de vida da família.

Em tese, no Direito de Família, ao Estado cabe apenas propiciar o acesso aos direitos fundamentais, estabelecidos pelo ECA e pela Constituição e punir qualquer tipo de violação, ainda que exercida dentro das relações familiares. As demais questões, ficam a cargo da autonomia da vontade dos particulares. (TARTUCE, 2016)

Logicamente, não há que falar em interesse comercial na ceara da família, mas não há como esquecer que esta é composta de um viés existencial e de outro patrimonial, conforme já mencionado. Portanto, com esse tópico, o que se pretende mostrar é que tanto no Direito contratual quanto na família, a intervenção estatal se limita a coibir e punir os atos ilícitos e os abusos de direito, criando um ambiente saudável para o exercício da autonomia da vontade, conforme PIMENTA e LANA (2016). Sob essa ótica, estariam os ramos emparelhados.

Os efeitos práticos disso são inúmeros, pois ao respeitar a autonomia individual e, por consequência, o planejamento familiar, não haveria espaço para discussões que não respeitem os direitos individuais, como, por exemplo, as tentativas feitas pelo Congresso para se aprovar projetos que desrespeitam as famílias LGBT's, bem como a formação de bancadas religiosas, com a finalidade de conversão de dogmas religiosos em leis.

Dessa forma, conclui-se que a análise econômica do direito apresenta um fortalecimento de defesa à autonomia privada, que se aplica a todo o Direito Civil. (PIMENTA e LANA, 2016)

REFERÊNCIAS

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. Rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2016.
- MANKIWI, Gregory. *Introdução à economia*. 3. ed., São Paulo: Thomson Reuters.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier Campos, 2005.
- FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. *Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)*, v. 9, p. 33-42, 2006.

FIUZA, César. *Direito Civil* - Curso completo. 18. ed., São Paulo: Ed. RT, 2015.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA; Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Análise econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. V. 57, p. 85-138, 2016.