



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE POS GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL

GABRIEL BICALHO MUNIZ

**A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO
AFETIVO À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO**

Salvador
2017

GABRIEL BICALHO MUNIZ

**A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO
AFETIVO À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação em
Direito Civil como requisito parcial para obtenção do grau
de Pós Graduado em Direito Civil.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIEL BICALHO MUNIZ

A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de pós graduado em Direito Civil, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, Bahia, ____/____/2017

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares e amigos, que direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

"Só o amor constrói pontes
indestrutíveis".

Pontes Indestrutíveis - Charlie Brown
Jr.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o Direito de Família na contemporaneidade, assim como as modificações jurídicas da família em decorrência da Constituição Federal de 1988 e normas infraconstitucionais, como o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Estudar os princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família, a elevação do afeto como elemento cerne das entidades familiares e as novas possibilidades abarcadas no modelo de família hodiernamente. Verificar o âmbito de incidência da responsabilidade civil no Direito de Família, à luz do chamado Direito de Família Mínimo, fazendo uma contraposição entre a autonomia privada dos membros da família e a intervenção estatal. Busca também estudar o abandono afetivo e a possibilidade de responsabilização civil em decorrência da ausência de afeto. Estudar se efetivamente existe um Princípio da Afetividade. Pode-se dizer que o presente trabalho busca explorar o Direito de Família e sua atual composição para concluir se a responsabilidade civil pode adentrar no âmbito familiar ao ponto de exigir a afetividade.

Palavras-chave: Abandono afetivo; Direito de Família Mínimo; Novos Danos; Responsabilidade civil no âmbito familiar.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.1	RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.2	ELEMENTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.2.1	Culpa <i>lato sensu</i>	13
2.2.2	Nexo de causalidade	18
2.2.3	Dano Indenizável	21
3	INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA	24
3.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA	24
3.2	BASE PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO DE FAMÍLIA	28
3.2.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	28
3.2.2	Princípio da solidariedade	32
3.2.3	Princípio da afetividade	33
3.2.4	Princípio do melhor interesse da criança	35
3.3	DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO	37
3.4	DIREITO DE FAMÍLIA X RESPONSABILIDADE CIVIL	39
4	POLÊMICA SOBRE A INDENIZABILIDADE POR ABANDONO AFETIVO	46
4.1	A (IN)EXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	46
4.2	INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO	53
4.3	A SOLUÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO AO ABANDONO AFETIVO	58
5	CONCLUSÃO	73
	REFERÊNCIAS	76

1. INTRODUÇÃO

O Direito de Família, objeto do presente estudo, sofreu robustas modificações com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esta repercutiu intensamente no ordenamento jurídico por conta de sua vasta gama de princípios constitucionais.

Assim, seguindo a evolução trazida pela Carta Magna de 1988, diversas normas infraconstitucionais foram criadas ou tiveram substancial modificação, a fim de se adequar ao caráter centralizador da Lei Maior.

Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, potencializou os princípios trazidos na *Lex Legum* pátria em benefício das crianças e dos adolescentes, vez que são entendidos como indivíduos ainda em formação e necessitam de maior proteção do Estado e da sociedade.

Tendo em vista o novo contexto do Brasil, as novas Leis e a Constituição Cidadã, o Código Civil de 1916 estava destoando do resto da sistemática jurídica pátria. Razão pela qual o Direito de Família também se encontrava ultrapassado, regido por ideais liberalistas, que não mais eram compatíveis com os anseios da sociedade.

Neste diapasão, em 2002 foi promulgado o novo Código Civil, ratificando diversos princípios contidos na Constituição Federal de 1988. O Direito de Família então havia se repaginado, ganhando contornos mais atuais e possuindo diversas especificidades.

A par disso, o Direito de Família abandonou diversas antigas características que eram incompatíveis com o contexto. Significativa mudança também ocorreu com seu objeto, qual seja a família.

Pré-Constituição de 1988, a família somente poderia ser originada do casamento. Em outro turno, com a Lei Maior de 1988, irradiando diversos princípios como a Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Solidariedade, dentre outros. Oportunizaram à família ter novas formas originárias, incluindo a possibilidade de parentesco por afeto, além do parentesco sanguíneo.

Oportuno, pois, ressaltar a importância que o afeto recebeu nesse período de mudanças, sendo elemento basilar para a constituição das famílias, chegando, inclusive, a ser suscitado como princípio.

Em razão dessa elevada importância, pensadores do direito começaram a construir a tese acerca da possibilidade de responsabilização civil por ausência de afeto. Assim, a reparação civil no âmbito familiar não de aceitação pacífica.

O tema do presente estudo surge então desse ponto, a possibilidade de se pleitear indenização por abandono afetivo, perpassando pela análise geral da responsabilidade civil.

O trabalho está estruturado em seis capítulos, sendo o primeiro meramente introdutório.

O segundo capítulo visa uma análise histórica da responsabilidade civil até chegar aos contornos atuais.

O terceiro capítulo tem por finalidade fazer uma relação entre a responsabilidade e o Direito de Família, analisando a possibilidade ou não de incidência.

O quarto capítulo cinge-se a análise da reparabilidade civil por ausência de afeto, o famigerado abandono afetivo, estudo à luz da sistemática jurídica geral e do Direito de Família.

O quinto capítulo visa analisar a manifestação do Superior Tribunal de Justiça com relação a aplicação ou não da indenização por abandono afetivo.

E, por fim, o sexto capítulo uma síntese de tudo quanto exposto para então chegar a uma conclusão acerca do tema.

Portanto, o presente estudo primordialmente irá analisar a evolução histórica e jurídica da responsabilidade civil e o dano indenizável, a fim de então confrontar o Direito de Família com a responsabilidade civil.

Posteriormente, expor a problemática no que se refere à indenização por abandono afetivo, bem como analisar a posição tomada pela Corte Superior no que tange a reparabilidade civil do abandono afetivo.

Ao final, apontar à luz do quanto demonstrado a pertinência ou não da indenização por abandono afetivo.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. RESPONSABILIDADE CIVIL

Historicamente, o dever de indenizar se pautou em três pilares: a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Entretanto, conforme restará demonstrado, o elemento culpa tem se tornado cada vez mais dispensável, embora a regra ainda seja a necessidade de demonstração da mesma. Igualmente é o que se tem entendido quanto à flexibilização do nexo de causalidade¹.

Noutro giro, o dano se apresenta como o denominador comum da responsabilidade civil, haja vista que este representa objeto imprescindível para a configuração do dever de indenizar. apropriado destacar, desde já, a elucidativa lição de Sérgio Cavalieri Filho, *ipsis litteris*:

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não fosse pelo dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta conduta ilícita. Sem consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar².

Neste diapasão, imperioso se faz destacar a etimologia da palavra indenização, oriunda do latim, tem como raiz a expressão *indemnitas* (*in danum*, ou seja, sem dano). Desta feita, o cerne da indenização é tornar sem dano, o retorno ao *status quo ante*, razão pela qual o estudo deste se faz indispensável para a presente temática.

¹SCHREIBER, Anderson, em *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, 5ª ed, São Paulo, Editora Atlas, 2013.

²CAVALIERI FILHO, Sergio, em *Programa de Responsabilidade Civil*, 11ª Ed, rev. e ampl., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 92.

Oportuno, pois, traçar uma breve evolução acerca do conceito atualmente aplicável à responsabilidade civil, destacando os principais pontos, notadamente no que tange ao dano e, então, chegar à figura do dano indenizável.

Ao longo do tempo, algumas figuras jurídicas sofreram diversas modificações até possuírem os atuais contornos. Pode-se dizer que o dano não se enquadra nessa característica. Em verdade, o que efetivamente sofreu modificação no decorrer da história foi o modo pelo qual a sociedade respondia ao dano causado.

O primeiro grande passo, no que tange a responsabilidade civil no direito contemporâneo, foi dado em 1804, quando o conceito de responsabilidade evoluiria de forma significativa. O Código Civil de Napoleão – o qual serviu de modelo para inúmeros países ao redor do mundo, *e. g.*, Brasil, Itália, Argentina - trouxe contornos mais fortes a diversos temas, dentre eles a responsabilidade civil.

Outro importante ponto guarda respeito à cisão entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, uma vez que ambas eram, até então, basicamente unificadas, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves:

(...) Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina na negligência ou imprudência. (...).³

Nessa toada, os diversos Estados que seguiram o vanguardista Código Napoleônico, começaram a experimentar dificuldades com os – poucos – artigos referentes à responsabilidade civil, vez que, por ser novo ramo do Direito e ainda em formação, exigiam uma atividade criativa e interpretativa por parte da doutrina e dos tribunais.

Quando da elaboração do Projeto do Código Civil de Napoleão era assente a ideia de que o legislador, ao elaborar as leis, deveria ter pleno conhecimento de que estas são destinadas aos homens e não o inverso, assim, as leis deveriam ser adaptadas ao tempo e espaço em que fossem inseridas.

Ademais, o aludido Código, por conta do contexto da época, estava mergulhado no liberalismo, razão pela qual tinha como principal característica o interesse privado,

³ GONÇALVES, Carlos Roberto, em *Responsabilidade Civil*, 15ª Ed, São Paulo, Editora Saraiva, 2014, p. 48.

ou seja, nasceu para proteger as relações privadas da atuação estatal, o ideal daquele momento era, justamente, a intervenção mínima do Estado.

Destarte, a culpa se encontrava em evidência no que tange o direito a reparação, pois era elemento indispensável para a configuração do dever de indenizar.

Inegável a evolução da sociedade, mas todos os bônus geram ônus. Em razão da produção em larga escala, os danos atingiram outro patamar. Anteriormente, o comerciante produzia as suas manufaturas uma a uma, tinha pleno conhecimento a quem estava vendendo e o comprador sabia quem era o vendedor. No entanto, durante a Revolução Industrial, surgiram os grandes fabricantes, que produziam em larga escala.

Em razão do contexto da Revolução Industrial, a culpa recebeu o primeiro duro golpe. Como bem destacou Anderson Schreiber, a prova da culpa, em diversos casos, se fazia impossível, chamada também de prova diabólica⁴. Fazia-se patente a modificação do sistema vigente, a fim de adequá-lo à época e as novas situações postas no cotidiano.

Assim, houve significativa mudança no *modus operandi* da responsabilidade civil, por conta do ocaso da culpa e da flexibilização do nexo de causalidade. As novas relações comerciais, o meio de produção, o estilo de vida dos indivíduos, tudo isso implica no surgimento de novas condutas, inclusive danosas, no contexto social⁵. Por conta dessa conjuntura, o Direito teve que se adaptar para ser mais bem aplicado aos fatos mundanos.

Nesse cenário que se cria a teoria do risco, a qual se baseia na ideia de que em algumas atividades o risco é inerente, então aquele quem auferir lucro, o detentor da

⁴ SCHREIBER, Anderson, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, 5ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2013.

⁵ Houve também modificação no processo de distribuição, causando cisão entre a produção e a comercialização. Se antes o próprio fabricante se encarregava da distribuição dos seus produtos, pelo que tinha total domínio do processo produtivo, isto é, sabia quem fabricava, o que vendia e a quem vendia, a partir de um determinado momento a distribuição passou também a ser feita em massa, em cadeia, pelos intermediários atacadistas, de sorte que o comerciante e o consumidor passaram a receber produtos fechados, lacrados, embalados, sem nenhuma condição de conhecer o seu real conteúdo. [...] gerou aquilo que tem sido chamado de dano em série, dano em massa, dano coletivo, cujo autor, muitas vezes, é anônimo, sem rosto, sem nome, sem identidade. CAVALIERI FILHO, Sergio, em *Programa de Responsabilidade Civil*, 11ª Ed, rev. ampl., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 4.

mão de obra, se responsabiliza pela ocorrência de eventuais danos sofridos pelos indivíduos no exercício das atividades⁶.

O reflexo da responsabilidade objetiva se espalhou por diversos ordenamentos jurídicos. No Código Civil Italiano há previsão no art. 2050⁷, responsabilidade pelo exercício de atividade perigosa, na qual, em linhas gerais, o causador do dano responde independentemente de culpa, salvo se comprovar que adotou todas as medidas necessárias para evitar o dano.

No Direito Português, pode ser tido como exemplo o princípio geral da responsabilidade civil, art. 483º, 2º, e a “garantia de bom funcionamento da coisa”, art. 921º, 1º.

A par disso, cumpre tecer uma análise mais aprofundada acerca da aplicação dos elementos da responsabilidade no Direito Brasileiro atual.

2.2. ELEMENTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.2.1. Culpa *lato sensu*

O primeiro elemento do tripé clássico da responsabilidade civil a ser especificamente abordado no presente estudo é a culpa. Este elemento não mais possui o resplendor

⁶MONTEIRO, Washington de Bastos, Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações, 2ª parte, 32ª ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, 2000.

⁷ Código Civil Italiano - Art. 2050 Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose.

Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività 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..

Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 25 mai. 2014.

⁸ - artigo 483º (Princípio geral)

(omissis)

2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 25 mai. 2014.

⁹ Código Civil Português - artigo 921º (Garantia de bom funcionamento)

1. Se o vendedor estiver obrigado, por convenção das partes ou por força dos usos, a garantir o bom funcionamento da coisa vendida, cabe-lhe repará-la, ou substituí-la quando a substituição for necessária e a coisa tiver natureza fungível, independentemente de culpa sua ou de erro do comprador. (omissis).

Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 25 mai. 2014.

de outras épocas, notadamente o auge do liberalismo, no entanto, a sua importância para a responsabilidade civil não pode ser olvidada.

O direito a reparação na sistemática jurídica brasileira pode ser aplicado com a aferição de culpa (responsabilidade subjetiva) ou independentemente desta (responsabilidade objetiva).

A teoria subjetivista se caracteriza pela necessidade de provar a conduta culposa do agente. Neste ponto não há nenhuma novidade, posto que o Direito Francês já destacava essa teoria, assim como estava positivado no ordenamento jurídico pátrio desde o Código Civil de 1916, disposta no art. 159¹⁰.

Neste sentido, o conceito de culpa encontra-se didaticamente explanado por Orlando Gomes¹¹, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹², Silvio Rodrigues¹³, Washington de Barros Monteiro¹⁴, dentre outros pensadores que seguem a mesma linha de inteligência.

Pertinente, pois, analisar a responsabilidade civil objetiva, em virtude de esta ter sido incorporada à sistemática jurídica pátria de forma relativamente recente.

A primeira grande mudança efetiva no Direito Brasileiro, no que tange a responsabilidade civil objetiva, ocorreu com a constitucionalização do direito civil,

¹⁰ Código Civil Brasileiro de 1916 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

¹¹ Culpa é o “termo geral com que se designa o elemento subjetivo da injúria no Direito Civil”. Toda violação imputável de um dever jurídico, intencional ou não, é comportamento culposos.

Em sentido lato, admitido em Direito Civil, a culpa compreende o dolo. Em sentido restritivo, a ele se contrapõe. Dolo é a violação intencional de um dever jurídico. Culpa, a violação por negligência, imprudência ou imperícia. GOMES, Orlando, em Introdução ao Estudo do Direito Civil, 19ª ed., rev., atual. e ampl., por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, p. 439.

¹²[...] a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorre de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito. GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, em Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. 3, 11ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 177-178.

¹³ Age com dolo aquele que, intencionalmente, procura causar dano a outrem; ou ainda aquele que, consciente das consequências funestas de seu ato, assume o risco de provocar o evento danoso.

Atua culposamente aquele que causa prejuízo a terceiro em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência. Aqui existe infração ao dever preexistente de atuar com prudência e diligência na vida social. RODRIGUES, Silvio, em Direito Civil: Parte Geral, 34ª ed., atual., São Paulo, Editora Saraiva, 2003, p. 331.

¹⁴ [...] o direito à indenização surge sempre que prejuízo resulte da atuação do agente, voluntária ou não. Quando existe intenção deliberada de ofender o direito, ou ocasionar prejuízo a outrem, há o *dolo*, isto é, pleno conhecimento do mal e direto propósito de praticar. Se não houve intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a seguir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*). MONTEIRO, Washington de Barros, in Curso de Direito Civil: Parte Geral, 37ª ed., ver. e atual., São Paulo, Editora Saraiva, 2000, p. 285.

fenômeno ocorrido por conta da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual trazia previsões de responsabilidade civil por danos morais e materiais, além de prever a responsabilidade civil objetiva por danos causados pelo Estado, conforme se vê nos artigos 5, V e X; 21, XXIII, d; 37, §6º; 225, §3º; todos dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A partir de então surgiram diversas Leis tratando da temática, nota-se no art. 22 da Lei 8.935/94¹⁵, art. 2º, nos incisos II, III e IV, e art. 25¹⁶, ambos da Lei 8.987/95, dentre outros inúmeros diplomas.

Após a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.079 de 1990, Código de Defesa do Consumidor, traçou mais um importante marco na responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

A responsabilidade civil objetiva ganhou demasiado destaque no Código Consumerista, tendo em vista o Princípio da Vulnerabilidade do consumidor. Assim, em seus artigos 12 e 14¹⁷, resta cristalina a responsabilidade objetiva dos fabricantes e fornecedores.

¹⁵Lei nº 8.935/94, Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

¹⁶ Lei nº 8.987/95, Art. 2º (omissis): II- concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, **por sua conta e risco**, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco**.

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, **cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados** ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade. (Grifo nosso).

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

¹⁷ Código de Defesa do Consumidor Brasileiro - Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

Assim sendo, no âmbito da relação de consumo, os riscos inerentes tanto ao produto, quanto ao serviço, foram transferidos do consumidor para o fornecedor, haja vista os dispositivos supracitados, bem como as normas e princípios próprios do Direito do Consumidor¹⁸.

Em meio a todas essas alterações na sistemática jurídica brasileira, o Código Civil, por óbvio, demandava uma adequação ao novo contexto jurídico vivido. Então em 2002, foi instituído o Novo Digesto Civilista Brasileiro, mantendo a regra geral da responsabilidade civil subjetiva, como dispõem os artigos 186 e 927¹⁹.

Apesar da manutenção da responsabilidade civil subjetiva, o parágrafo único do próprio artigo 927 dispõe que “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”. Logo, ampliou o leque de possibilidades para a aplicação da responsabilidade independentemente de culpa.

O Direito Brasileiro também adotou a responsabilidade objetiva, sendo que esta decorria diretamente da teoria do risco. No entanto, a evolução do pensamento jurídico fez com que em diversos casos a responsabilidade objetiva derivasse do simples interesse legislativo. Podem ser destacados os artigos 932 c/c 933²⁰, 937²¹, 938²², dentre inúmeros outros.

Com isso, resta notório que houve uma opção do legislador em adotar a chamada teoria do dano objetivo, haja vista que, conforme a mudança do foco do causador do

¹⁸CAVALIERI FILHO, Sergio, em Programa de Responsabilidade Civil, 11ª Ed, rev. e ampl., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 6.

¹⁹ Código Civil Brasileiro de 2002 - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

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

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

²⁰Código Civil Brasileiro de 2002 - Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(omissis)

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

²¹ Código Civil Brasileiro de 2002 - Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

²²Código Civil Brasileiro de 2002 - Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014..

dano para a necessidade de reparação, se estabeleceu que o agente da conduta ilícita deve, independentemente de culpa, ressarcir o prejuízo causado²³.

Muito bem destacado, como de costume, nas palavras de Anderson Schreiber:

Em síntese: a criação ou majoração de um risco, como noção jurídica empregada por cláusulas gerais de responsabilização, continua sendo importante fator na aplicação da responsabilidade objetiva, mas perde seu papel de fundamento exclusivo no instituto na medida em que se vislumbram hipóteses de incidência desta espécie de responsabilidade em que não se pode, ou em que se pode apenas artificialmente, invocar o risco como fator de vinculação entre o dever de indenizar e o agente. Em tais situações, a responsabilidade objetiva parece revelar a sua verdadeira essência na contemporaneidade: não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima – uma proposição, portanto, essencialmente negativa²⁴.

Nesta linha de inteligência, chega-se a conclusão de que somente o risco da atividade não é mais o cerne da responsabilidade objetiva. Nota-se a outra importante contribuição da teoria do risco para a evolução da responsabilidade civil. Se por um lado facilitou a reparação dos danos, rompendo os chamados filtros da responsabilidade, por outro lado retirou o caráter absoluto da culpa, abrindo precedente para que novas teorias justificassem a reparação de novos danos.

Com efeito, resta imperioso destacar que a culpa perdeu muito espaço no ordenamento jurídico, no entanto, nas relações mais corriqueiras, notadamente as que envolvem somente pessoas físicas, a culpa ainda é elemento essencial para a reparação civil.

Assim sendo, apesar de todas as ponderações e críticas que a culpa vem recebendo, a mesma, felizmente, é elemento importante da responsabilidade civil.

Conforme pontua Carlos Young Tolomei:

Não se deve, vale observar, ceder à tentação de reduzir o problema, por sua (apenas) aparente simplicidade, a ponto de, em substituição ao critério da culpa, propor a escolha de um critério que, quase às cegas, atribua sempre a alguém o dever de indenizar a vítima. Sem embargo de suas numerosas vantagens, a responsabilidade objetiva não pode ainda pretender, mesmo nos dias atuais, aplicação plena. Ela assim, com efeito, não substitui ou elimina a responsabilidade por ato ilícito. Culpa e risco

²³MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações, 2ª parte, 32ª ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, 2000, p. 401.

²⁴SCHREIBER, Anderson, em Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos, 5ª Ed, São Paulo, Editora Atlas, 2013.

consistem, hoje, em duas fontes de responsabilidade, que, embora distintas, convivem em harmonia²⁵.

Nesta senda, a noção de que a culpa ainda é indispensável para a configuração da responsabilidade civil constitui um dos cerne para elucidar o presente estudo. Razão pela qual, repise-se, a regra do Código Civil Brasileiro é a responsabilidade civil subjetiva, ao passo que a objetiva decorre de previsão legal.

2.2.2 Nexo de causalidade

O segundo elemento de estudo no que tange os pilares da responsabilidade civil é o nexos de causalidade. Este pode ser entendido como o vínculo intersubjetivo entre a conduta ilícita e o dano. Assim, podendo ser entendida a relação de causalidade como causa e efeito.

Mediante uma análise apriorística desse conceito, abre margem para uma maquiada simplicidade de aplicação da teoria ao caso concreto. Entretanto, “a aparente simplicidade da definição contrasta com as inúmeras dificuldades práticas que surgem na sua aferição”²⁶.

Nessa senda, diversas foram as correntes que surgiram para tentar explicar o nexos de causalidade, assim, cumpre fazer um breve comentário acerca de três grandes pensamentos que ganharam destaque no cenário jurídico.

A primeira teoria chama-se equivalência das condições, a famigerada *conditio sine qua non*. A qual qualifica o nexos de causalidade como todos os fatos que concorram para que determinado resultado ocorra. São fatos sem os quais o resultado naturalístico não ocorreria. Logo, retirando a conduta, o resultado deixaria de existir. Coadunam com o conceito supra, a título de exemplo, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho²⁷, e Sérgio Cavalieri Filho²⁸.

²⁵ TOLOMEI, Carlos Young. A Noção de Ato Ilícito e a Teoria do Risco na Perspectiva do Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.371.

²⁶ SCHREIBER, Anderson, Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos, 5ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 55.

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, em Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. 3, 11ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 138.

Essa teoria não atende ao quanto desejado, haja vista que, em última análise, permitiria a regressão ao infinito, pois no decorrer das relações intersubjetivas dos indivíduos, diversos foram os elementos que contribuíram para que cada sujeito chegue ao ponto em que está.

Em outras palavras, *v. g.*, um sujeito que atropela dolosamente outro indivíduo, poderia estabelecer a culpa para indeterminados sujeitos, desde o vendedor da concessionária, até o indivíduo que auxiliou na montagem do veículo na linha de produção, ou até mesmo atribuir a culpa a Karl Benz, o inventor do automóvel.

Apesar das duras críticas, a *conditio sine qua non* é abarcada pelo Direito Penal Brasileiro²⁹, sob os seguintes argumentos:

A despeito de tudo isso, grande parte dos penalistas adotou-a, sustentando que a análise do dolo ou da culpa do infrator poderia limitá-la, vale dizer, os agentes que apenas de forma indireta interferiram na cadeia causal por não terem a *necessária previsibilidade* (dolo ou culpa) da ocorrência do dano, não poderiam se responsabilizados. O fabricante da arma, por exemplo, ao produzi-la, não poderia imaginar a utilização criminosa do seu produto³⁰.

No entanto, Anderson Schreiber pondera que a *conditio sine qua non* pode ser aplicada ao Direito Penal, tendo em vista que este se limita ao Princípio da Legalidade, ou seja, a necessidade de subsunção do fato à norma, da conduta ao tipo, deve ser perfeita para que produza seu efeito. Logo, a teoria da equivalência das condições encontraria o limite na legalidade.

Em virtude do Direito Civil não conter nenhum princípio limitador para incidência da *conditio sine qua non*, essa teoria não é aplicada ao digesto civilista brasileiro.

A segunda é a teoria da causalidade adequada, na qual, além de necessária, a conduta deve decorrer de uma análise de adequação, ou seja, deve-se ponderar se aquele ato seria adequado para a produção do resultado danoso.

Desta forma, retira-se o regresso ao infinito, a fim de que possa chegar a um resultado que, à luz do caso concreto, deu ensejo ao resultado ilícito. “A

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio, em Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed., rev. e ampl., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 64.

²⁹ Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, em Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. 3, 11ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 140.

causalidade, como se vê, envolve não um juízo concreto acerca da causa do evento danoso, mas uma avaliação abstrata fundada no princípio de normalidade”³¹.

Se por um lado a primeira teoria permite uma digressão por toda a história do agente ofensor, a teoria da causalidade adequada consegue restringir a aplicação da culpa. Em contrapartida, proporciona ao julgador demasia discricionariedade, ficando a cargo deste o entendimento acerca da relação causal, sem estabelecer critérios objetivos para o reconhecimento do nexos de causalidade.

Há quem trate de uma terceira corrente, que seria a causalidade direta ou imediata. “Causa para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse esta último como uma consequência sua, direta e imediata”³².

Destacadas as principais teorias acerca do nexos de causalidade, pode-se pontuar que a aplicação destas não é tema pacífico. Visto que há quem entenda pela aplicação da teoria da causalidade adequada, como Sérgio Cavalieri Filho,. Contrapondo-se a esta e filiando-se a teoria da causalidade direta ou imediata, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, Carlos Roberto Gonçalves.

Embora Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho entendam pela aplicação da causalidade direta e irrestrita, estes dão a exata noção do que parece ser a medida mais adequada para a configuração do nexos de causalidade, senão veja-se:

Cumprido, entretanto, alertar que nenhuma teoria nos oferece soluções prontas e acabadas para todos os problemas envolvendo nexos causal. Como teorias, apenas nos dão um roteiro mental a seguir, o raciocínio lógico a ser desenvolvido na busca da melhor solução. Sempre sobrar espaço para a criatividade do julgador atento aos princípios da probabilidade, da razoabilidade, do bom-senso e da equidade³³.

Por fim, se faz imprescindível a análise acerca da mitigação do nexos de causalidade, entendimento que vem ganhando força no Direito Brasileiro.

O mesmo fato que fora destacado como virtude, é, também, um problema para a aplicação do nexos de causalidade. Tendo em vista a elevada quantidade de teorias

³¹SCHREIBER, Anderson, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, 5ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 58.

³²GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, em *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, vol. 3, 11ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 142.

³³GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, em *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, vol. 3, 11ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 64.

destinadas a objetivar a aplicação ao caso concreto, bem como a escassa previsão legal acerca do modo pelo qual se deve operar nexos causal, os aplicadores do direito possuem liberdade para escolher a corrente aplicável ao caso concreto ao seu talante.

Posicionando-se desta forma, o judiciário acaba por relativizar demasiadamente o nexos de causalidade, pautando-se na necessidade, às vezes cega, de reparar um dano, seja por conta da gravidade deste, seja por sentimentos pessoais, ou até mesmo pelas máximas de experiência.

Embora seja uma tendência do Códex Civilista a reparação dos danos, não se pode perder de vista que são necessários critérios mínimos para que esta seja operada, sob pena de manter a cargo do judiciário um papel excessivamente discricionário, pautado apenas na visão da vítima do evento danoso³⁴.

2.2.3. Dano Indenizável

Por fim, a atual menina dos olhos da responsabilidade civil, o dano. Conforme demonstrado alhures, este elemento configura-se hodiernamente como o cerne da responsabilidade civil, sem dano não há indenização. Todavia, o que pode ser entendido por dano? Todos os danos, necessariamente, são indenizáveis?

No glossário, encontra-se o seguinte significado, “s.m. 1. Mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral; [...] 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus. 3. Estrago, deterioração, danificação [...] Dano emergente. *Jur.* Prejuízo efetivo, concreto, provado. [Cf. *lucro cessante*] Dano infecto. *Jur.* Prejuízo possível, eventual, iminente”³⁵.

No contexto jurídico não há relativa diferença, somando-se ao conceito supratranscrito, por óbvio, uma conotação jurídica. Entendido por “lesão a um

³⁴SCHREIBER, Anderson, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, 5ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2013.

³⁵FERREIRA, A. B. H., *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 3ª ed., Curitiba, Editora Positivo, 2004, p. 600.

interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”³⁶.

Em uma visão mais aprofundada acerca do tema, destaca Sérgio Severo que o dano pode ser analisado por duas vertentes conceituais, aqueles que se baseiam no dano como “diferença entre a situação patrimonial anterior e aquela verificada após o seu advento” e “a segunda considera o dano como lesão a interesses juridicamente protegidos”³⁷.

De pronto se faz necessário afastar a aplicação da teoria da diferença patrimonial, haja vista que está é nitidamente destoante da atual conjuntura jurídica, não só brasileira, como global. Pontue-se que os danos extrapatrimoniais não estariam albergados pela teoria da diferença, razão pela qual a mesma não pode ser aplicável no contexto atual do Direito.

Assim, o caminho traçado pela teoria da lesão ao interesse juridicamente protegido é a que possui mais adeptos, conforme pode ser destacado nas obras de Gustavo Tepedino³⁸, Sérgio Cavalieri Filho³⁹, dentre tantos outros.

Ainda no âmbito no conceito de dano, merece destaque a interessante lição trazida por Maria Celina Bodin de Moraes, ao afirmar que:

De fato, o dano, em si e por si, não é nem ressarcível nem irressarcível (nem “justo”, nem “injusto”). A decisão – ética, política e filosófica, antes de jurídica – deverá ser tomada pela sociedade em que se dá o evento. Assim é que há danos que são passíveis de indenização em determinados países e não o são em outros, embora se trate de sistemas jurídicos de mesma família e muito semelhantes entre si⁴⁰.

Neste diapasão, o conceito de dano em abstrato pode ser comum a diversos filósofos do direito, no entanto, a aplicação ao caso concreto, notadamente no que tange aos danos extrapatrimoniais, decorre de uma análise valorativa dos julgadores, que, inclusive, a depender da respectiva carga axiológica, podem entender de maneira antagônica acerca da existência do dano.

³⁶GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, em Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. 3, 11ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p.82.

³⁷SEVERO, Sérgio, Os Danos Extrapatrimoniais, São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p. 3-4.

³⁸TOLOMEI, Carlos Young. A Noção de Ato Ilícito e a Teoria do Risco na Perspectiva do Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 375.

³⁹GONÇALVES, Carlos Roberto, em Responsabilidade Civil, 15ª Ed, São Paulo, Editora Saraiva, 2014, p. 93.

⁴⁰MORAES, Maria Celina Bodin de *in* Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, p. 21.

Estes necessitam de uma abordagem criativa do estudioso do direito, seja por parte do Magistrado no caso concreto, do Legislador ao elaborar as Leis e, não menos importante, dos Doutrinadores ao se debruçarem sobre os imbróglios nunca antes previstos. Além de novas situações, antigas relações vivenciadas no cotidiano que eram entendidos como meros tratos diários, passaram a ingressar no judiciário.

Neste ínterim, preceituam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, ao concluir que o dano indenizável deve preencher três requisitos, senão veja-se:

a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica – obviamente, todo dano pressupõe a agressão a um bem tutelado, de natureza material ou não, pertencente a um sujeito de direito.

[...]

b) certeza do dano – somente o dano certo, efetivo, é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético. Mesmo se tratando de bens ou direitos personalíssimos, o fato de não se poder apresentar um critério preciso para a sua mensuração econômica não significa que o dano não seja certo.

[...]

c) subsistência do dano – quer dizer, se o dano já foi reparado, perde-se o interesse da responsabilidade civil. O dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante⁴¹.

Portanto, o dano pode ser entendido como conduta comissiva ou omissiva de um agente, que fere um interesse juridicamente protegido de outrem, seja na esfera patrimonial ou extrapatrimonial. Neste último caso, há de se destacar o papel fundamental do aplicador do Direito, uma vez que será demandado um exercício hermenêutico para a caracterização e extensão do dano.

O Direito Civil hodierno, conforme demonstrado alhures se caracteriza por ser eminentemente reparatório. Se no passado, por conta da sua íntima ligação com o âmbito penal, o foco era a punição do causador do dano, na atualidade o cenário é completamente adverso.

A reparação do dano é a nova vedete da responsabilidade civil, tendo ultrapassado o arcaico entendimento de punição do ofensor. No contexto de novas tecnologias, assim como novos meios de relacionamento interpessoal e avanço de novos ramos do conhecimento humano, surgiram também novos danos.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, em Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. 3, 11ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 84-90.

3. INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família se desenvolveu de forma similar à responsabilidade civil, no sentido de que antes da Constituição Federal de 1988, não possuía o amparo constitucional, encontrando-se imerso nos ideais do mais puro liberalismo, previsto no Código Civil de 1916.

O citado digesto civilista somente reconhecia a família originada do casamento, portanto, a união de indivíduos apenas receberia respaldo jurídico e social se celebrada através do matrimônio.

Importantes pensadores defendiam a ideia da família como instituição e pregavam a necessidade de manutenção de alguns de seus conceitos, como pode ser visto na obra de Washington de Barros Monteiro:

Nesse momento difícil, a missão do jurista é a de acudir em defesa da instituição, onde quer que periclitem seus interesses, a fim de evitar-lhe a completa desagregação. Fortalecê-la, ampará-la, procurando neutralizar os elementos dissolventes, como abandono das idéias religiosas, o epicurismo e o temor das responsabilidades, eis seu objetivo, nas escolas e pretórios⁴².

As transformações sociais ocorridas no decorrer do tempo, fizeram com que os indivíduos imaginassem novas possibilidades para estabelecer vínculos familiares, não se limitando ao casamento. O afeto, a vontade de conviver com outra pessoa, interesses diversos, iriam muito além do casamento. Este, inclusive, evoluiu, para não mais ser uma mera comunhão econômica, nas palavras de Carlos Alberto Menezes Direito:

O casamento, na verdade, não sobreviverá como instituição social, no formato que herdamos, se não for compreendido como solidariedade plural, por meio da qual cada cônjuge, fiel no amor, preserva, para cultivá-lo com sabedoria, o espaço da individualidade, de modo a manter a união o tempo todo, o todo do tempo.

⁴² MONTEIRO, Washington de Barros, em Curso de Direito Civil: Direito de Família, 35ª ed., rev., São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 2.

E assim é porque o casamento, unindo duas pessoas recolhidas para a comunhão no trajeto de suas vidas, nasce com a identidade que, com inusitada frequência, é despertada pela “lei da afinidade”, capaz de substituir o tempo pela intensidade⁴³.

O futuro do Direito de Família caminhará para outros rumos, não mais aceitando o modelo previsto pelo Código Civil de 1916, atribuindo à família o caráter matrimonial, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológico, unidade de produção e reprodução, e institucional⁴⁴.

A sociedade tinha anseios maiores, não mais podendo se restringir ao casamento para constituir família, merecendo destaque, ainda, a indissolubilidade que o vínculo matrimonial possuía.

O contexto já não era do liberalismo exacerbado, nascia a ideia do Estado Social de Direito, no qual foi elaborada a Constituição Cidadã de 1988, assim chamada por conta de sua característica programática, se incumbindo de abarcar diversas normas que antes estavam apenas disciplinadas no âmbito infraconstitucional, dentre elas a família.

O Estado avocou o dever de zelar pela família em todas as suas facetas, seja através do casamento, ou qualquer outra forma de origem, como bem destacou a Corte Suprema Brasileira ao fazer uma análise, com a lucidez que lhe é peculiar, da família à luz da Lei Maior de 1988⁴⁵.

Seguindo os bons ventos trazidos pelas *Lex Legum* de 1988, restou promulgado o novo Código Civil Brasileiro, em 2002. Este digesto incorporou ao seu texto os Princípios contidos na Carta Magna Pátria, e nem poderia ser diferente, tendo em vista que a Lei Maior irradiou para toda a sistemática jurídica brasileira os princípios basilares a serem seguidos, devendo todas as normas infraconstitucionais respeito à Constituição, fenômeno chamado de constitucionalização do Direito.

Assim, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, e do novo Código Civil, diversas mudanças aconteceram no âmago do Direito de Família, a

⁴³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da União Estável Como Entidade Familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.667, maio de 1991, p. 17-18.

⁴⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson, em Curso de Direito Civil: Direito das Famílias, 6ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2014, p. 44.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277 DF. Legitimado Ativo: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DJ 13 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

começar pelo seu conceito, vez que o objeto de estudo se tornou algo mais fluido e difícil de precisar.

Com efeito, a dificuldade também é encontrada em outros ramos do conhecimento:

[...] estudar a família é uma tarefa difícil, tendo em vista a complexidade que a envolve. A família é um sistema complexo, composto por subsistemas integrados e interdependentes, que estabelece uma relação bidirecional e mútua influência com o contexto sócio-histórico-cultural no qual está inserida⁴⁶.

Conforme destaca Rodrigo da Cunha Pereira, a atual conjuntura da árvore genealógica possui galhos muito mais entrelaçados e, em razão do alto patamar atingido pelo afeto, o vínculo biológico é apenas mais um elemento desta árvore⁴⁷.

A família que outrora foi definida pela lei de forma extremamente simplista, encontra na contemporaneidade uma noção ampla, a fim de abarcar as possíveis e inesgotáveis formas de constituição. Anteriormente limitada ao casamento, hodiernamente se encontra vinculada ao *affectio familiae*⁴⁸.

Nesse sentido, a Carta Magna Brasileira muda o foco da família de instituição para os indivíduos a ela pertencentes, promovendo o respeito à Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III)⁴⁹, o bem de todos (art. 3º, IV)⁵⁰ e expressa previsão dos direitos individuais no art. 226, §8⁵¹. Desta forma, deve ser protegido o indivíduo dentro da

⁴⁶ DESSEN, Maria Auxiliadora; e COSTA JUNIOR, Áderson Luiz, em *A Ciência do Desenvolvimento Humano: Tendências Atuais e Perspectivas Futuras*, Porto Alegre, Editora Artmed, 2005, p. 113.

⁴⁷ CUNHA *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha, in *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 25.

⁴⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira, in *Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 119.

⁴⁹ Constituição Federal de 1988 - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(omissis)

III - a dignidade da pessoa humana;

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

⁵⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(omissis)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

⁵¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(omissis)

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

coletividade, promovendo uma convivência harmoniosa, intuito primordial no Direito de Família contemporâneo⁵².

Seguindo esse pensamento, a característica patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, unidade de produção e reprodução, da família não mais se sustenta. O Princípio da Igualdade retirou não só a configuração hierarquizada da família, como também erradicou a ideia do direito em promover a família patriarcal, conforme se vislumbra do art. 5º, I, da Lei Fundamental⁵³.

Seguindo essa linha de intelecção, utilizando como base o art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como os ditames do Código Civil de 2002, chega-se então ao que hodiernamente pode se entender por Direito de Família. Ramo do Direito Privado voltado para a entidade familiar, em suas diversas formas, fundada no afeto, vínculo espontâneo que cria laços entre os indivíduos, fornecendo os meios para que os seus integrantes possam atingir as aspirações pessoais e sociais, sem esquecer, contudo, dos vínculos pessoais e patrimoniais inerentes à família.

Nessa toada, pertinente destacar que a família não possui mais a característica fortemente patrimonial doutros tempos, no entanto, não se pode olvidar que o Direito de Família também tem por objeto a regulamentação patrimonial dos membros da família, *e. g.*, o pacto nupcial.

Coadunando com o quanto exposto, entendem em sentido similar doutrinadores como Maria Berenice Dias⁵⁴, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁵⁵ e Paulo Lôbo⁵⁶.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

⁵²FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson, em Curso de Direito Civil: Direito das Famílias, 6ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2014, p. 42.

⁵³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

⁵⁴DIAS, Maria Berenice, *in* Manual de Direito das Famílias, 8ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28-30.

⁵⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson, em Curso de Direito Civil: Direito das Famílias, 6ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2014, p. 44-45.

⁵⁶LÔBO, Paulo, em Direito Civil: Famílias, 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 37-39.

Em tempo, deve-se destacar que não se busca um conceito absoluto e acabado acerca do Direito de Família, e nem seria possível, vez que a própria complexidade de seu objeto de estudo dificulta um conceito pleno. Oportuno, pois, trazer a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, acerca do motivo pelo qual não é possível estabelecer um conceito pronto e acabado acerca do Direito de Família⁵⁷.

3.2. BASE PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

3.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana atualmente comum entre os juristas, somente encontrou guarida constitucional, no Brasil, em 1988, no art. 1º, III, da Constituição Federal. Corolário de toda a construção jurídico-social do ordenamento pátrio, serve como princípio norteador para normas constitucionais e infraconstitucionais

Não poderia ser diferente no âmbito do Direito de Família, haja vista que este se encontra ligado umbilicalmente a um dos fenômenos sociais mais importantes, a família⁵⁸.

Assim como as demais normas de conceito aberto, a Dignidade da Pessoa Humana possui vasta gama de possíveis interpretações. Tem-se, por um lado, o conceito engessado e ultrapassado da família como unidade de produção, voltada mais para o interesse da instituição do que para o próprio indivíduo, e, noutra banda, a Constituição Federal de 1988, que andou bem em importar as novas tendências globais acerca dos direitos sociais, haja vista a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, frisando o artigo I⁵⁹.

⁵⁷GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, em Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. 3, 11ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 37.

⁵⁸CANEZIN, Claudete Carvalho. A Dignidade da Pessoa Humana no Âmbito Familiar. Porto Alegre, Revista IOB de Direito de Família, v. 12, n. 60, junho/julho de 2010, p. 106.

⁵⁹Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acessado em: 28 mai. 2014.

Nesse ínterim, Claudete Carvalho Canezin traz o contexto normativo que serviu de inspiração para a Carta Magna de 1988, *ipsis litteris*:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou como é mais conhecida, Pacto San José da Costa Rica, de 1969, trouxeram o mesmo disciplinamento acerca da proteção à família deste modo: “A família e o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”⁶⁰.

A par disso, cumpre trazer os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, haja vista que a proteção da pela sociedade e pelo Estado deve ser entendida com certa cautela. Segundo o Autor, o novo perfil de família afasta as ideias de autonomia e independência, no entanto, a entidade familiar não pode ser pautada exclusivamente na proteção estatal. Assim, há de se ponderar, através de uma análise sistemática do ordenamento jurídico pátrio, a fim de entender que não se pode atribuir o dever de proteção à família unicamente ao Estado⁶¹.

Insta fazer um adendo ao pensamento supracitado, vez que, baseando-se na ideia trazida pelo Princípio Dignidade da Pessoa Humana, os componentes da família são dotados de liberdade, ou seja, se por um lado os entes públicos somente podem agir conforme permitido pelo ordenamento jurídico, as entidades privadas podem atuar até o limite do que não for proibido.

Vale ressaltar, então, o caráter autônomo da entidade familiar, sendo composta por indivíduos dotados de autodeterminação, podendo agir com liberdade, desde que haja respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais. Não podendo, pois, confundir autonomia com independência, sendo esta entendida como a dissociação do vínculo entre a família e o Estado. No entanto, a relação supra é entendida com autonomia, pois a família possuía liberdade para atuar sofrendo influência do Estado, sem, contudo retirar seu caráter autônomo.

A etimológica do vocábulo dignidade encontra origem no latim *dignus*, ou seja, aquele que merece estima, honra⁶². Em linhas gerais, o conceito decorrente da mera

⁶⁰ CANEZIN, Claudete Carvalho. A Dignidade da Pessoa Humana no Âmbito Familiar. Porto Alegre, Revista IOB de Direito de Família, v. 12, n. 60, junho/julho de 2010, p. 107.

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, em Instituições de Direito Civil: Direito de Família, vol. 5, 22ª ed., rev. por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014, p. 61.

⁶² THOMÉ, Liane Maria Busnello, in Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Família, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

interpretação linguística do termo, leva a crer como a busca do indivíduo a seu lugar na sociedade.

Por outro lado, pode ser extraída a essência do Princípio da Dignidade da Pessoa, no âmbito do Direito de Família, através da obra de Rodrigo da Cunha Pereira, na qual o referido princípio seria a base para a possibilidade de criação das diversas entidades familiares, nas suas inúmeras diferenças, em que os seus integrantes encontram-se vinculados pelo afeto. Desta forma a Dignidade da Pessoa Humana resultaria na contemporânea ideia de autonomia individual e respeito à liberdade de escolha. Arremata de forma salutar, afirmando que “podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família”⁶³.

No seio da família pós-moderna devem prevalecer os laços que a une, ou seja, sentimentos como o afeto, comunhão, solidariedade, respeito mútuo, dentre tantos outros. Razão pela qual se faz evidente, e necessária, a incidência da Dignidade da Pessoa Humana no convívio familiar⁶⁴.

Destarte, insofismável o aspecto basilar deste princípio em relação ao Direito de Família. Pelo quanto exposto, a proteção à dignidade é resultado da evolução social e jurídica, na busca pela melhor tutela do direito individual no âmbito das entidades familiares.

Todavia, há de se ressaltar que, assim como em outros ramos do Direito, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem sido utilizado para qualquer tipo de pedido. Nesse sentido, destaca Rodrigo da Cunha Pereira em sua obra a necessidade de objetivar a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, para fundamentar tal assertiva, traz a análise de Antônio Junqueira Azevedo:

É preciso, pois, aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana. A pessoa é um bem e dignidade, seu valor. O direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do “bando dos quatro” – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público – preenchendo-os pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, surge agora, no

⁶³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, em *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 120-121.

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson, em *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*, 6ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2014, p. 37.

século XXI, problema idêntico com a expressão dignidade da pessoa humana⁶⁵.

Nesse sentido, se faz pertinente trazer as três máximas parciais da Teoria Geral dos Princípios, quais sejam a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme destacado no posfácio da obra de Robert Alexy⁶⁶.

Portanto, assim como deve ser aplicado ao caso concreto, os princípios devem ser valorados, contrapostos e analisados, sob o prisma da Teoria Geral dos Princípios. Em tempo, cabe ressaltar que não se busca uma aplicação desmedida do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no entanto, este, por razões lógicas, deve efetivamente ser dotado de ampla margem de abstração, cabendo ao estudioso do direito o esforço argumentativo e interpretativo para aplicação ao caso concreto.

Nesse sentido que deve ser aplicado ao Direito de Família, levando em consideração as características afetivas, normativas e principiológicas, que envolvem esse ramo do direito, assim como o seu objeto de estudo.

Resplandece nítida a importância dos sentimentos para o enquadramento como família, em especial para o afeto, pois, conforme dito, as entidades familiares na atualidade são caracterizadas pelo *affectio familiae*, sendo o vínculo sanguíneo apenas um modo de se originar uma família.

Restando forçoso concluir, que atribuir à dignidade status constitucional não só alterou fundamentalmente o conceito de família, mas, também, suas implicações práticas, fazendo com que o afeto, que era prescindível no âmbito familiar pré-Constituição Federal de 1988, eleva-se a cerne da constituição entidade familiar.

Conclui de forma simples e direta Maria Helena Diniz, afirmando que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana “constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227)”⁶⁷.

⁶⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha, em Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 122.

⁶⁶ ALEXY, Robert, em Teoria dos Direitos Fundamentais, traduzido por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Editora Malheiros, 2008, p. 588.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena, em Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família, vol. 5, 26ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 37.

3.2.2. Princípio da solidariedade

É cediço que a Dignidade da Pessoa Humana, no que tange ao Direito de Família, serve de substrato para reforçar o caráter afetivo deste ramo do direito, possuindo um caráter amplo, abarcando a família como um todo, a fim de assegurar o direito dos indivíduos independentemente do modo pelo qual escolheram originar a entidade familiar.

O Princípio da Solidariedade aprofunda esse entendimento, ao ponto de destacar a necessidade de satisfação dos interesses pessoais de cada indivíduo dentro da família.

Louvável, pois, a previsão da Lei Maior de 1988, ao trazer em seu próprio texto como objetivo fundamental do Estado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, vide art. 3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶⁸.

No convívio familiar, os integrantes devem ser solidários uns com os outros a fim de atingir o bem comum, qual seja a felicidade. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “a família existe em razão de seus componentes, e não em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescindível a pessoa humana. *É o que se convencionou chamar de família eudemonista, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros*”⁶⁹.

Clarividente a tendência do Direito de Família na modernidade, vez que visa assegurar o direito das famílias se autorregularem, desde que respeitando os ditames constitucionais e infraconstitucionais, em benefício dos interesses individuais.

Enfatizando, assim, a identidade das novas famílias, pautadas nas vontades individuais canalizadas para o desenvolvimento de toda entidade familiar,

⁶⁸ Constituição Federal de 1988 - Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson, em Curso de Direito Civil: Direito das Famílias, 6ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2014, p. 41.

respeitando as diferenças, reconhecendo a igualdade material dos seus componentes, unidos pelo laço afetivo ou biológico e anseios comuns.

Através de uma correlação entre a solidariedade no campo das obrigações e no âmbito familiar, ilustra Flávio Tartuce o ideal de alteridade no qual um indivíduo se sacrifica em prol do outro, enfatizando também a reciprocidade de sentimentos e cuidados⁷⁰.

Nesse conceito, se percebe o forte traço da reciprocidade nas relações familiares, no sentido de que o afeto não pode ser uma “via de mão única”, devendo haver o interesse das partes na comunhão de vontades.

Em semelhante linha de pensamento, aduz Liane Maria Busnello Thomé que “a solidariedade se concretiza quando cada membro da família se realiza observando e preservando os afetos, a cooperação o respeito, a assistência, o amparo, a ajuda e o cuidado para com todos os membros da família”. Asseverando ainda, que para além da cooperação emocional, também deve haver a cooperação financeira⁷¹.

Nota-se também nesse conceito cooperação das partes, reciprocidade no tratamento intersubjetivo dentro das famílias, pontuando, inclusive, o caráter patrimonial que a família possui.

Portanto, não há demasiada diferença do Princípio da Solidariedade em relação a tudo quanto exposto no que tange os demais princípios norteadores, ressaltando o elemento volitivo como cerne da família, a fim de se manter coesa em busca, primeiramente, da felicidade individual para então chegar ao interesse coletivo da entidade familiar.

3.2.3 Princípio da afetividade

Inequivocamente, o afeto tem ocupado, cada vez mais, espaço de destaque no Direito de Família, haja vista que o vínculo afetivo vem se tornando preponderante

⁷⁰ TARTUCE, Flávio, O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família, - Abandono Afetivo e Alimentos. Em NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). Direito & Justiça Social: Por uma Sociedade Justa, Livre e Solidária. Estudos em Homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 616-620.

⁷¹ THOMÉ, Liane Maria Busnello, *in* Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Família, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 59-60.

na formação de novas famílias, inclusive, sendo dado, em determinados casos, mais relevância às relações estabelecidas pelo afeto, suplantando as meramente sanguíneas.

Diante do elevado grau de importância que o afeto atingiu, há pensadores que defendem a existência do Princípio da Afetividade, se mostrando oportuno trazer os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, acerca do afeto para as relações familiares:

Pode-se destacar um anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem suas independências. Essa é a verdadeira diretriz prelecionada pelo princípio da afetividade.⁷²

Em sentido similar, pode ser citado Rolf Madaleno:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. (...) O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares (...)⁷³

Defende-se, portanto, o afeto como elemento cerne na construção de determinadas relações familiares, a ponto de serem constituídas famílias pautas exclusivamente no afeto, independentemente do vínculo sanguíneo.

Nas lições acima citadas – e demais mais autores que sustentam a existência do referido princípio – o afeto pode ser entendido nas *relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor*, decorrente da liberdade de cada indivíduo.

Lado outro, insta salientar que há resistência quanto à existência do Princípio da Afetividade, por conta do afeto ser sentimento e, como tal, não há como se impor ou sancionar a sua ausência, cujo nascimento se dá de forma espontânea, variando para cada indivíduo. Todavia, as discussões acerca da existência do referido princípio serão abordadas adiante, em tópico pertinente, quando da reflexão acerca da (im)possibilidade de indenização por abandono afetivo.

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva, *in* Instituições de Direito Civil: Direito de Família. Vol 5. 23ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015, p. 66.

⁷³ MADALENO, Rolf, *in* Curso de Direito de Família. 5ª Ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2013, p. 98-99.

De todo modo, cumpre repisar que o afeto é, sem dúvidas, elemento indispensável para a análise do direito de família, mormente em função da possibilidade de gerar núcleos familiares sem qualquer tipo de vínculo sanguíneo, repousando a discussão apenas do que diz respeito a possibilidade de controle estatal por meio do poder judiciário.

3.2.4 Princípio do melhor interesse da criança

Com relação ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, a análise à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente é de extrema importância, frisando a interdisciplinaridade do princípio.

O Código Civil de 2002, que dispõe atualmente sobre a família, foi promulgado após o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90. Então, este quando do início de sua vigência, possuía como parâmetro a recente Constituição Federal de 1988, a qual dispunha sobre os direitos das crianças e dos adolescentes no art. 227⁷⁴.

Nesse sentido, pode ser destacado que a Lei 8.069/90 e a Lei Maior de 1988 possuem similitudes no que tange ao contexto e inspiração para a elaboração.

O preceito trazido pela *Lex Legum* de 1988 possui aspectos gerais sobre a defesa dos interesses da criança e do adolescente, ao passo que a Lei 8.069/90 consegue especificar ainda mais como deve ser o tratamento com relação aos menores de idade. Por conseguinte, faz-se pertinente um estudo desse princípio tomando como base uma análise sistemática do ordenamento jurídico pátrio, integrando o Estatuto da Criança e do Adolescente à Carta Magna de 1988.

O Estatuto da Criança e do Adolescente teve como principal referência a Convenção Internacional dos Direitos da Criança em 1989. Sendo esta o principal marco internacional do tratamento do ideal de proteção para a criança, uma vez que ao lado da noção de proteção, introduz o ideal de garantia.

⁷⁴ Constituição Federal de 1988 - Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 nasce a partir de uma observação internacional de um problema prático. Sempre que se pensava em proteger as crianças, as medidas de proteção eram associadas a uma série de injustiças, garantias processuais eram desrespeitadas em nome da suposta proteção, uma vez que não havia regulamentação quanto ao tratamento a ser dado para estes indivíduos ainda em formação. Com efeito, se formava uma ideia dúplice de proteção: proteção dos jovens e ao mesmo tempo a proteção processual.

A referida Convenção de 1989 tem como principal finalidade salvaguardar os direitos da criança e do adolescente, principalmente no íntimo da entidade familiar, em virtude destes serem indivíduos ainda em formação e que não possuem autonomia⁷⁵.

Após um ano da Convenção Internacional da ONU o Brasil promulga a Lei 8.069/90, através da qual são desenvolvidos os princípios da proteção integral e do melhor interesse.

Falar em melhor interesse da criança quer dizer que todas as consequências jurídicas aplicadas aos jovens, deverão ter por fundamento o resultado mais benéfico ao jovem, utilizando-se de uma relação custo-benefício.

Não confundir o interesse com vontade, esta evidentemente decorre da ação volitiva do indivíduo, ao passo que aquela visa proteger o melhor para o jovem, podendo ou não coincidir com a sua vontade.

Os artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁶ preveem as diretrizes a serem adotadas em relação às crianças e adolescentes, nesse sentido, frise-se que a família é citada logo no começo do artigo 4º do referido Estatuto, ressaltando a sua importância no amadurecimento dos indivíduos.

Neste íterim, discorrem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

⁷⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha, em *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 150-153.

⁷⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 - Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

Educação, saúde, lazer, alimentação, vestuário, enfim, todas as diretrizes constantes na Política Nacional da Infância e Juventude devem ser observadas rigorosamente.

A inobservância de tais mandamentos, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal e civil, pode, inclusive, resultar, no caso dos pais, na *destituição do poder familiar*⁷⁷.

Isso posto, examinando sistematicamente com o demais princípios expostos, cristalina é a necessidade de proteger os indivíduos mais vulneráveis no âmbito familiar. Destarte, louvável o avanço trazido pela Lei 8.069/90, uma vez que potencializou os ditames constitucionais no tratamento dos membros familiares ainda em formação.

3.3. DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

Até o presente momento vislumbrou-se a convivência harmoniosa entre a família e a regulamentação do Estado, por meio da Constituição e normas infraconstitucionais. No entanto, se faz imprescindível o estudo fora do mundo ideal, permeando as dificuldades do dia-a-dia.

Apesar de todo regramento constitucional dado à família, não se pode olvidar que esta deve ser entendida como a mais privada das entidades, visto que o que acontece no interior, via de regra, está ligado à intimidade dos indivíduos a ela pertencentes.

O próprio digesto civilista de 2002 prevê no art. 1.513, a impossibilidade de interferência no âmbito familiar, seja por parte de pessoa de direito público ou privado⁷⁸.

Nesse diapasão, deve ser feita uma análise do Direito de Família e, conseqüentemente, da entidade familiar, à luz da autonomia privada.

Necessário diferenciar autonomia de independência. Esta presume o desligamento, ausência de vínculos, ou seja, extinguem-se eventuais relações de subordinação ou hierarquia e os elementos passam a ser conviver separadamente. Ao passo que a

⁷⁷GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, em Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. 3, 11ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 98-99.

⁷⁸ Código Civil Brasileiro de 2002 - Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

autonomia pressupõe vínculo, no qual se é dotado de certa liberdade, contudo, mantendo-se o laço de dependência.

Portanto, assim pode ser entendida a autonomia privada. Não há um desligamento do restante do ordenamento jurídico, todavia, os membros das entidades familiares se veem livres para celebrar acordos de vontades entre si que farão leis entre as partes.

Em igual sentido, Leonardo Barreto Moreira Alves afirma que “deve-se considerar a autonomia privada como um verdadeiro *poder de disposição* ou *poder normativo*, no sentido de que o indivíduo, ao exercê-la, estará ditando as normas jurídicas que serão aplicadas às suas atividades de cunho privado”⁷⁹.

Nesse particular, Maria Berenice Dias pontua que a natureza das relações familiares, volta e meia, volta à tona. Ponderando se as famílias pertenceriam ao âmbito do direito público ou privado.

Concluindo que apesar de diversas normas irradiadas pelo poder público incidirem no âmbito familiar de forma cogente, deve prevalecer a autonomia privada, uma vez que “a esfera privada das relações conjugais inclina-se cada vez mais a repudiar a interferência do público”⁸⁰.

Em convergência com o quanto exposto, Gustavo Tepedino expõe que mesmo havendo a interferência dos princípios constitucionais no Direito de Família, este não passou a integrar o âmbito do Direito Público, ao revés, deve ser efetivada uma “proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade de seus integrantes, como que o texto constitucional”⁸¹.

Soma-se a tudo quanto exposto a aplicação dos princípios previstos pela própria Carta Magna de 1988, haja vista que prevê a Dignidade da Pessoa Humana, Liberdade, Solidariedade, Igualdade, dentre tantos outros princípios constitucionais.

Logo, retirar do âmbito familiar a autonomia privada, feriria o próprio texto constitucional, assim como impossibilitaria o exercício dos princípios previstos.

⁷⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira, *Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 6.

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice, in *Manual de Direito das Famílias*, 8ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 34-35.

⁸¹ TEPEDINO, Gustavo, em *Temas de Direito Civil*, 4ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, Editora Renovar, p. 21.

Portanto o ordenamento confere aos particulares o poder de autorregulamentação das atividades da vida no âmbito particular.

Assim, à autonomia privada no âmbito familiar atribuiu-se a alcunha de Direito de Família Mínimo, nesse sentido:

A aplicabilidade do princípio da mínima intervenção estatal vincula-se à questão da autonomia privada, que vai muito além do direito patrimonial, e tornou-se, na contemporaneidade, uma das questões mais relevantes. Ela nos traz de volta, como se disse, a séria discussão dos limites entre o público e o privado. [...]

No seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita interna exsurtem disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente⁸².

Em tempo, insta destacar que não se busca uma total ausência de intervenção estatal no âmbito privado, *in casu*, no Direito de Família. Haja vista que os princípios consagrados pela *Lex Legum* de 1988 são imprescindíveis para a noção contemporânea deste ramo do Direito. Assim, o que se pretende frisar é o caráter excepcional da intervenção estatal no seio familiar, principalmente pelo fato de que neste se desenvolvem as atividades mais íntimas dos particulares.

Pelo exposto, a autonomia privada não é a prevalência do interesse individual sobre o público, mas o direito que os particulares têm de acordar entre si, utilizando-se da autorregulamentação, bem como exercendo no caso concreto os princípios inerentes ao Direito, notadamente no que toca ao Direito de Família.

3.4. DIREITO DE FAMÍLIA X RESPONSABILIDADE CIVIL

O Direito de Família mesmo sendo um ramo do direito privado possui inúmeras especificidades. Em razão disso, questiona-se a aplicação ou não da reparação civil no âmbito das entidades familiares.

Ao analisar o tema, Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca que de um lado a responsabilidade civil vem expandido território, abarcando cada vez mais fatos do cotidiano. Por outro lado, o Direito de Família retirou a ideia de culpa para a

⁸² PEREIRA, Rodrigo da Cunha, em *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 178-179.

dissolução do casamento, o que afastou a possibilidade de indenização por eventuais danos na constância do matrimônio, na dissolução ou após esta⁸³.

O citado Autor peca, *data venia*, no fato de focar, durante sua obra e no trecho supratranscrito, demasiadamente no casamento. Mesmo em algumas passagens não fazendo menção expressa a esta forma de entidade familiar, há um predomínio em voltar a análise ao casamento. Nota-se que não há uma explanação voltada às demais entidades familiares, o que se configura deveras insuficiente para a atual compreensão da problemática sob comento.

Então, resta patente a necessidade entender a incidência da responsabilidade civil no Direito de Família através de uma abordagem mais contemporânea, sendo imprescindível um estudo concatenado de tudo quanto exposto até o momento.

O primeiro ponto para aplicação da responsabilidade civil reside no preenchimento dos seus pressupostos. Tendo em vista que a relação familiar, via de regra, não possui as características para flexibilizar o nexos de causalidade ou a culpa, a reparação civil somente se dará caso presentes os pressupostos da mesma, quais sejam a conduta do agente, o dano, a culpa *lato sensu* e o nexos de causalidade. Sem estes, não se pode sequer imaginar o dever de indenizar.

Pois bem, ultrapassado esse primeiro momento, devem ser lembrados os princípios aplicáveis ao direito em geral e, especialmente, ao Direito de Família.

Assim, a atual conjuntura busca salvaguardar a Dignidade da Pessoa Humana, conferindo à família a possibilidade de se estabelecer no âmbito social de forma livre. No íntimo das famílias, aplica-se o Princípio da Solidariedade, para que o membro da entidade familiar busque a sua satisfação individual, respeitando o coletivo, a fim de, enfim, chegar ao bem comum.

Nesse sentido, repise-se, que a reparação civil também possui status constitucional, prevista na Lei Maior no art. 5º, incisos V e X⁸⁴. Outrossim, encontra-se prevista no digesto civilista no art. 186 c/c 927⁸⁵.

⁸³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado, Responsabilidade no Direito de Família. Em: MADALENO, Rolf Hanssen; e WALTER, Belmiro Pedro (Coord.). Direitos Fundamentais do Direito de Família, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2004, p. 359-360.

⁸⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(omissis)

Conseqüentemente, sofrer constrangimentos em interesses juridicamente tutelados, havendo o preenchimento dos requisitos expostos, inexistente razão pela qual não se possa pleitear em juízo indenização por eventos danosos ocorridos no âmbito familiar.

Filiando-se à aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família, Vilma Maria Inocência Carli aduz que “impõe-se a incidência da responsabilidade civil no Direito de Família, como o dever de reparar o dano e também a disponibilidade de adoção de medidas urgentes para eliminação do fato danoso mediante tutelas específicas”⁸⁶.

Todavia, o elemento cerne da questão é mais profundo e não se limita apenas a reconhecer a incidência da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, pois salta aos olhos a possibilidade de aplicação daquela neste. O verdadeiro imbróglio reside na maneira pela qual a responsabilidade deva incidir.

O que faz estremecer os alguns estudiosos do Direito de Família, é a aplicação da responsabilidade civil em sua plenitude no âmbito familiar, pois, como bem pontua Roberto Paulino de Albuquerque Júnior “é extremamente natural e salutar que o movimento de reconhecimento da responsabilidade do dano familiar chame a atenção da doutrina e desperte preocupação quanto à possibilidade de um retrocesso na hierarquia dos valores tutelados no direito civil”⁸⁷.

O supracitado Autor também pondera os valores em discussão. No âmbito das obrigações ou direitos reais, deve ser utilizado o Princípio da Razoabilidade e o da Proporcionalidade, a fim de se chegar a um veredicto. Quando a ponderação

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(omissis)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

⁸⁵Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

⁸⁶CARLI, Vilma Maria Inocência. Paradigmas Contemporâneos da Responsabilidade Civil no Direito de Família. Revista Prática Jurídica. Rio de Janeiro, Editora Consulex, ano VIII, nº 90, 30 de setembro de 2009, p. 17.

⁸⁷ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de, Ensaio Introdutório Sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar. Em ALBUQUERQUE, Fabíola Santos (Coord.); EHRHARDT JR., Marcos (Coord.); e OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem A Paulo Luiz Netto Lôbo, Salvador, JusPodivm, p. 400.

envolve interesse patrimonial *versus* interesse existencial, a tendência natural é que este prevaleça sobre aquele.

O mesmo ocorre no âmbito familiar, haja vista que o caráter patrimonial do Direito de Família foi superado, sendo renegado para o segundo plano. Assim sendo, destaca muito bem que “no direito de família, o desafio é evitar que o interesse econômico se infiltre em situações existenciais, como outrora”⁸⁸.

Em que pese o contemporâneo entendimento de supremacia do afeto nas relações familiares em detrimento do caráter econômico, Marcos Ehrhardt Jr. aponta uma confusão comumente encontrada no meio jurídico. Em razão de danos a honra, imagem, dentre outros direitos da personalidade, não raro há ausência de reparação civil sob a alegação de que são bens não passíveis de aferição. Cristalino o equívoco nestes casos, posto que não se pode confundir “a *violação* do direito – fundamento do dever de indenizar – com suas *consequências*, como, por exemplo, dor, constrangimento, vexame, angústia”⁸⁹.

Nesse ínterim, refaz-se o que questionamento, como deve ser operada a responsabilidade civil no âmbito familiar?

Existe o pensamento fundado na bipartição, igualmente como ocorre nas relações obrigacionais e de responsabilidade civil em geral, ou seja, pautada na responsabilidade contratual ou extracontratual.

Noutro giro, vozes em desacordo com a aplicação da bipartição, sustentam que se seguir a linha de que a responsabilidade aplicável ao Direito de Família é resultado extracontratual, estaria se excluindo o casamento, visto que este atualmente é entendido como um contrato.

Por outro lado, se defender a tese de que o dever de indenizar é pautado na responsabilidade contratual, a fim de abarcar o casamento, estaria afastando do âmbito de reparação a união estável, vez que esta decorre de lei.

⁸⁸ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de, Ensaio Introdutório Sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar. Em ALBUQUERQUE, Fabíola Santos (Coord.); EHRHARDT JR., Marcos (Coord.); e OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem A Paulo Luiz Netto Lôbo, Salvador, JusPodivm, p. 399.

⁸⁹ EHRHARDT JR., Marcos, Responsabilidade Civil no Direito das Famílias: Vicissitudes do Direito Contemporâneo e o Paradoxo Entre o Dinheiro e o Afeto. Em ALBUQUERQUE, Fabíola Santos (Coord.); EHRHARDT JR., Marcos (Coord.); e OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem A Paulo Luiz Netto Lôbo, Salvador, JusPodivm, p. 353-354.

Nesse sentido, há quem defenda a criação de uma terceira corrente especialmente para o Direito de Família, a chamada Responsabilidade Civil Familiar. Esta consistindo em um “terceiro gênero de responsabilidade, uma vez que existem deveres pré-existentes entre as partes que são violadas pelo fato danoso, mas estes deveres não têm origem negocial”, assim defende Roberto Paulino de Albuquerque Júnior⁹⁰.

Apesar das afirmações de que o Direito de Família não pode sofrer a incidência direta da responsabilidade civil, ainda assim não há necessidade de criação de uma nova teoria da responsabilidade para aplicar esta às entidades familiares.

Com efeito, inexistente relevância prática para a criação de uma nova responsabilidade, haja vista que esta incide no direito de família, sendo necessário, tão somente, precisar qual o grau de incidência, conforme lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

Sintetizando a polêmica, é possível afirmar que dúvida não há quanto à incidência das regras da responsabilidade civil nas relações familiares. A discussão, na verdade, cinge-se em saber a violação de algum dever específico de Direito de Famílias, por si só, seria suficiente para ensejar o dever de indenizar que caracteriza a responsabilidade civil⁹¹.

A manifestação dos Tribunais pátrios tem sido no sentido de entender pela excepcionalidade de indenizações no âmbito do Direito de Família, seguem trechos de algumas decisões:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. OFENSAS DE EX-MARIDO. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCONFIANÇA DE INFIDELIDADE. RESTRIÇÃO AO ÂMBITO FAMILIAR. AUSÊNCIA DE DANO INDENIZÁVEL. I - Ao dever de reparar impõe-se configuração de ato ilícito, nexos causal e dano, nos termos dos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, de modo que ausente demonstração de um destes requisitos não há que se falar em condenação, ressalvada a hipótese de responsabilidade objetiva, na qual prescindível a demonstração da culpa. II - Para a configuração do dano moral, há de existir uma consequência mais grave em virtude do ato que, em tese, tenha violado o direito da personalidade, provocando dor, sofrimento, abalo psicológico ou humilhação consideráveis à pessoa, e não dissabores da vida. III - A desconfiança do ex-marido em relação à infidelidade da ex-mulher, não gera, por si só, obrigação de indenizar, não tendo sido demonstrado, no caso, nenhum dano moral efetivo, não cabendo

⁹⁰ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de, Ensaio Introdutório Sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar. Em ALBUQUERQUE, Fabíola Santos (Coord.); EHRHARDT JR., Marcos (Coord.); e OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem A Paulo Luiz Netto Lôbo, Salvador, JusPodivm, p. 403.

⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson, em Curso de Direito Civil: Direito das Famílias, 5ª Ed, Salvador, Editora JusPodivm, 2013, p. 155.

ao Estado, por outro lado, através do Poder Judiciário, transformar em pecúnia sentimentos inerentes à relação conjugal. [...] ⁹²

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS. INDENIZAÇÃO A DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE ADULTÉRIO. INDEFERIMENTO MANTIDO.

1. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. No âmbito do Direito de Família apenas diante situações extremas, de efetiva e indubitosa lesão a bem da personalidade ou de concreta agressão moral, é que se cogita de acolher pretensões indenizatórias, uma vez que sempre que houver a ruptura de um relacionamento afetivo, seja ele um casamento ou uma união estável haverá tristeza, mágoa, desencanto. Os sentimentos que afloram nesses momentos serão intensos e, certamente, agravados quando há adultério. Mas, lamentavelmente, fatos da vida e não há reparação possível, de ordem econômica, para curar essas dores. [...] ⁹³

Com base no quanto exposto, chega-se ao entendimento de que a responsabilidade civil incide, sim, no Direito de Família. No entanto, seguindo o entendimento até aqui defendido, o Estado-Juiz deve evitar interferir em demasia na entidade familiar.

Com base na concepção atual, a família é pautada na busca pela felicidade e nos vínculos de afeto, exigindo uma intervenção mínima do Estado. A entidade familiar deve ser entendida como um dos mais privados núcleos do direito, pois a maioria das decisões tomadas no seio desta são de foro íntimo, devendo ser respeitada a autonomia privada. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

As questões de foro íntimo e privado não podem ter a interferência do Estado. À medida que o Estado se afasta destas questões e deixa de tutelar ou interferir na intimidade das pessoas, conseqüentemente, passa a atribuir mais responsabilidade aos sujeitos. E assim, o jogo da vitimização e a infantil atribuição da culpa ao outro pode deixar de existir, possibilitando a diluição dos eternos degradantes processos judiciais. É que a tendência natural do ser humano é sempre atribuir ao outro a culpa pelos seus fracassos. É mais fácil pensar assim, desta forma desrespeitabiliza-se pelo fracasso amoroso ⁹⁴.

Nesse sentido, para além da responsabilidade do término de uma relação, mas mantendo a ideia da permanente atribuição de responsabilidade ao outro, o trecho de um discurso do filósofo búlgaro Tzevetan Todorov, trazido na obra Maria Celina

⁹² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 10024101749125001 – MG – n° 1749125-18.2010.8.13.0024. Apelante: Cledes Leite Do Rialto. Apelada: Neusa Maria Dos Santos. Relator: DES. João Cancio. Belo Horizonte, DJ 07fev. 2014. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10024101749125001&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&comrCodigo=0024&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10024101749125001&select=2>. Acesso em: 29mai. 2014.

⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70042330472 – RS – n° 0165841-57.2011.8.21.7000. Apelante: J.O.G.. Apelada: A.V.R. Relator: DES. Luiz Felipe Brasil Santos. Belo Horizonte, DJ 08set. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 29 mai. 2014.

⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, em Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 243.

Bodin Moraes, no qual destaca fortes traços da responsabilidade para a contemporaneidade:

[...] Todos os visitantes europeus são atingidos por esta característica americana: aqui, podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por aquilo que não vai bem na vida. Se meu filho cai na rua, a culpa é da cidade, que não fez as calçadas planas o suficiente; se corto o dedo cortando a grama, a culpa é do fabricante de cortadores de grama. [...] Se não sou feliz hoje, a culpa é dos meus pais no passado, de minha sociedade no presente: eles não fizeram o necessário para o desenvolvimento de minha personalidade. A única hesitação que posso ter é saber se, para a obtenção da reparação, me volto para um advogado ou para um psicoterapeuta; mas, nos dois casos, sou uma pura vítima e minha responsabilidade não é levada em conta. Ninguém quer ser vítima, isso não é nada agradável; em contrapartida, todos querem ter sido; aspiram ao status de vítima [...].⁹⁵

Nesse sentido, também destacou Desembargador Relator Alzir Felipe Schmitz ponderando que:

[...] os prejuízos materiais, os dissabores, as mazelas, as dores da alma constroem a história pessoal de cada indivíduo. Sem dúvida, muitas são as histórias tristes. Mas a vida real é assim, sem maniqueísmos, é simplesmente a vida como ela é. Inegável que o ser humano necessita eleger culpados pelas chagas da sobrevivência. Terceirizar a responsabilidade da vida é uma das formas de sobrevivência. Sartre já dizia que “o inferno são os outros”. [...].⁹⁶

Assim, valendo-se também de suas máximas de experiência, o Desembargador Relator, destacou um reflexo da atualidade, a sociedade imersa na “terceirização da responsabilidade”, como destacou.

No entanto, no que toca a responsabilidade dos pais pelo desenvolvimento da personalidade, este merece uma análise com mais apuração.

4. POLÊMICA SOBRE A INDENIZABILIDADE POR ABANDONO AFETIVO

⁹⁵TODOROV, Tzevetan *apud* MORAES, Maria Celina Bodin, Danos Morais e Relação de Família. Em PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2004, p. 401.

⁹⁶ RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70054827019, Oitava Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

4.1. A (IN)EXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Visto que o afeto, ou afetividade, tem sido interpretado de forma equivocada, pertinente, pois, estudar o que pode ser entendido por “Princípio”, a fim de verificar qual a efetiva natureza da afetividade.

Pois bem, assim como diversos institutos do Direito, o vocábulo “Princípio” é plurívoco, comportando diversos significados a depender do contexto em que é utilizado. Diferente não é o entendimento exposto por Miguel Reale, ao afirmar que:

[...] toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de *princípios*, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.

Segue afirmando:

É claro que estamos cuidando da palavra “princípio” apenas em seu significado *lógico*, sem nos referirmos à acepção ética desse termo, tal como se dá quando demonstramos respeito pelos “homens de princípios”, fiéis, na vida prática, às suas convicções de ordem moral⁹⁷.

De pronto, já se faz possível chegar a algumas conclusões preliminares. Veja-se que não se pode confundir princípios do cotidiano, que exorbitam a esfera jurídica, com os Princípios da sistemática jurídica, vez que estes são dotados de normatização, como bem destaca Eros Roberto Grau:

Os princípios de direito que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios *deste* ordenamento jurídico, *deste* direito. Os princípios em estado de latência existem sob cada ordenamento – isto é, sob cada *direito posto* – repousam no *direito posto* que a ele corresponda. Neste *direito posto* os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem⁹⁸.

Nesse sentido, cumpre fazer uma digressão até a iniciação ao estudo do Direito, a fim de destacar a diferença entre as normas jurídicas e as normas sociais.

Estas são pautadas em condutas éticas, que podem ser seguidas ou não por cada indivíduo. O descumprimento de uma norma ética não tem o condão de gerar uma sanção estatal.

⁹⁷ REALE, Miguel, em Lições Preliminares de Direito, 27ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 303.

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto, in Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, 4ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2006, p. 47.

Noutro giro, as normas jurídicas possuem duas características que as destacam das demais. Primeiramente, possuem a exigibilidade mediante coação em caso de descumprimento.

Ademais, as normas jurídicas também se distinguem das demais por conta do conteúdo, vez que a norma jurídica tem como fundamento a busca, em *ultima ratio*, da justiça, justificada nas célebres expressões *neminem laedere* e *suum cuique tribuere*⁹⁹.

Pode-se inferir, portanto, que os princípios emergem do ordenamento jurídico, possuindo o caráter normativo, característica essa que torna o princípio exigível coercitivamente, não sendo simplesmente construídos ao talante dos estudiosos do direito.

No que tange ao afeto, elemento de incontestável importância para o Direito de Família, conforme repetido e demonstrado à exaustão, é encontrado no dicionário como “s.m. 1. Afeição por alguém; inclinação, simpatia, amizade, amor [...] 2. Objeto de afeição [...] 3. *Psicol.* O elemento básico da afetividade (2). 4. *Psic.* Estado emocional ligado à realização de uma pulsão (2) que, reprimida, transforma-se em angústia ou leva à manifestação neurótica.” Ou “*Adj.* 1. Afeiçãoado, dedicado. 2. Partidário, sectário”.¹⁰⁰

Basta apenas uma análise perfunctória do significado do vocábulo para notar o seu caráter subjetivo. O afeto é um sentimento, importantíssimo, diga-se de passagem, uma vez que elemento fundante de diversas entidades familiares, todavia, não pode ser imputada exigibilidade jurídica.

Nesse ínterim, insta salientar que diversos pensadores reservam espaço em suas respectivas obras para o Princípio da Afetividade. Neste grupo estão inseridos pensadores de inegável estima, como, a título de exemplo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁰¹, Maria Berenice Dias¹⁰², Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰³.

⁹⁹ MONTORO, André Franco, em *Introdução à Ciência do Direito*, 26ª ed., rev. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 360-362.

¹⁰⁰ FERREIRA, A. B. H., *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 3ª ed., Curitiba, Editora Positivo, 2004, p. 61.

¹⁰¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, em *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, vol. 3, 11ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 87.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice, in *Manual de Direito das Famílias*, 8ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

Data máxima venia, se revela completamente equivocado atribuir ao afeto o caráter principiológico, uma vez que entendido como tal, estaria dotado de exigibilidade no meio jurídico, e o Estado-Juiz não pode, nem deve, se prestar a impor coercitivamente um sentimento.

Imperioso destacar que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*”, ao passo que a norma pode ser conceituada de diversas formas, dependendo do “objeto e método da disciplina [...] Dessa forma, a fundamentação daquilo que se sustenta variará conforme se entenda norma como o ‘sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta’ ou uma ‘expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada’, como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, tem como conseqüência uma reação social, como uma expressão com uma forma determinada ou uma regra social”¹⁰⁴.

Portanto, surge o seguinte questionamento: existe o Princípio da Afetividade?

Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade tenta distinguir Afeto de Princípio da Afetividade da seguinte forma:

O princípio da afetividade, embora relacionado a valores, com vieses psicológico e filosóficos, como dito alhures, não se restringe apenas a uma destas perspectivas. Afeto e a afetividade, embora dividam a mesma origem, não se confundem: a afetividade é a dinâmica das relações afetivas, é a constante transição dos sentimentos humanos entre os mundos interno e externo; afeto é sentimento¹⁰⁵.

Embora todo o esforço argumentativo empregado para retirar da afetividade, ou Princípio da Afetividade, o seu significado afetivo, não parece devidamente alicerçado. O conceito construído simplesmente atribuiu ao afeto o caráter dinâmico e recebeu a intitulação de princípio, pois, conforme consta no próprio conceito, continua sendo baseado em “sentimentos humanos”.

¹⁰³PEREIRA, Rodrigo da Cunha, em *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 210.

¹⁰⁴ALEXY, Robert, em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, traduzido por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Editora Malheiros, 2008, p. 52.

¹⁰⁵ ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de, *Aplicabilidade do Princípio da Afetividade às Relações Paterno-Filiais: a Difícil Escolha Entre os Laços de Sangue e o Afeto Sem Vínculos*. Em ALBUQUERQUE, Fabíola Santos (Coord.); EHRHARDT JR., Marcos (Coord.); e OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). *Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem A Paulo Luiz Netto Lôbo*, Salvador, JusPodivm, p. 73.

Ademais, a Autora citada traz à baila para justificar a aplicação concreta do Princípio da Afetividade alguns julgados: HC 32756/DF¹⁰⁶; e HC 43604/DF¹⁰⁷.

¹⁰⁶ HABEAS CORPUS. EXPULSÃO. FILHO NASCIDO E REGISTRADO APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI Nº 6.815/80, ART. 75, § 1º. DEPENDÊNCIA SÓCIO-AFETIVA. FATOR IMPEDITIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEDER PROGRESSÃO DE REGIME.

1. A Constituição de 1988, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República. 2. Deveras, entrevendo a importância dos laços sócio-afetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea. 3. Sob esse enfoque, inegável que a família hoje está assentada na paternidade sócio-afetiva por isso que, absolutamente indiferente para a manutenção do filho junto ao pai alienígena, a eventual dependência econômica; posto se sobrepor a dependência moral-afetiva. 4. Sob esse ângulo, escorrido o entendimento desta Corte de que: "A vedação a que se expulse estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho." (HC 22446/RJ, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 31.03.2003). 5. Essa deve ser a leitura principiológica da úmula n.º 01 do E. STF e da Lei n.º 6.815/80, exurgente em ambiente ideologicamente diverso daquele que norteou a Carta Magna de 1988. 6. Deveras, na ponderação dos interesses em tensão, há sempre de prevalecer a hodierna doutrina do *bestinterestofthechild*. 7. A pretensão relativa à progressão do regime escapa à competência *ratione materiae* desta Seção. 8. Ordem parcialmente concedida para os fins de impedir a expulsão do estrangeiro. Agravo Regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder parcialmente a ordem, tão-somente, para arrear a expulsão do paciente do país, julgando prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Eliana Calmon e Francisco Falcão.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS n. 32756 / DF– Proc. 2003/0235649-9. Impetrante: Jin Shilin. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DJ 22 mai. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1458943&num_registro=200302356499&data=20060522&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29mai. 2014.

¹⁰⁷HABEAS CORPUS . EXPULSÃO. FILHO NASCIDO E REGISTRADO APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI Nº 6.815/80, ART. 75, § 1º. DEPENDÊNCIA SÓCIO-AFETIVA. FATOR IMPEDITIVO.

1. O ordenamento constitucional, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República. 2. Deveras, entrevendo a importância dos laços sócio-afetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea. 3. Destarte, inegável que a família hoje está assentada na paternidade sócio-afetiva por isso que, absolutamente indiferente para a manutenção do filho junto ao pai alienígena, a eventual dependência econômica; posto se sobrepor a dependência moral-afetiva. 4. Deveras, é assente na Corte que: "A vedação a que se expulse estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho." (HC 22446/RJ, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 31.03.2003). 5. Nesse sentido, a leitura principiológica da Súmula n.º 01 do E. STF e da Lei n.º 6.815/80, exurgente em ambiente ideologicamente diverso daquele que norteou a Carta Magna de 1988. 6. Deveras, a Corte, a partir do HC 38.946/DF, julgado em 11.05.2005, publicado em 27.06.2005, exteriorizou: "Quando do julgamento do HC nº 31449/DF, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, inaugurou uma interpretação mais ampliada ao tema em face da legislação superveniente (Constituição Federal e ECA), concluindo pela proibição do afastamento de estrangeiro, não apenas quanto à questão de ordem material e econômica, mas sobretudo ante a prevalência do interesse da criança em dispor da assistência afetiva e moral, assim dispondo: "A norma transcrita foi introduzida pela Lei 6.964, de 09/12/81 e deve ser interpretada em consonância com a legislação superveniente, especialmente com a CF/88, a Lei 8.069 (ECA), de 13.07.90, bem como, as convenções

No entanto, em ambos os julgados, se percebe que, em verdade, a *ratio decidendi* se encontra no melhor interesse da criança, não havendo qualquer menção, seja expressa ou implícita, ao conjecturado Princípio da Afetividade.

Outro ponto que merece ser rechaçado quanto ao Princípio da Afetividade, encontra-se no fato da Autora ter somente dado enfoque à criança. Nesse ínterim, cumpre questionar: quando o indivíduo atinge a maioridade o Princípio da Afetividade se torna inaplicável?

Na sistemática jurídica pátria pós-Carta Magna de 1988, o afeto é elemento cerne das famílias, não fazendo distinções para faixa etária, sendo os membros da família vinculados uns aos outros por este sentimento, sem ressalva quanto a idade.

Então, se for partir do pressuposto da existência do Princípio da Afetividade por conta de uma previsão constitucional, não haveria motivo para dar enfoque somente à criança, frisando que, conforme exposto alhures, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê inúmeras garantias aos indivíduos ainda em formação, potencializando os Direitos Fundamentais no âmbito da relação com os jovens. Nesse contexto está inserido o melhor interesse da criança, que, repise-se,

internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. A partir dessas inovações legislativas, a infância e a juventude passaram a contar com proteção integral, que as insere como prioridade absoluta, garantindo, entre outros, o direito à identidade, à convivência familiar e comunitária, à assistência pelos pais". Ainda que existência de filho brasileiro havido posteriormente ao ato delituoso e ao decreto expulsório, como no caso em exame, em face da nova interpretação mais avançada acerca do tema, importa em reconhecer a preservação da tutela do interesse da criança, tudo em consonância com o que dispõe o ECA e a Constituição Federal. Restringir-se à limitação temporal do § 1º do art. 75 do Estatuto do Estrangeiro é fazer tabula rasa do ordenamento jurídico vigente em que se pauta pela preservação do interesse não apenas econômico, mas, sobretudo, afetivo da criança." 7. Outrossim, na ponderação dos interesses em tensão, há sempre de prevalecer a hodierna doutrina do Best interest of the child. 8. In casu, há provas nos autos de que o impetrante é pai de filha brasileira, fruto de união estável com mulher de mesma nacionalidade, por isso que o imputado já cumpriu a pena imposta pelo delito motivador do pleito de expulsão. 9. Ordem concedida para determinar a extinção do processo de expulsão, bem como para determinar a imediata soltura do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus para determinar a extinção do processo de expulsão e a imediata soltura do paciente, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro Relator.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS n. 43.604 / DF – Proc. 2005/0067757-4. Impetrante: Mohamad Soubhi Smaili. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DJ 29 ago. 2005. Disponível

em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200500677574>. Acesso em: 29 mai. 2014.

independe da vontade da criança, devendo ser tomada a decisão observando a opção que trará os maiores benefícios a ela.

De forma igualmente equivocada, com a devida vênia, Maria Berenice Dias defende que o “primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado”. Segue aduzindo que “mesmo que a Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional”¹⁰⁸.

A Constituição Cidadã de 1988 possui inúmeras disposições programáticas, ou seja, visa abarcar o máximo de possibilidades na busca de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁰⁹. Inegável, repise-se, a importância do afeto, no entanto, ainda que visto de forma implícita, este serviria apenas como uma diretriz a ser seguida para atingir a finalidade almejada pela Lei Maior.

Cumprido citar Rodrigo da Cunha Pereira, tendo em vista que é um dos pensadores que também reserva espaço para o Princípio da Afetividade. Defende em sua obra que a imprescindibilidade do afeto para a configuração da família, assim o papel de alto relevo do mesmo no contexto jurídico pátrio, conferiram a afetividade o status de Princípio¹¹⁰.

A fim de fazer um contraponto, o supracitado Autor afirma em sua obra que “a distinção entre ética e moral é um princípio não do Direito de Família, mas para o Direito de Família”¹¹¹. Far-se-á uma adaptação para destacar que o afeto é um princípio para o Direito de Família, mas não um Princípio do Direito de Família. Insofismável a necessidade de entender que incluir o afeto como elemento do Direito, tornaria possível exigí-lo judicialmente, o que, por razões óbvias, seria impossível.

Noutro turno, se faz oportuno trazer as exposições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald no sentido de que “não se imagine, porém, que o afeto seja

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice, *in* Manual de Direito das Famílias, 8ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

¹⁰⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.

¹¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *in* Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 212-213.

¹¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *in* Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 110.

exigível juridicamente, uma vez que o seu caráter espontâneo impedirá qualquer provocação judicial para impor a alguém dedicar afeto (amor) a outra pessoa”¹¹².

O que se vive hodiernamente é um furor em estabelecer princípios para todo e qualquer fato jurídico.

Desde a promulgação da *Lex Legum* de 1988, oportunidade em que as normas jurídicas de sentido aberto ganharam grande proporção no Direito Brasileiro, se criou uma necessidade exacerbada de buscar um princípio para cada peculiaridade do direito.

Com efeito, em demasiados casos, já existem Princípios aplicáveis, todavia, não se sabe por que, cria-se um Princípio ainda mais específico para determinado tema, sendo, em parte dos casos, despiciendo.

Nesta linha de intelecção, a título de exemplo, pode ser citado o próprio Princípio da Afetividade. A Constituição Federal irradia para os demais ramos do direito toda sua carga principiológica, cabendo as respectivas áreas do direito a criação de novos Princípios aplicados às espécies.

No caso de Direito de Família, houve forte influência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme anteriormente destacado. Decorrendo deste, o Princípio da Solidariedade, o qual, lembre-se, visa à satisfação dos interesses individuais do membro da família para que, então, a entidade familiar possa alcançar a plenitude.

Nessa esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente é dotado de princípios próprios que potencializam os princípios constitucionais em favor dos jovens, caracterizados, *e. g.*, pela proteção integral e melhor interesse, posto que são a parte mais vulnerável do núcleo familiar, se encontrando, ainda, em formação.

Após a maioridade, em eterno desenvolvimento, possui mecanismos se defender de eventuais lesões, inclusive a máquina do judiciário se encontra à disposição daquele que sofreu lesão a bens juridicamente tutelados e, portanto, exigíveis coercitivamente.

Portanto, o afeto, embora importantíssimo para o Direito de Família, não pode ser elevado ao *status* de princípio, notadamente por ser um sentimento, o qual é originado espontaneamente e inexigível judicialmente.

¹¹²FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson, em Curso de Direito Civil: Direito das Famílias, 5ª Ed, Salvador, Editora JusPodivm, 2013, p. 148.

4.2. INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

É possível afirmar que a discussão acerca da possibilidade de indenização por abandono afetivo é a que mais cresce no âmbito do Direito de Família.

Adotando as premissas fixadas ao longo do presente estudo, deve-se destacar que para se cogitar a reparabilidade do dano decorrente do abandono afetivo, deve ser feita a análise acerca do preenchimento dos requisitos gerais do dever de indenizar – conduta (comissiva ou omissiva) ilícita do agente, dano, culpa e nexo de causalidade –, ponderando, ainda, a intervenção mínima do Estado-Juiz nas relações familiares, ou seja, com base no Direito de Família Mínimo.

Nota-se, de pronto, que o primeiro dos requisitos sequer é preenchido no caso de abandono afetivo, haja vista que o afeto não possui previsão coercitiva, máxime em virtude do seu próprio caráter fundamental de espontaneidade e, caso admitindo o poder coercitivo estatal, descaracterizaria o próprio conceito de afeto.

Nessa linha de raciocínio seguem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal:

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que *ter* valia mais do que o *ser*¹¹³.

Fazendo-se o exato contraponto, a fim de tentar afastar a indenização por abandono afetivo, deve ser analisada qual conduta seria necessária para não configuração do abandono.

Analisando sobre esse prisma, a única conduta que poderia afastar a indenizabilidade seria dar atenção, carinho, amor, *afeto*. Logo, ainda que se busque utilizar outras expressões, realizar digressões históricas e filosóficas, tentar atribuir critérios objetivos para caracterizar o afeto, nada disso possui implicação prática, uma vez que, em *ultima ratio*, para poder configurar o afeto no caso concreto se faz necessária a participação emocional, mais do que presencial, no desenvolvimento do indivíduo, assim como nos sujeitos mais experientes.

¹¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson, em Curso de Direito Civil: Direito das Famílias, 6ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2014, p. 156.

Nessa senda, se faz pertinente uma análise casuística. Caso seja admitida a indenização por abandono afetivo, basta viver no seio da família para que o potencial danoso fique latente. A Constituição e as leis não estabelecem diferença entre “os afetos”, chega-se, assim, a possibilidade de exigir de qualquer membro da família a indenização por abandono afetivo.

Permitir-se-ia que um irmão ausente da relação familiar pudesse ser demandado pelo outro, um sobrinho ajuizasse uma reparação contra o tio, neto contra avó, e assim por diante.

Percebe-se, que o afeto que seria elemento de ligação entre os membros da família, passaria a ser uma obrigação. O que era virtude passa a ser um vício. O vínculo que outrora era espontâneo e seria construído com o tempo, receberia guarida jurídica e, portanto, exigível em juízo.

Após estas considerações, clarividente é o equívoco doutrinário em defender a indenização por abandono afetivo, uma vez que se vislumbra o afeto no mundo ideal, através de inúmeras teorias e conceitos, no entanto, deve ser focado também o motivo pelo qual o afeto adquiriu tamanha relevância, qual seja um sentimento forte, espontâneo, que permite até as pessoas sem qualquer outro vínculo a vontade de permanecer juntas.

Portanto, a fim de melhor abordar o tema, também se faz imprescindível analisar os motivos pelos quais existem pensadores que entendem pela procedência da indenização pelo abandono afetivo.

Em tese muito bem fundamentada, Catarina Almeida de Oliveira destaca a necessidade de se reconhecer o afeto como Princípio, inclusive enquadrando-o como exigível. Faz-se a análise esmiuçando os pontos mais controvertidos do elemento, contemporaneamente, basilar às relações familiares¹¹⁴.

Afirma, assim, que o afeto mesmo sem previsão expressa pela Carta Magna de 1988, pode ser entendido como uma especificação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Catarina Almeida de, Refletindo o Afeto nas Relações de Família. Pode o Direito Impor Amor? In ALBUQUERQUE, Fabíola Santos (Coord.); EHRHARDT JR., Marcos (Coord.); e OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem A Paulo Luiz Netto Lôbo, Salvador, JusPodivm, p. 47-66.

Todavia, ainda assim, não se faz suficiente o embasamento trazido à baila. Com toda vênia, não se nega o atual papel de destaque do afeto nas relações de família, uma vez que provavelmente sem ele não se chegaria aos avanços alcançados, notadamente quanto à pluralidade de famílias. O que não pode ser aceito é a possibilidade de intervenção do Estado-Juiz para se exigir afeto, com base no suposto Princípio da Afetividade, cuja sanção é única e exclusivamente pecuniária.

Com efeito, a citada Autora defende que não se busca, através do Direito, a criação de um sentimento, mas “domar” o seu uso. Olvidou-se, entretanto, que não se doma, conduz, direciona, algo que não existe.

Nesse diapasão, se faz pertinente destacar a obra de Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, na qual, dentre tantas outras características, os princípios possuem na conceituação prática uma tripartição, consistindo em: deontológicos, axiológicos e antropológicos.

A deontologia é a ciência do “Deve-ser”, à qual o Direito faz parte. Assim são conceitos o dever, proibição, permissão, dentre outras características. Ao passo que a axiologia é a ciência voltada para os valores, ou seja, consiste da qualificação de algo por meio da valoração. Por fim, a antropologia é voltada para o caráter volitivo, são as ações, necessidade, interesse, etc¹¹⁵.

A par da teoria geral dos princípios fundamentais, assim como tudo quanto exposto nos tópicos alhures, resta, novamente, rechaçada a ideia da afetividade como Princípio, eis que o princípio deve possuir um conceito prático axiológico.

Assim, no caso concreto, se faz completamente descabida a análise se determinado afeto é bom ou não. O operador do direito não tem a possibilidade de valorar o afeto. Admitindo-se essa possibilidade, a discricionariedade na aplicação do fato do mundo da vida seria imensa, ficando ao talante do julgador entender quais hipóteses o afeto seria de boa qualidade e quando o afeto não foi bom e deve ser reparado.

Não se defende, pois, que o afeto seja marginalizado, ao revés, este deve continuar em local de destaque por tudo que representa para o Direito de Família e sociedade como um todo, no entanto, a desmedida preocupação adotar princípios para todos os fatos jurídicos às vezes pode ser maléfica.

¹¹⁵ ALEXY, Robert, em Teoria dos Direitos Fundamentais, traduzido por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Editora Malheiros, 2008, p. 145-146..

Cumpra trazer ao estudo, a lição de Flávio Tartuce, também defensor da necessidade de indenizar o abandono afetivo.

Alicerça o pensamento indenizatório, basicamente, com vista no preenchimento dos pressupostos necessários da responsabilidade civil, destacando o art. 186 e 927 do Código Civilista Brasileiro de 2002, assim como atribui “direito do filho ao amor dos seus genitores”.

Segue na linha de inteligência, que “abandono não é falta de amor, mas, sim, falta de convivência”. Salientando o elemento principal do abandono afetivo não é o sentimento, mas um conceito técnico-jurídico, qual seja uma “lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei, qual seja o dever de convivência”¹¹⁶.

Cumpra destacar alguns equívocos na linha de pensamento supra. Inegável, conforme dito no presente estudo, que a responsabilidade civil permeia também o âmbito familiar. Entretanto, tendo em vista a autonomia privada e o Direito de Família Mínimo, bem como todas as ponderações feitas acerca da reparabilidade no seio das relações familiares, à indenização se dá em caráter excepcional.

A respeito do direito de amor ressaltada pelo citado Autor, deve ser feita uma análise voltada ao estudo introdutório do direito. Se de um lado há o direito, em contraposição a este se encontra um dever. Logo, para que haja a satisfação do direito de amor aos filhos, então os pais têm o dever de amar.

Apenas a simples leitura dessa frase afronta não só a responsabilidade civil, mas também a lógica jurídica como um todo. O Estado-Juiz então passará não só a intervir constantemente no âmbito familiar, dotado de extrema autonomia privada, como também agirá coercitivamente para que os indivíduos deem amor. Ressalvando que, *in casu*, entenda-se amor como sentimentos em sentido amplo, seja amor, carinho, apreço, dentre outros.

Noutro giro, classificar como amor ou convivência possui pouca, ou nenhuma, relevância prática, uma vez que a implicação é a mesma. No Direito existe a previsão de “não convivência”, são os casos em que o indivíduo não pode, por

¹¹⁶ TARTUCE, Flávio, O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família – Abandono Afetivo e Alimentos. Em NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). Direito & Justiça Social: Por uma Sociedade Justa, Livre e Solidária. Estudos em Homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 616-624.

determinação judicial, se aproximar do outro, a exemplo do afastamento do lar¹¹⁷. Todavia, observando-se do prisma inverso, não existe qualquer previsão legal que imponha o indivíduo a permanecer em local contra sua vontade, no que tange ao Direito de Família, assim como a decisão judicial jamais terá o condão de fazer com que alguém nutra afeto por outrem, ao revés, os litígios, costumeiramente, instigam ainda mais o afastamento entre as partes.

Flávio Tartuce ao afirmar que o afeto não é sentimento, mas “lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei, qual seja o dever de convivência”, é conceituar com base na consequência, uma vez que o afeto não é lesão. Esta decorre da suposta ausência de afeto.

O Autor afirma também que “*o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo, culminante é o ódio. Ambas as cargas estão presentes nas relações de filiação*”¹¹⁸.

Todavia, como bem aponta Érico Veríssimo “o oposto do amor não é o ódio, mas a indiferença”. Portanto, não será o direito, através de suas medidas coercitivas, que transformará a indiferença em amor, em *afeto*.

Nesse sentido, cumpre destacar o louvável julgado do Desembargador Relator Alzir Felipe Schmitz, do qual segue apenas um trecho:

[...] (In)felizmente não é tão simples, não basta tarifar. Fosse assim, os mais abonados trocariam afeto por dinheiro. Por exemplo, o pai mais ocupado profissionalmente - e menos preocupado com a prole - não gastaria seu tempo em manobras circenses para incluir os filhos em suas agendas, bastaria pagar por sua ausência. Em breve, ousou elucubrar, haveria alguma seguradora vendendo novo produto: o seguro afeto! [...]
 [...] Outrossim, a responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva, o que significa que o dever de indenizar depende do agir doloso ou culposo da parte. Oportuno relembrar que os elementos essenciais da

¹¹⁷ [...] Mediante ação própria proposta por qualquer legitimado. Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de tutela. Decreto a separação de corpos as partes e determino 1) o afastamento do requerido do lar conjugal, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas; 2) o distanciamento do requerido pelo espaço razoável de 100 (cem) metros da requerente, sob pena de caracterizar desobediência a decisão judicial (art. 359 do código penal). Cite-se e intime-se o requerido acerca desta decisão e para contestar, no prazo de 05 (cinco) dias. Intimem-se. [...] (SIC).

GOIÁI. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Processo Nº 40040-41.2012.8.09.0175, 4ª Vara de Família e Sucessões. Juíza Maria Cristina Costa. Publicado em 02 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/34867640/djgo-secao-ii-02-03-2012-pg-492>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

¹¹⁸ TARTUCE, Flávio, O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família – Abandono Afetivo e Alimentos. Em NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). Direito & Justiça Social: Por uma Sociedade Justa, Livre e Solidária. Estudos em Homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 624.

responsabilidade civil ou dever de reparação são: ação, dano, nexa e culpa. [...] ¹¹⁹

Todavia, há demasiada controvérsia quanto ao tema, uma vez que entendeu de forma diversa, razão pela qual diversas demandas acerca do tema chegaram ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

4.3. A SOLUÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO AO ABANDONO AFETIVO.

Na atualidade, diversos foram os motivos pelos quais houve o aumento exponencial das demandas judiciais. Contribuição da erosão dos filtros da responsabilidade, evolução da tecnologia e surgimento de novos danos, novos interesses tutelados, codificações voltadas a atender os anseios da sociedade, e, tudo isso, englobado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, por conta de sua característica programática, buscou alcançar todo o ordenamento jurídico e promover o desenvolvimento dos sujeitos de direito, visando uma sociedade, mais livre, justa e solidária.

Em razão dos princípios constitucionais, destacou-se o caráter social da Constituição Federal de 1988, ou também chamada de Constituição Cidadã. Os preceitos emanados desta atingiram todos os ramos do direito pátrio, inclusive o Direito de Família.

Assim sendo, novos interesses foram tutelados, conceitos alterados e substancial mudança nas relações jurídicas pelos indivíduos entre si e também com o Estado. Então, no âmbito do Direito de Família, ganhou força a tese acerca da existência do Princípio da Afetividade, haja vista a relevância obtida pelo afeto dentro do referido ramo do direito, em razão da notória importância após a Constituição Cidadã e potencializada pelo Código Civil de 2002, elevando-o, em teses, ao *status* de princípio.

¹¹⁹ RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70054827019, Oitava Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

Em razão disso, as teorias voltadas para a indenizabilidade por ausência de afeto começaram a ganhar dimensão, até que o inevitável aconteceu, as demandas chegaram ao Tribunal Superior.

Pertinente, pois, salientar que a limitação ao Colendo Superior Tribunal de Justiça se deu, em virtude do Egrégio Supremo Tribunal Federal apenas ter se manifestado acerca do tema para negar provimento ao Recurso Extraordinário, sob o fundamento de que o “apelo extremo é inviável, pois esta Corte fixou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais (art. 5º, V e X, da Carta Magna) limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por recurso extraordinário¹²⁰”.

Atualmente, tem-se que onze ações versando sobre abandono afetivo foram julgadas por órgão colegiado do Superior Tribunal de Justiça, sendo relevantes para o presente estudo as duas primeiras demandas julgadas, haja vista que nelas se discutiu a (im)possibilidade de indenização, sendo que as demais seguiram os pressupostos fixados nos precedentes, sendo, portanto, imprescindível expor o *ratio decidendi* das referidas decisões.

O primeiro caso que chegou à Corte Superior brasileira foi o REsp nº 757411/MG, no qual o pai se irressignou contra o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gérias, através do qual foi condenado a pagar R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) a título de danos morais pela ausência de afeto.

O Recurso Especial foi provido, nos termos que seguem:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO.
DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido.¹²¹

¹²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 567164 –MG. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro De Oliveira Fortes. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DJ 02 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2567008>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

¹²¹A questão da indenização por abandono moral é nova no Direito Brasileiro. Há notícia de três ações envolvendo o tema, uma do Rio Grande do Sul, outra de São Paulo e a presente, oriunda de Minas Gerais, a primeira a chegar ao conhecimento desta Corte.

A demanda processada na Comarca de Capão da Canoa-RS foi julgada procedente, tendo sido o pai condenado, por abandono moral e afetivo da filha de nove anos, ao pagamento de indenização no valor correspondente a duzentos salários mínimos. A sentença, proferida em agosto de 2003, teve trânsito em julgado, vez que não houve recurso do réu, revel na ação. Cumpre ressaltar que a representante do Ministério Público que teve

atuação no caso entendeu que "não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor", salientando não poder ser a questão resolvida com base na reparação financeira.

O Juízo da 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP, a seu turno, condenou um pai a indenizar sua filha, reconhecendo que, conquanto fuja à razoabilidade que um filho ingresse com ação contra seu pai, por não ter dele recebido afeto, "a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia".

A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como "fatos da vida", hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.

Os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que "a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória. (Indenização por Abandono Afetivo, Luiz Felipe Brasil Santos, in ADV - Seleções Jurídicas, fevereiro de 2005).

Nesse sentido, também as palavras da advogada Cláudia Maria da Silva: "Não se trata, pois, de "dar preço ao amor" – como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de "compensar a dor" propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave." (Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho, in Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VI, nº 25 – Ago-Set 2004)

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.

Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

No caso em análise, o magistrado de primeira instância alerta, verbis:

"De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74)

(...)

Tais elementos fático-probatórios conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consectários de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiosincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão." (fls. 83)

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante processo litigioso?

Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos, valendo transcrever trecho do conto "Para o aniversário de um pai muito ausente", a título de reflexão (Colocando o "I" no pingo... E Outras Idéias Jurídicas e Sociais, Jayme Vita Roso, RG Editores, 2005):

"O Corriere della Sera, famoso matutino italiano, na coluna de Paolo Mieli, que estampa cartas selecionadas dos leitores, de tempos em tempos alguma respondida por ele, no dia 15 de junho de 2002, publicou uma, escrita por uma senhora da cidade de Bari, com o título "Votos da filha, pelo aniversário do pai".

Narra Glória Smaldini, como se apresentou a remetente, e escreve: "Caro Mieli, hoje meu pai faz 67 anos. Separou-nos a vida e, no meu coração, vivo uma relação conflitual, porque me considero sua filha 'não

Diante do exposto, foram ponderados os seguintes pontos. Primeiro se destacou a indenização por abandono afetivo não como a imputação ao outro o dever de amar, mas se voltando, especialmente, para o caráter punitivo e dissuasório do dano, a fim de que sejam cumpridas importantes funções.

Em segundo lugar, houve a ponderação acerca da finalidade pela qual se daria a indenização, assim como se analisou o resultado esperado com a demanda.

Nesse sentido, se indagou se o arbitramento da indenização teria o condão de reparar o dano sofrido. No sentido de danos materiais não havia, pois, caso configurados, estariam abarcados pela pensão alimentícia.

Um dos elementos mais relevantes da decisão se refere à intenção da demanda e o seu resultado, pois se fez um juízo de ponderação acerca da causa de pedir e o seu resultado. Logo, tendo em vista que a ausência de afeto foi o motivo ensejador do ingresso no judiciário, ao tornar essa relação contenciosa, a chance, ainda que tardia, para aproximação diminuiria drasticamente, *in verbis*:

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos [...]

aproveitada'. Aos três anos fui levada a um colégio interno, onde permaneci até a maioridade. Meu pai deixara minha mãe para tornar a se casar com uma senhora.

Não conheço seus dois outros filhos, porque, no dizer dele, a segunda mulher 'não quer misturar as famílias'.

Faz 30 anos que nos relacionamos à distância, vemo-nos esporadicamente e presumo que isso ocorra sem que saiba a segunda mulher. Esperava que a velhice lhe trouxesse sabedoria e bom senso, dissipando antigos rancores. Hoje, aos 39 anos, encontro-me ainda a esperar. Como meu pai é leitor do Corriere, peço-lhe abrigar em suas páginas meus cumprimentos para meu pai que não aproveitei."

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757411/MG. Recorrente: V. de P. F. de O. F. Recorrido: A. B. F. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DJ 27 mar. 2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 30 mai. 2014.

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

O Ministro Relator arremata, alegando que foge ao arbítrio do Poder Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, razão pela qual nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Por outro lado, o Ministro Barros Monteiro divergiu do Relator, basicamente, afirmando que:

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.

Todavia, não houve um aprofundamento acerca do voto, tendo, simplesmente, aplicado a regra geral da responsabilidade civil, preenchendo os pressupostos contidos no art. 186 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Portanto, salutar a decisão dada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no caso em apreço, por ter manifestado o entendimento que não se pode exigir judicialmente o afeto dos genitores, ressaltando que o ajuizamento de ação não tem nem o condão de reparar o dano, tampouco auxiliaria na reaproximação dos familiares.

Então em 2009, o segundo Recurso chegou ao conhecimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, sob a numeração REsp nº 1159242/SP¹²².

Nesse caso, a ação em primeiro grau foi julgada improcedente, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformado a sentença, para julgar o pedido

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1159242/SP. Recorrente: Antonio Carlos Jamas Dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes De Oliveira Souza. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ 10 mai. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 30 mai. 2014.

procedente, condenando o pai a indenizar a filha em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

Inconformado com o Acórdão proferido, interpôs o Recurso Especial sob os argumentos de que não abandonou a filha e, ainda que o tivesse feito, tal conduta não resultaria em um ilícito, bem como a sanção aplicável para o suposto ato é a perda do poder familiar, sob a inteligência do artigo 1.638 do Código Civil de 2002.

Sustenta a divergência entre o entendimento contido no Acórdão vergastado, com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n.º 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo. Por fim, requer a minoração do *quantum* indenizatório.

Primeiramente a Ministra Relatora sustentou a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil no âmbito familiar, pontuando, também, que a perda do poder familiar “não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos”.

O segundo ponto abordado cinge-se aos elementos ensejadores de reparação moral, destacando que apesar das dificuldades de se visualizar a incidência do dano mora no âmbito familiar, esse obstáculo não pode ser tido como um inibidor da reparação, tomando-se como base elementos de relativa objetividade, decorrente do dever de criação dos filhos.

Ademais, destaca que no que concerne aos danos materiais, existe a previsão de reparação no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo.

A partir de então, divide os pressupostos da reparação civil em dois tópicos, um com a ilicitude e culpa, e outro com dano e nexa causal.

No que diz respeito à ilicitude e a culpa, o voto Ministra foi fundamentado no sentido de destacar a necessidade de tutelar o cuidado na criação dos jovens.

Com efeito, cumpre trazer *ipsis litteris* trecho do voto da Ministra Relatora:

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*. A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a

sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Imperioso se faz destacar, que a Min. Nancy Andrighi, buscou estabelecer critérios objetivos para se afastar da característica abstrata da indenização por ausência de afeto, pautando as omissões do genitor na ausência do dever de cuidado, como necessidade de fornecer os meios pelos quais o jovem pode se desenvolver de forma satisfatória.

O mesmo se entende na argumentação seguinte:

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

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

[...]

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

[...]

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever [Grifos do Autor]

Nesta toada, a Ministra Relatora dá um enfoque relativamente objetivo às demandas de ordem moral no âmbito familiar, traçando algum contorno para incidência do dano moral.

Ao final do quanto exposto acerca da culpa e ilicitude, a Relatora pondera que também podem haver causas excludentes de ilicitudes. Portanto, afirma que “cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.”

No tocante ao dano e nexos de causalidade, faz uma sucinta abordagem acerca do caso concreto, destacando os elementos anímicos que comprovam a existência de nos casos de ausência de afeto, assim como liame entre o resultado (dano) e a conduta do agente.

Por fim, a Ministra Relatora entendeu pela redução do *quantum* arbitrado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para o patamar de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Com a devida vênia, em que pese a Ministra Relatora buscar traçar critérios objetivos entre o afeto e o dever de cuidado, não obteve o êxito almejado. Em verdade, os elementos objetivos citados (educação, saúde, lazer, dentre outros), são resguardados por meio da pensão alimentícia, através da qual os genitores contribuem mutuamente para o regular desenvolvimento do indivíduo.

Por outro lado, como valores anímicos, o julgado traz, apenas, a expressão “regras de conduta”. Ademais, em diversos momentos, utiliza-se como fundamento o dever de cuidado, se afirmando que não se trata de imposição de amor, veja-se:

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

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

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

Ora, apesar da aparente fundamentação, não há nenhum critério objetivo, somente podendo se extrair que o genitor (pai ou mãe) deverá se fazer presente (ainda que à distância, pelos meios tecnológicos atualmente existentes), trate os filhos de forma igualitária e outras formas aferíveis pelo julgador.

A par das exposições feitas, verifica-se que se o genitor desse afeto, todas as situações elencadas pela Ministra Relatora estariam observadas, afastando a possibilidade de indenização por abandono afetivo. Destarte, é possível concluir que apesar do esforço argumentativo para tentar distinguir afeto do dever de cuidado, não existe diferença efetiva, ao menos no que toca aos elementos abstratos, pois, como dito, a educação, o lazer, são abarcados pela pensão.

Nesse diapasão, se mostra indispensável trazer o lúcido voto divergente, proferido pelo Ministro Missim Uyeda¹²³.

¹²³ Srs. Ministros, neste caso, pela leitura do voto da Sra. Ministra Relatora, muito bem feito, o pai foi, de certa maneira, forçado a reconhecer a paternidade, porque uma pessoa nasceu fora da programação da vida dele. Ele é próspero, abastado, mas, judicialmente, foi condenado a pagar alimentos na faixa de dois salários mínimos até a maioridade dessa moça.

E aí, não sei quando entrou esta ação, porque, no meio do voto, S. Exa. diz assim: agora a autora é uma pessoa já com formação, encaminhada na vida, casada, tem filhos e lamenta o abandono material no sentido de um conforto psicológico, de uma assistência, um acompanhamento que todo pai deveria ter.

O Juízo de Primeiro Grau, analisando as provas, concluiu que o pedido era improcedente. O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença e fixou uma indenização no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

Sucede que, com todo o respeito, Sra. Ministra Nancy Andrighi, a defesa dele se centra na alegação de que, se os progenitores não dão essa assistência material, o que pode surgir daí é uma perda do pátrio poder; isso é uma consequência. V. Exa. diz: não só a perda do pátrio poder, mas há o complexo dos direitos inerentes à honra, à estima, e que isso caracterizaria o dano moral.

Então, esse dano moral também poderia, independentemente da perda do pátrio poder, incidir. E faz todo o elenco das obrigações dos progenitores, seja ele de nascimento corriqueiro, vamos dizer, natural, ou seja por adoção, ou mesmo por uma imposição judicial. A paternidade exige uma responsabilidade. A paternidade, a maternidade, o pátrio poder, que é o pátrio dever.

Sucede o seguinte: como V. Exa. também bem relatou e bem expôs no voto, o universo de sentimentos que implica em uma família é algo difícil de mensurar.

Isso pode "cheirar" – aqui me parece – a uma pessoa que lamenta a infância perdida, a juventude perdida. Parece aquela música do Taiguara: a juventude perdida, a infância perdida. Então, essa moça, hoje, adulta, lamenta que foi abandonada à própria sorte, cujo pai nem sequer queria reconhecê-la e foi obrigado a reconhecê-la.

Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência. O que pode acontecer nesse nível de família? Quando a situação se torna de tal maneira insustentável, separação de fato, separação judicial, divórcio. E alguém dizer que, além disso, quer o dano moral porque não foi tratado condignamente como esposa, como marido, ou, então, neste caso, como filha.

E esse pai... Sabemos que a formação das pessoas, e V. Exa. cita, aqui, estudos de psicologia muito bem calcados, os estudos são, eminentemente, programáticos no sentido de que o ideal da convivência das pessoas é que todos tivéssemos uma vida em família harmoniosa, com o pai e a mãe expedindo esse amor, esse carinho, mas manifestação de amor e carinho é meio complexo. Não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade.

O voto de V. Exa. é pioneiro, Sra. Ministra Nancy Andrighi, mas também atento para a seguinte circunstância: se abrirmos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. E, se for assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar aquilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer.

Agora, o que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os filhos, hoje, já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão. Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos.

A visão do reportado Ministro converge com os entendimentos expostos no presente estudo, uma vez que se baseia nos vários tipos de família, frisando que as atuais relações estão demasiadamente entrelaçadas.

Ademais, afirma também que não há como a Corte Superior qualificar e quantificar as mágoas íntimas “muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência”.

Assim como o como na apelação nº 70054827019, proferida pelo Desembargador Alzir Felipe Schmitz¹²⁴ citada alhures, o Ministro Missim Uyeda utilizou-se de suas máximas de experiência para chegar a conclusão de que “todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos”.

Apesar de parecer, em uma primeira leitura, entendimento frio e distante do que o ordenamento jurídico pátrio defende, especialmente no que tange à observância dos direitos das crianças e dos adolescentes, insta repisar que o afeto serve, também para estabelecer novos vínculos familiares.

Em verdade, se mostra deveras incongruente a legislação pátria, doutrina e jurisprudência permitirem e fomentarem os vínculos socioafetivos – atribuindo tamanha força ao afeto natural e espontâneo, amor em sua essência –, mas, ao mesmo tempo, exigem afeto daquele que não pode dar, resultando, apenas, em aplicação de sanção pecuniária.

Para traçar um paralelo, seria o mesmo que sancionar determinado indivíduo desprovido de visão pelo simples fato de não poder ver. O judiciário não pode aplicar penalidades a indivíduos que não possuem sentimentos por outrem, mesmo que seja sua própria prole, haja vista que não se pode dar aquilo que não se tem, *in caso*, afeto.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1159242/SP. Recorrente: Antonio Carlos Jamas Dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes De Oliveira Souza. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ 10 mai. 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 30 mai. 2014.

¹²⁴ RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70054827019, Oitava Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

Repise-se à exaustão, em uma sociedade pautada na socioafetividade, exigir afeto daquele que não pode dar, é incongruente com o próprio ordenamento jurídico pátrio, além de inexistir previsão para penalizar o sujeito por não nutrir sentimento por outrem.

Após o julgamento do REsp nº 1159242/SP, sentindo-se prejudicado pela divergência de entendimento entre as turmas, o pai que teria abandonado afetivamente a filha, opôs os Embargos de Divergência, cujo objetivo do Recurso seria “eliminar uma divergência *intramuros*, ou seja, afastar um conflito de entendimento na jurisprudência *interna* do tribunal superior”¹²⁵.

Ocorre que foi negado provimento aos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.159.242¹²⁶, cuja publicação ocorreu em 23 de maio de 2014, nos termos que seguem:

Com efeito, reconhecida a possibilidade de compensação dos danos extrapatrimoniais decorrentes de abandono afetivo e configurados, no caso concreto, os demais elementos da responsabilidade civil, necessários ao surgimento da obrigação de indenizar, o presente recurso merece ser conhecido e, no mérito, não provido, consolidando-se, portanto, o entendimento adotado pelo acórdão embargado.

Pois bem. No início do voto há uma digressão histórica acerca do antigo pátrio poder, atualmente chamado de poder de família, e a sua gradual evolução.

Após essa análise, passa a demonstrar hipóteses no Direito Brasileiro em que há previsão do dever de cuidado, frisou o instituto da guarda compartilhada, ressaltando que “uma vez mais a lei atribui a ambos os pais, não importa o titular da guarda, o dever de fiscalizar e estar atento não apenas à manutenção, mas também à educação e formação da prole.”

Após analisar a legislação aplicável à espécie, buscou diferenciar o dever de cuidado e o afeto. O Ministro Relator expõe em seu voto os artigos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 28, § 4º e 53, do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos a seguir:

¹²⁵ DIDIER JR., Fredie; e CUNHA, Leonardo Carneiro da, Em Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais, vol. 3, 10ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2012, p. 371.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1159242/SP. Embargante: A. C. J. dos S. Embargado: L. N. de O. S. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, DJ 23 mai. 2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1313315&num_registro=201201079216&data=20140523&formato=PDF>. Acesso em: 30 mai. 2014.

Adequado é estabelecer se e quando a expressão afeto quer aludir ao sentimento de amor ou ao de dever compreendido na categoria cuidado, ou, ainda, se quer empregar as expressões amor e cuidado como se fossem sinônimas de afeto, todavia, - sempre - esclarecendo os significantes dados, mormente nesta última hipótese, - sempre - a bem da lealdade intelectual.

Seja como for, ainda que admitido o cabimento de quaisquer das três categorizações, ou outras mais, a credibilidade da tese exige um posicionamento claro, um tratamento uniforme por parte do operador, vez que referentes diversos podem versar categorias distintas.

[...]

Não se fala, portanto, na impossível obrigação de amar, mas sim no impostergável dever de cuidar, o qual está presente, sim, em diversos preceitos, desde os constitucionais até aqueles das leis complementares. Portanto, quando as expressões afeto ou amor forem utilizadas como referência ao conjunto de providências adotadas no zelo e proteção para com os filhos, elas terão o sentido de cuidado e estarão envolvidas com a noção de dever.

Entretanto, se aludirem ao viés que restringe comunicar uma dileção, uma emoção, nestas hipóteses estarão limitadas apenas ao sentimento, à emoção, e assim, sem dúvida, como não se pode obrigar quem quer seja a ter afeição ou amor por outrem, resta óbvio que a falta, mesmo que entre pessoas próximas por laços de sangue, ou de afinidade, não pode ensejar indene, ao contrário do que ocorre caso **inobservado o dever de cuidado explicitado na obrigação de criar e educar, de prover e proteger, de não discriminar entre os demais da prole**, como já extensamente apontado.

[...]

Mas, repita-se, no caso em julgamento não se está impondo o dever de compensar danos extrapatrimoniais ante apenas a constatação da ocorrência de um ou dois fatos corriqueiros da vida, ou mesmo ante a falta de afeto, este como sinônimo de amor, **mas sim, reiterar-se, frente a um verdadeiro enredo de omissões injustificadas e de ações reprovadas, todas já exaustivamente alinhavadas, tudo o que indica a imputação, como alistara o Tribunal de origem e o acórdão desta Casa, havido por divergente, trama de eloquente ausência, crônica de infinita distância, mácula de nefasta discriminação**, sina de diferenciado tratamento dispensado, em todos os sentidos possíveis, à prole havida com a esposa e aquela oriunda do anterior e prolongado relacionamento de namoro havida entre o acionado e a mãe da demandante. [Grifos do Autor]

Noutro giro, buscou delimitar o âmbito de incidência do dever de indenizar:

[...] pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo. Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso, inevitáveis. [Grifos do Autor]

Estas foram as principais razões no que concerne ao corte em estudo, frisando que não foi reconhecida e divergência, em virtude da ausência de caráter conflitante

entre as decisões. Cada qual foi proferida tomando como base o substrato fático probatório contido nos autos.

Todavia, com a devida vênia, é inequívoca a divergência entre os julgados, haja vista que o primeiro julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 757411/MG, o posicionamento da Colenda Corte Superior foi no sentido de que o abandono afetivo não é indenizável. Ao passo que na segunda decisão, REsp nº 1159242/SP, entendeu-se pela possibilidade.

De todo modo, extrai-se do julgado, mais uma vez, a abstração no momento de distinguir o dever de cuidado e o afeto.

Assim, por mais que se busque alterar a carga sentimental que o afeto possui, seja tentando torna-lo mais objetivo ou confrontando com o dever de cuidado, o que se pode verificar, a rigor, é a inexistência de diferença entre afeto e dever de cuidado ou qualquer outro conceito construído para retirar a carga emocional do afeto.

É insofismável a importância do afeto para o Direito de Família, elemento estruturante e basilar das entidades familiares na contemporaneidade, assim como elo entre indivíduos, através da vontade e espontaneidade, para a criação de famílias, sejam elas da forma como forem.

Saliente-se, pois, que não reconhecer a reparabilidade, por meio de indenização, do abandono afetivo, não retiraria a importância do afeto para o Direito de Família, visto que continuaria com seu *status* de importante formador das mais diversas formas de origem dos núcleos familiares.

Nesse sentido, vale repisar que apesar do inegável conhecimento dos julgadores que se aventuraram na árdua tentativa de diferenciar o afeto do dever de cuidado, incidiram no mesmo problema: ausência de diferenciação objetiva para o afeto.

Com efeito, saúde, educação, lazer, transporte ou prover, todos são aspectos abarcados pela pensão, portanto, não seriam causa para a configuração do dever de indenizar, por suposto abandono afetivo.

Noutra quadra, proteger, não discriminar entre os demais da prole e ensinar as regras de conduta, são conceitos demasiadamente abertos, os quais não resultam em abandono afetivo por parte dos genitores.

Em razão do elevado grau de abstração do dever de “proteção”, esta pode ser entendida como o dever do genitor de proporcionar o bom ambiente para o desenvolvimento da prole, o que remontaria para as questões atinentes à moradia, educação, saúde, lazer, sendo, novamente, abarcada pela pensão.

No que toca discriminação entre os demais da prole, deve-se destacar que os genitores podem nutrir mais apreço por algum dos seus descendentes, em detrimento de outros. Ademais, não se pode deixar de pontuar que a discriminação é um ato ilícito, ou seja, se houver desrespeito ou discriminação, tal atitude estaria englobada na responsabilidade civil geral, não guardando relação com o abandono afetivo, pois o ilícito em discussão seria outro.

Quanto às regras de condutas, é cediço que, hodiernamente, tais questões são abordadas, na maioria dos casos, nas escolas, ainda na infância. Se tal conduta é benéfica ou não, não se sabe, mas é algo corriqueiro na sociedade moderna. De todo modo, também não caracterizaria ato ilícito por parte dos genitores, fulminando, portanto, qualquer tipo de pleito indenizatório.

De mais a mais, pode-se concluir que a atividade interpretativa possui inquestionável relevo para o ordenamento jurídico. Com efeito, Eros Roberto Grau, em sua obra *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, destaca importância do exercício interpretativo para a seguinte finalidade:

[...] praticamos sua interpretação não – ou não apenas – porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito não são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos¹²⁷.

Destarte, apesar de o afeto possuir inegável destaque no âmbito do Direito de Família, não se pode olvidar que um sentimento, por mais nobre que seja, não pode ser elevado ao *status* de princípio, a ponto de ser exigível judicialmente.

Embora a aparente beleza na frase proferida pela Ministra Relatora – (...) amar é faculdade, cuidar é dever (...) –, deve ser pontuado que não existe nenhuma repercussão jurídica tal constatação, haja vista que houve uma conjecturada distinção, mas, como exposto anteriormente, não traça diferenças objetivas entre o afeto e o dever de cuidado.

Em verdade que não necessitaria a uma demanda chegar até a Corte Superior para notar que o afeto, como sentimento que é, não possui a juridicidade para ser exigível pelo Estado-Juiz.

Pois bem, equivocou-se o Colendo Superior Tribunal de Justiça ao entender pela possibilidade de indenização por abandono afetivo, haja vista que apenas adotou

¹²⁷ GRAU, Eros Roberto, *in* *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 4ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2006, p. 26.

nomenclatura diversa para tutelar sentimento, que jamais poderia ser judicialmente requerido, atuando de forma desnecessária e desarrazoada no âmbito familiar.

5. CONCLUSÃO

O estudo demonstrou, como era pretendido, a construção do conceito de responsabilidade civil, demonstrando a evolução da reparação dos danos em geral e seus pressupostos. Por conta da chamada erosão dos filtros da responsabilidade, a culpa e o nexo de causalidade foram relativizados, razão pela qual houve uma facilitação na reparação, visto que os pressupostos da responsabilidade eram vistos como um empecilho à reparação do dano.

O Direito Brasileiro também se adequou às novas regras de responsabilidade, prevendo a responsabilidade objetiva fundada no risco. Até evoluir novamente e passar a se entender pela responsabilidade do dano objetivo. O nexo causal foi flexibilizado em virtude dos novos panoramas das sociedades, que transferiram o interesse da punição do causador do dano para a reparação da vítima.

O dano, contudo, era o único elemento efetivamente indispensável para a caracterização da responsabilidade civil.

Após discorrer sobre a responsabilidade civil, fez-se uma análise da conjuntura contemporânea da família e do Direito de Família. Demonstrou-se como era a família e as formas de constituição desta no período pré-Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002.

Posteriormente, estudou-se o Direito de Família a luz dos direitos trazidos pela Carta Magna de 1988, assim como uma análise em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outro ponto que foi afetado pelos princípios diz respeito à forma de constituição das famílias. No período anterior à Lei Maior, somente poderia ser constituída a família através do casamento. No entanto, após a promulgação da Carta Magna, incidência dos princípios e o novo Código Civil, a família sofreu modificações estruturantes. Características como a hierarquia, prevalência do matrimônio, caráter institucional, foram ultrapassados.

A família passou a se pautar no afeto, este era capaz de criar laços familiares, o vínculo sanguíneo agora estava acompanhado do afeto para a filiação, *e. g.*

Os princípios aplicáveis à família, assim como a autonomia privada, fizeram com que surgisse a teoria do Direito de Família Mínimo. Este consiste na maior autonomia da

família uma vez que esta entidade possui relações muito íntimas entre os seus membros e, por conta disso, o Estado deveria se abster ao máximo de interferir no interior das entidades familiares.

Concluiu-se com o estudo, que a responsabilidade pode incidir no Direito de Família, uma vez que aquele se encontra permeado por todo o ordenamento jurídico pátrio, em alguns ramos do direito com maior incidência e outro em menor proporção. Todavia, a aplicação no que tange a família deve ter cara excepcional.

Desta feita, se chegou a um dos pontos cernes do presente estudo, a análise da indenização por abandono afetivo. Tendo sido destacado as características do afeto, tal como a possibilidade de figurar como elo entre indivíduos na formação da família.

Em virtude da elevada importância que o afeto adquiriu, diversos foram os estudiosos do direito que se debruçaram para estudar melhor esse elemento tão importante para o Direito de Família.

Com efeito, construiu-se o chamado princípio da afetividade, que estabelecia parâmetros de conduta para os indivíduos no íntimo da família. Diversas foram as teorias para explicar o princípio e reforçar a sua aplicação ao caso concreto.

Após a análise desse princípio, houve a análise do abandono afetivo em si, o que seria e qual seria a aplicação. Conforme pretendido, é um equívoco defender a indenização por dano afetivo, visto que não é competência do direito exigir coercitivamente o afeto, um sentimento.

Assim, por fim, foram analisados os acórdãos paradigmas, versando sobre abandono afetivo, proferidos pela Corte Superior. Analisou-se minuciosamente as decisões e os principais votos, a fim de fazer um juízo acerca da plausibilidade do pleito indenizatório por abandono afetivo.

Tendo em vista que um acórdão não reconheceu a indenização e o outro afirmou a possibilidade de responsabilização civil pelo abandono afetivo, foram opostos Embargos de Divergência para solucionar a aparente contradição entre as Decisões.

No julgamento dos Embargos de Divergência foi mantida a abstração na suposta distinção entre afeto e cuidado. Assim, a Colenda Corte Superior, entendeu que os

pais têm com os filhos, em verdade, deve ser de cuidado, e não afeto, uma vez que aquele possui formas mais objetivas de ser cobrado e pode ser exigido pelo Estado-Juiz, reconhecendo a possibilidade de indenização por abandono afetivo. Ao passo que o afeto, entendido como sentimento, não possui caráter normativo para poder ser exigido judicialmente.

Por fim, conclui-se que o abandono afetivo não deve ser indenizado, seja como dever de cuidado ou afeto propriamente dito, eis que o Estado não pode, nem deve, intervir na relação privada para exigir sentimento, se faz impossível que um indivíduo seja forçado a ter afeto por outro.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado, Responsabilidade no Direito de Família. Em: MADALENO, Rolf Hanssen; e WALTER, Belmiro Pedro (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2004.

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de, Aplicabilidade do Princípio da Afetividade às Relações Paterno-Filiais: a Difícil Escolha Entre os Laços de Sangue e o Afeto Sem Vínculos. Em ALBUQUERQUE, Fabíola Santos (Coord.); EHRHARDT JR., Marcos (Coord.); e OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem A Paulo Luiz Netto Lôbo**, Salvador, JusPodivm.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de, Ensaio Introdutório Sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar. Em ALBUQUERQUE, Fabíola Santos (Coord.); EHRHARDT JR., Marcos (Coord.); e OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem A Paulo Luiz Netto Lôbo**, Salvador, JusPodivm.

ALEXY, Robert, em **Teoria dos Direitos Fundamentais**, traduzido por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Editora Malheiros, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira, in Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277 DF. Relator: Min. Ayres Britto, DF, 13 outubro 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 567164 – MG. Relator: Min. Ellen Gracie. DF, 02 junho 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757411/MG. Relator: Min. Fernando Gonçalves. DF, 27 março 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1159242/SP. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 10 maio 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1159242/SP. Relator: Min. Nancy Andrighi. DF, 10 mai. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1159242/SP. Relator: Min. Marco Buzzi. DF, 23 maio 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS n. 32756 / DF– Proc. 2003/0235649-9. Relator: Min. Luiz Fux. DF, 22 maio 2006

_____. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS n. 43.604 / DF – Proc. 2005/0067757-4. Impetrante: Mohamad SoubhiSmali. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. DF, 29 agosto 2005.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1998.

_____. Lei nº 8.935/94 Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014

_____. Lei nº 8.987/95 Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **A Dignidade da Pessoa Humana no Âmbito Familiar**. Porto Alegre, Revista IOB de Direito de Família, v. 12, n. 60, junho/julho de 2010, p. 106.

CARLI, Vilma Maria Inocência. **Paradigmas Contemporâneos da Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Revista Prática Jurídica. Rio de Janeiro, Editora Consulex, ano VIII, nº 90, 30 de setembro de 2009, p. 17.

CAVALIERI FILHO, Sergio, em **Programa de Responsabilidade Civil**, 11ª Ed, rev. e ampl., São Paulo, Editora Atlas, 2014.

Código Civil Italiano, Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 25 mai. 2014.

Código Civil Português, Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 25 mai. 2014.

Código Civil Brasileiro de 1916, Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

DIAS, Maria Berenice, *in* **Manual de Direito das Famílias**, 8ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena, em **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, vol. 5, 26ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. em **Da União Estável Como Entidade Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.667, maio de 1991.

DESSEN, Maria Auxiliadora; e COSTA JUNIOR, Áderson Luiz, em **A Ciência do , em Desenvolvimento Humano: Tendências Atuais e Perspectivas Futuras**, Porto Alegre, Editora Artmed, 2005, p. 113.

EHRHARDT JR., Marcos, Responsabilidade Civil no Direito das Famílias: Vicissitudes do Direito Contemporâneo e o Paradoxo Entre o Dinheiro e o Afeto. Em ALBUQUERQUE, Fabíola Santos (Coord.); EHRHARDT JR., Marcos (Coord.); e

OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem A Paulo Luiz Netto Lôbo**, Salvador, JusPodivm.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson, em **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**, 6ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2014.

FERREIRA, A. B. H., **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, 3ª ed., Curitiba, Editora Positivo, 2004.

GOIÁIS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Processo Nº 40040-41.2012.8.09.0175, 4ª Vara de Família e Sucessões. Juíza: Maria Cristina Costa, 02 março 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, em **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, vol. 3, 11ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Editora Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando, em **Introdução ao Estudo do Direito Civil**, 19ª ed., rev., atual. e ampl., por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto, em **Responsabilidade Civil**, 15ª Ed, São Paulo, Editora Saraiva, 2014.

GRAU, Eros Roberto, *in* **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, 4ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2006.

LÔBO, Paulo, em **Direito Civil: Famílias**, 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf, *in* **Curso de Direito de Família**. 5ª Ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 10024101749125001 – MG – nº 1749125-18.2010.8.13.0024. Relator: Des. João Cancio. Belo Horizonte, 07 fevereiro 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros, *in* **Curso de Direito Civil: Parte Geral**, 37ª ed., ver. e atual., São Paulo, Editora Saraiva, 2000.

_____, Washington de Bastos, **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações**, 2ª parte, 32ª ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, 2000.

_____, Washington de Barros, em **Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 35ª ed., rev., São Paulo, Editora Saraiva, 1999.

MONTORO, André Franco, em **Introdução à Ciência do Direito**, 26ª ed., rev. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de *in* **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.

_____, Danos Morais e Relação de Família. Em PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2004, p. 401.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de, Refletindo o Afeto nas Relações de Família. Pode o Direito Impor Amor? *In* ALBUQUERQUE, Fabíola Santos (Coord.); EHRHARDT JR., Marcos (Coord.); e OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem A Paulo Luiz Netto Lôbo**, Salvador, JusPodivm

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, em **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 120-121.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, em Instituições de **Direito Civil: Direito de Família**, vol. 5, 22ª ed., rev. por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, em Instituições de **Direito Civil: Direito de Família**, vol. 5, 23ª ed., rev. por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2015.

REALE, Miguel, em Lições Preliminares de Direito, 27ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 303.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70042330472 – RS – nº 0165841-57.2011.8.21.7000. Relator: DES. Luiz Felipe Brasil Santos. Belo Horizonte, 08 setembro 2011.

RODRIGUES, Silvio, em **Direito Civil: Parte Geral**, 34ª ed., atual., São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

SCHREIBER, Anderson, em **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**, 5ª ed, São Paulo, Editora Atlas, 2013.

SEVERO, Sérgio, **Os Danos Extrapatrimoniais**, São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

TARTUCE, Flávio, O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família, - Abandono Afetivo e Alimentos. Em NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). **Direito & Justiça Social: Por uma Sociedade Justa, Livre e Solidária. Estudos em Homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza**. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 616-620.

TEPEDINO, Gustavo, em **Temas de Direito Civil**, 4ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, Editora Renovar

TOLOMEI, Carlos Young. A Noção de Ato Ilícito e a Teoria do Risco na Perspectiva do Novo Código Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

THOMÉ, Liane Maria Busnello, *in* **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Família**, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2010.