



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIEGO SARMENTO CRUZ SANTOS

**JURIDICIZAÇÃO DO AFETO: RESPONSABILIDADE CIVIL
PELO ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO FILIAL?**

Salvador

2013

DIEGO SARMENTO CRUZ SANTOS

**JURIDICIZAÇÃO DO AFETO: RESPONSABILIDADE CIVIL
PELO ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO FILIAL?**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves de Farias

Salvador

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

DIEGO SARMENTO CRUZ SANTOS

**JURIDICIZAÇÃO DO AFETO: RESPONSABILIDADE CIVIL
PELO ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO FILIAL?**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

Ao Deus Altíssimo e Todo-Poderoso –
por ser o meu refúgio e fortaleza, o
meu Deus, em quem confio.

Aos meus amados pais e irmãos – por
todo amor que faz de nós uma família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Deus vivo e eterno, reconhecendo que a realização deste trabalho não se deu por mérito próprio, mas pela capacidade e pelo conhecimento concedidos por Ele, o Deus de insondável sabedoria;

Aos meus familiares, que sempre acreditaram na minha escolha pelo Direito e por serem os maiores entusiastas da minha carreira como jurista – em especial: Adilton, Helena, Cremilda, Neusa, Juba, Rafa, Mima, Susan e Ana Maria;

Às Déboras, mães em Cristo Jesus, pelas orações constantes;

Ao professor, orientador e amigo, Cristiano Chaves, pela excelência na orientação, pela pertinência das ponderações e críticas e, principalmente, pelo incentivo e confiança;

Ao corpo docente da Faculdade Baiana de Direito, por estar sempre disposto a colaborar com o desenvolvimento acadêmico e profissional dos seus alunos;

Aos funcionários da faculdade, pelo sorriso e gentileza sempre dispensados, em especial, aos funcionários da Biblioteca Orlando Gomes, pelo auxílio tão precioso nos momentos de pesquisa;

Por fim, agradeço imensamente aos colegas da Turma 2009.1, em especial, às colegas de orientação, Celene Olímpia e Luciana Gondim, pelo apoio mútuo e solidário.

Como é bom poder pertencer a um Deus de amor
Como é bom poder confiar em tua fidelidade
Eu descanso em Ti, eu espero em Ti
Eu te adoro, Deus de amor

(Ana Paula Valadão,
Deus de Amor, DT).

RESUMO

Faz-se um breve histórico sobre a evolução do conceito de família, tratando das mudanças dos paradigmas das relações familiares que passam da biologia para o afeto. Para melhor elucidar tais mudanças, discorre-se sobre o valor jurídico do afeto nas entidades familiares contemporâneas. Posteriormente, faz-se um apanhado dos princípios norteadores das relações familiares, pontuando a discussão existente em torno do princípio da afetividade. Destaca-se o entendimento de que o afeto figura como um postulado normativo e não como um princípio jurídico. Apresenta-se um panorama geral do instituto da Responsabilidade Civil no Direito de Família, expondo-se as principais questões que envolvem o tema, bem como a natureza jurídica e os pressupostos da reparação civil nas relações familiares à luz do ordenamento jurídico brasileiro; atrelada a uma abordagem mais específica e detalhada da admissibilidade da reparação civil pelo abandono afetivo na relação filial. Para tanto, faz-se uma análise apurada das principais correntes doutrinárias que disciplinam sobre a possibilidade de se admitir a reparação civil pelo abandono afetivo, bem como as correntes contrárias, que entendem pela impossibilidade da incidência da responsabilidade civil nos casos referentes às relações afetivas. Em seguida, faz-se uma equalização dos argumentos doutrinários expostos, abordando, inclusive, as recentes decisões jurisprudenciais acerca da matéria em questão. Conclui-se o presente trabalho com o entendimento de que a incidência do fenômeno da responsabilidade civil é plenamente possível de ser aplicado às relações familiares, contudo, há que se observar as peculiaridades dessas relações, tendo em vista que possuem o elemento afetivo como diferenciador das demais relações jurídicas.

Palavras-chave: Família; Responsabilidade Civil; Abandono Afetivo; Dano Moral; Reparação Civil; Afetividade.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	09
2 DA BIOLOGIA PARA O AFETO – MUDANÇAS DOS PARADIGMAS NAS RELAÇÕES FAMILIARES	12
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
2.2 O AFETO COMO ELEMENTO ESTRUTURAL DA FAMÍLIA	16
2.3 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO TUTELÁVEL	17
2.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE (?)	20
3 FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA	24
3.1 PRINCÍPIO DO RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	25
3.2 PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR	26
3.3 PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA RESPONSABILIDADE PARENTAL	27
3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS FILHOS	27
3.5 PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	29
3.6 PRINCÍPIO DA LIBERDADE	29
3.7 DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO	30
3.8 AFETO: PRINCÍPIO OU POSTULADO?	33
4 GENERALIDADES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA	44
4.1 INCIDÊNCIA DAS REGRAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: ADMISSIBILIDADE	45
4.2 COMPETÊNCIA	48
4.3 ELEMENTOS RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA	49
4.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DANO	53
4.5 DA PRESCRIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA	55
4.6 FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA	57
5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO	

FILIAL	60
5.1 CONCEITO	60
5.2 PRESSUPOSTOS	62
5.3 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS	64
5.4 EQUALIZAÇÃO DOS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS	71
5.5 DIVERGÊNCIAS NO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	74
6 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	81

1 INTRODUÇÃO

O problema de pesquisa enfrentado nessa monografia é a discussão acerca da juridicização das relações afetivas pelo Estado, analisando, mais precisamente, a possibilidade da reparação civil pelo abandono afetivo nas relações filiais.

A pretensão da pesquisa é avaliar se a reparação civil é devida nos casos de abandono afetivo ou se isto configuraria uma invasão exagerada do Estado, representando uma judicialização das relações afetivas. Se seria possível o Estado intervir de forma tão extensiva, a ponto de exercer força coercitiva para obrigar uma conduta afetiva ou se este teria a capacidade e legitimidade de mensurar um dano afetivo, quantificar um abandono ou falta de afeto.

A escolha do tema foi impulsionada pela complexidade jurídica da questão, bem como pela relevante repercussão social, tendo em vista as recentes discussões em torno do julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 1.159.242 –SP¹) que condenou um pai a pagar indenização à sua filha pelo abandono afetivo e material de anos.

Como os Tribunais Superiores ainda não uniformizaram o entendimento quanto a matéria, percebe-se a importância de se discutir a questão para que se possa compreender melhor em que consiste essa reparação civil afetiva, qual a sua natureza jurídica e, acima de tudo, qual a sua função social.

O julgado do Superior Tribunal de Justiça, firma precedente para uma atuação cada vez mais próxima das relações privadas, reacendendo os debates acerca da interferência estatal nas relações interpessoais, ainda mais por se tratar da relação familiar.

Para tanto, far-se-á uma abordagem sobre a possibilidade do filho, afetivamente abandonado, recorrer à justiça a fim de requerer a reparação pelos danos ocasionados pela falta de afeto.

¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 – SP**. Proc. 2009/0193701-9. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&processo=1159242&b=ACOR>. Acesso em: 12. nov. 2012.

O que se pretende é entender como se perfaz o dano decorrente do abandono afetivo e qual seria a melhor forma de tutelar o afeto envolvido. Sabe-se que mesmo nas relações familiares há a configuração de danos que são passíveis de ressarcimento, contudo, ao tratar do dano afetivo, surge o questionamento sobre como se aferir o dano ou até mesmo se este dano deveria ser configurado como ato ilícito merecedor de reparação civil.

As relações familiares, diferente de todas as outras, possuem a particularidade de envolver a afetividade, sendo impossível desvincular este elemento que, com a mudança dos paradigmas familiares, mostra-se como elemento estruturante da entidade familiar contemporânea. Desse modo, cabe uma ponderação quanto a configuração dessa ofensa ao afeto, tendo em vista que todos os relacionamentos familiares pressupõem o envolvimento dos mais diversos sentimentos, sendo comum as desilusões e decepções afetivas.

O trabalho foi desenvolvido em cinco capítulos.

No início, é apresentado um breve histórico das mudanças dos paradigmas nas relações familiares para explicar como se procedeu a evolução do conceito de família que passou da perspectiva biológica para uma concepção firmada, principalmente, no afeto. Ainda nessa conformação dos novos conceitos, dessa visão pós-moderna de família que tem o afeto como elemento estruturante da família, ressalta-se o valor do afeto nas relações pessoais e jurídicas.

Na sequência, são apresentados os princípios que norteiam o Direito de Família por serem considerados como instrumentos de proteção da pessoa humana. Nesse ponto, abre-se a discussão acerca do que muitos doutrinadores consideram como princípio da afetividade. É apresentado o posicionamento doutrinário que entende o afeto como princípio implícito da Constituição e, portanto, como princípio, dotado de normatividade. Por outro lado, é apresentada a visão doutrinária de entendimento oposto, que defende o afeto, não como um princípio, mas como um postulado normativo, ou seja, uma norma de segundo grau, servindo apenas como norte hermenêutico, não sendo dotado de normatividade jurídica. A fim de esclarecer tais posicionamentos, delinea-se os conceitos dos princípios e postulados normativos.

No capítulo quatro, aborda-se as generalidades sobre a responsabilidade civil no Direito de Família. Examina-se os elementos e pressupostos do instituto da

responsabilidade, bem como a possibilidade de se admitir a incidência das regras da Responsabilidade Civil nas relações familiares.

Finalmente, no quinto capítulo, discorre-se sobre a possibilidade da aplicação da responsabilidade pelo abandono afetivo na relação filial.

Diante das polêmicas que envolvem a matéria, faz-se uma criteriosa análise dos entendimentos doutrinários e das contraditórias decisões dos tribunais superiores, fazendo-se referência, inclusive, aos embargos de divergência interpostos no Superior Tribunal de Justiça.

Assim, depois de traçar um panorama da evolução histórica do Direito de Família e uma análise do dano moral nas relações familiares e, por conseguinte, a possibilidade ou não da incidência da Responsabilidade Civil no Direito de Família, conclui-se pela impossibilidade de se aplicar as regras da Responsabilidade Civil para pleitear reparação pelos supostos danos decorrentes do abandono afetivo. Tendo em vista as peculiaridades das relações familiares, entende-se que apesar de ser possível a incidência da Responsabilidade Civil no Direito de Família, não se aplicaria a todas as relações. Caso contrário, o Estado estaria juridicizando o afeto.

2 DA BIOLOGIA PARA O AFETO – MUDANÇAS DOS PARADIGMAS NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Não restam dúvidas de que a família, enquanto agrupamento humano, constitui a mais importante base estruturante da sociedade.

É no seio familiar que toda a dinâmica social se inicia. As pessoas, ainda crianças, começam a ter os seus primeiros contatos com as situações fáticas da vida dentro da sua estrutura familiar, o que vai refletir na sua posterior interação com a sociedade.

Pode-se dizer que é no âmbito familiar que se processam todos os fatos elementares da vida do ser humano, motivo pelo qual deva ser considerada como estrutura básica social².

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A origem da família tem sua raiz na necessidade que o ser humano tem em agregar-se e conviver com seus iguais. Além de ser uma forma de proteção do grupo, há também o instinto de perpetuação da espécie³.

Não faltam referências históricas e descobertas arqueológicas que apontam para agrupamentos primitivos, reconhecidos como grupos sociais, constituídos por membros de uma mesma família. Instintivamente, as pessoas permaneciam vinculadas umas às outras para que pudessem sobreviver, buscar proteção e procriar.

A organização da estrutura familiar desses grupos sociais se modificou muito durante a história. Fala-se nas mais diversas composições familiares, muitas delas se mantêm até os dias atuais em algumas sociedades, como a poligamia.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 38-39.

³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.27.

Entretanto, algumas composições familiares obtiveram maior destaque, inclusive, influenciando de forma enfática o direito da época e a organização atual das famílias modernas.

Assim se deu com a família romana organizada sob o princípio da autoridade. Em Roma, era tida como família aquele conjunto de pessoas que se submetiam ao *patrio potestas*, do ascendente comum mais velho vivo. Ela era, concomitantemente, uma unidade religiosa, política, econômica e jurisdicional⁴. O pai tinha o pátrio poder e, investido com este poder, era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Exercia sobre os filhos direito de vida e morte. A mulher nunca passava de filha ou esposa. Não tinham direitos próprios, estavam totalmente submetidas à autoridade do pai ou do marido⁵.

Fustel de Coulanges afirmava que a família primordial tinha como base o afeto natural e não apenas a geração, contudo, com o direito greco-romano, essa afeição deixou de ser relevante. O afeto, portanto, poderia existir, mas nada representava em direito. Cita, ainda, como exemplo, a questão do direito sucessório, onde o pai, mesmo amando a sua filha, não poderia legar-lhe os bens.⁶

As leis da sucessão, isto é, as que entre todas as outras atestam mais fielmente as idéias que os homens tinham da família, estão em contradição flagrante, quer com a ordem de nascimento, quer com o afeto natural dos membros de uma família. (...) Os historiadores do direito romano, tendo justamente notado que nem o afeto, nem o parentesco eram o fundamento da família romana, julgaram que tal fundamento devia residir no poder do pai ou do marido.⁷

Em sua evolução pós-romana, a estrutura familiar recebe grande influência do direito germânico. Acolhe, especialmente, os preceitos do cristianismo, ao passo que a família assume cunho sacramental e é reduzida ao grupo composto por pais e filhos⁸.

O Direito moderno revestiu a família de outras características, substituindo o princípio da autoridade, mitigando o “*pater potestas*”, que fundamentava uma sociedade autocrática, por uma concepção mais democrática das relações

⁴ WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. Corrêa da. **Direito Civil: direito de família**. 17 ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, v.5, p. 11.

⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p.27-29.

⁶ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961 (versão digitalizada em 2006), p.33-34.

⁷ *Ibidem*, p. 35.

⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.*, 2009, p.30.

familiares. O pátrio poder passou a ser entendido com um poder familiar, ou melhor, um poder-dever. Nesta ambiência, “a origem biológica era indispensável à família patriarcal e exclusivamente matrimonializada, para cumprir suas funções tradicionais e para separar os filhos legítimos dos filhos ilegítimos”⁹.

Assim, os filhos deixam de ser objetos de direito e passam a ser sujeitos de direitos. O poder-dever familiar é exercido pelos genitores servindo aos interesses dos filhos. É preciso analisar essa estrutura social elementar com base em novos paradigmas, tendo em vista que o conceito de família e a própria estrutura familiar passou por algumas mudanças ao longo dos anos.

A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão do afeto, pouco importando o modelo que adote (...) Não somente do casamento, mas de todas as entidades familiares e das relações de filiação (...) A concepção revolucionária da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha com instituição natural e de direito divino, portanto, imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário.¹⁰

O Direito de Família passou por uma mudança estrutural; de uma concepção biológica para uma concepção cultural ou afetiva. O Direito de Família, encontra-se, pois, em sua fase pós-moderna, pautado no afeto, não mais os critérios biológicos até então adotados para identificar o vínculo familiar.

Como explicitam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal:

Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes são os referenciais da família contemporânea¹¹.

A Constituição Federal de 1988 apresenta, por sua vez, uma pluralidade conceitual para a família, passando a tratar a família em capítulo específico e interpretando-a à luz do garantismo.

O capítulo VII da Constituição Federal destaca a proteção especial dada à família. Em seus artigos, amplia o reconhecimento das entidades familiares, possibilitando outras estruturas de família, além da família-padrão, até então entendida como

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

¹⁰ *Ibidem*, p. 65 *et. seq.*

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p.41.

aquela advinda do casamento. “Foi na constituição que se venceu o desvaler dos filhos não matrimônios vigente sob a noção patriarcal que associava a legitimidade ao casamento”¹².

Em seu art. 226, a Constituição Federal de 1988¹³, abandona uma visão matrimonializada da família, trazendo um rol exemplificativo¹⁴ de tipos reconhecidos de família, a saber: advinda do casamento, pela união estável, as monoparentais, anaparentais e tantas outras possibilidades decorrentes das relações afetivas.

Nesse sentido, houve toda uma mudança na visão da família contemporânea, passando-se, como já informado, a considerar novos modelos de família, rompendo com a visão institucionalizada da família e passando a centrar a nova compreensão nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

Objetivando a satisfação de todos os membros, “rompeu-se com a primazia dos laços sanguíneos e patrimoniais em prol do vínculo afetivo”¹⁵.

A interpretação passou a ser ampla, não mais tratando a família como instituição, mas como um instrumento do desenvolvimento da pessoa humana.

Assim, a família seria um meio de promoção da pessoa e não a finalidade em si mesma. Dessa forma, “não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano”¹⁶.

Com a mudança dos paradigmas, a família moderna já não se limita aos padrões e estruturas baseadas no casamento, sexo e procriação. O elemento identificador da família é a presença de um vínculo afetivo, seja através do casamento, da união estável, da adoção ou qualquer outra forma de convívio, nos mais diversos arranjos

¹² FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.38.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

¹⁴ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. **Adin 4277/DF** – Relator: Min. Ayres Britto. Requerente: Procuradora-geral da República. Requerido.: Presidente da República. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2012. Voto do Min. Marco Aurélio:

[...] **A família, por outro lado, é uma construção cultural** [...] Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. **Este passa a ser o direito “das famílias”, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento**. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum.” (grifos nossos)

¹⁵ *Ibidem*, 2003, p.50.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 45 *et. seq.*

familiares, que as pessoas encontram para buscar a felicidade, independentemente da sua conformação.

2.2 O AFETO COMO ELEMENTO ESTRUTURAL DA FAMÍLIA

Os paradigmas familiares passaram por profundas transformações nos últimos anos e continuam em constante processo de modificação. Os institutos familiares ganharam mais autonomia ao abarcar o afeto como elemento indispensável às relações familiares.

Nesse momento, então, prospecta-se o conceito de família para o direito, traçando os contornos da evolução histórica e mudança de paradigma do direito de família no Brasil em face do que se tem denominado de “princípio da afetividade”.

A família patriarcal que tinha funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas foi desaparecendo e dando lugar a um grupo social fundado nos laços de afetividade.¹⁷

À luz dos novos paradigmas delineadores do conceito moderno de família observa-se uma mudança significativa na compreensão do grupo familiar, agora, pautado na afetividade e solidariedade.

Para Rolf Madaleno, “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento [...]”¹⁸, de modo que os traços sanguíneos não necessariamente estão acima dos laços afetivos. Podendo estes, inclusive, se sobrepor àqueles.

Hoje, o que se observa é a família com instrumento, não mais família como instituição. Ou seja, a família, nesses novos moldes, existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

¹⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.66.

A entidade familiar deve ser compreendida, em sua essência, como grupo social estruturado nos laços de afetividade, tendo em vista ser esta a única leitura constitucional que poderá ser feita nessa fase pós-moderna do Direito de Família.¹⁹

2.3 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO TUTELÁVEL

A Constituição Federal de 1988 assegurou uma série de garantias e direitos para proteção da pessoa humana. Tratou em seu texto de evidenciar que todos os direitos que se relacionassem com a dignidade humana teriam status de direito fundamental. De modo que não economizou ao elencar um extenso rol de direitos individuais e sociais em seu art. 5º e ainda ampliando as possibilidades de interpretação à luz dos princípios garantidores, por isso ficou também conhecida como Constituição Cidadã.

Por oportuno, cumpre indagar: o afeto seria um bem jurídico tutelado pela Constituição?

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente²⁰ acolheram a doutrina da proteção integral. As crianças e adolescentes foram resguardadas de todas as formas de negligência. Foram transformadas em sujeitos de direitos sendo contempladas com uma série de garantias e prerrogativas. Para tanto, a Constituição atribuiu à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade para dar efetividade a todas as garantias e prerrogativas asseguradas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em capítulo que versa sobre o direito à convivência familiar, no art. 19, dispõe que toda criança tem direito de ser criada e educada no seio da sua família. Sendo-lhe assegurada a convivência familiar e comunitária²¹.

Logo em seguida, no art. 22, o Estatuto disciplina os deveres dos pais, quais sejam: dever de sustento, de guarda e educação dos filhos menores.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p.70.

²⁰ BRASIL. **Lei 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Brasília, DF, 14 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12. Out. 2012.

²¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p.22-23.

Tais deveres também foram disciplinados pelo Código Civil de 2002²², nos art. 1.634, que enumera cinco incisos dentre os quais pontua o dever de dirigir a criação e educação, bem como, o dever de ter os filhos em companhia e guarda²³.

Não há divergência quanto ao significado da expressão “dever de dirigir a criação e educação”. Contudo, discute-se muito qual seria a melhor interpretação da expressão “companhia”.

Entende Maria Berenice Dias²⁴, que tal dispositivo legal centra no afeto o elemento agregador do conceito atual de família. Assim, a convivência dos filhos com os pais deveria ser encarada como um dever, não um direito. De modo que a guarda compartilhada e o direito de visita não seriam direitos dos pais, mas uma obrigação. Para a autora, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar da responsabilidade dos pais para com seus filhos, estaria se referindo não apenas a guarda, educação, moradia e sustento, mas também o dever de convivência. Acredita que só assim a criança poderá ter pleno desenvolvimento psicológico e emocional.

Na hipótese de inadimplemento desse dever de convívio, quando o filho fosse privado da companhia dos pais, os danos emocionais sofridos pela criança em face desse “abandono” seriam merecedores de indenização.

Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo.²⁵

Nessa mesma linha de pensamento, pondera Ana Karina Fragoso²⁶ que o afeto deveria ser considerado como um elemento a ser revestido por uma tutela jurídica, pois integra relevante aspecto no desenvolvimento sadio das crianças.

Entende que dentre os direitos da personalidade se situa o direito à integridade psíquica, que está intimamente ligado ao recebimento de afeto que irá desencadear

²²BRASIL. **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2012.

²³ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 28

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.448 *passim*.

²⁵ *Ibidem*. *Loc. cit.*

²⁶ FRAGOSO, Ana Karina Ciríaco. Abandono afetivo: uma questão de personalidade. **Revista da ESMape**. Recife: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, v.14, n.29, jan./jun. 2009, p.17 *et seq.*

na criança outros elementos como autoconfiança, senso de dignidade própria, honra subjetiva entre outros. De modo que a omissão dos pais podem causar grandes prejuízos aos atributos da personalidade dos filhos que estão em processo de desenvolvimento.

Assim, já há posicionamentos como estes que defendem o afeto como valor jurídico tutelável. Contudo, por outro turno, também há quem se posicione de modo contrário²⁷, como Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenthal, Walsir Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida. Estes doutrinadores seguem o entendimento de que o afeto, apesar de ser um elemento de extrema relevância na direito de família, é desprovido de uma exigibilidade jurídica. “Isto por conta do seu inescindível caráter de sentimento humano espontâneo”.²⁸ Dessa forma, concluem que o afeto, embora seja um elemento inerente às relações familiares e de grande relevo para as decisões judiciais sobre questões que versem a respeito dos relacionamentos familiares, é um elemento “insuscetível de ser entendido como um valor jurídico exigível através do Poder Judiciário, sob pena de martirizar a sua própria essência espontânea”.²⁹

O afeto não deve ser exigido juridicamente, pois o valor jurídico da afetividade suplanta a questão do ressarcimento pelo dano afetivo. Esse valor, já incorporado pelo sistema, ultrapassa a visão patrimonial, abrindo espaço para mudanças relevantes no ordenamento. Um exemplo disso é que, como valor incorporado ao sistema jurídico, o legislador já entendeu que o afeto permite a filiação socioafetiva, possibilitando o acréscimo do sobrenome do padrasto/madrasta ao enteado, conforme a estabelece a Lei nº 11.924³⁰. Outro exemplo que merece destaque é a Lei nº 12.398/11³¹ que garante o direito de visita dos avós, reconhecendo o vínculo de afeto entre avós e netos.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p.73 e RODRIGUES JÚNIOR, Walsir; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.42-43

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p.73

²⁹ *Ibidem. Loc. cit.*

³⁰ Art. 1º Esta Lei modifica a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta, em todo o território nacional. BRASIL. **Lei nº 11.924**, de 17 de abril de 2009. Brasília, DF, 17 abr. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm> Acesso em: 30 maio 2013.

³¹ Esta lei acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 -

Sendo assim, o valor jurídico do afeto não deveria ser pensado apenas como um valor jurídico exigível e, portanto, passível de ser objeto de indenização. Deve ser visto como um valor do sistema jurídico como um todo, independente da questão indenizatória.

2.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE (?)

“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”.³²

A afetividade se torna mais evidente nas composições familiares espontaneamente constituídas. Flávio Tartuce defende, inclusive, que de tão solidificada na sociedade, a afetividade constitui um “código forte” no Direito contemporâneo, gerando mudanças na forma de se pensar a família.³³

Para Maria Berenice Dias, apesar da palavra “afeto” não constar no texto constitucional, ao elencar um extenso rol de garantias e direitos individuais como forma de promover a dignidade e a igualdade de todos, o Estado estaria atraindo para si o compromisso de assegurar o afeto. Deste modo, o primeiro obrigado a assegurar o afeto seria o próprio Estado.³⁴

Assim, ao reconhecer e tutelar novas formações familiares, a exemplo da união estável, o Estado estaria constitucionalizando um modelo de família abalizado no afeto e na realização pessoal.

A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção **eudemonista** da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou

Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos. BRASIL. **Lei nº 12.398**, de 28 de março de 2011. Brasília, DF, 28 mar. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm> Acesso em: 30 maio 2013.

³² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66.

³³ TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família: breves considerações. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012, p.28.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 8. ed. 2ª tir. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.70.

nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.³⁵

Compartilhando do mesmo entendimento, Paulo Luiz Netto Lôbo ensina que “o princípio da afetividade é fato jurídico-constitucional, pois é espécie do princípio da dignidade da pessoa humana e emerge das normas acima referidas, que o sistematizam”³⁶.

Ressalta ainda, o referido autor, a mudança dos paradigmas quanto as limitações biológicas do vínculo familiar.

Assim, entende que

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988 [...] a filiação biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional e no afazer dos aplicadores do direito [...]. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.³⁷

Pois bem, o afeto assume com a Constituição de 1988 papel de destaque como principal fundamento das relações familiares. A valorização constante da dignidade da pessoa humana conduziu a família “no sentido da desbiologização da paternidade, reconhecendo, assim, o vínculo socioafetivo como sendo preponderante ao vínculo biológico [...]”³⁸.

Observe que o afeto sempre foi e continua sendo um elemento presente quando se trata de família e relacionamentos familiares, nos seus mais diversos arranjos e composições.

Ocorre que, com a constitucionalização de direitos, o afeto foi elevado ao patamar de elemento estruturante das relações familiares, originando, por si só, consequências no plano do direito.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 8. ed. 2ª tir. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

³⁶ Paulo Luiz Netto Lôbo, Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012, p. 40.

³⁷ *Ibidem*, p.39.

³⁸ VILAS-BÓAS, Renata Malta. A importância dos princípios específicos do direito das famílias. **Revista Síntese Direito de Família**, v.12, n.63, dez./jan, 2011, p. 35.

Com o princípio da dignidade da pessoa humana servindo como fundamento da ordem constitucional, a afetividade passa a ser compreendida como um fato jurídico *stricto sensu*, visto que pode ser percebida no plano real dos acontecimentos – mundo do ser.

Dessa maneira, a eventual exteriorização da afetividade faz desencadear efeitos jurídicos que não devem ser omitidos ou desconsiderados pelo Direito.

Essa exteriorização do afeto não é difícil de ser percebida, basta observar o crescente número de arranjos familiares não matrimônios. A união estável, é um grande exemplo de composição familiar sem qualquer previsão jurídica que está pautada tão somente na afetividade.

A união estável, como relação afetiva, provocou tantas repercussões no mundo do ser, dos fatos, que o Legislativo passou a disciplinar essas relações para conformá-la dentro do próprio ordenamento jurídico pátrio.³⁹

Nesse contexto, muitos autores⁴⁰ têm franqueado ao afeto o *status* de princípio e, como tal, capaz de vincular condutas, uma vez que os princípios, dentro da nova visão constitucional, foram elevados a condição de norma jurídica, portanto, passaram a ser exigíveis.

A reflexão que se propõe é se o afeto deveria ser qualificado como um princípio, mesmo diante de tamanha importância na estrutura da família e, por conseguinte, assaz relevante para o mundo jurídico.

Os princípios são dotados de normatividade, assim, são vinculantes e podem ser exigíveis. Considerar o afeto como um princípio não seria juridicizá-lo?

³⁹ Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. BRASIL. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF, 10 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm> Acesso em: 30 maio 2013.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Tal entendimento também pode ser visto em: TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família: breves considerações. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012; MADALENO, Rolf. A afetividade como princípio jurídico consagrado no direito de família. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012; KIKUNAGA, Marcus. Direito de família e a afetividade no século XXI. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012.

A doutrina se divide quanto ao assunto. Há que entenda que o afeto é sim um princípio jurídico e, portanto, exigível juridicamente. Lado outro, há aqueles que defendem que o afeto não pode ser qualificado como um princípio-norma, sob pena de desvirtuá-lo, pois uma vez imposto, perderia a sua autenticidade. “O afeto, destarte, é situação relevante para o Direito das Famílias, mas desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresente voluntariamente”⁴¹. Muitos são os argumentos trazidos pela doutrina, tanto para justificar que o afeto assumiu o *status* de princípio jurídico, quanto para defender a ideia de que, apesar do seu valor jurídico, o afeto não deve ser visto como norma jurídica. Tal controvérsia, entretanto, será delineada com maior precisão no próximo capítulo, no item 3.8.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012 , p.73.

3 FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal estabelece a família como a base da sociedade e, portanto, merecedora de especial proteção do Estado. Afirma ainda que a família tem por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, planejamento familiar, dentre outros.⁴²

Os princípios são normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo normas de comportamento.

O Direito de Família apresenta uma principiologia muito particular em virtude das peculiaridades atinentes às relações familiares. Não haveria outra maneira a não ser pensar em um subsistema jurídico informado por princípios próprios, como o melhor interesse da criança e sua proteção integral.

Nesse sentido, verifica-se o voto do ministro Cesar Asfor Rocha⁴³:

Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente - a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. **Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família.** Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. (grifos nossos)

Deve-se reconhecer, também, a necessidade da constitucionalização do Direito de Família, pois os princípios constitucionais irradiam por todos os ramos do direito.

⁴² Art. 226, §7º, da Constituição Federal. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

⁴³ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 757.411 – MG**. Proc. 2005/0085464-3. Recorrente: V de P F de O F. Recorrido: A B F (Menor). Relator: Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 12 nov. 2012.

Não é diferente no que se refere ao âmbito civil das relações familiares que ganham uma nova dimensão com a normatividade dos princípios consagrados pela Carta Maior. De modo que “os antigos princípios do Direito de Família foram aniquilados, surgindo outros, dentro dessa proposta de constitucionalização, remodelando esse ramo jurídico”⁴⁴.

A breve análise de alguns dos princípios do Direito de Família não se presta a um estudo profundo sobre o tema, apenas uma visão geral daqueles princípios que foram considerados como pressupostos metodológicos deste trabalho.

3.1 PRINCÍPIO DO RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é fundamento da ordem constitucional do país, expressamente prevista no primeiro artigo da Constituição Federal⁴⁵. É princípio que “pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares”⁴⁶.

Constitui a base da comunidade familiar, tanto a biológica quanto a sócio afetiva, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente a criança e o adolescente.

Cristiano Chaves, assinala as mudanças no ambiente jurídico decorrentes da tábua axiológica imposta pela Magna Carta de 1988. Aponta ainda que não basta uma mera adequação do Direito Civil à norma constitucional, mas um ruptura completa com a visão tradicional, individual e patrimonialista. Propõe, então, um novo Direito Civil, “construído a partir da legalidade constitucional, cujo olhar se volta para a proteção da pessoa humana e não mais para o seu patrimônio”⁴⁷.

⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc>. Acesso em 11 maio 2013.

⁴⁵ Art. 1º, III, da Constituição Federal: 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: a dignidade da pessoa humana. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Coord.). **Leituras Complementares de direito civil. O direito civil-constitucional em concreto**, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 32.

⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. Redescobrimo as fronteiras do direito civil: uma viagem na proteção da dignidade humana, In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Leituras complementares de direito civil. O direito civil - constitucional em concreto**, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.19.

Este princípio é considerado como princípio maior do ordenamento brasileiro, visto que constitui o fundamento do estado democrático de direito, art.1º da Constituição Federal.

A preocupação com a tutela dos direitos humanos, bem como pela justiça social, motivou o legislador constituinte a elevar a dignidade da pessoa humana ao patamar de valor nuclear da ordem constitucional.⁴⁸

Por isto, é entendido como um macroprincípio, do qual são corolários os demais: pluralismo, liberdade, autonomia, solidariedade etc.

3.2 PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR

Este princípio é percebido uma vez que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares, como união estável e família monoparental.⁴⁹

[...] A proteção à família somente se justifica para que se implemente a tutela avançada da pessoa humana, efetivando no plano concreto, real, a dignidade afirmada abstratamente. É a família servindo como instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e para a realização plena de seus membros⁵⁰.

O texto constitucional alarga o conceito tradicional de família para abarcar as entidades familiares não matrimonializadas, dedicando a mesma proteção jurídica dedicada ao casamento.

Nota-se que, com a Carta Política vigente, bem como pela legislação, jurisprudências e trabalhos doutrinários, a sociedade brasileira optou por um novo modelo de organização familiar, que tem o afeto como elemento central e busca a realização individual dos seus membros.

Maria Helena Diniz entende que os novos contornos no conceito de família permite uma “possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 89.

apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade”.⁵¹

3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA DE TODOS OS FILHOS⁵²

Este princípio tutela a isonomia entre os filhos, conforme dispõe o art.227, § 6º da Constituição Federal e os arts. 1.596 a 1.629 do Código Civil.

Os referidos dispositivos legais proíbem que se faça qualquer distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos. Estes deverão ter os mesmos direitos e qualificações, sendo proibida qualquer designação discriminatória.

Nesse caminho, tal princípio permite o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento fazendo com que os filhos tenham os mesmos direitos hereditários, independente do vínculo que unem seus genitores.

Essa igualdade não é apenas patrimonial, também se refere ao campo existencial. Por isso, a exemplo de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, muitos têm denominado o referido princípio como o *princípio da igualdade substancial entre os filhos*, para ratificar que “todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal”⁵³.

A igualdade entre os filhos, portanto, é um meio de concretização da dignidade da pessoa humana. Assim, todo e qualquer dispositivo legal que importe em tratamento discriminatório deverá ser afastado do sistema jurídico.

3.4 PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA RESPONSABILIDADE PARENTAL⁵⁴

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.5, p.13.

⁵² KIKUNAGA, Marcos Vinícius. Direito de Família e a Afetividade no século XXI. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012, p.32 *et. seq.*

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p.133.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 133 *et. seq.*

Este princípio refere-se especificamente a previsão de uma responsabilidade familiar. Seria como um norteador das relações familiares, enfrentando o problema do planejamento familiar pautando-se na ideia de uma paternidade responsável.

A finalidade maior de um planejamento familiar é evitar que novos núcleos familiares se formem sem estrutura para manter-se.

Fica a cargo do Poder Público, por sua vez, proporcionar recursos educacionais e científicos para que o planejamento familiar possa ser implementado pelo maior número de pessoas.

Destaque-se que o Estado, ou qualquer instituição privada, não pode impor de forma coercitiva um projeto familiar a qualquer pessoa. Fica a cargo do casal a escolha pelo plano de família mais adequado à sua realidade.

Portanto, a organização do planejamento familiar é direito de cada cidadão. Ademais, cabe ao Estado orientar, promover ações educativas e preventivas, garantindo o acesso a informação e resguardando a concretização de direitos.

Dentro desse contexto de composição familiar, importa atentar para a responsabilidade parental.

A responsabilidade parental, também entendida como princípio da paternidade responsável, propõe um programa familiar racional e consistente, que proporcione aos seus membros um desenvolvimento digno.⁵⁵

Não raro se verifica a figura da alienação parental nos núcleos familiares dissolvidos. Esse comportamento é tão comum nas relações familiares que uma lei foi criada para tratar especificamente da matéria.⁵⁶

Dentre outras considerações, a Lei da Alienação Parental disciplina que “a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de

⁵⁵ PIRES, Thiago José Teixeira. **Princípio da Paternidade Responsável**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24305/principio-da-paternidade-responsavel#ixzz2T2fC5umL>>. Acesso em: 11/05/2013

⁵⁶ Lei da Alienação Parental. BRASIL. **Lei 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em 27/05/2013.

convivência familiar saudável, [...] constitui abuso moral contra a criança [...] e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental”⁵⁷.

Esta perturbação da relação afetiva por um dos pais em relação ao outro ou qualquer dos familiares próximos resulta em graves prejuízos biopsicossociais para a criança ou adolescente, ofendendo a sua integridade física, por conseguinte, a sua dignidade.

3.5 PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, [...] à profissionalização, à cultura, à dignidade [...]”.⁵⁸

Em todos os casos busca-se sempre o melhor interesse para o menor. Maria Berenice Dias⁵⁹ intitula tal proteção como a “doutrina da proteção integral”, em vista da vulnerabilidade dos menores, busca-se proporcionar um tratamento diferenciado, levando em consideração a prioridade das situações que envolvam crianças e adolescentes.

Maria Berenice Dias, observa ainda que toda a regulação desses direitos encontram-se previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA⁶⁰.

Este princípio permite o integral desenvolvimento da personalidade da criança e é diretriz solucionadora de questões conflitivas advindas da separação judicial ou divórcio dos genitores, relativas à guarda, ao direito de visita etc.

3.6 PRINCÍPIO DA LIBERDADE⁶¹

⁵⁷ Art. 3º da Lei da Alienação Parental. BRASIL. **Lei 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em 27/05/2013.

⁵⁸ Art. 227, caput. *Idem*. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

⁵⁹ Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68-69

⁶⁰ BRASIL. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 06 jun. 2013.

Este princípio é fundado no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio do casamento ou união estável, sem qualquer imposição ou restrição. Mantém estreita relação com o princípio da autonomia da vontade.

Representa, portanto, a liberdade que as pessoas tem em formar uma família, planejar como se dará essa comunhão de vida, escolher o regime matrimonial de bens, de como se dará a administração dos bens familiares e dos particulares e por fim, decidir quanto a educação, bem como, a formação cultural, moral e religiosa da prole.

3.7 DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

A intervenção mínima do Estado no Direito de Família será analisado aqui, junto aos princípios, porque esse movimento de limitação da presença do Estado nas relações familiares foi construído a partir da proteção constitucional dedicada à pessoa humana.

A autonomia privada no Direito de Família foi legitimada pelo desenvolvimento da noção erigida em torno dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa e da liberdade para compor os projetos familiares. A intervenção Estatal, nesse contexto, justifica-se, apenas, quando aplicada para resguardar e garantir o exercício dessas liberdades.

Sendo assim, ao traçar os contornos do Direito de Família Mínimo, abre-se espaço para a compreensão da “autodeterminação afetiva de cada pessoa humana componente do núcleo familiar, permitindo a busca da realização plena e da felicidade, através de opções e comportamentos”⁶².

No Código Civil de 1916, a família era tutelada em relação ao seu aspecto externo. “A família não era tratada como cédula da sociedade, mas sim do Estado, daí por que este chamava para si todo o regramento legal do Direito de Família, não

⁶¹ VILAS-BÔAS, Renata Malta. A importância dos princípios do direito das famílias. **Revista Síntese Direito de Família**, v.12, n.63, dez/jan. 2011, p.31.

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5.ed. v.6 rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013 .p. 158.

deixando quase nenhum espaço para o exercício da liberdade dos seus integrantes”.⁶³

Nessa esteira, o Estado reconhecia apenas as instituições familiares provenientes do casamento. Assim, relações fora do casamento, como por exemplo: concubinato, filhos de fora do casamento, não eram consideradas pelo ordenamento jurídico de 1916.⁶⁴

Nessa época, o Estado limitava tanto a autonomia da vontade que vedava a extinção do matrimônio pelo divórcio, impondo ainda diversas sanções aos culpados pela separação judicial.

O Direito de Família era permeado por normas cogentes o que limitava a autonomia privada dos seus membros. Nesse contexto, muitos doutrinadores acordavam que o direito de família integrava o direito público.

Nesse sentido, Silvio Rodrigues entendia que:

“[...] O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de Direito de Família, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convecção entre particulares [...]”⁶⁵

Cumprido lembrar que o Direito de Família como integrante do direito público era assim compreendido na vigência do código civil de 1916. Todo esse entendimento foi superado com a nova perspectiva apresentada pela Constituição Federal de 1988.

Assim, entendeu Rolf Madaleno:

No Direito de Família sempre incidiu uma maior intervenção do Estado-juiz na dinâmica familiar, impondo freios e restrições nessa liberdade de ação, mirando sempre a defesa da célula familiar, valor maior a justificar a dignidade da pessoa humana.

Com o advento da atual Carta Política de 1988, elevando a preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana em detrimento dos interesses patrimoniais das pessoas, na esteira dessa evolução, o Código Civil de 2002 reviu seus conceitos e institutos para a despatrimonialização

⁶³ 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. 135.

⁶⁴ *Ibidem. Loc. cit.*

⁶⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v.6, p.11.

das relações familiares, passando a valorizar o indivíduo e suas relações jurídicas [...].⁶⁶

Diante da evolução dos conceitos tradicionais de família, a aplicação da autonomia privada no âmbito do Direito de Família representa mais um passo na consolidação dessa mudança de paradigma.

Antes, a família significava para o Estado uma formação de pessoas unidas pelo matrimônio. Contudo, o cenário muda com a constituição de 1988 que supera a centralização do Direito Civil na propriedade e no contrato. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana vai, então, redefinir os institutos e regras do Direito Civil, partindo de uma valorização do ser, enquanto pessoa humana, em detrimento do patrimônio.

Os direitos fundamentais passaram a incidir também na esfera das relações privadas desfazendo a ideia da autonomia privada com caráter exclusivamente patrimonial.

A família era considerada como uma célula do Estado, portanto, as relações familiares eram submetidas a uma série de limitações e restrições impostas pelo Estado a fim de “proteger” a instituição base da sociedade.

Ocorre que essas intervenções estatais engessaram a estrutura familiar fazendo com que os próprios indivíduos, na medida das suas necessidades, dinamizassem a família.

As pessoas começaram a optar pela adoção, seja por motivos de infertilidade, compaixão ou qualquer outro; a filiação por adoção se tornou muito comum. Depois do direito de adotar, a sociedade ansiou que os filhos adotados tivessem os mesmos direitos dos filhos biológicos.

Outra manifestação desse movimento de autonomia familiar é a possibilidade de divorciar independentemente de qualquer lapso temporal. A intervenção mínima do Estado consagra, assim, que o planejamento familiar passa a ser de *livre decisão do casal*.

⁶⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.62.

Ao perceber esse fenômeno da *desinstitucionalização da família*, a nova constituição traz uma visão diferente. A família passa a ser entendida como uma célula da sociedade, não mais do Estado.

Além disso, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana introduziu uma proteção especial à pessoa. Nesse sentido, passou também a tutelar de forma especial a família, visando as pessoas e não a instituição em si.

Para preservar a dignidade da pessoa, foi preciso despatrimonializar as relações familiares. O indivíduo passou a ser mais valorizado em detrimento dos interesses patrimoniais.

Com a valorização do ser, o afeto passa a ser considerado como importante elemento da entidade familiar. Rodrigo da Cunha Pereira chega a destacar que o afeto familiar é essencial para qualquer relacionamento conjugal ou parental e sem o qual não há entidade familiar.

Para que haja uma entidade familiar, é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental [...]. Diante deste quadro estrutural, o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental [...].⁶⁷

Por estes motivos, conclui-se que a autonomia privada não se limita apenas às relações contratuais ou obrigacionais, mas também às relações familiares. Todavia, o Estado, apesar de mínimo, não deixa de atuar no campo das relações familiares, vez que deverá figurar como um promotor dos direitos e garantias dos seus componentes, efetivando direitos reconhecidos, a exemplo da imposição de obrigação alimentícia ou, até mesmo, no reconhecimento de paternidade.⁶⁸

3.8 AFETO: PRINCÍPIO OU POSTULADO?

Ante a importância do afeto para a família, ao ponto de ser considerado como “elemento identificador da entidade familiar”, sendo, portanto, de fundamental relevância para a formação dos integrantes dessa entidade, a família se torna um

⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.180.

⁶⁸ LIMA, Taisa Maria Macena de. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.627.

instrumento de realização pessoal com fito na dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus integrantes.⁶⁹

Indaga-se: A negativa de afeto poderia ensejar pedido de indenização por ofensa moral? É possível que a ausência do elemento afetivo, reputado como estruturante do conceito atual de família, ofenda a personalidade e a dignidade dos seus integrantes?

A questão é mais complexa do que parece. Para entender a questão, deve-se compreender qual o papel dos pais e quais são os deveres perante as novas composições familiares que surgem com a evolução do direito de família.

Certo é que a ausência, tanto da figura paterna como da materna, representa um desequilíbrio na estrutura familiar, podendo, em alguns casos, ocasionar nos “abandonados” uma série de distúrbios, doenças psicológicas e até um comportamento mais agressivo e voltado às práticas criminosas.

Contudo, a falta de pai/mãe não deve ser o único, nem o principal argumento para falar sobre uma responsabilidade pelos danos à moral decorrentes da ofensa aos direitos personalíssimos e fundamentais da pessoa humana.

Ocorre que a nova visão familiar, pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, que consagra o afeto como elemento basilar da entidade familiar e assim, legitimando a autonomia privada nas relações familiares que passa a aceitar todo tipo de arranjo, desde que pautado no afeto.

Isso significa que hoje se entende como família aquelas constituídas por casais que não se casaram oficialmente, mas que vivem em união estável; casais de homossexuais, entendendo se tratar de uma relação homo(afetiva) e até as chamadas famílias monoparentais, que começa a se tornar muito comum na sociedade que tem consagrado a independência feminina.

Enfim, a “liberdade” de escolher a própria configuração familiar pelos laços afetivos rompeu com a estrutura básica até então considerada: pai-mãe-filhos.

⁶⁹ GOMES, Fernando Roggia. A responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores. **Revista da ESMEC** (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina), v.1, n 1, Ago. 1995, p.291 *et. seq.*

A sociedade escolheu um regramento mínimo do Direito de Família, diminuindo cada vez mais as intervenções estatais para ampliar a liberdade e a autonomia dos indivíduos.

Dentro dessa nova visão, há que se readequar os conceitos de convivência familiar, tendo em vista que a autonomia da vontade permite que a mulher moderna – independente, autônoma e profissionalmente realizada - possa escolher viver só, mas sem abrir mão da maternidade.

Esta é mais uma expressão de comportamento decorrente do princípio da dignidade que proporciona a realização pessoal independentemente de previsão legal ou jurídica, consagrando mais um subprincípio: princípio da pluralidade das entidades familiares.

É certo que o número de casos de produção independente vem aumentando consideravelmente e isto leva o Estado a se adequar à nova realidade social.⁷⁰

Retoma-se a indagação feita anteriormente: A ausência ou a negativa de afeto poderia ensejar pedido de indenização por ofensa moral também nos casos de produção independente? A mãe pode escolher retirar do filho a oportunidade da convivência paterna nos casos de produção independente? Há aqui uma relativização do conceito de convivência?

As situações de mães que optaram por serem “mães solteiras” identificam-se com as situações de abandono afetivo voluntário do pai, no que diz respeito a impossibilidade de uma plena convivência familiar conforme determina a lei.

De fato, a ausência paterna pelo abandono é mais moralmente inaceitável e provoca uma comoção social de repreensão de tal conduta. Contudo, de igual modo, na produção independente, a criança ficará sem o aparo moral e afetivo reputado como o ideal, que seria a presença de ambos os genitores durante todo o seu desenvolvimento.

⁷⁰ Reportagens sobre produção independente:

SERAFINI, Paulo. **Produção feminina independente: uma realidade cada vez mais presente no Brasil**. Abril.com. Disponível em: <<http://bebe.abril.com.br/materia/fertilidade-em-alta-producao-feminina-independente>>. Acesso em: 11 maio 2013; **Produção Independente: uma nova configuração contemporânea**. CPPL. Disponível em: <<http://cppl.com.br/?Producao-Independente-uma-nova>>. Acesso em: 11 maio 2013 e BRISSAC, Chantal. **Meu reino por um bebê**. Istoé.com. Disponível em: < http://www.istoe.com.br/reportagens/30908_MEU+REINO+POR+UM+BEBE>. Acesso em: 04 jun. 2013.

Vê-se, com isso, que nem sempre o idealizado pela lei é o que trará a satisfação individual das pessoas. Além do mais, especialmente nas relações familiares, por envolver sentimento e afeto, mais complicado é para o Estado disciplinar tais relações a fim de satisfazer cada pessoa.

Por isso que se dá tanta liberdade para a composição das relações familiares, pois cada um tem o seu próprio ideal de família e o Estado, pela promoção da dignidade da pessoa humana, se compromete a proteger todos.

Essa liberdade, conquistada com a noção de Direito de Família Mínimo, legitima-se com o elemento afetivo das relações de família. Em razão de tamanha relevância para o Direito de Família, importante analisar com mais aprofundamento o papel da afetividade em tais relações.

Antes de tratar especificamente do princípio da afetividade, faz-se necessário traçar algumas diretrizes sobre a influência dos princípios no direito, bem como sua aplicabilidade na hermenêutica jurídica das relações familiares, para que se possa compreender como o afeto passou a integrar a família contemporânea como elemento estruturante.

Durante muito tempo, no sistema positivista, os princípios eram tidos como meros auxiliares do Direito, com aplicação subsidiária e restritos ao papel de integradores da ordem jurídica nos casos de lacuna da lei.⁷¹

Contudo, com o movimento do pós-positivismo, os princípios ganharam força normativa, ficando superada a distinção entre princípios e normas. As normas passaram a ser gênero, do qual os princípios e as regras são espécies. Estas, consideradas como “normas de primeiro grau”⁷².

Nas palavras de Dirley da Cunha Jr:

Os princípios e as regras jurídicas são espécies do gênero normas jurídicas que se distinguem qualitativamente. Os princípios são normas de *textura aberta*, sem densidade jurídica, que veiculam as *ideias-forças* que fundamentam e informam todo sistema jurídico. Como lembra Canotilho, “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos”. Já as regras são normas de *textura*

⁷¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, Salvador: JusPodivm, 2008, p. 142.

⁷² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação princípios jurídicos**, 10 ed., ampl e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 29.

*fechada, juridicamente densas, “que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não é cumprida”.*⁷³

Seguindo essa mesma linha, Humberto Ávila⁷⁴, traça uma proposta conceitual para qual:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Na doutrina⁷⁵, não resta dúvida quanto à força normativa dos princípios. A maioria dos doutrinadores defendem o entendimento de que os princípios são normas jurídicas dotadas de normatividade e, por isso, vinculam e obrigam comportamentos.

Ricardo Maurício Freire Soares ratifica tal entendimento ao ponderar que “os princípios expressam uma diretriz, sem regular situação jurídica específica (...), prescrevendo o agir humano em conformidade com os valores jurídicos”. Por possuírem inegável densidade valorativa e teleológica, adquiriram a qualidade de dispositivo normativo e, assim, são merecedores de todo esforço para que sejam aplicados e efetivados.⁷⁶

Deste modo, “a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização”⁷⁷. Não representam meras intenções ou valores, mais do que isso, instituem deveres que devem ser efetivados.

Rolf Madaleno, partindo dessa premissa, doutrina que

a consagração da força normativa dos princípios constitucionais representou um dos maiores avanços do Direito brasileiro após a Constituição Federal de 1988 e como princípio geral, ao lado da igualdade, da liberdade, da convivência familiar e do melhor interesse da criança, destacou-se a *afetividade*, fonte principal de constituição de uma entidade familiar, sob cujas bases, por sinal, não faz muito tempo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, igualmente dos relacionamentos

⁷³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, Salvador: JusPodivm, 2008, p. 146 *et. seq.*

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

⁷⁵ Exemplos de doutrinadores que corroboram com a ideia da força normativa dos princípios: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4 ed. rev. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012; SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: JusPodvim, 2008; CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, Salvador: JusPodivm, 2008; Espíndola, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais: Elementos para uma dogmática constitucional adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁷⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: JusPodvim, 2008, p. 72-73.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, 2005, p. 71.

homoafetivos emanam efeitos jurídicos como aqueles inerentes à união estável.⁷⁸

Nessa mesma linha de entendimento, Maria Berenice Dias⁷⁹ defende que o afeto deve ser considerado como um princípio constitucional especial, por ser próprio do Direito de Família. Assim, ensina que a afetividade, bem como os outros princípios do Direito de Família, foi elevada ao patamar de alicerce normativo sobre o qual se assenta todo o ordenamento jurídico. Seguindo esta linha, entende a autora que o referido princípio constitui norma mandamental obrigatória, cuja desatenção ou não observância implicaria em ofensa não só ao princípio constitucional, mas também a todo o sistema de comandos.

Paulo Lôbo, por sua vez, entende que o princípio da afetividade encontra-se firmado na evolução social da família durante as últimas décadas do século XX. Para ele, essa mudança se caracteriza com a análise de três elementos, a saber: I) igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem; II) a igualdade de direitos na adoção como escolha afetiva e III) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, inclusive os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida. Sendo assim, ensina Lôbo que o princípio da afetividade, firmado nesse tripé, seria a especialidade do macro princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares.⁸⁰

Alude, ainda, o referido autor, que o princípio jurídico da afetividade estaria implícito na Constituição, pois é nela que residem os fundamentos essenciais dessa mudança de percepção quanto ao elemento da afetividade. O princípio da afetividade, portanto, especializa, no âmbito das relações familiares, os demais princípios constitucionais, “evidenciando a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família”.⁸¹

Assim, dispõe:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos

⁷⁸ MADALENO, Rolf. A afetividade como princípio jurídico consagrado no direito de família. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012, p. 24-25.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57 *passim*.

⁸⁰ LÔBO, Paulo. O princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012, p. 39-40.

⁸¹ *Idem*. **Direito Civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-64.

pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.⁸²

Feita essa análise sobre os princípios e após ter discorrido sobre a posição de parte da doutrina que considera que o afeto foi elevado a posição de princípio normativo, cabe agora fazer um contraponto doutrinário. Para tanto, faz-se mister tecer breves ponderações acerca dos postulados normativos.

Humberto Ávila, ao teorizar sobre a definição e a aplicação dos princípios jurídicos, anuncia a existência de normas de segundo grau: os postulados normativos⁸³.

Os postulados normativos são metanormas; normas metódicas que instituem critérios de aplicação de outras normas situadas no plano de objeto da aplicação. Daí o motivo de serem qualificadas de normas de segundo grau.

Neste sentir, “sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas”⁸⁴. Assim, os postulados são aplicados sempre em face da aplicação de outras normas.

Desta maneira, os postulados normativos se diferenciam das normas jurídicas, tanto dos princípios quanto das regras. Segundo Ávila,

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: **os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras**. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: **os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e ao aplicador do Direito**. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: **os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente (...); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas**.⁸⁵ (grifos nossos)

Desta maneira, as normas-regras descrevem comportamentos que devem ser observados em sua integralidade. Na hipótese dos procedimentos por elas instituídos entrarem em conflito, a regra antinômica será necessariamente excluída do ordenamento jurídico. Lado outro, as normas princípios também são exigíveis,

⁸² LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

⁸³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação princípios jurídicos, 10. ed. ampl e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.123.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 124.

⁸⁵ *Ibidem*. *Loc. cit.*

contudo, diferentemente das normas regras, na hipótese de conflito, serão sopesados para que possam conviver sem serem eliminados do ordenamento jurídico.

Os postulados normativos, por sua vez, não descrevem comportamentos e não precisam ser cumpridos de forma estrita. Além disso, não estão sujeitos à exclusão. Portanto, não podem ser qualificados como regras.

De igual modo, os postulados se diferenciam dos princípios, não se confundindo com eles. Estes, são instituídos como normas que idealizam um comportamento, que pode ser verificado em variados níveis de aplicação e exigibilidade, pois podem ser dimensionados e ponderados no caso concreto.

Diferentemente, os postulados normativos não são cumpridos de forma gradual ou, como os princípios, podem ser dimensionados de acordo com as circunstâncias fáticas, mas estabelecem diretrizes metódicas, exigindo uma aplicação mais complexa que a mera subsunção inicial, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis. Assim,

(...) os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.⁸⁶

Importa observar que os postulados também não se equivalem aos sobreprincípios, pois estes situam-se no mesmo nível das normas que são objeto de aplicação, enquanto os postulados funcionam como estrutura para aplicação de outras normas, por isso chamados de normas de segundo grau.

Neste pensar, Cristiano Chaves⁸⁷ leciona que no Direito de Família, pela própria natureza de suas normas, tem-se caracterizado relações jurídicas de cunho existencial, ontológico, cuidando essencialmente da pessoa humana.

De modo que, ao pensar em família como entidade tendente a promover o desenvolvimento dos seus membros, faz-se necessário trazer ao conceito de família

⁸⁶ ÁVILA, Humberto. **Teria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 138.

⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 32.

uma nova feição, fundada no afeto e na solidariedade. Com esse balizamento, evidencia-se um espaço próprio para a confiança exigida entre os seus integrantes.

O afeto familiar, então, corresponderia a “uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa”⁸⁸.

Nessa ordem de ideias,

A afetividade traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos.⁸⁹

Pondera-se, portanto, que o afeto presente nas relações familiares deve ser um reflexo da confiança existente entre seus membros. Assim, a afetividade assume a qualidade de postulado normativo das relações familiares, ao passo que é utilizada como fundamento jurídico de soluções concretas para os mais diversos conflitos existentes.

A afetividade serve ao Direito como um vetor que direciona a aplicação de outras regras, extraíndo uma interpretação mais coerente com a nova visão “afetiva” do Direito de Família.

Nesse passo, vê-se com frequência a potencialização de princípios e regras pelo vetor da afetividade, como por exemplo: na possibilidade de acréscimo do sobrenome do padrasto pelo enteado.

Observe que tal comportamento não foi imposto como norma mandamental, nem ao menos previsto como possível pelo ordenamento jurídico, contudo o Superior Tribunal de Justiça⁹⁰ entendeu pela possibilidade de alteração ao se reconhecer que o afeto justificaria a mudança pelo escopo de garantir a dignidade do seu titular.

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 33.

⁸⁹ *Ibidem*. *Loc. cit.*

⁹⁰ EMENTA: CIVIL. REGISTRO PÚBLICO. NOME CIVIL. PRENOME. RETIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. PERMISSÃO LEGAL. LEI 6.015/1973, ART. 57. HERMENEUTICA. EVOLUÇÃO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDENCIA. RECURSO PROVIDO.

I - O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono pelo pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico.

II - A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a "lógica do razoável", tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil e a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 66643 – SP**. Proc. 1995/0025391-7, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20/10/1997, DJ 09.12.1997 p. 64.707. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520807/recurso-especial-resp-66643-sp-1995-0025391-7-stj>>. Acesso em: 27 maio 2013.

Aplicando-se o postulado da afetividade como estruturante do fim de promover a dignidade, permitiu-se a alteração ou inclusão do nome de padrasto ou madrasta pela aplicação de princípios, como o da dignidade da pessoa humana, e pelo abrandamento de normas como a regra da inalterabilidade do nome.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, apesar de utilizarem a corriqueira expressão “princípio da afetividade”, parecem ponderar nessa mesma linha de entendimento ao asseverarem que:

De fato, interpretar o Direito de Família, nesse panorama de observância do princípio da afetividade, significa, em especial – mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva -, compreender as partes envolvidas, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros⁹¹

Observe que, apesar da atecnia empregada para qualificar a função do afeto para o Direito de Família, em síntese, os referidos autores corroboraram com o entendimento de que a afetividade representa um parâmetro para a aplicação de outras normas de natureza cogente. Os autores ressaltam, inclusive, afirmam que mais do que aplicar ao caso concreto, a afetividade serve ao aplicador como uma compreensão da ligação afetiva que unem as pessoas.

De igual modo, Walsir Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida⁹² entendem que o afeto se apresenta como fato jurídico *lato sensu* devido a sua ocorrência fática e provocador de consequências jurídicas relevantes. Contudo, discordam da ideia de que o afeto possui natureza normativa. Ressaltam os autores que, inclusive, não decorre a sua exigibilidade para a verificação do afeto para o reconhecimento das organizações familiares não criadas pelo Direito. Por isso, não parece razoável imputar à afetividade o mesmo caráter imperativo dos princípios.

Concluem os referidos autores que

a afetividade, embora merecedora de atenção jurídica, o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada e, assim, geradora de certos efeitos na órbita do Direito. A sua existência nas entidades familiares é elemento fático; porém, não jurídico. O caráter de juridicidade, o cunho

⁹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: direito de família. As famílias em perspectiva constitucional. v. 6, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92.

⁹² RODRIGUES JÚNIOR, Walsir; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 42-43.

normativo imperativo, está relacionado às consequências que a presença do afeto, na construção das relações familiares, pode gerar.⁹³

Nessa linha doutrinária, o afeto deve ser considerado como um postulado normativo e não um princípio. Desse modo, a afetividade representa uma norma metódica, funcionando como direcionamento para os critérios de aplicação dos princípios e regras.

A afetividade é tida, portanto, como um parâmetro e não como um comando obrigatório, cuja adoção seja necessário para atingir determinada finalidade ou comportamento idealizado. Serve apenas como parâmetro para a realização de outras normas.

Como resposta a questão tópica, conclui-se que o afeto deve ser encarado com um postulado normativo, servindo com um guia metódico na aplicação de outras normas.

A afetividade não deixa de ser entendida como elemento de especial valor para a família contemporânea, mantém o seu papel de destaque na conformação das novas estruturas familiares, mas não deve ser considerada como um princípio de força normativa e aplicação imediata e vinculante.

O afeto como postulado serve como método de aplicação das outras regras e princípios do Direito de Família. Assim como os postulados da razoabilidade e proporcionalidade são para a aplicação do Direito, a afetividade representa um caminho para a aplicação dos princípios do Direito de Família, exemplo: dignidade da pessoa humana, solidariedade, liberdade dentre outros; bem como as regras prescritivas de condutas.

⁹³ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 43.

4 GENERALIDADES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Antes de ponderar sobre quem deverá recair a responsabilidade de certo ato ou conduta, faz-se mister compreender o fenômeno da Responsabilidade Civil.

Para tanto, cabe uma análise cuidadosa do conceito jurídico da responsabilidade, bem como a sua natureza jurídica, suas espécies, além de um exame apurado dos seus elementos básicos para que seja aplicado às relações familiares.

Anderson Schreiber, já no título da sua obra⁹⁴, aponta para a existência de novos paradigmas da Responsabilidade Civil. Afirma, o autor, que “o estágio atual da Responsabilidade Civil pode ser descrito como um momento de erosão dos *filtros tradicionais* da reparação”⁹⁵. Alude, nesse sentido, a uma relativização da prova da culpa e do nexo causal que deixam de ser vistos como obstáculos ao ressarcimento dos danos. Além disso, refere-se a uma *fragmentação do modelo de conduta*, que afasta a ideia de um padrão único de diligência e razoabilidade, pautados no *bonus pater familias* e no *reasonable man*, para considerar os parâmetros de comportamento que sejam mais específicos ao caso concreto e compatíveis com a realidade complexa e plural das sociedades contemporâneas, fomentando, assim, modelos múltiplos e menos generalistas.⁹⁶

Nota-se que o instituto da Responsabilidade Civil, passou por uma evolução nas últimas décadas e cada vez mais tem alcançado os diferentes ramos do direito com vasta aplicação em todo o ordenamento jurídico. As relações familiares e afetivas também têm sido abarcadas pela Responsabilidade Civil, uma vez que o instituto da responsabilidade prevê a reparação inclusive por danos relacionados aos direitos de personalidade, sem o cunho estritamente patrimonial.

Neste capítulo será traçado uma panorama da Responsabilidade Civil com um especial direcionamento a sua aplicação às relações familiares.

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013

⁹⁵ *Ibidem*, p.11.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 39 *et. seq.*

4.1 INCIDÊNCIA DAS REGRAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: ADMISSIBILIDADE.

O Código Civil brasileiro, em seu art.186, estabelece a regra de que todo aquele que causar danos à outra pessoa será obrigado a repará-la. Em sua literalidade, dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁹⁷

O intuito da ordem jurídica é a proteção dos atos lícitos. Como consequência natural, o ordenamento opera no sentido de reprimir todas as condutas que sejam contrárias à ordem e gerem efeitos nocivos, ou seja, as condutas ilícitas.

A repreensão do ilícito é perpetrada por uma série de regras e deveres estabelecidos pela legislação. Algumas dessas regras devem ser atendidas por todos indistintamente. Sergio Cavalieri Filho chega a mencionar “um dever geral de não prejudicar a ninguém”, que se encontra fundado no Direito Romano sob a máxima *neminem laedere*.⁹⁸

Ademais, entende o citado doutrinador, que o dever jurídico deve ser observado sob dois planos: o originário e o sucessivo, pois, a prática do ilícito, que é a violação de um dever, faz surgir um novo dever, qual seja a reparação do dano causado.⁹⁹

Sendo assim, haveria um dever jurídico originário ou primário, cuja violação gera um dever sucessivo ou secundário, que seria a obrigação de indenizar o prejuízo.

Neste sentido, Rui Stoco assevera que:

“A responsabilidade, embora escorada no mundo fático, tem sustentação jurídica. Depende da prática de um ato ilícito e, portanto, antijurídico, cometido conscientemente, dirigido a um fim, ou orientado por comportamento irrefletido, mas informado pela desídia, pelo aodamento ou pela inabilidade técnica, desde que conduza a um resultado danoso no plano material ou imaterial ou moral”.¹⁰⁰

⁹⁷ Art. 186 do Código Civil. BRASIL. **Código de Direito Civil**. Brasília, DF: Senado, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 jun. 2013.

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 01.

⁹⁹ *Ibidem*, p.02.

¹⁰⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.139.

Em síntese, “a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.¹⁰¹

No âmbito do Direito Privado, a Responsabilidade Civil é compreendida como um desdobramento decorrente da violação de um interesse particular, sujeitando o infrator, praticante do ilícito, ao pagamento de uma contraprestação ao lesado.

Assim, “conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente, subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato”.¹⁰²

Entende-se, portanto, que a Responsabilidade Civil é instituto que pode ser aplicado perfeitamente no Direito de Família, para tanto, faz-se necessário que se verifique os pressupostos para a incidência ou não do instituto da responsabilidade civil em cada tipo de relação afetiva, tendo em vista as particularidades que envolvem cada uma delas: noivado, casamento, união estável e relação paterno-filial.¹⁰³

Ante o exposto, ficam estabelecidas duas premissas básicas que irão nortear toda a análise da Responsabilidade Civil nas relações familiares e mais precisamente na questão do abandono afetivo. Primeira: para que se configure a responsabilidade, impescinde a violação de um dever jurídico preexistente. Segunda: para que haja a devida responsabilização, faz-se necessário precisar a obrigação violada e quem a violou.

Sem a verificação dessas premissas, não há que se falar em responsabilização, pois não ficou configurado o instituto da responsabilidade conforme determinado em lei.

Dúvida não há quanto a aplicação das regras da Responsabilidade Civil nas relações familiares. A questão “cinge-se em saber se a violação de algum dever específico de Direito das Famílias, por si só, seria suficiente para ensejar o dever de indenizar que caracteriza a responsabilidade civil”¹⁰⁴.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 03.

¹⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 9.ed. v.3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

¹⁰³ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 533-534.

¹⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 5.ed. v.6 rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 163.

a aplicação das regras da responsabilidade civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de eventual dano [...] Por isso não se deve admitir que a pura e simples violação de *afeto* enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar por danos morais e materiais dela decorrentes.¹⁰⁵

Destarte, a melhor forma de compreender a questão é perceber que a violação pura e simples de algum dever familiar não é bastante para configurar o dever de indenizar, devendo-se observar a efetiva prática de um ato ilícito para caracterizar a Responsabilidade Civil nos moldes dos arts. 186 e 167 do Código Civil. Esclarecem, ainda, os referidos autores, que a relação familiar não admite a aplicação pura e simples das regras da Responsabilidade Civil, “exigindo uma filtragem, sob pena de desvirtuar a natureza peculiar (e existencial) da relação de Direito das Famílias”¹⁰⁶.

Assim, é perfeitamente admissível a incidência da Responsabilidade Civil para reparar o dano moral decorrente das relações afetivas. Mister se faz a análise do caso concreto para verificar a culpa do agente causador do dano.

Nessa esteira, o simples rompimento de noivado não configura um dano afetivo indenizável, a não ser que seja acompanhado por outras condutas que exponham a pessoa à situações constrangedoras e humilhantes.¹⁰⁷

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 5.ed. v.6 rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 163-164.

¹⁰⁶ *Ibidem. Loc. cit.*

¹⁰⁷ EMENTA: INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS. ROMPIMENTO UNILATERAL DO NOIVADO PELO NOIVO QUE SE CASOU COM OUTRA. PREJUÍZO MORAL NÃO CARACTERIZADO. AÇÃO IMPROCEDENTE RECURSO NÃO PROVIDO.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 242.399-1**. Quinta Câmara de Férias A de Direito Privado. Relator: Jorge Tannus. Julgado em: 09 de fev. de 1996. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/20576778>>. Acesso em: 06 jun. 2013.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ROMPIMENTO DE NOIVADO. [...] O DESFECHO UNILATERAL DE RELACIONAMENTO ANTES DA DATA QUE SERIA A DO CASAMENTO, POR DESAMOR, NÃO CONSTITUI ATO ILÍCITO OU OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. OCORRÊNCIA USUAL NA SOCIEDADE, CRIANDO EXPECTATIVAS, FRUSTRAÇÕES, ALEGRIAS E TRISTEZAS QUE SÃO TÍPICAS DA DINÂMICA DA VIDA SENTIMENTAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS IMPOSSÍVEL DE SER CONCEDIDA. PREJUÍZOS MATERIAIS QUE NÃO FORAM DEVIDAMENTE COMPROVADOS. RECURSO DESPROVIDO.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 9204421-81.2009.8.26.0000**. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Teixeira Leite. Julgado em: 24 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/6460615>>. Acesso em: 06 jun. 2013.

Nessa mesma linha de inteligência, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça rejeitou o entendimento de que a simples negativa do afeto seria capaz de ensejar um dano moral indenizável.¹⁰⁸

Em face da análise apresentada, conclui-se pela possibilidade da aplicação do instituto da Responsabilidade Civil na relação familiar nos casos em que se configure a prática de um ato ilícito e a evidência da culpa do agente.

4.2 COMPETÊNCIA

Admitida a responsabilização civil nas relações reguladas pelo Direito de Família, cabe definir qual o juízo competente para julgar as ações de responsabilidades referentes a essas matérias.

À primeira vista, dois órgãos jurisdicionais poderiam se apresentar competentes: as Varas Cíveis e as Varas de Família.

Contudo, não resta dúvidas de que a competência para as questões de Responsabilidade Civil nas relações familiares deve ser da Vara de Família, por ser mais especializada e possuir maior afinidade em relação as peculiaridades a serem observadas no julgamento.¹⁰⁹

Faz-se a mesma analogia com as ações de reparação por danos morais e materiais nas relações de trabalho que, com a Emenda Constitucional n. 45/2004¹¹⁰, passaram a ser apreciadas na Justiça do Trabalho.

¹⁰⁸ EMENTA: 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 (atual art.186 do Código Civil de 2002) o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 757.411 – MG**. Proc. Recorrente: Recorrido: Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 29 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:Resp%20757411&s=jurisprudencia>>.

Acesso em: 27 maio 2013.

¹⁰⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**, v.6, Saraiva, São Paulo, 2011, p.728-729

¹¹⁰ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 28 maio 2013.

Assim como a Justiça do Trabalho tem competência para julgar as ações de indenização por danos morais ou patrimoniais decorrentes das relações de emprego, nada mais certo em atribuir às Varas de Família a competência para julgar as causas que envolvam a Responsabilidade Civil nas relações familiares.

4.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Tradicionalmente, a doutrina sustenta que a responsabilidade firma-se em três pressupostos, a saber: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o dano ocorrido.

Com a análise do art. 186 do Código Civil de 2002, base fundamental do instituto da Responsabilidade Civil, que consagra o princípio do *neminem laedere* – já apresentado; cabe agora apresentar, de modo geral, os seus três elementos estruturantes: a conduta, o dano e o nexa causal.

O art.186 do Código Civil¹¹¹ refere-se a conduta humana quando fala em “ação ou omissão”. Sergio Cavaliere prefere, contudo, empregar o termo “conduta” ou “comportamento”, porque esta abrangeria as duas formas de exteriorização da atividade humana.

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.¹¹²

Portanto, a conduta seria o gênero de que são espécies a ação e a omissão.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹¹³ entendem que a conduta humana assume a configuração do primeiro pressuposto da Responsabilidade Civil. Assim, apenas a atividade humana, por si ou através de pessoas jurídicas, poderá ser civilmente responsabilizada.

¹¹¹ Art.186, do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. BRASIL. **Código de Direito Civil**. Brasília, DF: Senado, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 jun. 2013.

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p.24-25.

¹¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**, v.3, 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.73-74.

Ressalte-se a necessidade de que a ação humana seja guiada pela vontade do agente. Deve haver uma liberalidade do agente em relação ao ato praticado. A doutrina chega a citar essa voluntariedade como um núcleo fundamental da noção de conduta humana.

Nas palavras dos citados autores, “a voluntariedade [...], não traduz a necessariamente a intenção de causar dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo”¹¹⁴.

Assim, sem a verificação do elemento volitivo, não resta configurado a ação humana, e, portanto, não há que se falar em responsabilidade.

A ação humana (positiva ou negativa) é, portanto, pressuposto necessário para configuração da responsabilidade. Está como primeiro elemento devido a sequência lógica seguida pela ocorrência dos fatos.

De modo que, em primeiro lugar, deve haver uma ação humana que resulte em algum dano, este entendido como segundo elemento de configuração da responsabilidade.

O dano ou prejuízo é indispensável para a configuração da Responsabilidade Civil. Sem o dano, não há porque se falar em responsabilidade, até porque não haveria o que ser indenizado ou compensado.¹¹⁵

Assim, o dano é um importante elemento na configuração da responsabilidade, pois pode ficar configurada a responsabilidade mesmo sem o elemento culpa, mas não sem o dano.

O dano encontra-se no centro da regra da Responsabilidade Civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida.¹¹⁶ Daí a afirmação de que o dano não é somente o fato constitutivo, mas também determinante do dever de indenizar.

Conceitua-se dano como sendo a diminuição efetiva de um bem jurídico da vítima em decorrência da ação lesiva de terceiros, podendo esta ser de natureza patrimonial ou até mesmo de um bem integrante da própria personalidade da vítima.

¹¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**, v.3, 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.73-74.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.81.

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p.77.

Luiz Edson Fachin assevera que o centro do sistema jurídico está na pessoa e não mais no patrimônio. Desse modo, possibilita-se a concessão da mais ampla tutela ao indivíduo enquanto ser social, afastando o individualismo que condena o homem à abstração.¹¹⁷

Neste sentido, o dano ou prejuízo causado por terceiros podem atingir não apenas a esfera patrimonial, mas também, o bem jurídico imaterial. Por este motivo podemos classificá-lo em patrimonial ou moral.

Devido à importância do dano para a configuração da Responsabilidade Civil e seu alcance na esfera da personalidade do indivíduo, seu estudo mais detalhado e aprofundado será feito em capítulo específico, bem como uma análise das relações afetivas como objeto da responsabilidade.

Por fim, cabe observar se entre a conduta e o dano há nexos de causalidade, pois “o dever de reparar um dano depende da existência de nexos causal entre certa conduta e o resultado danoso”¹¹⁸.

O nexos causal, é definido como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro.

Para que a responsabilidade seja conformada, é preciso que se estabeleça uma ligação entre a conduta praticada e o dano causado. Havendo um nexos de causalidade entre esses elementos, resta configurado o terceiro elemento da Responsabilidade Civil.

O nexos causal destaca-se como um elemento essencial, contudo, de difícil verificação. Encaixa-se entre o fato ilícito e o dano dele decorrente. Miguel Lopes assevera nesse sentido dizendo que esse liame é uma noção aparentemente fácil, mas que se trata de mera aparência e, portanto, reveste-se de um aspecto filosófico e, além disso, de dificuldade prática ocasionada pela multiplicidade dos elementos causais no tempo.¹¹⁹

Ademais, quanto ao nexos causal, há três teorias explicativas: a teoria da equivalência de condições, onde todos os fatores causais se equivalem na

¹¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51.

¹¹⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53.

¹¹⁹ LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**: fontes acontratuais das obrigações e responsabilidade civil, 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, v. 5, p. 218.

configuração do resultado; a teoria da causalidade adequada que obedece a um juízo de probabilidade, só merecendo destaque as causas que são adequadas à produção do resultado e a teoria da causalidade direta ou imediata que considera como causa apenas o antecedente fático.¹²⁰

Dessas três teorias apresentadas, há uma divergência doutrinária acerca de qual delas seria a adotada pelo Código Civil brasileiro. Entretanto, pode-se dizer que há um consenso em desconsiderar a teoria da equivalência de condições. Assim, a imprecisão doutrinária e jurisprudencial paira em torno das duas últimas.

Boa parte da doutrina, a exemplo de Sergio Cavaliere¹²¹, entende que o Código Civil teria adotado a teoria da causalidade adequada, por ser esta a mais satisfatória para a Responsabilidade Civil. Aliado a isso, a própria jurisprudência tende a acolher a causalidade adequada.

Contudo, há quem discorde desse pensamento, como Carlos Roberto Gonçalves, que se alinha ao entendimento de que o Código Civil Brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, na vertente da causalidade necessária.

Das várias teorias sobre o nexa causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária.¹²²

O presente trabalho se alinha ao posicionamento assumido pelo referido autor ao adotar a teoria da causalidade direta ou imediata, por entender ser esta a mais precisa e coerente com a disposição do próprio Código Civil.

Assim, basta que tenha ocorrido o dano e que o nexa causal tenha se estabelecido para que incida a Responsabilidade Civil sobre o agente, independente da culpa deste.

Apesar disso, quando se fala em relações de família, considerando que os sujeitos envolvidos não estão realizando atividade de risco para ninguém, para que se configure a Responsabilidade Civil, faz-se necessária a comprovação do elemento culpa na verificação do ato ilícito.

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**, v.3, 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.133 *et. seq.*

¹²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51-52.

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012, 14. ed. São Paulo, p. 471.

4.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DANO

Como visto em análise anterior, o dano figura como um importante elemento na conformação da Responsabilidade Civil. Sem dano, não há prejuízo ou quebra do equilíbrio da relação jurídico-econômica; portanto, não se exige indenização ou ressarcimento.

Em não configurada a lesão ao bem jurídico, não há que se falar em restabelecimento do estado anterior das coisas, pois “a obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem”.¹²³

Antes da doutrina e jurisprudência assumirem um posicionamento quanto a consideração do dano moral como efetiva lesão de um bem jurídico imaterial; o dano era entendido apenas como a diminuição do patrimônio econômico da vítima. Entretanto, diante da natureza não patrimonial do dano moral, nova conceituação teve de ser elaborada.

Pensando nessa mudança conceitual, Sergio Cavalieri escreve:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.¹²⁴

O dano patrimonial, também chamado de dano material, atinge o patrimônio jurídico-econômico da vítima, ou seja, o conjunto de relações jurídicas apreciáveis economicamente. Nessa esteira, traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular.

O dano, conforme visto, também poderá atingir outros bens da vítima, de cunho personalíssimo, deslocando o seu estudo para o campo do dano moral.

Dano extrapatrimonial, portanto, é aquele que não tem caráter patrimonial. Ou seja, todo dano não material.

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

¹²⁴ *Ibidem. Loc. cit.*

Desse modo, o dano extrapatrimonial pode ser entendido como o dano moral, pois este representa qualquer sofrimento que não seja causado por uma perda pecuniária.¹²⁵

Carlos Alberto Bittar qualifica como dano moral aquele decorrente da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa, podendo este ser configurado de acordo com uma consideração pessoal, quando atingir aspectos íntimos da personalidade humana, ou partir de uma valoração da própria sociedade.¹²⁶

Com a adoção de um novo paradigma estabelecido com a constituição cidadã de 1988, nasce a necessidade de rever os conceitos tradicionais de dano moral por uma ótica social que coloca o homem no centro do ordenamento jurídico do país.

[...] Com efeito, a par dos direito patrimoniais, que se traduzem numa expressão econômica, o homem é ainda titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os direitos da personalidade, que ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos [...].¹²⁷

Os direitos da personalidade, não só são reconhecidos pelo ordenamento jurídico, ocupam posição de destaque. São os direitos inatos, atributos da personalidade, tais como a vida, liberdade, saúde, honra, imagem, enfim, a própria dignidade da pessoa humana.

A estes se somam outras figuras mais recentes, as quais Anderson Schreiber designou de *novos danos ou novos tipos de danos*, quais sejam: dano sexual, dano pelas férias arruinadas, dano pelo rompimento de noivado, ‘bullying’, dano pela ruptura indesejada da relação familiar, dano pelo abandono afetivo, entre outras tantas figuras controversas de danos que chegam diariamente ao Judiciário.¹²⁸

Um desses “novos tipos de dano” a que alude Schreiber, a doutrina convencionou chamar de dano afetivo ou dano moral afetivo. O dano afetivo apresenta-se como uma nova espécie de dano, pois surgiu no cenário jurídico a partir da

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

¹²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**, 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 133 *et. seq.*

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit. Loc. cit.*

¹²⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 89 *et. seq.*

constitucionalização do princípio da dignidade humana, destacando-se quando o afeto passou a ser considerado como elemento estruturante da entidade familiar.

Todos compreendem a importância da presença do afeto na relação familiar, contudo, a doutrina diverge quanto a aplicação da Responsabilidade Civil pela ofensa desse dever jurídico familiar. Os que defendem que o desrespeito ao elemento afetivo gera uma responsabilização, consideram que o afeto representa um dever dos pais. Especificamente na relação filial, esse dever refere-se a obrigação de criar, educar, conviver, enfim, dá o suporte necessário ao pleno desenvolvimento material e moral da sua prole¹²⁹.

Por outro lado, a outra parte da doutrina discorda do cabimento de responsabilização pela “quebra de confiança” depositada na relação afetiva. Justamente por não representar uma obrigação, um dever normativo imposto aos pais, mas tão somente a uma obrigação natural, de cunho moral. Portanto, a obrigação pelo afeto não pode ser exigida em juízo, ou seja, o inadimplemento do dever afetivo, não seria capaz de, por si só, caracterizar um dano indenizável. Para isso, seria preciso a configuração de outros danos, juridicamente exigíveis.¹³⁰

4.5 DA PRESCRIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A finalidade da prescrição, no direito como um todo, é a de garantir a segurança jurídica. O tempo, portanto, age como um importante elemento de pacificação das contendas e de estabilização permanente das relações, evitando-se, desse modo, que o direito de ação possa ser acionado para discutir conflitos já conformados pelo tempo.¹³¹

Entretanto, há também no plano jurídico, o reconhecimento de demandas que não são alcançadas pelo instituto da prescritibilidade, quais sejam: crimes de racismo

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 415.

¹³⁰ RODRIGUES, João Gaspar. Abandono afetivo parental e a desastrada abordagem pela dogmática jurídica. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012, p. 43.

¹³¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 238.

(art. 5º, XLII, da Constituição Federal), crimes praticados por grupos armados contra a ordem constitucional (art. 5º, XLIV, da Constituição Federal) e, dentro do Direito de Família, o direito do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 1601, do CC/02)

Rui Stoco, ao conceituar a prescrição, afirma que esta seria uma causa indireta da irresponsabilidade, pois, perante o termo do direito de ação, a vítima estaria impossibilitada de acionar o causador do dano.¹³²

Assim, verifica-se que o não exercício do direito de ação durante determinado espaço de tempo, acaba por fazer incidir o instituto da prescrição, pelo qual, em face da segurança jurídica, extingue o direito à pretensão.

Cumprir destacar que, além do instituto da prescrição, o Código Civil faz referência, também, ao instituto da decadência.

Apesar de muitos doutrinadores sustentarem que não existe diferença entre a prescrição e a decadência, entendeu o legislador por disciplinar estes institutos no título IV do Código Civil de 2002 (arts.189-211) diferenciando a aplicação e as consequências de cada um deles.

Isto posto, trata-se a prescrição da perda do direito de ação, ou seja, a extinção da pretensão pelo decurso do tempo e não do direito em si. A decadência, por sua vez, provoca a perda do direito e não apenas da pretensão.¹³³

Mostra-se fundamental, para uma melhor compreensão da questão, tecer alguns comentários sobre direitos subjetivos e potestativos. Para tanto, será utilizado o critério científico proposto por Agnelo Amorim Filho¹³⁴ para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as condutas imprescritíveis.

Um dos critérios mais conhecidos é o de que “a prescrição extingue a ação, e a decadência extingue o direito”. Entretanto, tal critério se mostra demasiadamente frágil, por evidenciar a diferença pelos efeitos ou consequências.

¹³² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 238.

¹³³ AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/41015926/Agnelo-Amorim-Filho-Criterio-cientifico-para-distinguir-a-prescricao-da-decadencia-e-para-identificar-as-aco-es-imprescritiveis>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

¹³⁴ *Ibidem*. Op. cit.

Agnelo Amorim propõe que a diferença entre os institutos esteja pautada na distinção entre direitos subjetivos e potestativos. Estes, entendidos como os direitos que se exercitam mediante a declaração de vontade; aqueles, também denominados como direito a uma pretensão, referem-se a um direito a um bem da vida a ser prestado por outrem.

Tem-se, portanto, que a principal característica dos direitos potestativos é que não correspondem a uma prestação, apenas acarreta a sujeição de outra pessoa ao seu exercício independente da vontade desta.

A prescrição, diferentemente, refere-se a uma pretensão decorrente da existência de algum direito que fora violado.

Compartilhando desse entendimento, pondera o Min. Luís Felipe Salomão¹³⁵:

“A prescrição é a perda da pretensão inerente ao direito subjetivo, em razão da passagem do tempo, ao passo que a decadência se revela como o perecimento do próprio direito potestativo, pelo seu não exercício no prazo predeterminado”

Observa-se aqui, mais uma vez, a aplicação de regras do instituto da Responsabilidade Civil no Direito de Família. Não só a doutrina, como também os tribunais superiores são pacíficos quanto a possibilidade de aplicação de tais institutos nas relações familiares.

4.6 FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

É sabido que a ofensa ao bem jurídico pode gerar a responsabilização. Esta, contudo, se diferencia em relação ao interesse lesado. Quando o bem lesado é de interesse da sociedade, a norma violada é de Direito Público, trata-se da Responsabilidade Penal. No entanto, se o interesse diretamente lesado é o privado, da Responsabilidade Civil.¹³⁶

O dano causado pelo ato ilícito quebra o equilíbrio jurídico e também econômico existente entre os envolvidos (agente e vítima). É fundamentalmente necessário que

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.298.576 – RJ**. Proc.. Recorrente:. Recorrido:. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.min.&processo=1298576+&b=ACOR>. Acesso em: 13. nov. 2012.

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012, 14. ed., p. 57.

esse equilíbrio seja restabelecido, voltando-se ao *status quo ante*. Para tanto, é indispensável a fixação de indenização proporcional à ofensa ao bem jurídico lesado.¹³⁷

Nesse sentido, no campo de atuação jurídica do Direito Privado, ao gerar dano, o ofensor receberá uma sanção que corresponda à repreensão almejada pelo ordenamento, tantas vezes quantas forem as condutas ilícitas praticadas. Tal reparação pelos danos causados pelo autor visa o estabelecimento de uma consciência do dever social, que se resume em uma atitude pautada na ética e no respeito aos direitos alheios.¹³⁸

A consciência do dever social nada mais é do que a compreensão do fundamento que rege o equilíbrio social. Para tanto, a legislação tem como finalidade: reparar condutas, punir comportamentos e educar os infratores.

Em suma, observa-se uma tríplice funcionalidade da reparação, como bem lecionam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹³⁹: “Assim, na vereda de tais ideias, três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação da conduta lesiva.”

A função compensatória tem como objetivo a reparação civil propriamente dita, que é o retorno ao *status quo ante*. Ou seja, repara-se o bem lesionado diretamente ou, na impossibilidade de reposição do bem, indeniza-se com o pagamento de quantia que seja equivalente ao bem material ou compense o direito que não se pode reduzir à pecúnia.

A função punitiva é subsidiária. Não é a finalidade básica da Responsabilidade Civil, contudo mostra-se relevante por persuadir o ofensor a agir com maior cautela na prática dos seus atos e, portanto, evitar a ocorrência de outras lesões a direitos.

Note que esta segunda função acaba por incidir não apenas na figura do ofensor, mas também, indiretamente, em toda a sociedade. Assume uma função socioeducativa, revelando um caráter de interesse público.

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14-15.

¹³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**, v.3, 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

¹³⁹ *Ibidem*. *Loc. cit.*

Portanto, esta terceira função tem por objetivos evitar condutas semelhantes e restabelecer o equilíbrio e segurança desejados pelo Direito, retomando a visão de uma consciência de um dever social.¹⁴⁰

No Direito de Família, incide também a obrigação de reparar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da prática de um ato ilícito. Diverge a doutrina quanto a uma ampliação da Responsabilidade Civil para o âmbito interior da família, permitindo uma maior ingerência do Estado nas relações familiares, inclusive, naquelas pautadas tão somente no vínculo afetivo.¹⁴¹

Dúvida não há quanto a à incidência das regras da Responsabilidade Civil, contudo, sinaliza-se que “a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar”¹⁴². A reparação vai depender, invariavelmente, da prática de ato ilícito, conforme prescreve o Código Civil nos arts. 186 e 187.

Portanto, a função da Responsabilidade Civil na relação familiar deve ser entendida como um instrumento de compensação pelos danos efetivamente causados, bem como um meio de desmotivar condutas lesivas. A função punitiva da responsabilidade não deveria ser considerada para o Direito de Família, por importar em uma patrimonialização de valores existenciais e na mitigação da própria essência da família.¹⁴³

¹⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**, v.3, 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

¹⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 5.ed. v. 6 rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p.162.

¹⁴² *Ibidem*, p.163.

¹⁴³ Em sentido diverso, Maria Berenice Dias entende que a indenização deve ser vista como uma forma de punição para o pai/mãe irresponsável. Assevera, ainda, que a indenização desempenharia um papel pedagógico no seio das relações familiares. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.417. De igual modo, entende Rolf Madaleno que “a punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico, e, portanto, não objetiva, propriamente, satisfazer à vítima da ofensa, mas sim, castigar o culpado pelo agravo moral”. **Direito de família: aspectos polêmicos**, 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.151.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO FILIAL

Conforme visto no capítulo anterior, é pacífico o entendimento de que o instituto da responsabilidade civil aplica-se ao Direito de Família. Cumpre advertir que, embora possível, a Responsabilidade Civil não se aplica a totalidade das relações familiares, tendo em vista as peculiaridades que envolvem a matéria.

Este capítulo irá discorrer sobre a admissibilidade da Responsabilidade Civil nos casos de abandono afetivo parental especificamente.

5.1 CONCEITO

Após os delineamentos da nova estrutura familiar, constitucionalmente centralizada no afeto, o que, para alguns doutrinadores, já figuraria como um direito fundamental, sendo inclusive, merecedor de reparação civil quando da constatação da omissão afetiva. Assim,

a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever do ter o filho sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação [...] assim, a ausência do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida [...] tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo¹⁴⁴.

Entretanto, enquadrar o afeto como dever jurídico decorrente da paternidade merece muita cautela, por se tratar de relações familiares e seu caráter extremamente pessoal, o afeto não deve ser compreendido com valor jurídico exigível pelo judiciário, como explicitado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁵: “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”.

¹⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 416.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 514.350 – SP**. Proc. 2003/0020955-3. Recorrente: R A da S. Recorrido: J L N de B. Relator: Min. Aldir Passarinho Jr. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22ALDIR+P+ASSARINHO+JUNIOR%22%29.min.%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&processo=514350&b=ACOR >. Acesso em: 12 nov. 2012.

É ainda motivo de grande discussão doutrinária e jurisprudencial, de modo que há um turbilhão de argumentos, mais ainda nenhum consenso quanto à matéria. Afinal, é possível falar em Responsabilidade Civil no âmbito do Direito de Família no caso do abandono afetivo?

Além da questão do valor normativo do afeto no Direito de Família, já tratada no capítulo 3: se este deve ser entendido como princípio ou postulado normativo; outra questão importante a ser abordada é quanto a interpretação dada aos deveres paternos legalmente previstos. O afeto deve ser considerado com uma obrigação jurídica dos pais para com seus filhos?

No tocante a este ponto, Bernardo Castelo Branco¹⁴⁶, entende que dentre os deveres decorrentes da paternidade, a saber: sustento, guarda e educação dos filhos, conforme dispõe os artigos 1.566, IV; 1.634, II e 1.724 do Código Civil¹⁴⁷, estaria intrínseco ao conceito de guarda, o dever dos pais manterem os filhos sob sua companhia, decorrendo dessa proximidade o sustento e a educação

A filiação tem como vínculo maior os laços afetivos que unem pai e filho, podendo haver ou não vínculo biológico. Inclusive, estes laços de afeto têm ganhado importância e reconhecimento no ordenamento, já que a constituição e a jurisprudência vêm reconhecendo o valor jurídico do afeto para determinar a filiação.

Essa verdade socioafetiva não é menos importante que a verdade biológica. A realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, externamente, perante o grupo social¹⁴⁸.

Neste pensar, reconhecimento do abandono afetivo parental vem sendo defendido por muitos estudiosos e profissionais do direito por entenderem ser este um claro sinal de que a paternidade ou maternidade não se resume aos vínculos biológicos.

Contudo, tal entendimento não é pacífico na doutrina, nem na jurisprudência.

¹⁴⁶ BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006, p.176.

¹⁴⁷ Art. 1566, do Código Civil: São deveres de ambos os cônjuges: IV – sustento, guarda e educação dos filhos; Art. 1634 – Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos: I – dirigir-lhes a criação e educação, II – tê-los em sua companhia e guarda e Art. 1724, do Código Civil: As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 out. 2012

¹⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

Discute-se, como visto, se o valor jurídico do afeto, trazido pela Constituição Federal de 1988, seria suficiente para qualifica-lo como princípio normativo do Direito e se os referidos deveres decorrentes da paternidade não deveriam ter os seus conceitos adequados às relações familiares em suas novas estruturas e formatos, já que o afeto possibilitou novos modelos familiares, a exemplo das monoparentais ou aquelas constituídas apenas por irmãos.

5.2 PRESSUPOSTOS

O dever de indenizar decorrente do abandono afetivo tem sido admitido em virtude da observação de alguns pressupostos como: a funcionalização das entidades familiares, bem como a sua despatrimonialização e igualdade entre os filhos independente do relacionamento dos seus pais.¹⁴⁹

Muitos doutrinadores, a exemplo de Giselda Maria Hironaka, vêm admitindo a Responsabilidade Civil no âmbito das relações familiares, inclusive, nos casos de abandono afetivo.

Entende a autora que basta analisar a existência da relação paterno filial, independente da relação havida entre os genitores, para apurar os direitos e deveres concernentes a tal relação e, assim, verificar o desempenho das funções de cada membro da família.

O direito a indenização pelo abandono afetivo estaria, portanto, vinculado ao mal desempenho desses deveres. Para a autora, dentre todos esses deveres supra mencionados, o de maior relevância é do *dever de educação*, por representar, em sua acepção mais ampla, a garantia de uma perfeita conformação moral e intelectual. Sendo assim, o abandono afetivo estaria configurado com a omissão dos pais, pelo menos, em relação ao dever de educação.

Essa “má prestação” afetiva, segundo a autora, encontra-se fundada na “funcionalização das entidades familiares, que devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa dos filhos”.

¹⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/288>>. Acesso em: 20 maio 2013, p.01.

O não cumprimento desta *função familiar* seria o ponto de partida para a análise dos demais elementos da Responsabilidade Civil.

Assim, para essa vertente doutrinária, ao considerar que o descumprimento dos deveres decorrentes da paternidade ofende a funcionalização das entidades familiares, basta a verificação dos demais elementos da Responsabilidade Civil (dano, culpa e nexó) para que se justifique a aplicação do instituto ao abandono afetivo.

O dano seria aquele referente à personalidade do indivíduo. Neste sentido, a ausência paterna imotivada acarretaria em danos diretos aos direitos da personalidade, evidenciados pelos prejuízos à formação psicofísica da criança.

Neste ponto, indaga-se se este elemento refere-se apenas aos filhos menores pelo fato de que apenas estes poderiam ser prejudicados de forma direta pela ausência de afeto pelo mau desempenho do dever de educação e convívio prestado pelos seus genitores.

O dano estaria vinculado ao abandono afetivo e os seus consequentes danos à formação da personalidade, por isso a configuração do dever de indenizar não seria possível em face dos adultos, tendo em vista que estes já teriam sua personalidade totalmente formada.

Assim, só os filhos menores de idade, ou incapazes, têm legitimidade para pedir indenização aos pais pela omissão do afeto. Em relação aos filhos maiores de idade e capazes, não tem cabimento indenização pela ausência de afeto por parte dos pais, porque não estão em fase de formação da personalidade.¹⁵⁰

Ocorre que tal posicionamento também é passível de indagações, já que discute-se se a formação da personalidade de uma pessoa, enquanto atributo da personalidade humana, seria um processo constante de evolução e aprimoramento ou se a partir de uma faixa etária este processo estaria concluído.

“A responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo é calcada na ideia de culpa, razão pela qual se torna mais difícil a sua configuração”¹⁵¹. A culpa estaria configurada com a omissão aos deveres decorrentes do poder familiar. Nessa

¹⁵⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/288>>. Acesso em 20 maio 2013, p. 08.

¹⁵¹ *Ibidem*. *Loc. cit.*

esteira, exclui-se a culpa nos casos de desconhecimento da paternidade. Nesta hipótese, não há que se falar em responsabilidade pelo abandono, já que a relação afetiva não fora estabelecida previamente para tenha sido desfeita pela omissão.

Assim, evidencia-se a importância da perícia a fim de se comprovar a existência do dano, bem como as suas causas. Faz-se necessário, portanto, o estabelecimento do nexo causal entre o dano efetivamente sofrido com a omissão dos deveres familiares.

Alerta, entretanto, para o fato de que nem sempre a indenização será possível e que, quando possível, deverá o aplicador do direito atentar para a ideia de despatrimonialização das relações familiares e traçar os limites para a indenização dos supostos danos afetivos, a fim de evitar o que a autora chama de “indústria indenizatória do afeto”.¹⁵²

5.3 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

A doutrina diverge quanto à questão.

Inicia-se pelos autores favoráveis à tese de que é possível a responsabilização civil dos pais nos casos de abandono afetivo dos filhos.

Maria Berenice Dias¹⁵³, ao considerar que o afeto figura entre os deveres decorrentes do poder familiar dispostos no art. 1.632 do Código Civil, encara abandono afetivo como ato ilícito merecedor de indenização civil. Nesse sentido, fala em paternidade responsável e que “a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever”.

Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho [...] comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado¹⁵⁴.

¹⁵² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/288>>. Acesso em: 20 maio 2013, p. 02-03.

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.415 *et seq.*

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.416.

Compartilhando desse entendimento, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹⁵⁵ entendem que o desrespeito ou descumprimento desse dever de amor e convivência com o filho, representado pela omissão que se perfaz com o abandono, ensejaria um ato ilícito e, portanto, configuraria o direito a uma indenização.

Rodrigo Cunha Pereira e Cláudia Maria Silva¹⁵⁶, que entendem pela a impossibilidade de impor uma conduta afetiva, contudo destacam a necessidade de uma valorização das funções paternas, considerando que o filho é carecedor não só dos alimentos, mas de outras formas de assistência como o amparo moral e afetivo. De modo que a indenização seria cabível a título de reparação.

Não estabelecer tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno. Podemos esperar que, proximamente, em casos semelhantes, o Judiciário promova julgamentos alicerçados em novos paradigmas, traduzindo as concepções de uma justiça contemporânea e consolidando o afeto como um valor jurídico, um pressuposto para o exercício da autoridade e das funções paternas¹⁵⁷.

Neste pensar, Rolf Madaleno assevera que além do direito ao nome paterno, o filho tem o direito de ser acolhido social e afetivamente por seu genitor, sendo este acolhimento um dever do pai para o desenvolvimento moral e psíquico do seu descendente. Entende, ainda, que a recusa aos filhos desses “caracteres indissociáveis de sua estrutura em formação” configura injustificável ilicitude civil e, assim, acarretando no dever de indenizar.¹⁵⁸

Paulo Lôbo, por sua vez, também entende que o afeto é um dever jurídico e, portanto, o seu descumprimento pode ensejar a pretensão indenizatória. Alude, ainda, que o princípio da paternidade responsável, previsto no art. 226 da Constituição Federal não estaria limitado apenas ao dever de assistência material, mas abrangeria também a assistência moral.¹⁵⁹¹⁶⁰

¹⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 731 et seq.

¹⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**, Brasília, v.21, n.3, p. 667-680, set/dez 2006.

¹⁵⁷ *Ibidem. Loc. Cit.*

¹⁵⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 319.

¹⁵⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.284

¹⁶⁰ De igual modo dispõem Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Helen Cristina Leite de Lima Orleans: “Para o pleno desenvolvimento da criança, não basta a observância de obrigações de cunho meramente patrimonial, como o adimplemento de alimentos. A responsabilidade paterna possui um conteúdo mais amplo, notadamente de feições existenciais”. Responsabilidade Civil nas relações familiares. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, ano. XIII, n. 24, out/nov 2011, p.113.

Antônio Dantas de Oliveira Júnior¹⁶¹ vai mais além ao concluir que o descumprimento desses deveres paternos deveriam ensejar uma reparação como forma punitiva e dissuasória. Neste sentido, dispõe:

O Poder Judiciário deve, quando provocado, responsabilizar civilmente o genitor por abandono afetivo, em razão do descumprimento do dever de criar, educar e conviver com o filho, em harmonia, como alhures dite, com o art. 186, do Código Civil Brasileiro.^{162 163}

Rodrigo da Cunha Pereira¹⁶⁴ faz a seguinte reflexão: “Um pai ou uma mãe que se nega a conviver com seu filho menor, ou não dá afeto, está infringindo a lei e deve, ou pode, ser punido por esta falta?”. Responde ao questionamento, concluindo que:

Não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente. (...) O descumprimento dessas obrigações significa violação ao direito do filho. Se os pais assim não agem, devem responder por isso.

Reflete, ainda, o referido autor, se esta indenização não estaria monetarizando o afeto. Entende, o jurista, que não está, pois indenização teria apenas uma função punitiva, ou melhor, educativa. Os valores seriam simbólicos, pois não haveria dinheiro que pagasse essa rejeição.¹⁶⁵

Juntamente com Cláudia Maria Silva, Rodrigo da Cunha Pereira chega à conclusão de que, mesmo cumprindo com o dever de prestar alimentos, o pai não se desincumbiria de suas obrigações perante o filho, tendo em vista que “nem só de pão vive o homem”. Assim, depreende que a responsabilidade não se limita ao dever alimentar, mas também no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos

¹⁶¹ OLIVEIRA JUNIOR, Antônio Dantas de. A incidência do art. 186 do código civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível? **Revista ESMAT** (Escola Superior da Magistratura Tocantinense). v. 3, n. 3 jan/dez. Palmas: ESMAT, 2011, p. 52-53.

¹⁶² *Ibidem. Loc. cit.*, p. 44.

¹⁶³ Neste sentido, entende Samira Skaf: “Diante do exposto, imprescindível concluir que a fim de conceder indenização por danos morais no caso de abandono afetivo, necessário preencher alguns requisitos como presença do dolo/culpa, dano efetivamente comprovado, omissão voluntária e nexos de causalidade, de acordo com os arts. 186 e 927 do Código Civil”. Possibilidade legal de concessão de dano moral aos filhos abandonados afetivamente pelos pais, gente ao cometimento de ato ilícito. **Revista Brasileira de Direito das famílias e Sucessões**, ano XI, n. 13, dez/jan 2010, p. 115

¹⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem**: responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/05_nem.so.de.pao.vive.o.homem.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013, p. 02.

¹⁶⁵ *Ibidem. Loc. cit.*

filhos em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁶

Os autores, em concordância, concluem:

O sofrimento faz parte da vida e os adultos são responsáveis por seus encantos e desencantos amorosos. Os pais são responsáveis pela educação de seus filhos – aí pressupondo-se, cuidados, afeto, apoio moral, atenção. Abandonar e rejeitar um filho é violar direitos. (...) Admitindo-se não ser possível obrigar ninguém a dar afeto, a única sanção possível é a reparatória. Não estabelecer tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno.¹⁶⁷

Para Ana Karina Ciríaco Fragoso, a falta da convivência, do afeto e do cuidado que um pai deve dispensar aos filhos, acarreta na configuração de danos aos direitos da personalidade da criança e do adolescente. A ausência afetiva comprometeria, assim, o bom desenvolvimento dos atributos da personalidade da criança. Esta ofensa, portanto, configuraria o dano moral afetivo.¹⁶⁸

Neste pensar, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka defende que em relação à responsabilização pelo abandono afetivo, deve-se, primeiramente, visualizar o dano causado e não a sua origem ou causa. Quando assevera que “o dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo”, considera que o correto *desenvolvimento sociopsicocultural* dos filhos configura-se como um direito da personalidade.¹⁶⁹

Giselda Hironaka, apesar de figurar entre os doutrinadores que admitem a reparação civil em decorrência do abandono afetivo, mostra-se mais cautelosa em suas ponderações. Para a autora, os casos de indenização não devem ser caracterizados de forma desarrazoada ou desapegada da realidade. Ressalta, ainda, que “bons e maus pais, boas e más mães sempre houve. E continuarão a existir (...)” e que, por isso, a indenização por abandono afetivo deve ser utilizada com uma função pedagógica, evitando que o Judiciário seja palco de vingança familiar na busca do

¹⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**, Brasília, v.21, n.3, p. 667 *et. seq.*

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 679.

¹⁶⁸ FRAGOSO, Ana Karina Ciríaco. Abandono afetivo: Uma questão de personalidade. **Revista da ESMape** (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco), Recife, v.14, n.29, p.17-38, jan/jun. 2009.

¹⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter alimentar. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Civil: direito das famílias**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 226-230.

lucro fácil.¹⁷⁰

Há, ainda, doutrinadores como Paulo Nader¹⁷¹ e Carlos Roberto Gonçalves¹⁷² que defendem o direito à reparação moral, contudo, fazem a ressalva da complexidade em se verificar no caso concreto o nexo de causalidade, já que este, além de configurar um ônus ao ofendido, é de difícil apuração. Sendo assim, raros seriam os casos de sucesso do pleito indenizatório promovido em face dos pais pelo abandono afetivo.

Por outro lado, outros autores têm demonstrado resistência quanto à possibilidade de ações dessa natureza possam ser admitidas pelo Judiciário.

Danielle Alheiros Diniz entende que é impossível condenar um pai a indenizar seu filho em decorrência da falta de afeto. Defende que nesse campo tão peculiar das relações familiares, o instituto da responsabilidade não pode penetrar. Segue aduzindo que o afeto, apesar de toda sua relevância para o Direito, não pode ser convencionado, muito menos exigido ou cobrado, pois trata-se de um sentimento que se desenvolve naturalmente. A autora questiona, ainda, se essa imposição da convivência como dever familiar não estaria contrariando a ideia de afeto como a principal fonte instituidora das entidades familiares. Pensar dessa forma, para a autora, seria privilegiar os vínculos sanguíneos em lugar do laços afetivos. Entende, assim, que o descumprimento desse “dever familiar” deveria ser analisado apenas na seara do Direito de Família, sendo a perda do poder familiar a sanção mais apropriada para o pai/mãe ausente.¹⁷³

Seguindo a mesma linha de pensamento, Leonardo Castro ressalta que a desvinculação afetiva pela perda do poder familiar evitaria que a relação se desgastasse ainda mais com a imposição de sanção pecuniária.

[...] podemos criar um problema mais grave. Muitos pais, não por amor, mas por temer a Justiça, passarão a exigir o direito de participar ativamente da vida do filho. Ainda que seja um mau pai, fará questão da convivência, e a mãe, zelosa, será obrigada a partilhar a guarda com alguém que

¹⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**, p. 12. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/288>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

¹⁷¹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 346.

¹⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 741

¹⁷³ DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo**, p. 01 *et. seq.* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12987/a-impossibilidade-de-responsabilizacao-civil-dos-pais-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 31 mai.2013.

declaradamente não possui qualquer afeto pela criança. A condição de amor compulsório poderá ser ainda pior que a ausência.¹⁷⁴

Neste pensar, Samir Nicolau Nassralla¹⁷⁵ entende que, ao se considerar o princípio do melhor interesse da criança, a medida mais adequada nos casos de abandono afetivo seria a destituição do poder familiar¹⁷⁶. Aduz que, apesar de ser um comportamento moralmente reprovável, o legislador não estabeleceu nenhum parâmetro interpretativo para disciplinar as condições em que essa patrimonialização poderia ocorrer. Além disso,

Quando há apenas uma conduta não exteriorizada, consistente em simples omissão de amor, não se pode configurar ato ilícito merecedor de indenização civil, por ausência do conteúdo e alcance normativo dessa conduta (...) a falta de afeto é conduta não exteriorizada, não podendo o direito regular ou intervir na ausência de sentimento, como não pode fazê-lo no pensamento.

Aduz, ainda, que “mesmo considerando-se que o dano moral é presumido, a ausência de afeto é conceito extremamente impreciso para embasar a responsabilidade civil”. Conclui, portanto, que a indenização estabelecida como forma de reparação pelo suposto dano moral afetivo representa um ingerência indevida pelo Estado nas relações familiares.

Em uma linha mais prospectiva, Isabel Cochlar¹⁷⁷ avalia o duplo encargo do abandono afetivo ao ponderar que o Código Civil¹⁷⁸ prevê a reciprocidade da

¹⁷⁴ CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 9, n. 46, fev/mar 2008, p. 14 *et. seq.*

¹⁷⁵ NASSRALLA, Samir Nicolau. Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo. **Revista Ciência Jurídica**, ano XXIV, n. 154, jul/ago 2010, p. 325-326.

¹⁷⁶ EMENTA: DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO. POR AVANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. ART.395, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL C/C COM O ART.22 DO ECA. INTERESSES DO MENOR. PREVALENCIA.

Caracterizado o **abandono afetivo**, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o art. 22. do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 275.568 – RJ**. Proc. 2000/0088886-9. Recorrente: R M E Cônjuge. Recorrido: R M B. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%28%28%22HUMBERTO+GOMES+DE+BARROS%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.%29+E+%28%22HUMBERTO+GOMES+DE+BARROS%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&processo=+275568+&b=ACOR >. Acesso em: 12 nov. 2012.

¹⁷⁷ COCHLAR, Isabel. Duplo encargo do abandono afetivo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012, p. 41.

¹⁷⁸ Art. 1.694 do Código Civil: Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. BRASIL. **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002.

prestação de alimentos, estendendo-se aos pais, quando necessitados, o direito de requerer alimentos dos filhos. Assim, poderia um filho ser obrigado a amparar materialmente àquele que o rejeitou? Entendeu a autora que não:

A manutenção de tal dispositivo nos termos ora postos significa, pelo Estado – que tem o dever de garantir proteção às crianças e adolescentes – a ratificação do abandono afetivo. Significa sobrecarregar o futuro da criança abandonada pelo genitor, impor-lhe uma dupla carga emocional (...) Se o Estado não foi eficaz em garantir-lhe o direito ao amparo moral e material, não pode sê-lo para exigir que ele ampare quem lhe impôs tal dano. Mesmo a efetivação da indenização por dano moral não tem o condão de justificar tal obrigatoriedade. Isso porque o dinheiro não repara a falta de afeto, não torna pai ou mãe quem decidiu não o ser.

João Gaspar Rodrigues¹⁷⁹, por sua vez, afirma que a pretensão de inserir o abandono afetivo parental na Responsabilidade Civil com o objetivo de obrigar um comportamento afetuoso, presente e amoroso, mostra-se ineficiente e até prejudicial, uma vez que “onde antes havia omissão e ausência, passa a existir ódio e ressentimento entre pais e filhos”. Ao “acirrar os ânimos”, a dignidade de todos os membros da família estaria comprometida. Ressalta, ainda, que ineficiência da indenização resta comprovada pelo não atendimento dos seus objetivos, vez que o amparo material é obtido através da pensão alimentícia e o efeito punitivo já estaria configurado por outros meios previstos em lei, a exemplo da perda ou suspensão do poder familiar.¹⁸⁰

Por fim, depois de analisar os principais posicionamentos sobre a matéria, encerra-se esse painel doutrinário com a proposta de Laura Maciel Freire de Azevedo¹⁸¹, na tentativa de harmonizar o Direito de Família e a Responsabilidade Civil.

A autora propõe uma terceira solução ao problema. Esta solução consiste em desviar a atenção da conduta do pai e focar nas repercussões geradas no filho. O alvo da análise deve ter o filho como referência em cada caso concreto, não o pai. Não basta que o abandono afetivo tenha se caracterizado, é preciso que este tenha ocorrido de forma efetiva. Explica-se: mesmo que o abandono afetivo tenha se

Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso: 31 maio 2013.

¹⁷⁹ RODRIGUES, João Gaspar. Abandono afetivo parental e a desastrosa abordagem pela dogmática jurídica. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012, p. 43.

¹⁸⁰ Em sentido diverso, Maria Berenice Dias entende que a perda do poder familiar configura um prêmio para o pai que não cumpre com seus deveres, não uma punição. **Manual de direito das famílias**, 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁸¹ AZEVEDO, Laura Maciel Freire. Abandono afetivo: do foco a uma terceira solução. **Revista ESMape** (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco), Recife, v. 14, n. 30, jun/dez 2009, p.258 *passim*.

configurado, partindo-se exclusivamente da análise da conduta do pai, é possível que o filho tenha encontrado afeto e amparo material na figura do pai socioafetivo.¹⁸² Neste caso, não haveria que se falar em pleito indenizatório, pois o dano moral não se configurou.

Diante dessa diáspora doutrinária com tantos posicionamentos divergentes e conflitantes, cabe, agora, acomodar as posições e destacar o entendimento adotado pelo presente trabalho.

5.4 EQUALIZAÇÃO DOS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

O Direito de Família é um segmento muito próprio do direito, com natureza muito peculiar, até porque, tem como matéria o relacionamento familiar humano. Por isso, não deveria estar aberto para as interferências estatais ou submetidos a outras regras. Desse modo entende-se que a simples "violação afetiva" não deveria ser considerada como um ato ilícito, tendo em vista que as relações interpessoais, principalmente dentro da estrutura familiar, são muito sensibilizadas e a linha entre amor e ódio é muito tênue.

A defesa da impossibilidade da reparação pelo abandono afetivo traz à discussão a necessidade de filtrar as regras de Responsabilidade Civil. Entende-se, portanto, que o instituto da Responsabilidade Civil não deve ser aplicado de forma desmedida nas relações familiares.

Como separar o que é violação afetiva com gravidade tal que macule a dignidade humana dos sentimentos de mágoa, rancor, ressentimento e vingança, que são típicos dos conflitos familiares?

A aplicação das regras da Responsabilidade Civil devem respeitar as especificidades e complexidade própria da relação do Direito de Família, sob pena

¹⁸² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível Nº 70019263409**, Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 20 ago. 2007. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/234563fgtth-ghht/45>. Acesso em: 01 out. 2012.

de desvirtuar sua natureza peculiar¹⁸³. Assim, a conduta ensejadora de reparação deverá ser aquela que realmente, de forma comprovada, representar um ato ilícito.

Para Sergio Cavalieri Filho¹⁸⁴, o ato ilícito é aquele praticado voluntariamente a fim de prejudicar os interesses de outrem, para tanto é indispensável que haja uma ilicitude, ou seja, um dever jurídico preexistente.

Não resta dúvida quanto ao cabimento de reparação civil pelas condutas ilícitas devidamente comprovadas. O dano moral, quando configurado, deve ser reparado. Entretanto, destaca Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸⁵:

Além disso, ao definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos “dor”, “espanto”, “emoção”, “vergonha”, “aflição espiritual”, “desgosto”, “injúria física ou moral”, em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confunde-se o dano com sua (eventual) consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas.

Suavizando os embates, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁸⁶, não assume uma posição extremada, admitindo a possibilidade da reparação, mas fazendo ressalva quanto a aplicação desregrada de tal entendimento:

De outro lado, a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configurada com parcimônia e bom senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou da busca de lucro fácil, poderá se converter num, instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar inclusive um importante papel pedagógica no seio das relações familiares.

Diante do exposto, conclui-se que os pais possuem uma *obrigação natural* de amar e cuidar dos seus filhos e não um dever jurídico, como a maior parte da doutrina tem afirmado. A obrigação afetiva para com os filhos estaria, portanto, no campo da

¹⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 631.

¹⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9.ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

¹⁸⁵ MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2007, p. 131.

¹⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40> Acesso em: 12 nov. 2012.

moral e não do Direito. Como ilustrado por João Gaspar Rodrigues:

Tal dever encaixa-se em uma zona intermediária e, guardada as devidas proporções, assemelha-se à obrigação natural pelo adimplemento de dívida de jogo, em que o credor não pode exigir, judicialmente, o pagamento do débito.¹⁸⁷

A imposição de um comportamento afetivo pelo ordenamento estaria, portanto, maculando o próprio ordenamento ao ofender o princípio da dignidade da pessoa humana. Não pode, o Estado, impor uma conduta moral ideal através de imposições legais. Cumpri ao poder público, apenas, o estabelecimento de um mínimo de moralidade para possibilitar a convivência em sociedade.¹⁸⁸

O Estado não pode obrigar as pessoas à uma conduta mais amorosa, afetiva, generosa, altruísta, enfim, se agir dessa forma, estará extrapolando o limite da autonomia privada e da liberdade individual.

Grande parcela da doutrina, já identificada no tópico anterior, tem atribuído à ausência de afeto paterno/materno a desestruturação familiar e os consequentes danos à personalidade dos filhos. Contudo, o problema que se expõe não se limita a conduta de uma pai ou uma mãe que se ausenta. O problema envolve toda a sociedade e os valores e costumes por ela disseminados. O Estado, diante desse contexto, não pode impor que cada entidade familiar viva no ideal cristão de família, pois o problema não é pontual para ser resolvido com indenização pecuniária. A própria sociedade encontra os meios para suprir essa deficiência moral com a própria família, os projetos sociais, as igrejas...

Todas as discussões jurídicas, por refletir na vida da sociedade, devem ser bem analisadas e compreendidas até que haja, quando não um consenso, pelo menos uma harmonização conceitual ou de aplicabilidade prática. Em se tratando de qualquer relação que toque o âmbito familiar, toda a atenção deverá ser redobrada, tendo em vista que o direito de família reflete na base da sociedade, envolvendo questão tão íntima e pessoal, como a relação pai e filho.

¹⁸⁷ RODRIGUES, João Gaspar. Abandono afetivo parental e a desastrada abordagem pela dogmática jurídica. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012, p.43.

¹⁸⁸ *Idem*. A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas** (Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAFF), v.12, n. 1/2, jan/dez 2011, p. 45 *et. seq.*

5.5 POSICIONAMENTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As opiniões conflitantes não se encerram no campo doutrinário. De igual modo, as cortes superiores têm manifestado diferentes posicionamentos.

Em 2005, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou pela impossibilidade da reparação civil pelo abandono moral, entendendo que esta não se encaixaria como conduta ilícita.

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 CC/16 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido.¹⁸⁹

Trata-se do caso em que o filho ajuizou ação ordinária contra seu pai, pleiteando indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo. Em primeira instância, o pleito foi julgado improcedente¹⁹⁰, contudo, após interposição de apelação, o pai foi condenado pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais ao pagamento de indenização por danos morais pelo descumprimento do dever familiar de convívio com o filho. O pai, inconformado com a condenação, interpôs recurso especial. Entendeu a 4ª Turma, por maioria¹⁹¹, em dar provimento ao recurso interposto com os seguintes argumentos:

No caso de abandono ou 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 (...). 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.

Além de considerar que o Direito de Família já tutela sanção específica para o caso,

¹⁸⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 757.411 – MG**. Proc. 2005/0085464-3. Recorrente: V de P F de O F. Recorrido: A B F (Menor). Relator: Min. Fernando Gonçalves. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 12 nov. 2012.

¹⁹⁰ Sentença proferida pela 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte.

¹⁹¹ O voto-vencido foi do Ministro Barros Monteiro: “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”.

entendeu a 4ª Turma que o litígio entre as partes reduziria consideravelmente a expectativa de uma reaproximação, ainda que tardia. Sendo assim, o deferimento do pleito não atenderia o objetivo da reparação financeira, nem seu efeito punitivo, pois, neste sentido, o ordenamento jurídico já teria providenciado a pensão alimentícia e a perda da guarda.

“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”.

No ano de 2009, mais uma vez a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, por unanimidade, pela não configuração dos danos morais, rejeitando a configuração do abandono afetivo como ato ilícito.

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "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" (REsp. n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido.¹⁹²

O Ministro Aldair Passarinho Júnior, relator, adotou o mesmo entendimento utilizado no julgamento do REsp. 757.411/MG, realizado pela mesma Turma.

Já em abril de 2012, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o Resp. 1.159.242/SP em sentido diametralmente oposto ao entendimento consolidado pela 4ª Turma.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia –de

¹⁹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 514.350 – SP**. Proc. 2003/0020955-3. Recorrente: R A da S. Recorrido: J L N de B. Relator: Min. Aldir Passarinho Jr. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22ALDIR+PASSARINHO+JUNIOR%22%29.min.%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&processo=514350&b=ACOR >. Acesso em: 12 nov. 2012.

cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. (destaques aditados)¹⁹³

A 3ª Turma, por maioria¹⁹⁴, e julgou procedente a compensação por dano moral em decorrência do abandono efetivo. Para tanto, fundamentou a decisão na percepção do cuidado como um valor juridicamente tutelado. A relatora, Ministra Nancy Andrighi, asseverou que “o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente” e seguiu com o entendimento de que a discussão não estava pautada tão somente na questão da mensuração do amor, mas na verificação do cumprimento da obrigação legal de cuidar. Concluiu, portanto, que “amar é faculdade, cuidar é dever”.

Como explicitado, a matéria ainda não está consolidada. Apesar de uma aparente mudança no entendimento jurisprudencial, ainda falta muito que se discutir e entender.

Por hora, cumpre informar que o pai, condenado pela 3ª Turma ao pagamento de indenização no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais), já recorreu da decisão apresentando embargos de divergência¹⁹⁵. O recurso ainda não foi julgado.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 – SP**. Proc. 2009/0193701-9. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&processo=1159242&b=ACOR>. Acesso em: 12 nov. 2012.

¹⁹⁴ O voto-vencido foi do Ministro Massami Uyeda: “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”.

¹⁹⁵ Pai recorre de decisão sobre dano moral por abandono afetivo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105957>. Acesso em: 01/06/2013

6. CONCLUSÃO

O Direito de Família passou por uma profunda transformação com a mudança dos paradigmas nas relações familiares. A família, até então considerada como instituição, firmada no *pater potestas* e nos critérios biológicos, passa a ser considerada com um instrumento de proteção da pessoa humana. Assim, as entidades familiares passaram de uma concepção institucional, patrimonializada e biológica para uma concepção instrumental, cultural e afetiva.

Em decorrência dessa mudança estrutural, o ordenamento jurídico consagrou o afeto como elemento estruturante das relações familiares, portanto, merecedor de tutela e especial proteção do Estado.

Apesar da palavra “afeto” não constar expressamente no texto constitucional, o repertório principiológico da Constituição Federal aponta para o valor jurídico da afetividade, principalmente, através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e do pluralismo familiar.

O reconhecimento do valor jurídico do afeto evidencia-se pelas constantes mudanças sociais. Como o Direito é construído pela sociedade, o Estado foi obrigado a disciplinar a nova dinâmica social da configuração dos grupos familiares. Não faltam exemplos para comprovar a ampliação dos conceitos familiares para abarcar os novos comportamentos sociais, são eles: reconhecimento da união estável como entidade familiar; igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos; possibilidade de adoção do nome do pai socioafetivo; direito de visita dos avós; reconhecimento da família constituída apenas por irmãos... Todos baseados na afetividade como promoção da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, entendeu boa parte da doutrina que o afeto, ainda que implicitamente, teria sido elevado ao posto de princípio jurídico, devido a tamanha importância para a configuração das novas estruturas familiares, no que se convencionou chamar de *fase pós-moderna do Direito de Família*.

Os partidários da corrente que preconiza o princípio da afetividade entendem, portanto, que na condição de princípio-norma, o afeto poderia ser exigível, dado ao seu caráter de norma mandamental obrigatória. Asseveram, ainda, que a desatenção desse comando normativo implica em ofensa, não só ao princípio

constitucional, como a todo o sistema jurídico.

A linha adotada neste trabalho, entretanto, filia-se à vertente contrária que defende que o valor jurídico concedido ao afeto não bastou para elevá-lo à condição de princípio jurídico constitucional, mas tão somente à condição de postuladonormativo.

Enquanto postulado, normas de segundo grau, o afeto funciona como uma diretriz metódica que orienta a interpretação das demais normas e não como um comando de cumprimento obrigatório. A afetividade, portanto, deve ser vista como um referencial interpretativo para os princípios e regras do ordenamento, não como uma prescrição comportamental com força vinculante, caso contrário, sua própria essência estaria desvirtuada.

Conclui-se, assim, que o afeto representa um direcionamento na aplicação dos princípios do Direito de Família.

Destaca-se, também, que os defensores do princípio da afetividade, ao considerarem o elemento da afetividade como norma de aplicação vinculada, passam a também defender que a desatenção desse comando normativo implicaria em descumprimento de dever constitucionalmente garantido, assim, sendo passível de responsabilização civil.

Consoante demonstrado, entende-se que a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil é admitida no Direito de Família. Contudo, ressalva-se que a incidência da responsabilidade deve ser feita de forma moderada, respeitando as peculiaridades constantes nas relações familiares e os limites da autonomia privada no Direito de Família.

Ficou demonstrado, inclusive, que o foro competente para tais ações seria a Vara de Família, tendo em vista a especificidade da matéria em questão.

A Responsabilidade Civil no Direito de Família, portanto, mostra-se plenamente possível, entretanto, a conduta ilícita deve ser claramente identificada e comprovada. Assim, para que se configure a responsabilidade, é preciso que haja a conduta ilícita, o dano efetivamente sofrido e comprovação do nexo de causalidade.

Sendo assim, mesmo na hipótese de desamparo material do filho, se o dano não se configurar, não haverá responsabilização civil por tal conduta, ainda que o

comportamento seja socialmente reprovável.

Não obstante a Responsabilidade Civil seja admitida no Direito de Família, não poderá incidir sobre todas as circunstâncias que envolvam as relações familiares. O Judiciário, não pode, portanto, alcançar as questões afetivas, a exemplo do abandono afetivo, por representar uma atuação indevida do Estado na autonomia privada do direito familiar e na liberdade individual.

A responsabilização civil pelas condutas afetivas representa uma ingerência indevida do Estado em um âmbito tão íntimo das relações humanas. É juridicizar o afeto.

A doutrina e jurisprudência não são pacíficas quanto ao tema. Os que concordam com a possibilidade de indenizar o abandono afetivo utiliza os argumentos de que o afeto estaria figurando entre os deveres familiares, dentro do conceito do dever convívio familiar ou mesmo do dever de educação. Além disso, entendem ser patente a conduta ilícita decorrente do descumprimento do dever jurídico de cuidar.

Em sentido oposto e mais acertado, argumenta-se que a Responsabilidade Civil pauta-se na conduta ilícita e esta não se configura pela ausência de afeto. Note-se que não se fala em desamparo material, este sim, deverá ser objeto de ação de responsabilidade por incorrer em caráter alimentar, o abandono afetivo não.

Com essas considerações, não se pretende legitimar a conduta do pai que abandona seu filho afetivamente. Tal comportamento não deve ser aceito com normalidade, contudo, o Judiciário não pode impor uma conduta afetuosa ou obrigar ao pagamento de indenização pela ausência de afeto porque a afetividade, pela sua própria natureza, escapa à obrigatoriedade. Ao insistir na estipulação de indenização por abandono afetivo, o Judiciário estará monetarizando o afeto.

De todo o exposto, percebe-se que o problema reside no campo da moral e não do Direito. A solução não pertence ao Judiciário, mas à sociedade, às comunidades religiosas, à educação familiar, à própria família.

Entende-se que o ordenamento jurídico pátrio já disciplinou de modo satisfatório a matéria em comento. A ingerência do Estado para além dos limites da autonomia privada e liberdade individual no intuito de obrigar um comportamento afetuoso ou punir a ausência do afeto, seria, portanto, indevida, desarrazoada e ilegal, além de inconstitucional.

Não há óbice para a aplicação da Responsabilidade Civil nas relações familiares quando configurado o ato ilícito e o efetivo dano. Contudo, aplicar o instituto aos comportamentos afetivos, configura indevida juridicização do afeto.

REFERÊNCIAS

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.

AMORIN FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/41015926/Agnelo-Amorim-Filho-Criterio-cientifico-para-distinguir-a-prescricao-da-decadencia-e-para-identificar-as-aco-es-imprescritiveis>>. Acesso em: 05/06/2013

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação princípios jurídicos**, 10 ed., ampl e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

AZEVEDO, Laura Maciel Freire. Abandono afetivo: do foco a uma terceira solução. **Revista ESMAPE** (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco), Recife, v. 14, n. 30, jun/dez 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**, 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. **Código de Direito Civil**. Brasília, DF: Senado, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 jun. 2013.

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

_____. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 28 maio 2013.

_____. **Lei 8.069**, (Estatuto da Criança e do Adolescente), de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 14 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

_____. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF, 10 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm> Acesso em: 30/05/2013

_____. **Lei nº 11.924**, de 17 de abril de 2009. Brasília, DF, 17 abr. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm> Acesso em: 30/05/2013

_____. **Lei nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em 27/05/2013.

_____. **Lei nº 12.398**, de 28 de março de 2011. Brasília, DF, 28 mar. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm> Acesso em: 30/05/2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Adin 4277/DF** – Relator: Min. Ayres Britto. Requerente: Procuradora-geral da República. Requerido.: Presidente da República. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2012

_____. **Pai recorre de decisão sobre dano moral por abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105957>. Acesso em: 01 jun. 2013.

_____. **Recurso Especial n. 757.411 – MG.** Proc. 2005/0085464-3. Recorrente: V de P F de O F. Recorrido: A B F (Menor). Relator: Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. **Recurso Especial nº 275.568 – RJ.** Proc. 2000/0088886-9. Recorrente: R M E Cômjuge. Recorrido: R M B. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%28%22HUMBERTO+GOMES+DE+BARROS%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.%29+E+%28%22HUMBERTO+GOMES+DE+BARROS%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&processo=+275568+&b=ACOR>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. **Recurso Especial nº 1.298.576 – RJ.** Proc.. Recorrente.: Recorrido.: Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.min.&processo=1298576+&b=ACOR>. Acesso em: 13. nov. 2012.

_____. **Recurso Especial nº 514.350 – SP.** Proc. 2003/0020955-3. Recorrente: R A da S. Recorrido: J L N de B. Relator: Min. Aldir Passarinho Jr. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22ALDIR+PASSARINHO+JUNIOR%22%29.min.%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&processo=514350&b=ACOR>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. **Recurso Especial nº 66643 – SP.** Proc. 1995/0025391-7. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 20 out.1997. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520807/recurso-especial-resp-66643-sp-1995-0025391-7-stj>>. Acesso em: 27/05/2013.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.159.242 – SP**. Proc. 2009/0193701-9. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&processo=1159242&b=ACOR>. Acesso em: 12. nov. 2012.

BRISSAC, Chantal. **Meu reino por um bebê**. Istoé.com. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/30908_MEU+REINO+POR+UM+BEBE>. Acesso em: 04 jun. 2013.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 9, n. 46, fev/mar 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9.ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. _____. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

COCHLAR, Isabel. Duplo encargo do abandono afetivo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961 (versão digitalizada em 2006).

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, Salvador: JusPodivm, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. _____. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. _____. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, _____. 8. ed. 2ª tir. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo**, p.1-3. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12987/a-impossibilidade-de-responsabilizacao-civil-dos-pais-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 31 maio 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.5.

_____, _____. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**: Elementos para uma dogmática constitucional adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redescobrimo as fronteiras do direito civil: uma viagem na proteção da dignidade humana, In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Leituras complementares de direito civil. O direito civil - constitucional em concreto**, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____, _____. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9.ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2009

FRAGOSO, Ana Karina Ciríaco. Abandono afetivo: uma questão de personalidade. **Revista da ESMape**. Recife: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, v. 14, n.29, jan./jun. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: direito de família. As famílias em perspectiva constitucional. v. 6, São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. v.3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, _____. v.3, 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, ano. XIII, n. 24, out/nov 2011.

GOMES, Fernando Roggia. A responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores. **Revista da ESMEC** (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina), v.1, n 1, Ago. 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, _____. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter alimentar, In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Civil: direito das famílias**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/288>>. Acesso em: 20 maio 2013.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KIKUNAGA, Marcus. Direito de família e a afetividade no século XXI. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Coord.). **Leituras Complementares de direito civil. O direito civil-constitucional em concreto**, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012.

_____. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: fontes acontratuais das obrigações e responsabilidade civil**, 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

MADALENO, Rolf. **Direito de família: aspectos polêmicos**, 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Curso de Direito de Família**, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A afetividade como princípio jurídico consagrado no direito de família. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NASSRALLA, Samir Nicolau. Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo. **Revista Ciência Jurídica**, ano XXIV, n. 154, jul/ago 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, Antônio Dantas de. A incidência do art. 186 do código civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível? **Revista ESMAT** (Escola Superior da Magistratura Tocantinense). v. 3, n. 3 jan/dez. Palmas: ESMAT, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.180.

_____. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**, p. 12. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/288>>. Acesso em: 31 maio 2013.

_____. **Nem só de pão vive o homem**: responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/05_nem.so.de.pao.vive.o.homem.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013.

_____; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**, Brasília, v.21, n.3, p.667-680, set/dez 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5.

PIRES, Thiago José Teixeira. **Princípio da Paternidade Responsável**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24305/principio-da-paternidade-responsavel#ixzz2T2fC5umL>>. Acesso em: 11/05/2013

RODRIGUES, João Gaspar. A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas** (Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF), v.12, n. 1/2, jan/dez 2011.

_____. Abandono afetivo parental e a desastrada abordagem pela dogmática jurídica. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v.6.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível Nº 70019263409**, Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado

em 20 ago. 2007. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/234563fgtth-ghht/45>. Acesso em: 01 out. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 242.399-1**. Quinta Câmara de Férias A de Direito Privado. Relator: Jorge Tannus. Julgado em: 09 de fev. de 1996. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/20576778>>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. **Apelação Cível nº 9204421- 81.2009.8.26.0000**. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Teixeira Leite. Julgado em: 24 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/6460615>>. Acesso em: 06 jun. 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____, _____. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SKAF, Samira. **Revista Brasileira de Direito das famílias e Sucessões**, ano XI, n. 13, dez./jan 2010.

SERAFINI, Paulo. **Produção feminina independente: uma realidade cada vez mais presente no Brasil**. Abril.com. Disponível em: <<http://bebe.abril.com.br/materia/fertilidade-em-alta-producao-feminina-independente>>. Acesso em: 11/05/2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: JusPodvim, 2008;

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc>. Acesso em 11 maio 2013.

_____. O princípio da afetividade no direito de família: breves considerações. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVI, nº 378, out. 2012.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A importância dos princípios específicos do direito das famílias. **Revista Síntese Direito de Família**, v.12, n.63, dez./jan, 2011.

WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. Corrêa da. **Direito Civil: direito de família**. 17 ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, v.5.