



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELA SOBRAL CASTRO

**A INSUFICIÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE
DO ABANDONO AFETIVO**

Salvador

2016

MARCELA SOBRAL CASTRO

**A INSUFICIÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE
DO ABANDONO AFETIVO**

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

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELA SOBRAL CASTRO

A INSUFICIÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO

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, ____/____/ 2016

Aos meus pais, que dedicam suas
vidas à felicidade de suas filhas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as coisas boas que me proporciona diariamente, e por ter me dado forças para sempre seguir em frente.

Ao meu pai, por todas as oportunidades que me proporcionou ao longo da vida.

À minha mãe, por ter me dedicado todo o seu amor e carinho, por sempre acreditar em mim e ser a minha maior incentivadora.

A toda a minha família, que me ensinou os valores essenciais para traçar minha caminhada.

Ao meu orientador, Cristiano Chaves, por toda a ajuda e disposição para que fosse possível a conclusão desse trabalho.

Aos meus amigos, por compartilharem os melhores momentos da minha vida.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

Albert Einstein

RESUMO

Nessa monografia será feita uma análise da Responsabilidade Civil por abandono afetivo. Inicialmente, é feita uma análise acerca das funções exercidas pelo instituto da Responsabilidade. Em seguida, demonstram-se as diversas definições do afeto, e a posição em que ele ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as divergências doutrinárias apresentadas. Parte da doutrina acredita tratar-se de um princípio, merecendo, portanto, proteção constitucional, enquanto que os demais não corroboram com esse posicionamento, tendo em vista o caráter sentimental do afeto. Por fim, verifica-se se há compatibilidade do abandono afetivo em face da Responsabilidade Civil, partindo do entendimento de que ela não corresponde a melhor maneira de solucionar tal conflito, vez que o ordenamento jurídico já prevê sanção para essa conduta, qual seja, a perda do poder familiar. Traz-se a mediação como uma forma mais eficaz de resolução da demanda, pois o seu objetivo é restabelecer o vínculo entre os membros da família, instituição valorizada pela sociedade. Cuida-se, ainda, em evidenciar que a função exercida pelo pai pode ser desempenhada por outra pessoa, e, portanto, a sua ausência pode não representar um dano na vida de um filho, não sendo passível, então, de indenização por dano moral.

Palavras-chave: Dano Moral; Direito de família; Responsabilidade Civil; Abandono afetivo; Dever de cuidado; Afeto.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
SE	Sergipe
SP	São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 FUNÇÃO REPARATÓRIA	14
2.2 FUNÇÃO PUNITIVA	18
2.3 FUNÇÃO PRECAUCIONAL	23
3 O AFETO	27
3.1 UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR ACERCA DO AFETO	27
3.2 O AFETO NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO	30
3.3 NATUREZA JURÍDICA DO AFETO	32
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO	41
4.1 A INCOMPATIBILIDADE DO ABANDONO AFETIVO NA RESPONSABILIDADE CIVIL	41
4.2 AFETO X CUIDADO	54
4.3 CONSEQUÊNCIAS DE UMA DEMANDA INDENIZATÓRIA	59
4.3.1 Sanções previstas no ordenamento jurídico	59
4.3.2 A utilização da Mediação nas demandas familiares	62
4.3.3 A função paterna exercida por terceiro	66
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

1. INTRODUÇÃO

A escolha do tema proposto nessa dissertação decorreu de diversos fatores. Em primeiro lugar, pela grande afinidade pelo Direito de Família, e a forma em que ele estará sempre presente na vida dos indivíduos. Devido a isto, há uma grande relação do Direito de Família com outras disciplinas, tais como a sociologia e a psicologia, que permitem um estudo aprofundado próprio sobre as pessoas e a sua inserção da sociedade.

A relação com a Responsabilidade Civil se deu pelo interesse no polêmico tema acerca dano moral. A alternativa escolhida pelo legislador em quantificar os danos morais exacerbou os debates acerca do tema na doutrina e jurisprudência, vez que há aqueles que defendem pela impossibilidade de mensurar sentimentos, e outros que acreditam ser a única forma de compensar a ofensa sofrida.

Nessa senda, procurando encontrar um ponto de interseção entre os dois assuntos, descobriu-se o tema Responsabilidade Civil por abandono afetivo, possibilitando o aprofundamento de ambos os estudos. A pesquisa envolve e possível enquadramento do abandono afetivo na Responsabilidade Civil, possibilitando, ainda uma análise acerca do Direito de Família.

O objetivo principal dessa dissertação é demonstrar a incompatibilidade do instituto da Responsabilidade Civil em face do abandono afetivo. Isso se mostra significativa na medida em que a doutrina e jurisprudência ainda não possuem um entendimento consolidado, havendo decisões de diversas maneiras.

O tema da Responsabilidade Civil vem crescendo cada vez mais, diante da sociedade moderna. Qualquer conduta, hoje, pode ser considerada uma afronta ao direito de alguém, sendo, assim, indenizável. Em que pese essa evolução faça parte e tenha grande relevância para a sociedade, ela não pode atuar como meio de punição para aqueles que, ainda que pratiquem um ilícito civil, não tenham gerado um dano efetivo.

O primeiro capítulo do trabalho visa explorar as diversas funções da Responsabilidade Civil, focando nas três principais, quais sejam, a reparatória, a punitiva e a precaucional. A função reparatória se apresenta como uma forma de

repara o dano sofrido pela vítima, de modo a alcançar ao máximo o *status quo ante* ao evento danoso. A função punitiva, por sua vez, tem como objetivo punir aquele que causou um dano injusto à terceiro, funcionando como uma verdadeira sanção a esse indivíduo. Por fim, a função preucacional tem por escopo a prevenção de comportamentos no mesmo sentido, pela própria pessoa que foi condenada, como por toda a sociedade, demonstrando que o ordenamento jurídico considera aquela conduta reprovável. A análise dessas funções permite que se verifique, posteriormente, se a aplicação da Responsabilidade Civil no abandono afetivo alcança o seu objetivo.

Por conseguinte, o segundo capítulo faz uma análise acerca do “Afeto” e da “Afetividade”, buscando uma construção da sua natureza jurídica dentro do ordenamento, uma vez que há uma corrente doutrinária que o classifica como princípio, o que se faz necessária uma análise mais aprofundada acerca do assunto, bem como ressaltando a sua importância no Direito de Família contemporâneo. Aqui, é possível utilizar-se de outras disciplinas, como a sociologia e a psicologia, possibilitando um estudo mais aprofundado do que o afeto representa na vida de um indivíduo, isoladamente, e em toda a sociedade, como um conjunto de pessoas. Não se pretende diminuir a importância do afeto nas relações familiares, vez que ela já está enraizada no direito positivo, mas apenas adequar o âmbito da sua proteção.

Por fim, o terceiro capítulo analisa o objetivo principal dessa dissertação, que é a incompatibilidade da Responsabilidade Civil em face do abandono afetivo. Inicialmente, faz-se uma crítica acerca da possibilidade de quantificar sentimentos, como o afeto, sendo, portanto, inviável a condenação em pecúnia pelo magistrado. Analisam-se, também, as diferenças entre “afeto” e “cuidado”, vez que o STJ já se posicionou no sentido de caber a Responsabilidade Civil por falta de cuidado, pelo que se faz necessário traçar a linha tênue que diferencia tais institutos, de modo que o cuidado se apresenta como um dever dos pais, enquanto que o afeto decorre de um sentimento espontâneo, sendo, portanto, insuscetível de imposição pelo Direito. Demonstrem-se, ainda, as penas previstas no ordenamento jurídico para as hipóteses de abandono afetivo, como a perda no poder familiar, o que denota a opção legislativa escolhida para esses casos. Sugere-se a utilização da mediação, instituto valorizado a partir da promulgação do Novo Código de Processo Civil, visto

que ela possibilita uma reaproximação entre as partes do conflito, possibilitando uma solução mais eficaz ao pleiteado.

Finalmente, explana-se o papel exercido pelo pai na vida de uma criança, evidenciando que esse papel pode ser exercido por outra pessoa, desde que atinja a sua finalidade. Isso ocorre comumente na sociedade, tendo em vista que o ordenamento jurídico conferiu proteção especial à paternidade *socioafetiva*, fundada nas relações de afeto e afinidade, em que, ainda assim, a criança garantida todas as condições necessárias para o seu desenvolvimento normal.

2 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil passou por diversas transformações até chegar ao modelo atual. Hoje, ela representa uma reparação de um dano causado por outrem àquele que o suportou, seja o dano patrimonial ou extrapatrimonial.

Remetendo-se ao artigo 186 do Código Civil, temos 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”¹. Essa previsão decorre da obrigação do Estado em promover a paz social, e rechaçar comportamentos que atentem à ordem social.

Analisando este dispositivo, pode-se extrair dele os principais elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta humana, que pode ser um fazer ou não fazer, o dano ou prejuízo, a culpa, presente apenas na responsabilidade subjetiva, e o nexo de causalidade.

Em um primeiro momento, faz-se necessário uma análise do elemento culpa, uma vez que ora estará presente para se auferir a responsabilidade, ora não estará. Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze² defendem que a culpa não pode ser considerada um pressuposto geral de responsabilidade civil, uma vez que, como já mencionado, ela não estará presente quando o legislador autoriza a adoção da responsabilidade objetiva.

Considerando, assim, a responsabilidade no seu viés subjetivo, a culpa não pode ser desvinculada do dolo, uma vez que, a primeira engloba a segunda para efeitos civis, diferente do que ocorre no direito penal, no qual a culpa é punida excepcionalmente.

Nas lições de Sergio Cavalieri³, a culpa seria a violação de um dever objetivo de cuidado, no qual o ofensor poderia observar e conhecer, ou, ainda, uma atuação negativa (não fazer) de conduta exigível. Ou, ainda, pelos ensinamentos de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze “a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância

¹ BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

² PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12. ed, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127.

³ CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. 3.^a tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p 115.

de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social.” E, completa, ainda, que, “se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito”⁴.

Verifica-se, então, que a culpa pode se exteriorizar através da imprudência, da negligência e da imperícia. Segundo Fernando Carpez, a imprudência

consiste na violação de regras de condutas ensinadas pela experiência. É o atuar sem precaução, precipitado, imponderado. Há sempre um comportamento positivo. É a chamada *culpa in faciendo*. Uma característica fundamental da imprudência é que nela a culpa se desenvolve paralelamente à ação. Deste modo, enquanto o agente pratica a conduta comissiva, vai ocorrendo simultaneamente a imprudência.⁵

Já a negligência se configura quando o agente culpado se expõe a enfrentar um risco desnecessário, não tomando os devidos cuidados. É, assim, uma atuação omissiva.

Por sua vez, a imperícia decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica, ou seja, a ignorância da atividade exercida.

Inicialmente, o sistema de direito privado colocou a responsabilidade civil de forma residual. Basicamente, ela tinha a função de proteger o *status quo ante* daqueles indivíduos que eram atingidos por ilícitos decorrentes das atividades humanas, as quais geravam perdas.

Hoje, a Responsabilidade Civil exerce uma função demarcatória, estabelecendo uma delimitação entre a liberdade e a proteção de determinados bens e interesses, na medida em que certas atuações livres podem determinar um grau de responsabilidade.

De acordo com os ensinamentos dos Professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁶, a Responsabilidade Civil possui uma pluralidade de funções, as quais não se atribui uma prioridade hierárquica.

⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12. ed, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127.

⁵ CARPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal e Especial**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

As principais funções que se pode extrair da Responsabilidade Civil são: função reparatória, função punitiva e função preventiva.

2.1 FUNÇÃO REPARATÓRIA

A ideia que traz consigo a função reparatória é de que, aquele que sofreu um dano causado por outrem, retorne ao seu *status quo ante*, caso não tivesse ocorrido o dano. Ou seja, que o ofensor tenha a obrigação de restituir o bem jurídico violado, ou, quando não possível, que pague um *quantum* indenizatório, suficiente para compensar os danos sofridos, ligados à causa, uma vez que, conforme palavras de Sergio Cavalieri “o dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima”⁷.

A previsão do art. 944 do Código Civil de 2002 de que “a indenização mede-se pela extensão do dano”⁸ revela o caráter reparatório da responsabilidade civil, de modo a salvaguardar o ofendido. Nesse sentido é o entendimento de Luzia Gomes da Silva e Júlio César de Castro, senão, veja-se:

A palavra dano designa prejuízo ou detrimento, que geralmente tem sentido econômico ou patrimonial, mas pode atingir elementos não patrimoniais, como os da personalidade. Quer seja patrimonial ou moral, o certo é que o dano é o principal elemento necessário à configuração da responsabilidade civil. Mas não é suficiente dizer que o fato é capaz de produzir um dano porque possui natureza prejudicial; é preciso demonstrar o prejuízo concreto. Contudo, não cabe ao prejudicado considerar o quantum indenizatório, pois que é matéria da liquidação⁹.

No direito privado, três formas de tutelas são utilizadas: a) restitutória, que objetiva a restauração de uma situação atingida por uma lesão; b) ressarcitória, a qual objetiva compensar o lesado pelo prejuízo econômico sofrido; c) satisfativa: é a satisfação *in natura* de uma posição subjetiva que não se concretizou, ou que se apresentou defeituosa.

⁷ CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. 3.^a tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 14.

⁸ BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹ SILVA, Luzia Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. Natureza jurídica da responsabilidade civil por danos morais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10438&revista_caderno=7>. Acesso em fevereiro 2016.

Quando não for possível aplicar a tutela restitutória, diante da impossibilidade de se retornar ao *status quo ante*, aplica-se o ressarcimento dos danos, em caráter subsidiário e sub-rogatório, através de uma prestação pecuniária.

Ocorre que, por vezes, resta impossibilitada a verificação da extensão de um dano extrapatrimonial, portanto, alguns autores preferem a denominação “satisfação”, em que pese outros autores defenderem o termo “reparação” e lhe atribuir um caráter satisfatório.¹⁰

Para que um dano seja considerado reparável, é necessário que ele seja suscetível de apreciação pecuniária. Isso significa que nenhum dano insignificante será indenizado. Entretanto, a quantificação de um dano extrapatrimonial é muito mais difícil do que a de um dano patrimonial.

Em se tratando de dano extrapatrimonial, a doutrina foi relutante ao aceitar a sua reparabilidade. Isso porque a violação a um direito da personalidade não poderia ser objeto de indenização pecuniária, uma vez que tal ofensa não possui caráter econômico. Nesse sentido é o entendimento de André Gustavo Corrêa de Andrade:

A concepção clássica, que vê na responsabilidade civil a função exclusiva de reparação do dano ou de ressarcimento da vítima, não se ajusta ao dano moral, a não ser ao custo de artificialismos e reducionismos. A distintiva natureza do dano moral em relação ao dano material é, por si só, indicativa de que a tradicional sanção reparatória não é ordinariamente aplicável àquela, pelo menos não sem o recurso de ficções jurídicas. A tutela dos bens personalíssimos não se realiza do mesmo modo que a tutela dos bens materiais ou patrimoniais.¹¹

Ocorre que, a Constituição Federal de 1988 permite, expressamente, em seu artigo 5º, nos incisos V¹² e X¹³ a ressarcibilidade do dano moral, o que propiciou às pessoas a, constantemente, atribuir um valor aos bens extrapatrimoniais, o que permitiu a proliferação da indenização por danos morais.

O entendimento das cortes é no sentido de que, com relação ao dano patrimonial, há tão somente a exigência de identificar uma norma que albergue o interesse

¹⁰ SEVERO, Sergio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 185.

¹¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 170-171.

¹² Art. 5º, V. “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

¹³ Art. 5º, X. “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

infringido, sob o argumento de que o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, um dano presumido.

A crítica que se faz é de que a identificação de uma norma que acolha o interesse lesado é um requisito muito simples, uma vez que, verificado o nexo causal, praticamente conclui-se pela responsabilidade civil.

Todavia, a reparação de um dano extrapatrimonial através da indenização pecuniária não é suficiente para resgatar a situação do lesado anterior ao dano, mas apenas o compensar, uma vez que o dinheiro não apaga o prejuízo causado.

Nesse sentido é o entendimento de Silvio Venosa, ao dispor que “o ideal da chamada justa indenização é sempre buscado, mas mui raramente ou quiçá nunca atingido. Por isso que se trata mesmo de um ideal”¹⁴.

Nelson Rosenthal elenca duas importantes críticas a esse modelo de responsabilidade, a primeira é que os eventos desencadeados pela atuação ilícita jamais retornarão ao seu estado anterior, e o ressarcimento configura apenas uma transferência de riqueza monetária do ofensor ao ofendido, trazendo, assim, um viés apenas intersubjetivo. Outra crítica trazida pelo autor, inspirada nos ensinamentos de Vincenzo Roppo¹⁵, é que essa reparação não satisfaz a sociedade, de modo que a ordem jurídica violada jamais se recomporá, deixando de lado a tutela do fundamento ético do ordenamento jurídico¹⁶.

Veja-se que a função reparatória da Responsabilidade Civil na esfera do dano moral demonstra uma ideia de conforto para aquele que teve o seu direito lesado, uma vez que o recebimento de um *quantum* indenizatório o proporciona um breve momento de prazer, porém, jamais é suficiente para resolver o seu problema.

Por outro lado, há aqueles que defendem que é melhor dar àquele que sofreu um dano injusto uma indenização em pecúnia do que o deixar desamparado. Os argumentos contra, inclusive, foram derrubados, passando a ser norma positivada a indenização por danos morais.

Caio Mário da Silva Pereira defende que quando se trata de dano moral, a função ressarcitória encontra-se convergida em duas forças: o caráter punitivo, para que o

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 311.

¹⁵ ROPPO, Vincenzo. **Diritto privato**, Torino, Giappichelli, 2010, p. 585.

¹⁶ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 68.

ofensor seja castigado pelo ato lesivo que praticou; e o caráter compensatório: o recebimento de um valor pecuniário pelo ofendido que lhe proporcionará “prazeres como contrapartida do mal sofrido”¹⁷.

Foi por essa razão que Salomão Resedá expôs em sua obra a insuficiência da aplicação da função compensatória por si só. Ele demonstra que, em que pese o valor pago em dinheiro servir apenas para amenizar o sofrimento do ofendido, com essa mesma condenação indenizatória, o ofensor sofreria uma sanção, ainda que meramente econômica. Portanto, considerar somente a compensação tornava o pensamento incompleto, o que denotou a necessidade de ampliar o caráter da indenização, como sendo misto.¹⁸

Dessa forma, faz-se necessário uma análise em conjunto das funções exercidas pela Responsabilidade Civil, conforme será demonstrado em momento oportuno desta dissertação.

Impende consignar que, para a fixação do *quantum* indenizatório, é necessário estabelecer alguns critérios, tais como: avaliar as circunstâncias do fato, a dimensão da ofensa, o prejuízo do ofendido, o grau de culpa, o sofrimento psicológico, entre outros.

Dessa forma, deve-se ter como premissa que cada caso é único, e por mais parecido que seja, nunca terão soluções idênticas. Cada caso demanda uma análise detalhada das provas e fatos aptos a formar o entendimento do juiz, que julgará baseado no princípio do livre convencimento motivado.

A singularidade do caso deve ser levada em consideração ainda mais quando se tratar de dano moral. Isso porque a subjetividade do caso o domina, fazendo com que a análise da extensão do dano deve ser feita com cautela.

Em última análise, curial asseverar que o “princípio da restituição” é comumente utilizado para diferenciar os campos da Responsabilidade Civil e Penal: ao Direito

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, Ed. Forense, Rio, 3.ª ed., 1992, n. 45, p. 55.

¹⁸ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009, p. 184.

Civil cabe cuidar da indenização, enquanto que ao Direito Penal cabe punir o responsável¹⁹.

2.2 FUNÇÃO PUNITIVA

Ao passo que a função reparatória destaca a figura do ofendido, a função punitiva tem como epicentro a figura do ofensor. Isso porque ela se materializa através da condenação do ofensor ao pagamento de um valor indenizatório apto a demonstrar que o ilícito praticado não será tolerado pela justiça.

Trata-se de uma pena civil, uma vez que possui como objetivo impor ao ofensor a majoração do valor da indenização a fim de sancionar condutas reprováveis, bem como retirar a sensação de impunidade.

Nelson Rosenvald dispõe que a função punitiva demonstra o paradigma da justiça que associa à promoção da virtude, atitudes e disposições de caráter, bem como o repúdio a comportamentos injustos²⁰.

Além disso, a carga econômica acrescida ao dano moral a título de pena evita que o ofensor possa escolher entre lesar (e obter lucro) e não lesar. Uma vez que a previsão do tamanho do dano não poderá ser realizada, pois o papel do ordenamento é justamente demonstrar que o ilícito não se paga.

Dessa forma, o que se pretende pela função punitiva é atribuir uma pena (pecuniária) àquele que pratica uma conduta reprovável ao ordenamento jurídico brasileiro, em benefício da vítima.

Ocorre que, o Código Civil prevê apenas a possibilidade de redução do *quantum* indenizatório. Veja-se a redação do parágrafo único do art. 944:

Art. 944. {omiss}

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.²¹

¹⁹ PÜSCHEL, Flávia Portela. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, V. 3, N. 2, jul – dez 2007, p. 19.

²⁰ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81.

²¹ BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Nesse sentido é o posicionamento de Anderson Schreiber de que a jurisprudência, ao entender que o caráter punitivo do dano moral, combinando com critérios compensatórios, cria uma espécie “bizarra” de indenização, na qual não se sabe até que ponto trata-se de uma punição, e até que ponto trata-se de uma compensação do dano²².

O direito norte-americano é o principal exemplo de adoção da função punitiva, através do chamado “*punitive damages*”, possui sua origem, em meados do século XVII, nos países de origem anglo-saxônica, os quais adotavam o *Common Law*.

Nelson Rosenvald assim os retrata:

Os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária. A finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira. Os *punitive damages* possuem grande importância em litígios de responsabilidade civil. Tradicionalmente, entretanto, eles não são concedidos em ações contratuais, não importa o quão malicioso foi o inadimplemento. Entretanto, se a violação do contrato for acompanhada de conduta maliciosa autônoma, os *punitive damages* estarão presentes.²³

Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, defende que a adoção do *punitive damages* no Brasil só poderia existir se houvesse previsão legal, desde que ela fixasse uma sanção mínima e máxima, e que o valor fosse revertido ao Estado. Ele demonstra, ainda, que há quem preconize pela criação de um fundo semelhante ao previsto na lei de ação civil pública, nos casos de danos ambientais, que visa “promover campanhas educativas para prevenir acidentes de trânsito, dar assistência às vítimas etc.”²⁴

Impende avaliar que a adoção da função punitiva violaria o princípio da legalidade, uma vez que não há previsão específica para a majoração da indenização com a finalidade de punir. Além disso, essa função traria um risco grave de *bis in idem*, visto que a condenação civil não elimina a penal, conforme previsão do art. 935 do Código Civil²⁵, e esta já possui, por si só, um caráter punitivo²⁶.

²² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 212.

²³ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 169.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 401.

²⁵ Art. 935. “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.” (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

Sérgio Cavaliéri Filho, ao tratar da função punitiva, expõe o entendimento daqueles que não admitem a função punitiva da Responsabilidade Civil. A justificativa que eles dão é que ela não está prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, muito pelo contrário, essa função é veemente rechaçada. Entretanto, a base dessa função está presente em princípios constitucionais, inclusive naqueles que garantem a tutela jurisdicional contra toda lesão ou ameaça de lesão de direito²⁷.

A crítica que se faz a esse sistema de *punitive damages* é que ele é imprevisível. Há situações em que o montante a ser pago reflete um valor ínfimo, e outros que configuram um verdadeiro “desvario”. O caso mais famoso ocorreu nos Estados Unidos, em que o McDonald’s foi condenado a pagar o valor de 2.7 milhões de dólares a uma idosa de 79 anos por esta ter derrubado um café quente em seu colo²⁸.

Quando se impõe uma pena, não necessariamente em um valor equivalente ao que foi perdido, quer se demonstrar que aquela conduta, de alguma forma, é reprovável, e que não se deve repeti-la. Porém, por vezes, a pena não se demonstra capaz de atingir essa finalidade, o que denota uma questão de eficácia quanto ao instituto.

A incorporação do *punitive damages* pela prática judicial brasileira entra em choque com o princípio do enriquecimento ilícito, uma vez que esta “pena” se reverte em

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 54.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 126.

²⁸ A demanda proposta por Stella Liebeck, 79 anos na época, em face da rede de *fast-food* McDonald’s tinha como objeto uma indenização por danos morais, visto que a senhora acabou derramando café quente nas próprias pernas quando estava saindo de um *drive-thru* dessa mesma cadeia. O júri concedeu um total de \$2,9 milhões, mas foi reduzido para \$640 mil, e em sede de apelação Stella e o McDonald’s fizeram um acordo por um valor secreto (falam em algo em torno de \$600 mil). A mídia estadunidense utilizou o caso da Senha Liebeck como símbolo de uma onda de “processos frívolos”, acusando-a de querer ganhar dinheiro em proveito da situação, alvo de uma série de campanhas contra essa suposta tendência. Ocorre que, foram omitidas importantes informações de modo que a sociedade não ficou sabendo o que realmente aconteceu. De fato, Stella Liebeck estava no banco do passageiro, com o carro parado no estacionamento. A tampa do copo não abria de jeito nenhum, até o momento que, finalmente, soltou-se do copo, liberando a bebida no colo da senhorinha. O café estava em uma temperatura acima da indicada pelo McDonald’s para as suas franquias, de modo que as queimaduras sofridas foram muito sérias (3º grau), sendo necessário mais de dois anos de tratamento para que pudesse se recuperar. Stella primeiramente escreveu uma carta ao McDonald’s pedindo pelo pagamento de seus custos médicos (cerca de \$10 mil em 1992) e por uma política de servir o café que diminuísse os riscos. O McDonald’s ofereceu \$800. Há um documentário interessante acerca do assunto produzido pela HBO chamado “Hot Coffee”, que se baseou no caso da Sra. Liebeck, e faz uma crítica à mídia americana que tentou implantar na cabeça da sociedade a existência de uma indústria do dano moral. Vale a pena conferir.

favor da vítima, e, ainda, culmina na aplicação de uma pena sem tipificação prévia, conforme já explanado anteriormente.

Infere-se, portanto, que a aplicação do instituto na jurisdição brasileira se deu de maneira adaptada, desencadeando no suprimento do verdadeiro sentido e função do *punitive damages*, ao unificar o critério punitivo do critério compensatório.

A exacerbação dos valores de indenização, por conter neles um *quantum* a título de penalidade, gera uma insegurança jurídica e perda no senso de equilíbrio, que sempre deve ser levado em conta pelo julgador, a fim de impedir a lesão ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Caroline Vaz propõe uma solução à problemática do enriquecimento ilícito. Ela faz uma análise no Direito comparado, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, em que uma parte do valor a ser pago pelo causador do dano é, de fato, destinado à vítima, mas apenas naquilo que lhe couber, enquanto que o excedente é destinado a pessoa jurídica, desde que passível de fiscalização pelo órgão cedente do valor, como por exemplo a instituições que visam proteger ou promover o desenvolvimento de atividades relacionadas ao bem jurídico que foi atingido.²⁹

Há, ainda, quem sustente que a Responsabilidade Civil não serve como punição para o indivíduo. Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga lembram que em certas situações, a reparação e a conduta danosa não recaem sobre a mesma pessoa, diante da teoria da responsabilidade objetiva, devidamente autorizada pelo legislador³⁰.

A adoção da responsabilidade objetiva pela lei impossibilita, em concreto, a exteriorização da função punitiva da responsabilidade civil. Isso porque a culpa deixa de ser analisada, passando a preocupação apenas para a tutela da vítima do dano injusto.

Outrossim, a aplicação de uma pena àquele que não, necessariamente, atuou com culpa revela-se um tanto excessivo e desproporcional, isso porque a punição só faz sentido quando for possível auferir a culpa do ofensor, e com isso demonstrar a

²⁹ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil – da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 84-85.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

reprovabilidade da conduta. Dessa forma, a aplicação do instituto na responsabilidade civil objetiva só seria possível se, no caso concreto, a vítima provasse que houve culpa.

Neste interim, faz-se necessária uma breve análise acerca do dano moral coletivo, tendo em vista o seu caráter punitivo. Ele pressupõe a existência de um dano moral causado de forma difusa, afetando uma comunidade de pessoas, para além da individualidade de cada um³¹.

A reparação dos danos coletivos está prevista no Código de Defesa do Consumidor³², que prescreve seus direitos básicos. Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze³³ ressaltam que a reparação do dano coletivo não se restringe apenas à seara do direito do consumidor, sendo cabível a qualquer direito coletivo violado, desde que preenchidos os requisitos³⁴.

Caso haja uma condenação em dinheiro, o valor será revertido a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, de que participarão, necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade. Haverá, ainda, a aplicação da técnica do valor do desestímulo, com o objetivo de evitar que novas violações a direitos coletivos ocorram. Assim, o montante condenatório possui

³¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 88.

³² Art. 6º, VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

³³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12. ed, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

³⁴ "RECURSO ESPECIAL — DANO MORAL COLETIVO — CABIMENTO — ARTIGO 6.º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR — REQUISITOS — RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL — OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE — CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO — EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO — MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE — INDENIZAÇÃO — FIXAÇÃO PROPORCIONAL — DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL — AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO — RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I — A dicção do artigo 6.º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II — Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. III — Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. IV — Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). V — Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea c quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. VI — Recurso especial improvido" (STJ — REsp 1221756/RJ 2010/0197076-6, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 2-2-2012, 3.ª Turma, DJe, 10-2-2012).

a função de, além de compensar a coletividade, punir o ofensor, mas sempre obedecendo a critérios na sua fixação, como os da razoabilidade e proporcionalidade³⁵.

É cediço, portanto, que a função punitiva está enraizada no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, devido a sua falta de previsão legal, a sua aplicação está condicionada à discricionariedade do julgador, que por vezes estabelece indenizações em montantes além da extensão do dano, mas que pode ser ponderada de acordo com o grau de culpabilidade do ofensor.

2.3 FUNÇÃO PRECAUCIONAL

A eliminação do risco que antecede o dano é feita, primeiramente, através de normas que regulam comportamentos. Assim, a conduta humana está sempre condicionada à observância de princípios e leis. Todavia, por vezes, o homem opta por ignorá-los.

Pelo fato de estarmos vivendo em uma sociedade de risco, é necessário que deveres prévios sejam estabelecidos, pelo que se corrobora o princípio da precaução e da prevenção. Enquanto que a prevenção se caracteriza quando se está diante de uma atividade conhecidamente perigosa, e que produz um risco atual, a precaução volta-se para uma atividade que produz um risco em potencial, ou seja, ainda não se tem certeza da sua produção³⁶.

O referido princípio foi introduzido no ordenamento brasileiro através do Direito Ambiental, mas não se restringe a ele. Outros ramos do direito aderiram a esse princípio, como o da Responsabilidade Civil, objeto do presente estudo, bem como no Direito do Consumidor, com a finalidade de evitar acidentes de consumo, protegendo, assim, o consumidor.

O princípio da precaução e prevenção se instrumentalizaria através da adoção de políticas públicas aptas a demonstrarem à sociedade a reprovabilidade de condutas

³⁵ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro**. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>> Acesso em: 1 mai. 2016.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 228.

lesantes ao cidadão. Entretanto, isso não é tão presente no Brasil, tendo em vista a má gestão dos governantes.

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro teve que criar uma forma de prevenir comportamentos reprováveis, mesmo após a sua ocorrência, a fim de que eles não se repitam pelo próprio agente e por toda a sociedade.

De acordo com Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga, a função preventiva denota um caráter socioeducacional, na medida em que figura como um desestimulador de condutas reprováveis para o próprio ofensor, bem como para toda a sociedade (potenciais ofensores), que se encontra em similar situação³⁷. Assim, nas palavras de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze “alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito”³⁸.

A Responsabilidade Civil teve seus limites ampliados ao se preocupar, não só em dar enfoque ao dano já consumado, mas como também prevenir o dano para que não seja necessário repará-lo novamente.

Para alguns autores, esse instituto possui dupla função: a de prevenir comportamentos e a de punir o ofensor. É o que infere Fernando Noronha, ao dispor que

esta função da responsabilidade civil é paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando, como esta, funções de prevenção geral e especial: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras. Isto é importante especialmente no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos)³⁹

Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga dispõem que “a função preventiva do ilícito extrapatrimonial reside na tutela inibitória dos direitos da personalidade”⁴⁰. Verifica-se que o que se pretende pelo instituto é evitar que

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

³⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 437.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 308

comportamentos ilícitos e reprováveis se propagem pela sociedade e se repitam pelo próprio ofensor.

A função preventiva da Responsabilidade Civil, portanto, é paralela à função sancionatória, que possuem semelhanças à responsabilidade penal, no tocante à prevenção geral e especial, que obriga ao lesante reparar o dano, bem como colabora na repressão da prática de atos danosos.

O que se espera do ordenamento jurídico é que ele não somente reprove comportamentos antijurídicos, mas que eduque a sociedade a não praticá-los, demonstrando que ninguém que atue nesse sentido sairá impune, e que a dignidade humana deve ser protegida por toda a sociedade.

Impende consignar que a tutela inibitória visa prevenir o ilícito, uma vez que não necessariamente dele decorrerá um dano. Assim, volta-se a prevenção do comportamento antijurídico já ocorrido e passível de repetição.

O magistrado, ao se deparar com uma demanda de responsabilidade civil, deve se preocupar em sopesar o possível dano ocorrido e o exercício de liberdade do ofensor. Isso porque não se pode permitir que demandas desarrazoadas permeiem o judiciário. É necessário, sempre, fazer uma análise caso a caso.

Em que pese José de Aguiar Dias defender que a finalidade preventiva da pena estaria assegurada na própria reparação de danos⁴¹, Nelson Rosenvald entende que nenhum ressarcimento poderá eliminar a perda produzida pelo ilícito. Ainda mais, ele defende que a responsabilidade não é suficiente a retornar a um passado ideal, nem ao menos devolver ao lesado a situação anterior ao ilícito⁴².

Diante de todo exposto, percebe-se a necessidade de unir as três funções que a responsabilidade civil exerce, para que se tenha uma ponderação mais eficiente acerca da aplicação do instituto. A aplicação de apenas uma das funções não é suficiente para compor a responsabilidade civil.

⁴¹ DIAS, José Aguiar. Da **Responsabilidade Civil**, Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

⁴² ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67.

3. O AFETO

O afeto é uma expressão polissêmica. O seu significado é estudado em diversos ramos científicos. Aliás, muito antes do direito passar a estudá-lo, o afeto já fazia parte dos estudos, principalmente, da Psicanálise.

A partir do momento em que o direito passou dar importância ao afeto nas relações familiares, foi necessário interdisciplinar do seu conceito e de seus efeitos. Nessa senda, o direito utiliza-se de critérios mais objetivos, ligados às possibilidades e limites da relação, enquanto que a psicanálise oferece uma perspectiva subjetiva, ligada ao afeto e desejo.

O grande provento dessa interdisciplinaridade⁴³ é propiciar uma hermenêutica mais abrangente. A partir do momento em que unimos a objetividade com a subjetividade podemos enxergar cada ente familiar como sujeito de direitos e de anseios.

3.1 UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR ACERCA DO AFETO

As relações humanas são imprescindíveis para o desenvolvimento do homem, isso se evidencia pela própria história da humanidade, na qual os homens se uniam em grupos na luta pela sobrevivência. O meio social interfere diretamente na modelação do indivíduo, pois foi graças à agregação dos grupos que a humanidade pôde construir os seus valores, os seus papéis, e até a própria sociedade.

Nessa senda, Henri Wallon, educador e médico francês, destaca que a emoção foi responsável pela congregação entre os seres humanos. Esses laços humanos surgem antes mesmo do raciocínio e da intenção. As emoções mostram-se como um elo entre indivíduos e o meio social, bem como para a relação dos indivíduos entre si. Para o autor, a afetividade não aparece pronta nem permanece imutável, ela se desenvolve ao longo da evolução humana e se modifica de acordo com o período em que se está vivendo⁴⁴.

O afeto, portanto, é fruto das emoções e percepções de cada ser humano.

Nessa linha de raciocínio, Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira definem que o sujeito de direitos é aquele que age conscientemente, respeitando as leis estabelecidas em determinado ordenamento jurídico, enquanto que o sujeito de anseios é aquele que está submetido também às leis do inconsciente. O que se

⁴³ Essa interdisciplinaridade foi valorizada no Novo Código de processo Civil, de modo que ele dispõe que o juiz ao promover a autocomposição deverá contar preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, inc. V). Espera-se que conciliadores e mediadores com a devida formação venham a prestigiar o consenso. Abre-se um novo mercado de trabalho, para o qual o advogado do Século XXI, deve estar preparado, com uma formação interdisciplinar considerando a multiplicidade de conflitos que surgem. (SANTOS, Paulo Henrique dos. A Advocacia no CPC de 2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CIANCI Mirna; DANTAS, Lucio Delfino, Bruno; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro Da; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; REDONDO, Bruno Garcia (Coord.). **Novo Código de Processo Civil - Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar - Vol. 2.** São Paulo: Saraiva, 2016., p. 655)

⁴⁴ WALLON, Henri. **A evolução Psicológica da Criança.** São Paulo: Martins Editora, 2007.

pretende discutir, portanto, é “pode o direito legislar sobre os desejos, ou será que o desejo que legisla sobre o direito?”⁴⁵.

É evidente que a família é um ponto referencial para o desenvolvimento humano de uma pessoa. É no seio familiar que serão incorporados valores, serão vivenciadas experiências, entre outras coisas que vão auxiliar no desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

A personalidade compõe-se de aspectos com origem em diversas fontes, e o seu desenvolvimento necessita de amor, afeto, carinho. Sendo que esses sentimentos fazem parte da psique de cada pessoa, e se manifesta de forma consciente ou inconsciente.

A convivência familiar tem sua importância para a evolução do indivíduo, principalmente na infância. A família serve de exemplo para a criança, que assimila atos e comportamentos dessas pessoas, e adere ao que mais se identifica, formando, assim, sua personalidade.

A interdisciplinaridade mencionada alhures possibilita uma análise social acerca do tema. Fábio de Mello, sacerdote, professor, graduado em filosofia e teologia, pós-graduado em educação fez uma interessante reflexão em uma entrevista à jornalista Marília Gabriela. Ele afirmou que há coisas que as pessoas precisam que só elas podem se dar, o indivíduo não tem direito de esperar isso de outrem. Cada um é responsável por dar conta de sua própria vida. Acrescenta, ainda, que aquela pessoa que não faz o menor esforço para viver esse equilíbrio, para se pertencer, vive eternamente imatura. O padre cita a famosa frase contida na obra *O Pequeno Príncipe* de Maquiavel, “tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”, ou seja, a partir do momento que você me conquista, você é responsável por mim. A crítica feita pelo Padre é que as pessoas utilizam essas frases de efeito para tirar a responsabilidade de quem são e de curar suas feridas, e, segue refletindo, mas quem não foi ferido nessa vida? Porém, temos que fazer com que esse prejuízo, em um primeiro momento, seja nosso, o indivíduo precisa se articular para ser um ser humano melhor nas suas relações⁴⁶.

⁴⁵ GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 11.

⁴⁶ MELO, Fábio de. Entrevista realizada por Marília Gabriela. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gNiBZomeipl>> Acesso em: 25 abril 2016.

O que se pretende demonstrar é que as pessoas são responsáveis pelas escolhas que fazem para suas vidas. E as escolhas mal feitas não podem somente ser atribuídas a terceiros (pais).

A ausência do pai na vida de uma criança pode, sim, influenciar negativamente na sua formação psicológica, assim como outros diversos fatores, como mimar demais uma criança, e torná-la um adulto incapaz de resolver os seus problemas sozinho, ou ainda, inflexível ao que não corresponde às suas vontades.

Ocorre que, a sociedade enxerga muito mais como reprovável uma conduta omissa do que ativa, e esquece que ambos os extremos podem influenciar negativamente no desenvolvimento de qualquer pessoa. Punir a omissão e aceitar uma conduta que possa produzir o mesmo resultado é desproporcional e desarrazoado.

Inclusive, há de observar que, em uma situação hipotética, uma pessoa que nunca teve a presença do pai para auxiliar emocionalmente a enfrentar os obstáculos da vida, mas teve que os enfrentar sozinho, pode se tornar um adulto mais bem sucedido do que aquele que sempre teve o pai por perto.

Em uma visão social, portanto, pode-se concluir que o afeto desempenha um papel importante na formação dos seres humanos. No entanto, essa responsabilidade, como já exposto, deve ser verificada com cautela. Isso porque, numa visão social, não se pode atribuir a terceiros tudo aquilo que nos causa sofrimento ou dor, uma vez que cada indivíduo é responsável pelo caminho que escolhe seguir.

Parafraseando Caetano Veloso, na sua canção “Dom de iludir” “cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é”.

3.2 O AFETO NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

A família, enquanto agrupamento de pessoas, configura a base estruturante da sociedade. É no seio familiar que as relações sociais se iniciam e onde se estruturam os primeiros valores de cada ser humano.

Conforme observa Luiz Edson Fachin, “é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana,

até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”⁴⁷.

É incontestável que, ao longo dos anos, o Direito de Família sofreu grandes modificações nos últimos anos, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, que, através de seus princípios, alterou a proteção que o Estado concede a entidade familiar, se voltando muito mais para os aspectos pessoais dos membros da família, do que para os aspectos patrimoniais.

Consequente as mudanças constitucionais, os núcleos familiares sofreram alterações em sua estrutura e composição. A família tradicional, compostas por diversos membros, assim como a formada por apenas filhos legítimos começou a perder força no decorrer dos anos. Isso por que os núcleos familiares hoje dão valor a um fator imprescindível para sua formação: o afeto.

Assim, de acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, o Direito das Famílias disciplina as relações que se formam na esfera da vida familiar, não se limitando esta ao laço matrimonial, originando-se, também, na união estável, na família monoparental e em outros núcleos fundados no afeto e na solidariedade⁴⁸.

Neste sentido, diante da proteção outorgada pela Constituição à família, independentemente da celebração do casamento, um novo conceito surgiu, abrangendo vínculos afetivos outros. Tanto a união estável como as relações de um dos ascendentes com sua prole são tidas como família. Nesse novo cenário, não existe mais distinção das famílias formadas pelo matrimônio, que deixou de ser solenidade obrigatória para sua construção⁴⁹.

Nessa esteira, faz-se necessário analisar que

a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade⁵⁰.

O vínculo biológico, que era tido como essencial à família patriarcal continua tendo grande importância, não só para a família como também para o direito. Entretanto, a

⁴⁷FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁴⁸FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6. ed., Salvador: Juspodivm, 2014, p. 44.

⁴⁹Maria Berenice Dias. **União homoafetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 116.

⁵⁰LÓBO, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

família “moderna” por vezes se forma no âmbito das relações afetivas, na qual o indivíduo constrói os seus afetos pautados na sua liberdade e desejos⁵¹.

Dentro do Direito de Família há diversos princípios constitucionais que deverão ser respeitados e observados no estudo desse ramo, dentre eles, pode-se destacar os princípios da solidariedade familiar, da dignidade da pessoa humana, da igualdade entres os filhos dentre outros⁵².

Todos os integrantes do núcleo familiar devem propiciar meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes que convivem com eles, em respeito à própria função social desempenhada pela família.

O princípio da solidariedade familiar resulta da superação do modo de pensar e viver a partir do predomínio dos interesses individuais. Surgiram, então, com a evolução dos direitos humanos, os direitos sociais, nos quais se enquadra o direito de família. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos⁵³.

Salientam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald, nessa mesma linha, que o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social, regido sempre o núcleo familiar pelo afeto como mola propulsora. Tendo, a família, evoluído junto com o próprio ser humano e a sociedade, não se submetendo a ideias estáticas, presa a valores ultrapassados⁵⁴.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DO AFETO

Inobstante a relação de paternidade sempre ter sido ponto de discussões na seara jurídica, as modificações de pensamento e cultura da nossa sociedade fizeram com que os conceitos de paternidade e maternidade ultrapassassem a biologia, passou-

⁵¹ *Idem*. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFam, 2009, p. 458.

⁵² VILAS-BÔAS, Renata Malta. A Importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 13, n. 69, dez/jan. 2011, p. 28.

⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 932.

se a se contemplar, portanto, a convivência e o sentimento de afeto como valores jurídicos⁵⁵.

A Constituição Federal em seu art. 226 §§ 3º e 4º⁵⁶ trouxe como entidades familiares reconhecidas e protegidas, além do casamento, a união estável e a formação monoparental. Além delas, implicitamente o Texto Constitucional reconheceu também a união homossexual. Dessa forma, percebe-se que o ordenamento jurídico defende a igualdade de entidades, uma vez que elas devem acompanhar o desenvolvimento cultural e social.

O reconhecimento de novas entidades familiares se deu pela importância atribuída ao afeto, como fonte instituidora das relações familiares. O afeto, portanto, deve ter igual importância ou até maior que o elo biológico. Isso porque os laços de afetividade podem ser mais fortes do que o biológico. Nesse sentido é o entendimento de Maria Cândida da Silva:

A partir da inclusão das diversas formas de família, conclui-se que os elos entre os componentes são o afeto, o respeito, a vontade de seguir juntos, o tratamento igualitário, etc. O elo biológico, ou genético, não mais sustenta a base familiar.⁵⁷

Aliada a essas transformações, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990) preconizaram a doutrina da proteção integral. As crianças e adolescentes foram transformados em sujeitos de direitos, de modo que cabe ao Estado, à sociedade e à família efetivar as garantias e prerrogativas a elas asseguradas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente passou a prever que é direito de toda criança e adolescente ser criado no seio de sua família, bem como assegura a convivência familiar, de modo a preservar o seu desenvolvimento integral.

⁵⁵ ALMEIDA, Deyse Coelho de. **A desbiologização das relações familiares**. 2005. Disponível em: <<http://www.pailegal.net>> Acesso em: 14 set. 2015.

⁵⁶ Art. 226, § 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

§ 4º “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

⁵⁷ SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano VI, n. 25, p. 122-147, ago./set. 2004.

Não obstante o amor tenha relevante importância para a sociedade, até pouco tempo, não se discutia a sua importância na seara jurídica. De fato, o patrimônio sempre ocupou lugar de destaque na legislação brasileira⁵⁸.

Isto posto, com base na interpretação constitucional, devemos entender como família o grupo social fundado em laços de afetividade, o que denota a necessidade de aprofundar-se para a verificação da palavra afeto e suas possíveis consequências jurídicas.

Inicialmente, faz-se necessário uma análise linguística acerca do tema. Abandonar, segundo o dicionário Michaelis, significa desamparar, renunciar, fugir, deixar de realizar algo, na mesma fonte, afeto é “sentimento de afeição ou inclinação para alguém. Amizade, paixão, simpatia”⁵⁹. Pode-se concluir, então, que abandonar afetivamente é renunciar à prestação de sentimentos a determinada pessoa.

Para alguns doutrinadores, a supervalorização do afeto nas relações familiares o fez atingir um patamar principiológico. Nessa linha, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti dispõe que:

A evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas.⁶⁰

Maria Berenice Dias compartilha desse mesmo entendimento. Ela considera o afeto um princípio constitucional norteador das relações familiares. Defende, ainda, que este princípio está ligado ao direito fundamental à felicidade, no qual o Estado deve

⁵⁸ ANGELUCI, Cleber Affonso. **Valor jurídico do afeto nas relações do direito de família: construindo o saber jurídico**. 2006. 161 f. dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006, p. 131.

⁵⁹ Dicionário Michaelis da língua portuguesa online. Disponível em: <www.michaelis.uol.com.br>. Acesso em: 20 set. 2015.

⁶⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 221.

participar ativamente, criando políticas públicas de incentivo às pessoas alcançarem suas aspirações de felicidade.⁶¹

Ainda que a palavra afeto não esteja no texto constitucional, Maria Berenice Dias acredita ser inegável que a Constituição tenha abraçado o afeto no seu âmbito de proteção. A título de exemplo, a Magna Carta reconheceu como entidade familiar e inseriu no sistema jurídico a união estável, cujo laço é baseado apenas no afeto, e não mais no matrimônio. Podendo-se dizer, portanto, que houve a constitucionalização de um modelo familiar eudemonista⁶², propício à valorização do afeto como pilar essencial deste instituto. Veja-se:

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana⁶³.

Paulo Lôbo, em seu recente artigo “Socioafetividade: O Estado da Arte no Direito de Família Brasileiro”⁶⁴ coaduna com o pensamento da existência do princípio da afetividade, o qual fundamenta o direito de família. Para ele, o princípio da afetividade estaria implícito na Constituição, de modo que seria um dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, que perdura durante toda a vida, só deixando de existir em ocorrência de morte de um deles ou na perda do poder familiar.⁶⁵

O princípio da afetividade defendido por alguns doutrinadores difere do afeto em si, uma vez que a obrigatoriedade da ocorrência daquele subsiste independentemente dos sentimentos nutridos entre pais e filhos. Em verdade, o que objetiva com esse

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

⁶² De acordo com Maria Berenice Dias, a família eudeminista busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção da família, deslocando-o da instituição para o sujeito (...). A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 278).

⁶³ *Op.cit.* p. 66.

⁶⁴ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade: O Estado Da Arte No Direito De Família Brasileiro**. 2015. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1743_1759.pdf. Acesso em março 2016.

⁶⁵ Rodrigo da Cunha Pereira entende da mesma forma. Para ele, o abandono afetivo dos pais em relação aos filhos deve ser reparado, como forma atingir uma função pedagógica, diante de o afeto ser considerado um princípio jurídico norteador das relações do Direito das Famílias. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidades Civil pelo Abandono Afetivo. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 408)

princípio, nos dizeres de Paulo Lôbo, é (1) a integração da pessoa no grupo familiar; (2) a assunção de papel parental; (3) a convivência duradoura⁶⁶.

Para Ana Surany Martins Costa

o vocábulo afetividade é formado pela junção dos termos afetivo e (i) dade, que, segundo a psicologia, é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza. [...] O afeto, do latim *affectus*, diz respeito à afeição por alguém, inclinação, simpatia, amizade ou amor.⁶⁷

Dessa forma, tem-se que o afeto representa um conjunto de emoções e sentimentos que aproximam as pessoas, sendo, portanto, um elemento fundamental para a construção de núcleos familiares, uma vez que ele mantém a estabilidade de uma família.

Nessa senda, é o entendimento do professor Cleber Affonso Angeluci:

A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações do Direito de Família, leva à conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.⁶⁸

É, também, nesse sentido, o entendimento de Leandro Lomeu, ao dispor que pelo fato de as relações interpessoais da família serem construídas pelo afeto, ele deixou de ser unicamente um sentimento, e passou a ter um valor jurídico na esfera das relações familiares, sendo instrumentalizado através do princípio da dignidade da pessoa humana.⁶⁹

Pode-se verificar na jurisprudência decisões que adotam a teoria do princípio da afetividade:

⁶⁶LÔBO, Paulo. **Socioafetividade: O Estado Da Arte No Direito De Família Brasileiro**. 2015. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1743_1759.pdf. Acesso em março 2016.

⁶⁷COSTA, Ana Surany Martins. **Filiação Socioafetiva: Uma Nova Dimensão Afetiva das Relações Parentais**. IBDAFM, 2008. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=381>>. Acesso em: 02.11.2011

⁶⁸ANGELUCI, Cleber Affonso. **Valor jurídico do afeto nas relações do direito de família: construindo o saber jurídico**. 2006. 161 f. dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006, p. 18

⁶⁹ LOMEU, Leandro. **Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação**. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 57, dez./jan. 2010, p. 113.

AÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE CONCEDE A GUARDA COMPARTILHADA DO MENOR PARA SUA MÃE E BISAVÓ MATERNA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB O ARGUMENTO DE GUARDA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. INSUBSISTÊNCIA. ELEMENTOS SUFICIENTES A DEMONSTRAR O COMPARTILHAMENTO DO MUNUS NA PRÁTICA, ALÉM DO COMPROMETIMENTO DE AMBAS AS MULHERES NA CRIAÇÃO, CUIDADOS E EDUCAÇÃO DO MENOR. CRIANÇA QUE, JUNTAMENTE COM SUA MÃE, RESIDE E CONVIVE, DESDE O NASCIMENTO, COM A BISAVÓ, PESSOA PREPONDERANTEMENTE RESPONSÁVEL PELO SEU SUSTENTO. PROVIDÊNCIA QUE DENOTA A PREOCUPAÇÃO COM O FUTURO DO INFANTE, PRIORIZANDO-O. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. É de se destacar, a propósito, que o atual paradigma familiar segue os **princípios da afetividade** e da solidariedade, encontrando respaldo constitucional em suas mais variadas feições e abrigando juridicamente arranjos pouco convencionais. Cabe, então, ao julgador, sob a óptica do melhor interesse da criança, reconhecer legalmente tais entidades familiares, a fim de garantir-lhe o atendimento de suas necessidades mais básicas, como segurança, saúde, educação, convivência familiar e comunitária, entre outros tantos.⁷⁰ (*grifos nossos*)

No presente julgado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que o princípio da afetividade é a base das relações familiares, bem como o princípio da solidariedade, para conceder guarda compartilhada de uma criança para sua mãe e bisavó materna, visando o melhor interesse do menor. O Ministério Público, por sua vez, alegou que o pedido de guarda teria como finalidade garantir benefícios previdenciários, argumento, este, que não prosperou.

Destarte, o afeto passa a ser visto como aquilo que origina e mantém as famílias. Porém, atribuir ao afeto natureza jurídica de princípio pode desvirtuar a sua verdadeira posição no ordenamento jurídico, de modo a conferir consequências que ultrapassam o seu campo de atuação. No julgado acima o princípio da afetividade foi utilizado para conferir proteção a um menor, entretanto, se esse entendimento principiológico for consolidado, qualquer membro de uma família poderá demandar contra outro, arguindo violação ao princípio da afetividade.

Esse é o entendimento, inclusive, de Álvaro Villaça Azevedo ao dispor que é constante nos atos de nossa existência a dor pelo não reconhecimento do amor, e,

⁷⁰ SANTA CATARIA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível Nº 20120802418. Sexta Câmara de Direito Civil. Relator: Ronei Danielli. Julgado em 19 jun. 2013. Disponível em <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23923350/apelacao-civel-ac-20120802418-sc-2012080241-8-acordao-tjsc>> Acesso em 20 jan. 2016.

portanto, demandam uma indenização, para que se possa punir o desamor, ainda que sua configuração material seja simbólica.⁷¹

Data máxima vênia, não é possível compartilhar desse entendimento, conforme será demonstrado nas linhas abaixo.

O filósofo Robert Alexy faz uma interessante distinção entre princípios e valores. Para ele, os princípios são mandatos de otimização, que possuem estreita relação com os valores, mas com eles não podem ser confundidos, uma vez que os princípios estão no plano do dever ser, ou seja, são normas que apontam para o que se considera devido, enquanto que os valores apontam para o que pode ser considerado bom.⁷² Assim, a afetividade poderia ser encaixada no conceito de valor, mas jamais de princípio.

Os princípios exercem, dentro do ordenamento jurídico, funções supletiva, fundamentadora e hermenêutica. Eles devem ser utilizados como fonte primária e imediata do Direito, podendo, portanto, ser aplicados em qualquer caso concreto. De outro lado, inspiram a criação do sistema normativo, expressando valores superiores e orientam a sua interpretação e aplicação⁷³.

Há de se pontuar, ainda, a distinção entre normas jurídicas e normas sociais. De acordo com os ensinamentos de Kelsen⁷⁴, as normas jurídicas se caracterizam pela sua fonte de poder ser reconhecida por um grupo apto a criar regras e aplicar sanções. O seu conteúdo é sempre expresso e são uma subespécie das normas sociais, que por sua vez compreendem modelos comportamentais criados por grupos sociais, visando defender uma escala de valores que o individualizam.

Pode-se concluir, portanto, que os princípios surgem do ordenamento jurídico, possuindo *status* de norma jurídica, apta a ensejar uma exigibilidade coercitiva,

⁷¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Afeto na relação familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, n. 93, dez./jan. 2016, p. 73.

⁷² Para melhor explicar a diferença entre princípio e valores, Alexy adota uma divisão proposta por von Wright, o qual afirma que os conceitos práticos são divididos em três grupos: os deontológicos, os axiológicos e os antropológicos. Os conceitos deontológicos são os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo. Já os conceitos axiológicos não denotam um conceito de dever ou de dever-se, mas o conceito de bom, e a sua diversidade se dá na medida em que critérios diferentes para definir algo como bom são utilizados. Os conceitos antropológicos, por fim, são os conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação. Nesse sentido, os princípios pertencem ao âmbito deontológico, e os valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 145-146).

⁷³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66-67.

⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 50.

diverso do que apontam as normas sociais, que são pautadas em condutas éticas, podendo ou não ser seguidas pela sociedade.

Impende destacar o entendimento de Walsir Rodrigues e Renata Barbosa, ao defenderem que o afeto seria um fato jurídico *lato sensu*, dada a sua capacidade de promover consequências jurídicas relevantes. Ele não possuiria, portanto, natureza normativa, vez que a sua exigibilidade não importaria para o seu reconhecimento como formador das organizações familiares. Assim, não seria razoável conceder à afetividade o mesmo caráter imperativo dos princípios. Seguem afirmando, ainda, que o afeto deve ser considerado como um postulado normativo, ou seja, uma norma metódica, direcionando para os critérios de aplicação dos princípios e regras, e não como um comando obrigatório.⁷⁵

Diferentemente dos princípios, ainda, os postulados são normas que orientam a aplicação de outras normas e não possuem o mesmo destinatário. Os postulados são dirigidos ao intérprete e aplicador do direito, orientando, portanto, a aplicação de princípios e regras, sem conflito com outras normas. Eles não descrevem comportamentos, e, portanto, não precisam ser cumpridos de maneira estrita, não podendo ser qualificados como regras. São, por conseguinte, normas de segundo grau.

O que se pretende demonstrar é que o afeto, em que pese ser um elemento intrínseco às relações familiares, não pode ser entendido como um valor jurídico exigível, sob pena de atingir a sua espontaneidade⁷⁶, característica de uma norma social.

Lembram Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que “quem oferece afeto a outra pessoa, o faz porque tem no coração, e quem não tem não pode ofertar o que não tem”⁷⁷. Em verdade, a afetividade decorre da confiança esperada pelos membros da família, respeitando as peculiaridades de cada um.

Serve no direito a afetividade, portanto, como direcionador para aplicação de outras regras, através dela potencializa-se princípios, como por exemplo no

⁷⁵ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁷⁶FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6. ed., Salvador: Juspodivm, 2014, p. 64.

⁷⁷FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6. ed., Salvador: Juspodivm, 2014, p. 72.

reconhecimento pelo juiz da possibilidade de acréscimo do sobrenome do padrasto pelo enteado, o que não foi imposto por nenhuma norma jurídica, entretanto, a jurisprudência entendeu pela sua possibilidade, decorrente da importância que se deu ao afeto no ordenamento jurídico.

O fato do reconhecimento da presença do afeto nas relações de família, bem como a condução no seu exercício não são suficientes para a imposição jurídica daquele. É impossível controlar alguns sentimentos como o amor e o ódio, sendo assim, o controle judicial do afeto se torna dificultado.⁷⁸

Em sentido contrário entende Rodrigo da Cunha Pereira, ao dispor que sem o afeto não há que se falar em família, ou que ela estaria em desordem, em desestrutura, uma vez que ele conjuga. Portanto, o afeto teria ganhado status de valor jurídico, e elevado à categoria de princípio, devido a uma construção histórica em que se valoriza o discurso psicanalítico do desejo e do amor como sustento do laço conjugal e da família. O autor segue aduzindo que, embora não esteja expressamente disposto na Constituição Federal, o “princípio” da afetividade se apresenta explicitamente nela, onde estão seus fundamentos essenciais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade entre os filhos, entre outros.⁷⁹

É indiscutível que o afeto mereça e tenha proteção jurídica, porém, esta proteção se justifica pelo fato de o afeto desempenhar papel importante na formação de novos núcleos familiares, fruto da sua espontaneidade e autonomia privada, fazendo com que se tenham efeitos e consequências jurídicas.

Ademais, impor a alguém o dever de amar, ou ter qualquer relação afetiva, ocasionaria por desvirtuar o que mais se prestigia nesse instituto: a sua espontaneidade, pois uma vez imposto, deixa de ser sincero⁸⁰.

O que o Texto Constitucional valoriza no afeto é a forma como ele pode fazer nascer relações familiares sem bases biológicas, que desde sempre existem na nossa

⁷⁸ OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor? *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo. Estudos em homenagem a Paulo Luiz Lôbo Netto**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 60.

⁷⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. *In* DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

sociedade, mas que nunca tiveram a sua devida proteção. É o reconhecimento de entidades familiares pautadas em vínculos tão somente afetivos.

Por conseguinte, atribuir ao afeto *status* de princípio seria o tornar obrigatório, por uma força normativa capaz de ser exigível pelo Estado, o que, de fato, já se demonstrou, alhures, ser inviável.

Percebe-se, então, que o afeto é um elemento essencial às relações familiares, que por muitos anos foram baseadas apenas nos vínculos biológicos. Sendo assim, faz-se necessário uma tutela do afeto afim de que seja reconhecido como valor jurídico indispensável nos seios familiares, mas apenas funcionando como postulado, uma vez que ele serve com parâmetro, e não como um comando obrigacional, mas apenas guiando a aplicação de outras normas.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Após o estudo vertical acerca de cada instituto, indaga-se: é cabível a responsabilidade civil por abandono afetivo? Bem, antes de responder a essa pergunta, faz-se necessário analisar alguns aspectos.

A Responsabilidade Civil por abandono afetivo ocorre quando um membro de uma família propõe uma demanda indenizatória em face de outro (geralmente pai e mãe) por este não ter lhe prestado afeto durante a sua infância, não se tratando aqui de uma inadimplência material, e sim sentimental.

A discussão sobre a Responsabilidade Civil por abandono afetivo surgiu devido aos avanços sociais que permeiam as relações familiares, nos quais seus membros passaram a ter garantias que antes não eram asseguradas, abrindo brecha para que a criatividade humana tomasse conta do Direito.

Em que pese ainda haja divergência na doutrina e jurisprudência acerca da aplicabilidade de tal discussão, o cerne do presente estudo é demonstrar a insuficiência da Responsabilidade Civil nos casos de abandono afetivo, por razões que serão expostas a seguir.

4.1 INCOMPATIBILIDADE DO ABANDONO AFETIVO NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Admitir que o afeto é um dever jurídico decorrente da paternidade merece muito cuidado, vez que, as relações familiares possuem um caráter estritamente pessoal, não devendo, portanto, o afeto ser compreendido como um valor jurídico tutelável pelo judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário obrigar alguém a amar, ou manter um relacionamento afetivo, posto que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada⁸¹.

⁸¹ RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

O abandono afetivo é visto como um dano moral para aqueles que defendem a ideia de que ele seria passível de indenização. Ocorre que, em torno dele, gira a problemática da sua quantificação, uma vez que a lei deixou ao arbítrio dos magistrados a sua fixação, em que pese seja uma tarefa extremamente difícil.

Carlos Alberto Bittar conceitua os danos morais como lesões sofridas pelas pessoas, podendo ser físicas ou jurídicas, na sua personalidade, ocasionadas pela conduta injusta de outrem. É uma lesão sofrida no íntimo de uma pessoa física, podendo também ser jurídica, provocado por outrem. Eles causam sentimentos negativos através de constrangimentos, vexames, dores, atingindo, assim, a moralidade e afetividade da pessoa⁸².

Maria Celina Bodin de Moraes, por sua vez, define o dano moral como sendo qualquer ofensa que fira direitos personalíssimos, ou seja, qualquer atributo que individualiza cada pessoa, como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, entre outros. Ela faz uma interessante crítica acerca da terminologia “indenização”, posto que “indenizar” é proveniente do latim *in dene*, e significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, o que não se faz possível frente a um dano de ordem extrapatrimonial. Ela afirma, ainda, que aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório, em que pese o próprio Texto Constitucional⁸³ se utiliza da expressão “indenização”.⁸⁴

Miguel Reale os classifica em aspectos subjetivos e objetivos. Para ele, os danos morais objetivos são aqueles que atingem a dimensão moral no meio social em que se vive, enquanto que os danos morais subjetivos são aqueles correlacionados com o mal sofrido pela pessoa na sua intimidade psíquica, ligados a valores subjetivos, exigindo, assim, uma reparação⁸⁵.

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

2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 757. 411 – MG (2005/0085464-3). Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em: 29 nov. 2005).

⁸² BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios e sua fixação. Repertório IOB, São Paulo, n. 15, 1993. p. 293.

⁸³ Art. 5º, X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 145-157.

⁸⁵ REALE, Miguel. Temas de Direito positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 23.

Carlos Roberto Gonçalves acredita que, devido a proliferação de demandas, o dano moral tem causado grande preocupação na seara jurídica, diante da inexistência de critérios para sua computação. Defende, ainda, que a reparação do dano moral visa apenas uma compensação, sem quantificar a dor, em que o juiz se depara com a árdua missão de mensurar o imensurável⁸⁶.

Dessa forma, para quantificar o dano moral, o juiz deverá levar em conta alguns critérios para sua aplicação. Em que pese seja vedado ao STJ revisar a indenização por danos morais, tendo em vista a necessidade de análise de elementos fáticos-probatórios, tem-se permitido que o Tribunal reveja o valor arbitrado para corrigir eventuais distorções realizadas por magistrados de primeira instância, evitando-se, assim, quantias inexpressivas ou exageradas. Assim, o *quantum* é valorado em abstrato, a partir das circunstâncias narradas nas decisões recorridas, não do conjunto probatório que instruíra demanda.⁸⁷

Já se foi demonstrado no presente estudo que a Responsabilidade Civil possui uma tríplice função, a reparatória, punitiva e precaucional.

A função reparatória, para aqueles que defendem a aplicação do instituto, serviria como uma compensação por algo que não se pode obrigar, ou seja, o amor. Já que seria inviável uma prestação *in natura*, dada a incoercibilidade da imposição de um sentimento.⁸⁸

Ocorre que, conforme verberam Cristiano Chaves, Felipe Peixoto e Nelson Rosenvald, a adoção dessa teoria ocasionaria na crença de que a “paternidade irresponsável” seria tolerada pelo sistema jurídico, desde que suas consequências fossem monetarizadas.⁸⁹

⁸⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 596.

⁸⁷ “A pretensão da agravante de que seja revista a quantia arbitrada a título de reparação por danos morais encontra óbice na Súmula 7/STJ, uma vez que importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal...” (STJ- 4ª Turma, AI 519.484-AgRg-DF, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.4.04, negaram provimento, v.u., DJU 1.7.04, p. 204). No entanto, há um acórdão em sentido contrário, afirmando que “No que toca ao valor da indenização, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que pode majorar ou reduzir, quando irrisório ou absurdo, o valor das verbas fixadas a título de dano moral, por se tratar de matéria de direito e não de reexame fático- probatório” (grifo nosso) (STJ-2ª Turma, REsp 549.812-CE, rel. Min. Franciulli Netto, j. 6.5.04, deram provimento parcial ao recurso do réu, v.u., DJU 31.5.04, p. 273).

⁸⁸FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 968

⁸⁹*Ibidem*, p. 968.

Ainda que a compensação pecuniária possa proporcionar momentos de prazer à vítima, em se tratando de Direito de Família não parece ser a melhor forma de resolver a demanda. Os autores seguem aduzindo que o objetivo da norma constitucional prevista nos artigos 227 e 229 da Constituição Federal⁹⁰ é estimular comportamentos virtuosos capazes de promoverem “a dignidade do membro da família no estágio do desenvolvimento de sua subjetividade”⁹¹.

Isso denota que a função precaucional, também presente na responsabilidade civil, decorre da própria norma constitucional acima mencionada, fazendo com que se prescindia do instituto do dano moral, vez que a prestação pecuniária não é suficiente para garantir a concretização de direitos fundamentais.

Com relação à função punitiva da Responsabilidade Civil, ela serviria para sancionar aquele que comete um ato ilícito, bem como obstar que a conduta omissiva se reiterasse. Mesmo que haja a fixação de uma indenização em elevados valores, elas são incapazes de motivar uma conduta responsável, pelo fato de serem decisões isoladas e impagáveis para a maior parte da população brasileira⁹².

Ademais, a intenção do Judiciário em punir a omissão afetiva promove um rompimento ainda maior, e até mesmo uma cessação de reaproximação e estreitamento de laços entre pais e filhos.

De fato, uma sentença condenatória condenaria, além do pai a uma prestação pecuniária, mas também a oportunidade de reconciliação entre membros de uma família, pelo rigor e caráter emocional que tal decisão traria.

A tese de cabimento da Responsabilidade Civil no Direito de Família por muitos anos foi negada. Acreditava-se, segundo Castelo Branco, que as condutas praticadas no seio das relações familiares não eram compatíveis com a incidência das regras da responsabilidade civil. Equivocadamente, permeou-se a concepção de

⁹⁰Art. 227 - “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

Art. 229 – “Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

⁹¹FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 969

⁹² *Ibidem* p. 969

que as relações jurídicas no âmbito da família, devido a sua condição extrapatrimonial, careciam de aplicação dos princípios da responsabilidade civil.⁹³

Todavia, tal entendimento foi superado, e hoje a jurisprudência⁹⁴ aplica o instituto da reparação no Direito de Família, porém, a sua aplicação não é indistinta. Devem ser levadas em consideração as peculiaridades do ramo.

A doutrina e jurisprudência não possuem um entendimento pacífico acerca da possibilidade de aplicação da Responsabilidade Civil por abandono afetivo, conforme será demonstrado em momento oportuno. Isso se justifica pelo fato de tal instituto ser relativamente recente, e, principalmente, por ser fruto da evolução social.

Para que seja configurada a obrigação de indenizar, faz-se necessário o preenchimento de requisitos essenciais, quais sejam: a conduta, por ação ou omissão, mediante a presença de culpa pelo agente; o dano, que se caracteriza pela ofensa a um bem jurídico tutelável, podendo ser material ou imaterial; e o nexo de causalidade, que é o liame entre a conduta lesiva e o dano ocorrido. Trata-se, portanto, conforme Murilo Sechieri Costa Neves preceitua:

obrigação que recai sobre alguém de reparar o dano injusto sofrido por outrem, como decorrência do descumprimento de um dever jurídico. Não basta que tenha havido dano, mas é indispensável que tenha havido uma conduta antijurídica e nexo de causalidade entre ela e a lesão sofrida.⁹⁵

O cerne desta monografia é verificar se o abandono afetivo preenche os requisitos da responsabilidade civil, e se a imposição de indenizar cumpre as funções

⁹³BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. Ed. Método. São Paulo, 2006, p. 17-18.

⁹⁴ APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS -NOIVADO DESFEITO ÀS VÉSPERAS DO CASAMENTO - TRAIÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS - DEVER DE INDENIZAR. A vida Em comum impõe aos companheiros restrições que devem ser seguidas para o bom andamento da vida do casal e do relacionamento, sendo incontestado o dever de fidelidade mútua. O término de relacionamento amoroso, embora seja fato natural da vida, gerará dever de indenizar por danos materiais e morais, conforme as circunstâncias que ensejaram o rompimento. São indenizáveis danos morais e materiais causados pelo noivo flagrado pela noiva mantendo relações sexuais com outra mulher, na casa em que morariam, o que resultou no cancelamento do casamento marcado para dias depois e dos serviços contratados para a cerimônia. Recurso não provido. (Apelação Cível 1.0024.07.529811-7/001, Rel. Des.(a) Gutemberg da Mota e Silva, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/08/2010, publicação da sumula em 21/09/2010) (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível Nº1.0024.07.529811-7/001. Décima Câmara Cível. Relator: Gutemberg da Mota e Silva. Julgado em 31 ago. 2010. Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115487417/apelacao-civel-ac-10024100733955001-mg/inteiro-teor-115487455> Acesso em: 10 já. 2016).

⁹⁵ NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Indenização por abandono afetivo: Impossibilidade**. 2012 Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/8268>. Acesso em março 2016.

inerentes ao instituto. Conforme já se foi demonstrado nos capítulos anteriores, há diversas normas constitucionais e infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro que preveem os direitos fundamentais do menor. No entanto, há uma divergência doutrinária acerca da posição em que o afeto ocupa nesse rol de garantias.

Para tanto, é imperioso fazer uma análise acerca da previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º⁹⁶, igualmente presente na Constituição Federal, em seu artigo 227⁹⁷, os quais tratam dos direitos das crianças e dos adolescentes, e entre eles, encontra-se o direito à convivência familiar.

Antes de adentrar no seu conteúdo, cumpre esclarecer que, tanto a CF, como o ECA, utilizam-se do termo “família”, ou seja, não é somente um dever dos pais. Isso porque, conforme já dito alhures, a família hodierna deixou de ser aquele conjunto formado por pais e filhos, e passou se formar por diversas entidades familiares, como, por exemplo, a formada por irmãos. Logo, percebe-se que as obrigações impostas nesses dispositivos alcançam toda a família, e isso se depreende na Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha), que traz em seu artigo 5º, II e parágrafo único um conceito mais amplo do que seria família, vejamos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - **no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;**

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.⁹⁸

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.**⁹⁹ (*grifos nossos*).

⁹⁶ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

⁹⁷ Art. 227 - “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

⁹⁸

Conforme se depreende da norma em destaque, embora esta tratar-se de norma infraconstitucional, pode-se perceber a intenção do legislador em reconhecer como família qualquer grupo de indivíduos que se unem por afinidade pelo fato de se enxergarem como uma família.

A nossa Constituição Federal, em seu art. 226¹⁰⁰, também afastou o casamento como a única forma conhecida pelo Estado de se verificar uma família. Dessa forma, “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue”¹⁰¹.

Portanto, é cediço que o ordenamento jurídico brasileiro entende que o afeto traz importantes consequências jurídicas na seara das relações familiares, uma vez que ele se faz presente, independente de laços biológicos. Entretanto, não se pode entender como um dever a sua prestação, e, conseqüentemente, a sua ausência não pode ser considerada um ilícito.

Convém esclarecer, ainda, que o dano, por si só, não gera o dever de indenizar. É necessário que o dano decorra de um ato ilícito, consoante disposição do artigo 927 do Código Civil “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Logo, pode-se concluir que a Responsabilidade Civil pressupõe a violação de uma norma jurídica preexistente, que pode ser legal ou contratual, fazendo surgir para o infrator o dever de pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, se não for possível fazê-la retornar ao seu estado anterior.

Além disso, é necessário, ainda, que o dano seja certo e injusto. O dano injusto é aquele causado voluntariamente, ou seja, que poderia ser evitado pelo ofensor, entretanto, as condutas presentes nas relações familiares são dotadas de sentimentos, e independem da vontade dos seus membros. Dessa forma, não se

⁹⁹ BRASIL. **Lei 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 28 jan. 2016.

¹⁰⁰ Art. 226, § 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

§ 4º “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

¹⁰¹ LÔBO, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

trata da verificação de que amar um filho é justo, tendo em vista a naturalidade desse sentimento.

Nesse sentido, no capítulo anterior já foi demonstrado que a natureza jurídica do afeto não é de princípio, o que não diminui a sua importância. Ocorre que, o afeto, por se tratar de um sentimento, não pode ser imposto, muito menos convencionalizado entre as pessoas, uma vez que todo sentimento tem sua origem natural, não podendo ser cobrado de ninguém.

Pelo fato de o afeto ser um sentimento natural, a sua obrigatoriedade não pode ser imposta. Isso porque o direito não pode invadir o âmbito subjetivo dos indivíduos, onde se encontra o sentimento.

Veja-se o que dispõe Freud acerca do assunto:

Afeto inclui o que acontece ao indivíduo e o modo como ele percebe e entende o que lhe acontece. A percepção da descarga e as sensações de prazer ou desprazer são imediatamente apreendidas na rede de representações que compõe o pré-consciente e o consciente. O afeto é variação corporal e psíquica, bem como a apreensão desta variação pela consciência num movimento reflexivo.¹⁰²

Impende consignar que o direito não ampara nenhum sofrimento ou angústia que não decorram da privação do lesado a um bem juridicamente tutelado. Dessa forma, apenas bens que possuem um interesse juridicamente reconhecido são passíveis de indenização.

Nessa linha, Rolf Madaleno acredita que o fundamento do pedido indenizatório não seria a ideia de ato ilícito como prevê o artigo 186 do Código Civil, mas no âmbito do abuso de direito, previsto no art. 187¹⁰³ do mesmo diploma legal, uma vez que ele independe de culpa, tratando-se, portanto, da “imposição de restrições éticas ao exercício de direitos subjetivos”.¹⁰⁴

A dificuldade, entretanto, gira em torno da forma em que o magistrado irá quantificar o dano moral sofrido.

¹⁰² WINOGRAD, Monah; TEIXEIRA, Leônia Cavalcanti. **Afeto e adoecimento do corpo: considerações psicanalíticas**. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S151614982011000200001&script=sci_arttext ; Acesso em: 7 mai. 2016.

¹⁰³ Art. 187, Código Civil / 02 – “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

¹⁰⁴ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar: questões polêmicas no cotidiano dos tribunais**. São Paulo: Forense, 2006. p.159.

Essa problemática decorre de aspectos inerentes ao instituto da responsabilização. Um interno (subjetivismo do dano) e outro externo (repercussão social). Além disso, o legislador constituinte não limitou ou tarifou a indenização por dano moral, deixando a cargo do magistrado essa difícil tarefa, conforme preceitua o Código Civil, em seu artigo 942¹⁰⁵, que prevê a fixação dos danos pelo arbitramento.

O sistema jurídico brasileiro assegura ao juiz a fixação do *quantum* indenizatório de acordo com o seu livre convencimento motivado, desde que observados alguns pressupostos, dentre os quais se pode citar a razoabilidade e proporcionalidade do dano, a capacidade financeira do ofensor, que ele não cause um enriquecimento ilícito e a existência de dolo na prática do ato danoso.

A jurisprudência entende da mesma forma, se não, veja-se o julgado abaixo:

DANO MORAL – ARBITRAMENTO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – Dano moral. Arbitramento. Princípio da razoabilidade. A quantificação do dano moral fica, como de comum sabença, ao prudente arbítrio do juiz, que não está adstrito a qualquer critério legal, até porque inexistente para a hipótese dos autos. Além disso a doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que, na apuração do valor dessa verba, devem ser consideradas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, levando-se ainda em conta critérios da proporcionalidade e razoabilidade. Desprovemento dos Embargos Infringentes¹⁰⁶.

Pode-se perceber, portanto, que o subjetivismo do pleito coloca o juiz numa posição pouco confortável, no momento em que a legislação deixa a seu cargo a missão de personalizar a norma, impondo padrões morais aos indivíduos e à sociedade.

Para que a reparação pela prática de um ato lesivo seja, ao menos, justa, é necessário estabelecer limites, uma vez que ela não deve ir além do dano causado, e também não deve ficar aquém da lesão.

Em se tratando de abandono afetivo, essa quantificação se torna ainda mais difícil, porque o afeto não padece de concretude, não sendo passível de mensuração, por se tratar, principalmente, de um sentimento, algo muito subjetivo para cada indivíduo.

¹⁰⁵ Art. 942. “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.” (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

¹⁰⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Nº 454020. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes. Julgado em 11 nov. 2002. Disponível em < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7531441/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-454020-rj-2002-0056835-2>> Acesso em 20 já. 2016.

A aplicação dos critérios para aferição do dano vai de encontro com a tríplice função do próprio instituto. Se o valor da condenação for fundado nas condições econômicas do pai, o caráter da indenização seria apenas punitivo. Por sua vez, se o valor for fundado na gravidade do dano, serviria tão somente para melhorar a situação financeira do demandante, a depender do entendimento de cada juiz, que pode variar entre valores ínfimos e exorbitantes.

Portanto, utilizar-se de uma demanda indenizatória nos casos de abandono afetivo não parece viável, vez que se caracterizaria como uma monetização de um sentimento, sem vistas à recuperação do indivíduo como principal finalidade, uma vez que o dinheiro jamais substituirá a presença do pai.

De maneira diversa entende Rodrigo da Cunha Pereira, ao dispor 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.¹⁰⁷

Maria Berenice Dias¹⁰⁸ também adere a esse posicionamento. Para ela, a convivência dos filhos com os pais é um direito dos filhos, portanto, os pais tem a obrigação de visitá-los, Ela acredita que a ausência do pai na vida dos filhos produz sequelas emocionais e reflexos no seu desenvolvimento que podem deixar cicatrizes permanentes em sua vida. Nesse sentido é o julgado abaixo:

Não se pode esperar que uma criança, sabidamente rejeitada pelo pai, privada de seu convívio, desenvolva uma projeção idealizada da figura masculina e, ao mesmo tempo, não lhe imponha transtornos psicológicos porquanto frustrada a expectativa de um convívio familiar pleno. A melhor doutrina esclarece que, muito mais que obrigação dos pais, o pleno desenvolvimento e o convívio saudável entre o filho e o pai é direito do filho. Muito mais que obrigação dos pais, o pleno desenvolvimento e o convívio saudável entre o filho e o pai é direito indisponível do filho: Portanto, amor e afeto são direitos dos filhos que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de

¹⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo.** Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/estado/article/view/3639/3178> Acesso em 20 jan 2016.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 407.

resultados devastadores na auto estima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada.¹⁰⁹

Percebe-se, então, pelo julgado acima, que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a presença do pai na vida de um filho, bem como o amor e o afeto, são direitos seus indisponíveis, vez que a ausência deles acarreta em possíveis transtornos psicológicos para a criança, além do mais, o desentendimento dos pais não pode afetar negativamente sua prole. Entretanto, impor que pais e filhos tenham uma relação de afeto, ou quaisquer outros membros da família, não corresponde ao conceito de entidade familiar, uma vez que é justamente o afeto a base das relações familiares, é ele que fundamenta o seu surgimento, não havendo que se falar na sua imposição quando o vínculo é meramente biológico.

Isso porque a paternidade *socioafetiva*, ou seja, aquela que é baseada em laços de afeto, lastreada em um ato de vontade, recebeu, acertadamente importante proteção pelo legislador constituinte¹¹⁰. Ela é resultado da convivência, do amor, da solidariedade, e do sentimento que une pais e filhos, de modo que a paternidade biológica jamais poderá substituir os laços de afeto criados entre aqueles que se consideram pais e filhos¹¹¹. A prevalência da paternidade biológica sobre a *socioafetiva* está, inclusive, superada, como podemos observar no seguinte julgado:

PRETENSÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - PATERNIDADE BIOLÓGICA EXCLUÍDA - PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA COMPROVADA. Comprovado nos autos pela prova testemunhal a relação paterno/filial entre a investigante e o investigado, por longo período é de reconhecer-se a paternidade. A paternidade sócio afetiva não pode ser ignorada, ainda que o exame de DNA seja negativo, quando o próprio investigado assume a filiação da investigante publicamente, e age como tal perante o meio social em que vive.¹¹²

O julgado reconheceu a paternidade *socioafetiva* entre duas pessoas que não tinham um vínculo biológico, mas sim afetivo.

¹⁰⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10145074116982001, Relator: Des. Barros Levenhagem, 5ª Câmara Cível, julgado em. 16/01/2014. Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118756909/apelacao-civel-ac-10145074116982001-mg/inteiro-teor-118756950> Acesso em 20 jan. 2016.

¹¹⁰ Art. 1.593. "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem." (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

¹¹¹ CANEZIN, Claudete Carvalho; EIDT, Frederico Fernando. Filiação Socioafetiva: um Passo do Direito ao Encontro da Realidade. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 13, n. 69, dez/jan. 2012, p. 13.

¹¹² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10024096002175002. Quinta Câmara Cível. Relator: Fernando Caldeira Brant. Julgado em 19/09/2013. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117351000/apelacao-civel-ac-10024096002175002-mg>> Acesso em 20 jan. 2016.

Rolf Madaleno entende da mesma forma, quando afirma que os filhos são conquistados pelo coração, produto de uma relação construída dia-a-dia, desnecessária a origem genética, mas apenas a demonstração de amor e afeição. Esse afeto representa dividir conversas, repartir carinho, conquistas, entre outros, ou seja, "iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos *socioafetivos*"¹¹³.

O que se pode extrair desse entendimento é que o dinamismo social tem propiciado o surgimento de novos institutos protecionistas, capazes de regular a sociedade moderna, de modo a oferecer maior efetividade aos direitos garantidos constitucionalmente, mas, por outro lado, não pode servir de amparo àqueles que querem se aproveitar de um instituto para se beneficiar em detrimento do prejuízo de outrem.

Isso demonstra que o ordenamento jurídico adotou o regramento mínimo do Direito de Família¹¹⁴, ou seja, o Estado interfere cada vez menos nessas relações, aumentando a liberdade e autonomia dos indivíduos, que hoje podem escolher a própria configuração familiar, baseada, principalmente, em laços afetivos.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald demonstram que as relações familiares são a expressão mais pura de uma relação privada, e nela, portanto, vige o princípio da autonomia privada, em que o Estado só irá intervir quando for para proteger sujeitos de direito vulneráveis, como a criança, o adolescente e a pessoa idosa, ou seja, para salvaguardar garantias mínimas e fundamentais¹¹⁵.

Isso significa, portanto, que as pessoas são livres para constituírem famílias, bem como conduzi-las da forma que lhes achar conveniente, independente da intervenção estatal, que só aparece para garantir essa liberdade, uma vez que o as

¹¹³MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.8.

¹¹⁴ Leonardo Barreto Moreira Alves afirma que essa adoção ocorreu após o advento da Constituição Federal de 1988, vez que a incidência de direitos fundamentais na relações privadas fez com que a autonomia privada perdesse a sua conotação exclusivamente patrimonial, passando a ser aplicada também em relações extrapatrimoniais (a exemplo das travadas no âmbito do Direito de Família), e também pelo fato de que a Magna Carta desenhou um novo perfil da família, fazendo com que ela se tornasse uma instituição democrática, preocupada com a felicidade pessoal dos seus membros, o que agregou contornos de entidade social, autorizando, assim, o exercício da autonomia privada no seu âmbito. (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: Editora Lumen Juris, 2010, p. 136)

¹¹⁵FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6. ed., Salvador: Juspodivm, 2014, p. 157.

instituições familiares estão inseridas no Direito Civil, que prestigia a autonomia privada de seus integrantes.

A título de ilustração, o STF reconheceu a adoção por casal homoafetivo¹¹⁶, o que demonstra que a ausência de uma figura paterna não é condenada pelo legislador. Outrossim, o reconhecimento de famílias monoparentais, a exemplo de mulheres que decidem ser sozinhas, sem abrir mão da maternidade, são asseguradas a elas a possibilidade reprodução através de inseminação artificial. Destarte, parece que nessa hipótese haveria uma relativização da obrigação de afeto e dever de convivência.

A comprovação de existência do nexo de causalidade é o elemento mais difícil no pleito indenizatório, tendo em vista que a necessidade de demonstrar que, sem o fato alegado, o dano não se teria produzido, porém, sua presença é imprescindível para uma demanda procedente. Ele se caracteriza pela verificação do vínculo entre a conduta e o dano. A relação causal, portanto, permite concluir se uma ação ou omissão deu causa a determinado resultado danoso.

Para que se possa verificar a existência do nexo de causalidade na demanda indenizatória por abandono afetivo faz necessário uma perícia psicológica, capaz de demonstrar se o dano psíquico decorreu necessariamente da conduta omissiva do pai.

Entretanto, a psicologia não se trata e uma ciência exata. Dessa forma, um diagnóstico totalmente correto por vezes não acontece, e nada garante que o indivíduo, se tivesse tido a presença do pai, seria diferente. Isso porque, como já se foi demonstrado, a formação humana de cada pessoa decorre de fatores externos ao próprio ser, provenientes do meio social em que se vive.

O que se quer demonstrar é que, em que pese o afeto ser um elemento formador de instituições familiares, ele não pode nem deve ser utilizado como forma de punir quem não o tem pra dar, pois deixaria de ser afeto, uma vez que não seria verdadeiro nem espontâneo.

¹¹⁶ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 846.102 (722). Relatora: MIN. CÁRMEN LÚCIA Brasília, julgado em 5 de março de 2015).

4.2 AFETO X CUIDADO

Importante distinção a ser feita para fins de melhor compreensão acerca do presente estudo é entre o conceito de afeto e o de cuidado.

Já restou demonstrado que o afeto se trata de um sentimento localizado na esfera anímica dos indivíduos, e, portanto, insuscetível de imposição pelo ordenamento jurídico. Esse é, inclusive, o posicionamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal, quando afirmam que

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que ter valia mais do que o ser.¹¹⁷

Em sentido contrário, o cuidado se apresenta como um dever jurídico, cuja previsão se encontra na Carta Magna¹¹⁸, ao imputar direitos e deveres recíprocos aos membros de uma família, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando prevê o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

O dever de cuidado dos pais com a sua prole decorre do poder familiar, e corrobora com o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo fato de que a sua ausência configura um dano à personalidade.

Essa proteção garantida pelo legislador constituinte e ordinário ocorreu devido aos avanços sociais que propiciaram aos institutos familiares uma maior preocupação com as relações interpessoais, deixando de lado o foco somente nas questões patrimoniais. Dessa forma, novos paradigmas foram fixados, a fim de que prevalecesse uma visão coletiva da sociedade.

¹¹⁷FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6. ed., Salvador: Juspodivm, 2014, p. 75.

¹¹⁸Art. 227 - “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

Art. 229 – “Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo nesta linha, assegura a crianças e adolescentes, em seu artigo 3º¹¹⁹, aliado ao princípio da proteção integral, os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, bem como todas as oportunidades e facilidades para que elas se desenvolvam em todos os aspectos. Em decorrência disso, estabelece em seu artigo 22¹²⁰ os deveres dos pais para com seus filhos, demonstrando a importância do cuidado para sua formação.

Já no Código Civil, essa proteção se faz presente, principalmente, no artigo 1.634, conforme se depreende abaixo:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.¹²¹

Percebe-se, portanto, que a proteção da criança, e conseqüentemente a imputação do dever de cuidado, encontram-se consubstanciados em todo o ordenamento jurídico, de forma que sua interpretação deve levar em conta essa realidade, e principalmente, a supremacia da Constituição Federal.

Maria Berenice Dias trata o afeto e o cuidado como sinônimos. Para ela, o afeto é um elemento central e agregador do conceito de família, no qual é exigido aos pais o dever de criar e educar os filhos, bem como dar o carinho necessário para a formação de suas personalidades. Ela evidencia que a convivência dos filhos com os pais é um dever, não um direito, uma vez que o seu descumprimento pode gerar

¹¹⁹Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

¹²⁰Art. 22 - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

¹²¹BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

severas sequelas psicológicas, assim como comprometer o desenvolvimento sadio da criança. Portanto, para ela, o abandono afetivo pode gerar obrigação indenizatória.¹²²

Ocorre que, essa concepção indissociável do afeto e do cuidado, *data vênia*, não parece ser a mais adequada. Conforme será demonstrado, o cuidado decorre de uma conduta ativa e objetiva do sujeito, diferente do afeto que advém de um elemento subjetivo.

Diante do exposto, o cuidado é entendido como uma obrigação legal, tendo em vista que ele visa sempre a proteção do menor, possuindo, assim, relação com o afeto. Entretanto, não podemos confundi-los, pois o afeto representa algo que está além da vontade do indivíduo, não podendo ser entendido como resultado de uma imposição legal.

Leonardo Boff, teólogo, escritor e professor universitário, faz uma importante consideração acerca do cuidado¹²³. Ele demonstra, em sua obra, que o mundo virtual vem contribuindo para que as pessoas esqueçam o real sentido do cuidado, uma vez que ele distancia as pessoas cada vez mais do contato humano. Ele evidencia, ainda, que a essência humana encontra-se no cuidado, funcionando como suporte da criatividade, da liberdade e da inteligência. É no cuidado que identifica-se os princípios e valores formadores da personalidade humana. Ele faz uma alusão ao *tamagochi*, um bichinho de estimação virtual, que, para sua sobrevivência, depende do cuidado de seu dono, pois ele tem fome, sono, sede, fica doente e pode morrer. Assim como uma criança, o brinquedo precisa de cuidados diários. O *tamagochi* denuncia a solidão em que vivem os humanos, tomados por uma era digital, mas demonstra que a essência humana não se perdeu. Porém, esse cuidado está sendo despendido na “pessoa” errada. Em suma, Boff quer demonstrar que se um bichinho de estimação precisa de cuidado para sobreviver, quem dirá um ser humano.

É por esse motivo que o cuidado é valorizado e protegido pelo ordenamento jurídico, consubstanciando-se no dever da família, independente da sua formação, criar, assistir e educar os filhos menores para que se tornem adultos capazes de assumir

¹²²DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 97.

¹²³BOFF, Leonardo. **Saber Cuidar. Ética do Humano - Compaixão pela Terra**. Petrópolis: Vozes, 1999.

responsabilidades, excluindo desse conceito o afeto, visto que não pode ser imputado pelo Estado.

A obrigação de cuidar evidencia a paternidade responsável, em que os pais devem assumir deveres que ultrapassam o campo material, como, por exemplo, a concessão de alimentos, educação, saúde. Dessa forma, o seio familiar deve ser propício a formação da personalidade de seus membros, preservando a dignidade da pessoa humana.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que admitir a indenização pela omissão de cuidado. Isso se fez presente no REsp 1.159.242, de abril de 2012¹²⁴ que merece ser analisado.

Em síntese, a Min. Relatora Nancy Andrighi demonstra que, pelo fato de o cuidado ser um valor jurídico protegido constitucionalmente, a sua omissão configura um ato ilícito. Ela evidencia que o cuidado é um fator indispensável à formação de uma criança, uma vez que ela não necessita apenas de elementos materiais, sendo os imateriais igualmente relevantes, tais como educação, lazer, regras de conduta etc. O cuidado se indica como responsável pela formação da integridade física e psicológica da criança até se chegar a fase adulta, em que saberá conviver em sociedade, buscar seus direitos e exercer sua cidadania.

Por conseguinte, o que a Ministra defende é que não está se discutindo o amor, o afeto, aspectos intangíveis, e sim a verificação do descumprimento de um dever legal, que é o cuidado, que está evidenciado na parte final do dispositivo citado (art.

¹²⁴ 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 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. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Terceira Turma. Rel. ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 24 abr. 2012).

227 da Constituição Federal) “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”¹²⁵. Para ela, o cuidado, diferentemente do afeto, é formado por elementos objetivos, que pode ser verificado em ações concretas: presenças, contatos – ainda que não presenciais, ações voluntárias em favor da prole, entre outros.

Comprovada a ausência do cumprimento legal do dever de cuidado, implica a ocorrência de ilicitude civil, uma vez que atinge um bem jurídico tutelado, qual seja, o necessário dever de criação, educação e companhia é apto a ensejar uma demanda de reparação civil.

O Ministro Massami Uyeda inaugurou divergência em relação ao voto da Min. Relatora com uma análise interessante a qual merece destaque. Para ele, as relações familiares comportam um universo de sentimentos difícil de mensurar. Devido a isso, se a responsabilização por abandono afetivo fosse permitida, qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral, fazendo com que se quantificassem mágoas íntimas, algumas legítimas, outras não tanto. Outrossim, a ideia de convivência familiar explanada pela psicologia não condiz com a realidade da maioria da população, muito pelo contrário. Ainda que se tenham pais, mães, e filhos morando sob o mesmo teto, a manifestação de carinho e o convívio harmonioso são muito complexos para serem exigidos. Não cabe aqui exigir que padrões psicológicos de certa pessoa se coloquem na normalidade. O Ministro acredita que reconhecer o afeto como um direito seria abrir uma porta muito grande ao judiciário, uma vez que ninguém está imune às consequências das perdas e ganhos da vida. Pais, mães e avós não são perfeitos, longe disso, apresentam muitas falhas que fazem parte da singularidade de cada ser humano. Entretanto, teve o seu voto vencido, pois os demais ministros acompanharam a Relatora.

Esse entendimento corrobora com o que já foi dito acerca do subjetivismo do sentimento que é o afeto, e também que ninguém está livre de experiências boas e ruins, mas elas fazem parte do aprendizado e amadurecimento de todo e qualquer indivíduo, uma vez que cabe a ele levar para sua vida o que foi bom de cada uma.

¹²⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

4.3 CONSEQUENCIAS DE UMA DEMANDA INDENIZATÓRIA

Após demonstrado a incompatibilidade de uma demanda indenizatória em face do abandono afetivo paterno e/ou materno, curial asseverar que o próprio ordenamento jurídico prevê consequências para o descumprimento de deveres familiares.

Inicialmente, impende consignar que, em que pese o *quantum* indenizatório poder proporcionar à vítima momentos de prazer, não é ela a principal razão para aplicação da quantia em pecúnia. Em verdade, a sua importância maior está do lado do ofensor. Por maior que seja a quantia paga, as felicidades que ela traz serão passageiras, funcionando apenas como maquiagem para acobertar o real sofrimento do sujeito passivo.¹²⁶

Dessa forma, diante de todos os motivos aqui expostos, a condenação pecuniária não representa a melhor forma de solução de demandas envolvendo direitos familiares, ante a impossibilidade de reestruturação da situação anteriormente existente através do pagamento em pecúnia.

Por conseguinte, faz-se necessária uma análise acerca das penas previstas no próprio ordenamento jurídico, bem como outras formas de solução de conflitos na seara do Direito de Família.

4.3.1 Sanções previstas no ordenamento jurídico

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro adotar a doutrina do Direito de Família Mínimo, em que a atuação do Estado nas relações familiares é ínfima, o Estado ainda tem o interesse de punir o abuso dos pais no exercício do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê as sanções e penas administrativas aplicáveis aos pais nos casos de descumprimento dos deveres intrínsecos ao poder familiar, bem como nas situações de abuso de direitos. O rol de medidas está

¹²⁶ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009, p 180.

previsto no artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente ¹²⁷, e dentre elas encontra-se a perda do poder familiar.

As previsões constantes na Constituição Federal da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito asseguraram a toda e qualquer pessoa uma formação justa. Essa formação consubstancia-se no exercício do poder familiar, tendo como objetivo auxiliar o indivíduo em sua formação, bem como na formação de valores.

Dessa forma, a atuação dos pais para um bom desenvolvimento dos filhos decorre da efetivação de direitos e deveres previstos em diversas passagens do sistema jurídico brasileiro. Isso denota a importância da presença dos pais na vida dos filhos como fornecedores da estrutura para seus desenvolvimentos.

O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres que tem por finalidade o interesse da criança e do adolescente. De acordo com Paulo Lôbo, não são exercidos pelos pais poderes e competências privados, e sim direitos vinculados a deveres, em que os titulares são os filhos. O exercício desse poder diminui na medida em que a criança vai formando a sua personalidade e capacidade de escolha ¹²⁸.

Fabiana Marion Spengler e Nilo Marion Júnior fazem uma importante observação. Há situações em que nenhum dos genitores apresenta condições de manter e educar a prole, portanto, nesses casos, o magistrado pode conferir a guarda a uma terceira pessoa, que possua ou não vínculo de consanguinidade com a criança, mas desde que observada a afinidade e afetividade entre elas. ¹²⁹ Dessa forma, §5º do art. 1.584 do Código Civil ¹³⁰ ampara essas situações, visando a proteção integral do menor.

¹²⁷ Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do poder familiar. (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

¹²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 302.

¹²⁹ SPENGLER, Fabiana Marion; MARION JR, Nilo. O Poder Familiar e o Seu conteúdo: da Pessoa ao Patrimônio. In: **Revista Brasileira de Direito de Família** v. 8, n 40 fev./mar. 2007. Porto Alegre: Síntese, 2007, p. 33.

¹³⁰ Art. 1584, § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de

Diferentemente da suspensão do poder familiar, a qual impede o exercício deste por um determinado período, a extinção do poder familiar não emana de uma conduta negativa dos pais, diverso do que ocorre nas hipóteses de perda do poder familiar.

As hipóteses de perda do poder familiar são taxativas, ou seja, não se admitem outras se não as previstas legalmente. O Código Civil, em seu artigo 1.638 dispõe como uma das situações para a perda do poder familiar “deixar o filho em abandono”¹³¹.

Pelo fato do ordenamento assegurar a proteção integral do menor, a aplicação da sanção de perda do poder familiar deve ser feita com muita cautela. Deve ser levado em conta, não só a atuação dos pais, mas também o melhor interesse do menor, uma vez que ele jamais poderá ser prejudicado.

Em que pese o disposto no artigo não deixar claro que tipo de abandono se trata, entende-se que se refere a qualquer tipo de abandono, material e emocional, estando incluído nesse rol, portanto, o abandono afetivo. Dessa forma, diante do abandono afetivo, deve utilizar-se da pena da perda do poder familiar, posto que a conduta omissiva do pai em nada acrescenta para o desenvolvimento sadio dos filhos.

Esse foi, inclusive, o entendimento do Relator Ministro Fernando Gonçalves, em sede de Recurso Especial (Resp nº 757.411 – MG)¹³² ao expor que o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o Código Civil, já preveem a perda do poder familiar para os casos de abandono, portanto, já exercem a função punitiva e dissuasória para os pais que abandonam seus filhos.

O relator segue aduzindo que muitas vezes a demanda indenizatória se funda nos sentimentos de ódio e vingança experimentados pelo ex-companheiro, transferidos para os filhos, além da indenização não diminuir o sofrimento do menor, atendendo somente a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

¹³¹ BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 757. 411 – MG (2005/0085464-3). Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em: 29 nov. 2005.

Além da previsão da perda do poder familiar, o artigo 249 do ECA¹³³ prevê uma pena de multa nos casos de descumprimento dos deveres dos pais, bem como das determinações judiciais. O referido preceito legal dispõe que se os pais ou detentores da guarda ou tutela, seja por culpa ou dolo, não cumprirem com as obrigações inerentes ao poder familiar, tais como, criação, educação, assistência ensinar-se-á sanção de natureza administrativa, ou seja, multa que varia entre três a vinte salários mínimos, podendo ser duplicada em caso de reincidência.

Entretanto, o artigo 214¹³⁴ do mesmo Diploma Legal prevê que os valores das multas serão revertidos ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município. Dessa forma, pode-se concluir que se o legislador entendesse que a prestação pecuniária serviria de amparo ao menor, teria revertido esse valor ao seu favor, o que não o fez.

Assim sendo, a aplicação da perda do poder familiar, em que pese não ser uma decisão fácil de ser, tomada se apresenta como a melhor, ou pelo menos, mais efetiva do que uma mera reparação, uma vez que esta não contribui em nada para a reaproximação entre as partes.

Ressalte-se que a destituição do poder familiar não retira ao pai a função de prover materialmente sua prole, ou seja, ele ainda possui a obrigação de sustento do menor, como a pensão alimentícia e a herança, direitos estes decorrentes da condição de filhos, para que não haja um total desligamento da relação paterno-filial.

4.3.2 A utilização da Mediação nas demandas familiares

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015) trouxe importantes inovações para o ordenamento jurídico brasileiro. A principal delas foi a valorização dos meios alternativos de resolução de conflito, que favorece as partes para que

¹³³Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

¹³⁴Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município. (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

tenham uma solução mais célere de suas demandas, por vezes sem a imposição de uma decisão pelo magistrado.

A mediação, sendo um meio alternativo de solução de conflito, se caracteriza pela predisposição ordenada de meios que se destinam a alcançar os seguintes objetivos: restabelecimento da comunicação entre as partes, a possibilidade de preservação do relacionamento entre elas em bases satisfatórias, a prevenção de novos conflitos, a inclusão dos cidadãos e a pacificação social.¹³⁵

Nela, há a presença de um mediador, que é um terceiro desinteressado, cujo papel é fazer com que as partes se dissociem dos conteúdos imediatos (que o autor chama de posições), ou seja, tudo aquilo que o indivíduo acha que merece receber, e identifique os seus interesses, aquilo que se oculta sob a superfície das posições, ou seja, aquilo que a parte realmente precisa. Dessa forma, o mediador terá êxito quando fizer com que as partes substituam o capital emocional negativo (tristeza, raiva) pelo positivo (compreensão e cooperação), fazendo com que cheguem a uma solução justa para ambos¹³⁶.

No âmbito das relações familiares, por se tratarem de um grupo social de convivência continuada no tempo, diversos conflitos podem ser gerados, na medida em que cada membro possui suas ideias, desejos e propósitos. Nessa lógica, a solução desses conflitos deve ser feita com muita cautela, sob pena de destruir a própria relação¹³⁷.

Foi nesse sentido que o Novo Código de Processo Civil passou a prever como obrigatórias as audiências de conciliação e mediação nos processos envolvendo relações de família. Esse método visa preservar as relações entre os litigantes, para que possam conviver em harmonia após a solução da demanda. Isso porque uma sentença judicial pode acabar causando mais danos não intencionados para as partes no litígio¹³⁸.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 694, dispõe que:

¹³⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008, p. 222-230.

¹³⁶ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 113.

¹³⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. A mediação como Instrumento Eficaz na Solução dos Conflitos de Família. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, out./nov. 2008, p. 48.

¹³⁸ VICENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Fernanda Pmpermayer Almeida de. **A Cláusula Geral da Boa-Fé e a Mediação no Bloco das Ações de Família no Novo Código de Processo Civil**, p. 201.

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

O que esse dispositivo regula é a possibilidade de soluções consensuais nas ações de família, legitimando a participação de profissionais que não sejam, necessariamente, bacharéis em direito, consubstanciando o previsto no art. 3º, §2º do mesmo Código¹³⁹.

Nessa linha de intelecção, Venceslau Tavares Costa Filho, Ana Carolina Alves da Silva e Felipe Barros de Souza salientam a preocupação central com a continuidade das relações após a intervenção do profissional, uma vez que os conflitos deverão ser gerenciados de modo que as pessoas continuem a se relacionar entre si, mesmo após a resolução do litígio. Isso porque a resolução do conflito não implica, necessariamente, na dissolução dos vínculos familiares.¹⁴⁰

O parágrafo único, por sua vez, demonstra a importância desses métodos alternativos, autorizando a suspensão do processo quando um desses métodos estiver sendo utilizado. Ressalte-se que, em que pese o legislador ter utilizado as expressões “conciliação” e “mediação”, o §3º do art. 165 do Novo Código de Processo Civil¹⁴¹ aconselha a utilização da mediação, nas demandas em que houver vínculo anterior entre as partes, como são os casos das relações familiares¹⁴².

Isto posto, o legislador optou por instituir um procedimento especial para as ações de família, em que, necessariamente, ocorrerá a audiência de mediação e conciliação, estando as partes acompanhadas de um advogado, diferentemente do

¹³⁹ Art. 3º, § 2º “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.” (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, CF: Senado, 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 28 março 2016).

¹⁴⁰ Venceslau Tavares Costa Filho, Ana Carolina Alves da Silva e Felipe Barros de Souza. A Conciliação e Mediação de Conflitos Familiares no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, p. 514.

¹⁴¹ Art. 165, § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, CF: Senado, 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 28 março 2016).

¹⁴² VICENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Fernanda Pmpermayer Almeida de. **A Cláusula Geral da Boa-Fé e a Mediação no Bloco das Ações de Família no Novo Código de Processo Civil**, p. 202.

que ocorre no procedimento comum, em que as partes podem optar pela não realização dessa audiência.¹⁴³

Fernando da Fonseca Gajardon critica essa obrigatoriedade do instituto, uma vez que ela feriria a autonomia de vontade das partes, que é algo assegurado pelo próprio legislador como princípio da mediação (art. 166 do Novo Código De Processo Civil¹⁴⁴)¹⁴⁵. Entretanto, a intenção do legislador foi assegurar às partes dos litígios familiares uma solução mais efetiva e pacífica, visando a manutenção dos laços da relação.

Liane Maria Busnello Thomé acredita que a mediação é uma técnica de fortalecimento dos laços parentais, uma vez que ela promove a responsabilidade de cada parte pelos seus atos, transmitindo valores de respeito ao próximo, de solidariedade, de autodeterminação e estímulo ao exercício da cidadania. Ela acrescenta que esse método age transformando os conflitos, uma vez que ele se dá por meio do diálogo, visando a compreensão de ambas as partes.¹⁴⁶

Dessa forma, nos conflitos envolvendo abandono afetivo, a aplicação da mediação se mostra ideal, posto que possibilita às partes o restabelecimento da comunicação, de modo em que elas evidenciam suas angústias, tristezas e motivos que levaram ao afastamento, formando um ambiente propício à resolução do conflito.

Pode-se verificar, portanto, que a compensação pecuniária, por vezes, não representa a melhor forma de reparar um dano moral, principalmente no que concerne ao Direito de Família. É o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosendal, ao criticarem que a sentença que reconhece o dever de indenizar frente à pretensão de responsabilidade civil por

¹⁴³ Art. 695. “Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.” (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, CF: Senado, 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 28 março 2016).

¹⁴⁴ Art. 166. “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.” (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, CF: Senado, 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 28 março 2016),

¹⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Novo CPC: vale a pena apostar na conciliação/mediação?** 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao> Acesso em 10 Mai 2016.

¹⁴⁶ THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 121.

abandono afetivo não põe fim ao conflito, pelo contrário, deteriora os vínculos entre as partes do processo (pai e filho)¹⁴⁷. Assim, acredita-se que a mediação seria uma forma mais eficaz na resolução dos conflitos familiares.

4.3.3 A função paterna exercida por terceiros

A função exercida pelos pais na vida de um filho vai além dos laços biológicos. Essa relação paterno-filial demanda atitudes de adoção, em que os pais devem atuar de modo a presarem por cuidados físicos e à educação da sua prole.

Em se tratando do pai, é importante destacar que ele influencia na estruturação psíquica da criança, de modo que a sua função simbólica faz parte do processo de desenvolvimento do seu filho. Sendo assim, é preciso que essa função seja exercida por alguém, caso haja a ausência do pai, uma vez que ele é responsável pela separação mãe-bebê.¹⁴⁸

O pai é responsável por promover o suporte emocional para que a mãe possa cumprir suas funções. É ele, também, que diz os primeiros “nãos”, impondo limites e permitindo a inserção social da criança, de modo a criar um espaço para que o filho desenvolva sua identidade, dissociado da mãe.¹⁴⁹

Percebe-se, portanto, que o pai exerce uma função que não necessita, necessariamente, de um laço de consanguinidade. É possível que essa função seja exercida por um terceiro que tenha vínculos com o menor, como padrasto, avô, ou até mesmo a própria mãe.

É nesse contexto que surge a paternidade *socioafetiva*, que como bem assevera Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ela não está lastreada em um fato biológico,

¹⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 969.

¹⁴⁸ Saraiva LM, Reinhard MC, Souza RC. **A função paterna e seu papel na dinâmica familiar e no desenvolvimento mental infantil**. Rev. bras. psicoter. 2012;14(3):52-67. Disponível em < http://rbp.celg.org.br/detalhe_artigo.asp?id=103 > Acesso em 10 maio 2016.

¹⁴⁹ CARVALHO, Veronica Esteves de. **A importância da função paterna no desenvolvimento da criança**. 2012, Disponível em < <https://ninguemcrescesozinho.com/2012/08/07/a-importancia-da-funcao-paterna-no-desenvolvimento-da-crianca/> > Acesso em 10 maio 2016.

mas em um ato de vontade, não pode ser obstada de receber proteção idêntica à filiação biológica.¹⁵⁰

Assim assevera Luiz Edson Fachin:

A verdadeira paternidade pode também não se explicar na autoridade genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de formas sólidas e duradouras, capazes de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele enfim, que além de poder lhe empresta seu nome de família, o trata como sendo seu filho perante o ambiente social.¹⁵¹

Essa proteção conferida à filiação *socioafetiva* decorreu da perda da função patrimonial atrelada à filiação, e pela garantia trazida pelo Código Civil e pela Constituição Federal da igualdade entre filhos e das diversas formas de filiação.

Resta claro que, conforme reafirma Maria Cristina de Almeida, a paternidade *socioafetiva*, não despreza o liame biológico da relação paterno-filial, mas a incrementa, surgindo um novo personagem “a desempenhar o importante papel de pai: o pai social, que é o pai de afeto, aquele que constrói uma relação com o filho, seja biológica ou não, moldada pelo amor, dedicação e carinho constantes”¹⁵².

Claudete Carvalho Canezin e Frederico Fernando Eidt defendem a posse do estado de filho, que nada mais seria que um conjunto de atos aptos a criar uma realidade social, refletindo a convivência familiar e que estabelecem uma filiação *socioafetiva*. É uma condição que se constrói com o tempo, com o fortalecimento do vínculo afetivo e do comportamento característico da relação entre pais e filhos.¹⁵³

O afeto é um dos principais fundamentos das relações de família, diante disso, assevera Renata Malta Vilas-Bôas que

estamos caminhando, em passos largos, no sentido de *desbiologização* da paternidade, reconhecendo, assim, o vínculo *socioafetivo* como sendo preponderante ao vínculo biológico, nascendo, assim, a parentalidade *socioafetiva*, baseada na posse do estado de filho”.¹⁵⁴

¹⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6. ed., Salvador: Juspodivm, 2014, p.616.

¹⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 163.

¹⁵² ALMEIDA, Maria Cristina de. **Investigação de Paternidade e DNA: Aspectos Polêmicos**. 2001, p. 159.

¹⁵³ CANEZIN, Claudete Carvalho; EIDT, Frederico Fernando. Filiação Socioafetiva: um Passo do Direito ao Encontro da Realidade. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 13, n. 69, dez/jan. 2012, p. 15.

¹⁵⁴ VILAS-BÔAS, Renata Malta. A Importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 13, n. 69, dez/jan. 2011, p. 34.

O que se pretende não é descaracterizar a paternidade biológica, uma vez que elas podem subsistir. Entretanto, a paternidade afetiva deve sempre ser protegida pelo ordenamento jurídico, visando um equilíbrio entre a verdade biológica e a *socioafetiva*, utilizando, assim, o direito, da noção de posse de estado de filho.¹⁵⁵

Embora o Código Civil não faça uma menção direta à paternidade *socioafetiva*, em seu artigo 1.593 ele disciplina que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”¹⁵⁶. O termo “outra origem” remete, implicitamente, à este instituto.

A paternidade e maternidade *socioafetiva* tem reflexos na própria jurisprudência do STJ:

FILIAÇÃO. ANULAÇÃO OU REFORMA DE REGISTRO. FILHOS HAVIDOS ANTES DO CASAMENTO, REGISTRADOS PELO PAI COMO SE FOSSE DE SUA MULHER. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA HÁ MAIS DE QUARENTA ANOS, COM O ASSENTIMENTO TÁCITO DO CÔNJUGE FALECIDO, QUE SEMPRE OS TRATOU COMO FILHOS, E DOS IRMÃOS. FUNDAMENTO DE FATO CONSTANTE DO ACÓRDÃO, SUFICIENTE, POR SI SÓ, A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO JULGADO. - Acórdão que, a par de reputar existente no caso uma “adoção simulada”, reporta-se à situação de fato ocorrente na família e na sociedade, consolidada há mais de quarenta anos. Status de filhos. Fundamento de fato, por si só suficiente, a justificar a manutenção do julgado. Recurso especial não conhecido.¹⁵⁷

O julgado supra cuidou da figura da *adoção à brasileira*, que embora seja considerado um ilícito, ensejou, ainda assim, o reconhecimento da filiação pela *socioafetividade*, o que já tem sido enfrentado pela jurisprudência pátria.

Diante do exposto, não há dúvidas de que a figura do pai na vida de um filho é necessária na medida em que ele desempenha funções no seu desenvolvimento, portanto, desde que essa função seja exercida por outra pessoa, a presença do pai não se torna tão imprescindível.

¹⁵⁵ DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 37

¹⁵⁶ BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 119346. Relator: Ministro BARROS MONTEIRO, Data de Julgamento: 01/04/2003, T4 - QUARTA TURMA.

5 CONCLUSÃO

Ante a todos os aspectos abordados nesse estudo, percebe-se que a família, e todos os seus membros possui uma especial proteção pela Constituição Federal e pelo ordenamento jurídico como um todo.

O afeto não pode ser confundido com o cuidado. O primeiro trata-se de um sentimento, em que não pode ser objeto de imposição pelo ordenamento jurídico, tendo em vista o seu caráter subjetivo. Já o cuidado, entendido como um dever jurídico constitucionalmente previsto, merece tutela do Estado, caracterizando ele como um conjunto de obrigações familiares concernentes ao desenvolvimento de uma criança. Em que pese seus conceitos se assemelharem, jamais poderão ser confundidos.

Não se está dizendo que o afeto não é importante para o Direito de Família. Sabe-se o quão importante é a presença de um pai na vida de um filho. Entretanto, uma prestação pecuniária não faria sanar essa ausência paterna.

Assim, pode-se perceber que a aplicação da Responsabilidade Civil frente o abandono afetivo merece ser repensada, uma vez que a prestação pecuniária não representará uma solução eficaz, tendo em vista que ela acarretaria em uma quebra dos laços relacionais entre os membros da família.

A condenação em um valor não cumpriria a função reparatória pertencente à Responsabilidade Civil, uma vez que a criança jamais retornará o seu *status quo ante* frente a um montante em dinheiro, atuando apenas como punição para aquele que abandonou. Dessa forma, a sugestão da utilização da mediação como forma de solução de conflitos familiares parece ser acertada, tendo em vista que a finalidade do instituto é, justamente, estreitar os laços existentes entre as partes da demanda.

Assim como o ordenamento jurídico já prevê uma sanção cabível para os casos de abandono, que é a perda do poder familiar. Ela não deve ser aplicada de forma discricionária, tendo em vista a gravidade da sanção. Sendo assim, deve-se preservar sempre o melhor interesse da criança, para que se evitem decisões injustas.

Foi possível concluir, ainda, que o pai exerce uma função na vida dos filhos que independe de laços biológicos. Dessa forma, ela pode ser exercida por um terceiro

que tenha relações afetivas com a criança, não trazendo nenhuma consequência ruim para ela.

Diante do exposto, a prestação pecuniária não se apresenta como uma forma de solucionar um conflito decorrente do abandono afetivo, não devendo ser aplicado pelos operadores do Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Deyse Coelho de. **A desbiologização das relações familiares**. 2005. Disponível em: <<http://www.pailegal.net>> Acesso em: 14 set. 2015.

ALMEIDA, Maria Cristina de. **Investigação de Paternidade e DNA: Aspectos Polêmicos**. 2001

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Valor jurídico do afeto nas relações do direito de família: construindo o saber jurídico**. 2006. 161 f. dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Afeto na relação familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, n. 93, dez./jan. 2016, p. 73

BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios e sua fixação. **Repertório IOB**, São Paulo, n. 15, 1993.

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

BRASIL. **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

_____. **Código de Processo Civil**. Brasília, CF: Senado, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 28 março 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 28 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 757. 411 – MG (2005/0085464-3). Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em: 29 nov. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 846.102 (722).
Relatora: MIN. CÁRMEN LÚCIA Brasília, julgado em 5 de março de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP
(2009/0193701-9). Terceira Turma. Rel. ministra Nancy Andrichi. Julgado em: 24
abr. 2012

BOFF, Leonardo. **Saber Cuidar. Ética do Humano - Compaixão pela Terra.**
Petrópolis: Vozes, 1999.

CANEZIN, Claudete Carvalho; EIDT, Frederico Fernando. Filiação Sociafetiva: um
Passo do Direito ao Encontro da Realidade. **Revista Síntese Direito de Família.**
São Paulo: Síntese, v. 13, n. 69, dez/jan. 2012.

CARPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal e Especial.** 15 ed. São Paulo: Saraiva,
2011.

CARVALHO, Veronica Esteves de. **A importância da função paterna no
desenvolvimento da criança.** 2012, Disponível em <
[https://ninguemcrescesozinho.com/2012/08/07/a-importancia-da-funcao-paterna-no-
desenvolvimento-da-crianca/](https://ninguemcrescesozinho.com/2012/08/07/a-importancia-da-funcao-paterna-no-desenvolvimento-da-crianca/)> Acesso em 10 maio 2016.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 2. ed. 3.ª tir. São Paulo:
Malheiros, 2014.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Ana Surany Martins. **Filiação Socioafetiva: Uma Nova Dimensão Afetiva
das Relações Parentais.** IBDAFM, 2008. Disponível em:
<<http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=381>>. Acesso em: 02.11.2011

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação.** São Paulo: Dialética, 1999.

DIAS, José Aguiar. Da **Responsabilidade Civil, Vol. I.** Rio de Janeiro: Forense,
1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9 ed. São Paulo: Editora
Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
2009.

Dicionário Michaelis da língua portuguesa online. Disponível
em:<www.michaelis.uol.com.br>. Acesso em: 20 set. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família,** Rio de Janeiro:
Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias.**
6. ed., Salvador: Juspodivm, 2014.

_____; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FIORELI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Novo CPC: vale a pena apostar na conciliação/mediação?** 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao> Acesso em 10 Mai 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 401.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. A mediação como Instrumento Eficaz na Solução dos Conflitos de Família. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, out./nov. 2008.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFam, 2009.

LOMEU, Leandro. **Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação**. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 57, dez./jan. 2010.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar: questões polêmicas no cotidiano dos tribunais**. São Paulo: Forense, 2006.

MELO, Fábio de. Entrevista realizada por Marília Gabriela. 2014. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=gNiBZomeipl>> Acesso em: 25 abril 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10024096002175002. Quinta Câmara Cível. Relator: Fernando Caldeira Brant. Julgado em 19/09/2013. Disponível em < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117351000/apelacao-civel-ac-10024096002175002-mg>> Acesso em 20 jan. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível Nº1.0024.07.529811-7/001. Décima Câmara Cível. Relator: Gutemberg da Mota e Silva. Julgado em 31 ago. 2010. Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115487417/apelacao-civel-ac-10024100733955001-mg/inteiro-teor-115487455> Acesso em: 10 já. 2016).

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10145074116982001, Relator: Des. Barros Levenhagem, 5ª Câmara Cível, julgado em. 16/01/2014. Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118756909/apelacao-civel-ac-10145074116982001-mg/inteiro-teor-118756950> Acesso em 20 jan. 2016

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Indenização por abandono afetivo: Impossibilidade**. 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/8268> Acesso em março 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações. V. 1**. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor? *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo. Estudos em homenagem a Paulo Luiz Lôbo Netto**. Salvador: Juspodivm, 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12. ed, São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, Ed. Forense, Rio, 3.º ed., 1992, n. 45.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/estado/article/view/3639/3178>

_____. **Princípio da afetividade**. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Responsabilidades Civil pelo Abandono Afetivo. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 408)

PÜSCHEL, Flávia Portela. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, V. 3, N. 2, jul – dez 2007.

REALE, Miguel. Temas de Direito positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009.

Revista síntese – Direito de Família 93 dez-jan 2016 “Afeto na relação familiar”
ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Nº 454020. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes. Julgado em 11 nov. 2002. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7531441/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrq-no-ag-454020-rj-2002-0056835-2>> Acesso em 20 já. 2016

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTA CATARIA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível Nº 20120802418. Sexta Câmara de Direito Civil. Relator: Ronei Danielli. Julgado em 19 jun. 2013. Disponível em <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23923350/apelacao-civel-ac-20120802418-sc-2012080241-8-acordao-tjsc>> Acesso em 20 jan. 2016.

SANTOS, Paulo Henrique dos. A Advocacia no CPC de 2015. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CIANCI Mirna; DANTAS, Lucio Delfino, Bruno; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro Da; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; REDONDO, Bruno Garcia (Coord.). **Novo Código de Processo Civil - Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar - Vol. 2**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Saraiva LM, Reinhard MC, Souza RC. **A função paterna e seu papel na dinâmica familiar e no desenvolvimento mental infantil**. Rev. bras. psicoter. 2012;14(3):52-67. Disponível em <http://rbp.celg.org.br/detalhe_artigo.asp?id=103> Acesso em 10 maio 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEVERO, Sergio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Luzia Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. Natureza jurídica da responsabilidade civil por danos morais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10438&revista_caderno=7>. Acesso em fevereiro 2016.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano VI, n. 25, p. 122-147, ago./set. 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion; MARION JR, Nilo. O Poder Familiar e o Seu conteúdo: da Pessoa ao Patrimônio. In: **Revista Brasileira de Direito de Família** v. 8, n 40 fev./mar. 2007. Porto Alegre: Síntese, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil – da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

Venceslau Tavares Costa Filho, Ana Carolina Alves da Silva e Felipe Barros de Souza. **A Conciliação e Mediação de Conflitos Familiares no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015**.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VICENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Fernanda Pmpermayer Almeida de. A Cláusula Geral da Boa-Fé e a Mediação no Bloco das Ações de Família no Novo Código de Processo Civil, p. 201.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A Importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 13, n. 69, dez/jan. 2011.

WALLON, Henri. **A evolução Psicológica da Criança**. São Paulo: Martins Editora, 2007.

WINOGRAD, Monah; TEIXEIRA, Leônia Cavalcanti. **Afeto e adoecimento do corpo: considerações psicanalíticas**. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S151614982011000200001&script=sci_arttext ;
Acesso em: 7 mai. 2016