

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
Programa de Pós-Graduação em Direito *Strictu-Sensu*

Rita de Cássia Melo Laport

**A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA FRENTE À AUSÊNCIA DE AFETO
NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Juiz de Fora
2013

Rita de Cássia Melo Laport

**A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA FRENTE Á AUSÊNCIA DE AFETO
NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação *Strictu-Sensu* em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-Campus Juiz de Fora (UNIPAC), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

Juiz de Fora

2013

Rita de Cássia Melo Laport

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação *Strictu-Sensu* em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-Campus Juiz de Fora (UNIPAC), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Orientador)
Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC)

Sebastião Trogo
Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC)

Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Universidade Federal de Juiz de Fora

Ouro Preto, 13 de junho de 2013.

RESUMO

O presente trabalho buscou na sua essência estabelecer a natureza jurídica do afeto e posteriormente analisou a possibilidade da responsabilização civil dos pais decorrente do abandono afetivo materno/paterno-filial. Iniciou-se a análise pelo instituto da família, estabelecendo suas características desde Roma até a atualidade. Verificou-se que hoje a família pode ser considerada eudemonista, ou seja, aquela família que busca a felicidade dos seus componentes. Posteriormente se analisou a natureza jurídica do afeto, seguindo os ensinamentos de Alexy e Dworkin, e chegou-se à conclusão de que o afeto é sentimento, valor moral, posto não ser exigível, devido ao seu caráter extremamente subjetivo, apesar de não existir entre os estudiosos um consenso em relação à essa natureza. Houve uma análise dos argumentos daqueles que defendem a possibilidade de indenização decorrente do abandono afetivo, incluindo doutrina e jurisprudência. Após analisou-se o afeto diante dos requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil, e verificou-se que, apesar da importância inegável do afeto nas relações familiares, não se pode concordar com sua imposição, dado o seu sentido de valor, sentimento, que não pode ser exigível, sob pena de se desvirtuar o seu caráter, qual seja o de espontaneidade. Analisou-se de forma crítica o atual posicionamento do STJ que condenou um pai a indenizar a filha, por falta de afeto, por entender que a ausência de afeto não é fator caracterizador da reparação civil, por faltar-lhe os elementos essenciais, ato ilícito, dano e nexo causal. Por fim apresentou-se como possível solução dos problemas familiares, em especial as questões decorrentes do abandono afetivo materno/paterno-filial, a mediação, devido à suas peculiaridades.

Palavras-chaves: Família. Afeto. Natureza. Abandono afetivo. Responsabilidade civil. STJ. Mediação

ABSTRACT

This work intended in its essence, to establish the legal nature of affection and subsequently analyze the possibility of parent's civil responsibility due to the maternal/paternal-filial affective abandonment. This analysis began with the family institute, establishing its characteristics since Rome until these days. It was confirmed that nowadays the family can be considered eudemonistic; this means the kind of family who searches the happiness of its components. Thereafter, it was analyzed the legal nature of affection, following Alexy and Dworkin instructions, and was concluded that affections are feelings, moral value, it is not required, due its extremely subjective character, although there is not a consensus relative to this nature among scholars. There was an analysis focused on the arguments of those who defend the indemnification possibility caused by the affective abandonment, including doctrine and jurisprudence. Then, it was analyzed the affect against the requirements needed to the civil responsibility configuration, and was confirmed that, despite the undeniable importance of affect in familiar relationships, it cannot agree with its imposition, given its value sense, feeling, that cannot be required, otherwise this would detract its character, being of spontaneity. It was critically analyzed the current positioning of STJ which condemned a father to indemnify his daughter, for lack of affection, with the understanding that the affection lack it is not a characterizer factor of civil repair, by lacking in the essential elements, unlawful act, damage and causation connection. Lastly, it was presented as a possible solution for the familiar problems, specifically the problems of maternal/paternal-filial, the mediation, due to its peculiarities.

Key-words: Family. Affection.Nature.Affective abandonment.Civil Responsible.STJ.Mediation.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus.

Agradeço a minha sobrinha Camila Áurea de Oliveira e a família Melo, pelo apoio e carinho. Ao meu marido André e em especial, ao meu filho Davi, por toda felicidade proporcionada.

Agradeço ao meu orientador, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho, pelos ensinamentos e amizade.

Aos amigos, em especial ao Dimas de Abreu Melo, por todas as experiências compartilhadas.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.- Artigo

Ed.- Edição

Jul- Julgamento

Min- Mnistro

nº- Número

REsp- Recurso Especial

Rel- Relator

LISTA DE SIGLAS

ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente

IBDFAM- Instituto Brasileiro do Direito de Família

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TJ- Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 Justificativa.....	12
1.2 Problema.....	13
1.3 Hipóteses.....	13
1.4 Objetivos.....	14
1.4.1 Objetivos Gerais.....	14
1.4.2 Objetivos Específicos.....	14
1.5 Pertinência da Dissertação à linha de Pesquisa.....	15
2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	16
2.1 Considerações Iniciais.....	16
2.2 A família Romana.....	17
2.3 A Família no Código Civil de 1916.....	19
2.4 A família após a promulgação da Constituição de 1988.....	22
2.4.1 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	23
2.4.2 <i>Princípio da solidariedade</i>	25
2.4.3 <i>Princípio da igualdade</i>	26
2.4.4 <i>Princípio da pluralidade</i>	26
2.4.5 <i>Princípio do melhor interesse da criança e adolescente</i>	27
2.4.6 <i>Princípio da liberdade ou não-intervenção</i>	28
2.4.7 <i>Princípio da afetividade (?)</i>	28
3 AFETO: PRINCÍPIO OU VALOR MORA	30
3.1 Distinção entre regras, princípios e valores.....	30
3.1.1 <i>Regras e princípios para Ronald Dworkin</i>	30
3.1.2 <i>Regras e princípios para Robert Alexy</i>	32
3.1.3 <i>Distinção entre normas e valores para Jürgen Habermas</i>	33
3.2 O afeto perante à Doutrina pátria.....	34
3.3 A (in)exigibilidade do afeto.....	37
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	40
4.1 Histórico da Responsabilidade Civil.....	40
4.2 Conceito de Responsabilidade Civil.....	42
4.3 Espécies de Responsabilidade Civil.....	43
4.3.1 <i>Responsabilidade civil e penal</i>	43
4.3.2 <i>Responsabilidade contratual e extracontratual</i>	43
4.3.3 <i>Responsabilidade Subjetiva e Objetiva</i>	44
4.4 Pressupostos da responsabilidade Civil.....	45
4.4.1 Conduta humana, positiva, negativa, culposa (ato ilícito).....	45
4.4.2 <i>Do dano</i>	47
4.4.2.1 <u>O dano material ou patrimonial</u>	48
4.4.2.2 <u>Dano moral ou extrapatrimonial</u>	49
4.4.2.3 <u>Dano moral coletivo</u>	50
4.4.3 <i>O nexa causal</i>	51
4.5 Excludentes da responsabilidade civil.....	52
4.6 A responsabilidade civil nas relações familiares.....	53
5 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES	55
5.1 Considerações Iniciais.....	55
5.2 Responsabilidade civil na ruptura de noivado.....	56
5.3 Responsabilidade civil no casamento e na união estável.....	58

5.4 Responsabilidade civil nas relações paterno-filiais.....	61
5.4.1 Posições doutrinárias e julgados favoráveis à responsabilidade civil pelo abandono afetivo.....	61
5.4.2 O afeto e os elementos caracterizadores da responsabilidade civil.....	63
5.4.2.1 O ato ilícito culposo.....	63
5.4.2.2 O dano.....	65
5.4.2.3 Nexo de causalidade entre o abandono e o dano.....	66
5.5 A mudança de posicionamento no STJ em 2012	68
5.6 O projeto de Lei do Senado PLSnº 700/2007.....	77
5.7 Mediação como forma de resolução dos conflitos familiares.....	79
6. Considerações finais.....	81
Referências.....	84

1 INTRODUÇÃO

A recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que condenou um pai ao pagamento de indenização decorrente de abandono afetivo, em relação à sua filha, renovou os debates entre estudiosos do Direito, travando discussões em relação a essa decisão.

É cediço que a família é um instituto atemporal, precedente ao próprio Direito e que a análise de sua formação altera-se com o passar dos tempos. A família da atualidade distancia-se em muito da família patriarcal, matrimonialista, patrimonialista e hierarquizada que se encontrava em Roma. Nas palavras de Paulo Luiz Neto Lobo a família é “toda formação social que envolva ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento das pessoas que a constituem. Configura-se, dessa forma, a partir de três principais elementos: a afetividade, estabilidade e ostensividade”. (LOBO, 2003, p.42). É a afetividade o foco de discussão quando se coloca em pauta a possibilidade de se indenizar um filho que não foi amado por um dos seus genitores.

Não se discute a importância do afeto para as formações familiares da atualidade, sendo reconhecido pela doutrina e jurisprudência. Entretanto, não há unanimidade em relação à natureza do afeto, se jurídica ou simplesmente moral. E será essa discussão a justificativa do presente trabalho. Para que essa questão seja solucionada será necessário um estudo aprofundado na natureza do afeto e para que isso seja possível, basear-se á nos ensinamentos de filósofos como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jürgen Habermas.

Para grande parte da doutrina o afeto é princípio jurídico, portanto, poderá ser exigido judicialmente, ou seja, aquele pai que não demonstrar afeto ao filho cometerá um ato ilícito, passível de reparação, desde que observados os outros requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam dano e nexa causal.

Para Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida, referências doutrinárias do presente trabalho, o afeto é um sentimento, pois não pode ser exigido judicialmente, apesar de fundamental para as relações familiares, trazendo consequências jurídicas. Segundo os referidos autores:

[...] Se o afeto é um sentimento de afeição para com alguém, soa intrínseco ao mesmo a característica de espontaneidade. É uma

sensação que se apresenta, ou não, naturalmente. É uma franca disposição emocional para com o outro que não tolera variações de existência: o é porque autêntico. Isso impede que, ainda que se pretenda, se possa interferir sob o propósito de exigibilidade nas situações em que ele não se apresentar autonomamente. Insistir nisso é desvirtuar a virtude do afeto. Uma vez imposto não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 43).

Após a constatação da real natureza jurídica do afeto, o objetivo do trabalho será confrontar o mesmo perante os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil, para que se possa ao fim concluir se a simples ausência de afeto nas relações paterno/materno-filiais será suficiente para ensejar a reparação civil.

O trabalho será dividido em quatro capítulos que buscam em seu texto, enfrentar o problema que se propôs. No primeiro capítulo proceder-se-á uma análise histórica da família, investigando suas principais características, desde os primórdios em Roma, até o atual estágio em que se encontra a sociedade.

No segundo capítulo, se discutirá a natureza do afeto, fazendo-se a necessária distinção entre princípios, regras e valores. Esse capítulo visa enfrentar o principal problema que emerge quando se discute o afeto dentro das relações familiares, qual seja sua natureza. Para que essa análise seja possível, será feito um estudo comparativo de filósofos, como Dworkin, Alexy e Habermas.

O terceiro capítulo destina-se a um estudo do instituto da responsabilidade civil, o seu histórico desde os primórdios até a sua atual configuração. Destaca-se a importância de se discutir os elementos caracterizadores para que se possa configurar a reparação civil. Entre os elementos que dão ensejo a necessidade de se reparar civilmente encontra-se o ato ilícito, o dano e o nexo causal. Esse estudo mostra-se de suma importância, para que posteriormente se faça uma análise desses elementos frente ao afeto.

O quarto e último capítulo analisarão de uma forma geral o afeto dentro das relações familiares, assim como na ruptura de noivado, casamento e nas relações paterno-filiais. Destaca-se que o foco do presente trabalho será a discussão da responsabilidade civil decorrente das relações paterno-filiais. Será necessário comparar os diversos posicionamentos em relação à natureza

do afeto e a sua (in) exigibilidade. Além disso, fará um confronto entre o afeto e os requisitos necessários para a configuração da reparação civil. Por último, fará comentários em relação à recente decisão do STJ, analisando seus principais aspectos e impactos trazidos para o ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Justificativa

A pesquisa proposta justifica-se pela divergência doutrinária acerca da afetividade. Há autores que a consideram como princípio jurídico, passível de ser imposto judicialmente, como Maria Berenice Dias e Sylvia Maria Mendonça do Amaral. E há os que defendem que o afeto se apresenta como um fato jurídico, como autores Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior. Imputar à afetividade caráter de princípio jurídico significa que esta poderá ser imposta, já que princípios são normas e, por isso, são passíveis de observância obrigatória. Nesse entendimento questiona-se: é possível alguém impor a um pai que tenha e preste afeto por seu filho?

No que se refere à responsabilidade civil, para que esta seja invocada é necessário que exista uma conduta ilícita, um nexo de causalidade e um dano decorrente. No abandono afetivo não se encontrará suporte suficiente para se caracterizar o dano moral, tendo em vista que não sendo um princípio jurídico, o afeto não poderá ser imposto. Na ausência de caráter imperativo, o abandono afetivo não se configura como um ato ilícito por si só. Dessa forma ações indenizatórias pela falta de amor não possuem fundamento, por implicar na monetarização do afeto.

A importância para o Direito e a atualidade do assunto é constatada em situações fáticas ocorridas na sociedade e na família, que vêm passando por grandes transformações e acarretando para o Judiciário a responsabilidade pela decisão sobre diversas ações de reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo.

Neste íterim, a pesquisa se aprofundará definindo o norte a se seguir visando melhor entendimento deste tema tão atual no direito brasileiro, com o escopo de observar as consequências de sua ausência, seus efeitos e repercussões no direito de família e nas decisões judiciais.

1.2 Problema

Nas relações humanas há condutas naturais dotadas de sentimentos que não dependem da vontade dos agentes. Dessa forma, há divergências quanto à possibilidade do pai que não ama o filho ser compelido judicialmente a isso, ou até mesmo estar sujeito a reparar um possível dano moral alegado pelo filho em decorrência do abandono afetivo. A convivência familiar é assegurada pela Constituição da República no art. 227 (BRASIL, 1988), no entanto, é necessário analisar até que ponto a convivência forçada, do pai que não tem amor pelo filho, será benéfica para a criança. A imposição de um amor que não existe seria eficaz ou ineficaz para o desenvolvimento da personalidade da criança?

Além do questionamento sobre a imposição do afeto, o certame acerca da reparação por danos morais pelo abandono afetivo do pai ao filho também deve ser abordada, a fim de se buscar a adequação desse instituto à responsabilidade civil. Para que se configure o dever de indenizar é necessário que se tenha conduta ilícita, dano e nexó de causalidade, requisitos que deverão ser preenchidos para a configuração da reparação civil por abandono afetivo.

Assim perquire-se: é possível a compensação por danos morais pelo abandono afetivo nas relações paterno-filiais?

1.3 Hipóteses

Os motivos pelos quais se admite a responsabilização civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais são vários e complexos, no entanto, desconfia-se que a natureza da afetividade pode ser um divisor de águas, para que se configure ou não o dever de reparar.

Suspeita-se que a falta de afeto do pai para com o filho, não constitui ato ilícito capaz de fundamentar uma obrigação jurídica. Tal hipótese aponta para uma falha da interpretação e aplicação da lei, e não exatamente a ineficiência da mesma, uma vez a afetividade não é mencionada na Constituição Federal Brasileira.

Outro ponto a ser levantado refere-se à possibilidade da afetividade mesmo não inserida diretamente no ordenamento, ser considerado um princípio jurídico, partindo-se do pressuposto de que seu conceito foi construído a partir de uma interpretação sistemática da Constituição da República, logo ensejando fundamento para a reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo.

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivos gerais

A pesquisa ora projetada busca aferir a (im) possibilidade da compensação por danos morais pelo abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

1.4.2 Objetivos específicos:

- a) Efetuar um estudo sobre a afetividade, abordando a opinião dos diversos autores sobre sua caracterização ou não como princípio jurídico;
- b) Realizar estudo sobre a responsabilidade civil e fazer um exame da aplicação desta no direito de família;
- c) Analisar casos e decisões de processos de responsabilidade civil no que diz respeito à ação de danos morais por abandono afetivo nas relações paterno-filiais e observar se há condenações no âmbito da jurisdição e seus motivos;
- d) Realizar estudo de caso a ser determinado ao longo da pesquisa, a fim de observar os pontos críticos da admissão da afetividade como um princípio jurídico na tentativa de testar a teoria exposta pelo marco teórico;
- e) Observar quais são as consequências da admissão da afetividade como um princípio jurídico e a consequente possibilidade de responsabilização civil pelo abandono afetivo;
- f) Contrapor a doutrina majoritária acerca do tema e o que vem sendo consolidado jurisprudencialmente.

1.5 Pertinência da Dissertação à linha de pesquisa

A linha de pesquisa ao qual o presente trabalho filia-se corresponde ao estudo da dignidade da pessoa humana. O princípio referido é amplamente aplicado aos ramos do Direito, sobretudo ao Direito de Família, objeto do estudo apresentado. Para muitos Doutrinadores, como Bulos, “a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade interpretativa da Constituição consigna um sobre princípio, ombreando os demais pórticos constitucionais.” (BULOS, 2003, p. 393). Os princípios do direito de família, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, são de grande relevância para a solução de problemas na esfera familiar, principalmente no que tange à possibilidade ou não de se indenizar um filho devido ao abandono afetivo paterno-filial. É possível sob a nova ótica do Direito de Famílias, que se obrigue um pai a amar um filho? Quais devem ser as consequências dessa falta de amor? A indenização decorrente da responsabilidade civil deve ser utilizada? O direito é capaz de solucionar esses conflitos? Serão essas questões discutidas ao longo do trabalho, sob a ótica do novo Direito de Família apresentado pela Doutrina e Jurisprudência, para que ao fim se possa dar respostas a essas dúvidas suscitadas.

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O estudo da evolução do conceito de família é de suma importância para o presente trabalho. Far-se-á uma análise da evolução desse conceito, desde os primórdios até a atualidade.

2.1 Considerações iniciais

A família é considerada o seio das relações sociais. Trata-se de instituto amplamente atemporal, visto que se modifica com o decorrer dos tempos, sendo a sua constituição influenciada pelo contexto histórico em que se vive. Nos dizeres de Rosana Amara Girardi Fachin, “a mudança da sociedade é o elemento informador para a evolução da família” (FACHIN, 2001, p. 79).

Dado o seu caráter atemporal, não existe um conceito único que se encarregue de definir a família. Esse conceito se modifica com o decorrer das alterações sociais. Como dito anteriormente, sendo considerado o seio das relações sociais, é importante que o Direito dela se ocupe. Entretanto, torna-se imperioso destacar que uma vez que o conceito de família se modifica conjuntamente às alterações ocorridas na sociedade, é necessário que o Direito se mostre atento a essas modificações. Assim nos assevera Rui Geraldo Camargo Viana:

A família é antes de tudo, uma realidade social [...] sua disciplina legal uma construção necessariamente reconstrutiva; o direito trabalha com conceitos preexistentes que procura organizar. A família, como estado de fato, não é produto do direito, mas geradora de fenômenos jurídicos (VIANA, 2000, p. 46).

Para a compreensão do presente trabalho será necessário uma análise histórica dos diversos conceitos de família existentes, desde Roma até os tempos atuais, o que se fará a seguir.

2.2 A Família Romana

A família romana era fortemente influenciada pela religiosidade, nos dizeres de Fustel de Coulanges, “a família antiga é assim associação religiosa, mais que associação da natureza”. (FUSTEL, 1950, p. 47)

A formação familiar tinha como finalidade precípua o culto aos antepassados. Adorar os ascendentes era considerado forma de lhes conceder importância. O culto familiar era realizado de forma doméstica, ou seja, o culto não era público.

Diante da finalidade da família romana, acima referida, nota-se que para desempenhar esse papel com grandeza, era necessário que essa mesma família possuísse o maior número de integrantes.

A família era institucionalizada através do casamento¹, pois essa era a única forma aceita como válida para constituição da família. Desta forma expõe Juliane Fernandes Queiroz:

O casamento era praticamente obrigatório e não tinha por finalidade a satisfação mútua dos cônjuges; ou seja, seu objetivo principal não buscava a união de dois seres que se simpatizavam mutuamente e se associavam para felicidade e sofrimentos da vida. O efeito do casamento, em face da religião e das leis, consistia na união de dois seres no mesmo culto doméstico, visando ao nascimento de um terceiro, apto a perpetuar esse culto. (QUEIROZ, 2001, p. 9).

O celibato era proibido, uma vez que o casamento tinha a função de possibilitar a procriação, para que fosse dada continuidade ao culto dos antepassados. Assim nos dizeres de Fustel de Colanges:

Os mortos precisariam que sua descendência nunca se extinguisse. No túmulo, onde continuavam a vida, os mortos não tinham outra razão de inquietação que não o receio de vir a romper-se a sua cadeia de descendência. Seu único interesse e ideia permanente

¹ Tratava-se de uma efetiva cerimônia. Num primeiro momento, o pai pronunciava que concedia sua filha em casamento. Esta era a ação através da qual ela era desligada da religião doméstica inicial, fato imprescindível justamente porque não se podia pertencer, concomitantemente, a dois cultos. Num segundo momento, a mulher era levada à casa do marido sem, porém tocar seus pés à soleira. Era carregada pelo esposo. Assim justamente porque ainda não integrava aquele novo grupo. Isso só ocorreria após o terceiro ato: diante da divindade local, rezava-se e, então os esposos dividiam uma espécie de refeição. Aí que se iniciavam a comunhão religiosa e a formação familiar. (COLANGES, Fustel. A cidade antiga. Lisboa: Livraria Clássica, 1950, p.50 e segs.).

eram que houvesse sempre um homem de seu sangue para lhes levar as oferendas ao túmulo. (COLANGES, 2008, p. 53).

Como a função da família era cultuar os antepassados, quando o casamento era realizado, a mulher deixava de pertencer à sua família de origem, para constituir sua família com o marido. Como não era possível pertencer a mais de uma religião doméstica, a mulher agora casada, pertencia à religião do marido.

Como o casamento tinha como função primordial a geração de descendentes para dar continuidade aos cultos dos antepassados, caso a mulher fosse infértil, o casamento era inválido. O mesmo não ocorreria quando o homem era infértil, pois nesses casos a mulher poderia manter relações com parentes do seu marido, a fim de reproduzir. Nesses casos a prole era considerada pertencente ao marido infértil.

A adoção era permitida no direito romano, nos casos em que não fosse possível a procriação. Nesses casos o adotado deixaria de pertencer à religião doméstica de origem para então cultuar os antepassados da sua nova família.

Nos dizeres de Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata de Almeida, “o parentesco tinha exclusiva natureza masculina”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 5). Essa natureza exclusiva deve-se ao fato de que as mulheres não permaneciam no seio de sua família ao longo da vida, pois a partir do momento em que essa se casava deixava a religião da sua família e passava a pertencer à religião de seu marido.

A necessidade da manutenção da propriedade privada podia ser observada claramente em Roma, visto que para manter o culto aos seus antepassados, cada religião doméstica deveria possuir um espaço privado, único, que não se confundisse com o espaço de qualquer outra religião. Assim assevera Fustel de Colanges:

Ao formularem-se os recintos sagrados, era necessário delimitar as respectivas áreas. Um espaço para cada família, para cada culto. E isso de forma plenamente isolada. Não se admitia sequer a utilização de uma divisa comum, sob pena de se confundirem as santidades e, inevitavelmente, fundirem-se as religiões. (COLANGES, 1950, p. 65).

Diante de todo o exposto, conclui-se que a família romana originava-se do casamento, e esse tinha como primordial função a procriação. As mulheres

tinham como única função dar continuidade as gerações, ou seja, reproduzir. Ao homem, considerado o pater famílias, cabia à manutenção do culto aos antepassados, e para que o culto fosse realizado necessário era a existência de uma propriedade privada.

2.3 A família no Código Civil de 1916

Ao analisar as características da família no Código Civil de 1916 é possível anotar diversas semelhanças em relação à família romana.

Dessa forma expõe Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata de Almeida:

[...] o movimento de codificação oitocentista preservou muito a estrutura romana. Algumas peculiaridades, porém, são notadas devido às alterações socioculturais da evolução processada, sobretudo a partir da época das luzes e das respectivas revoluções. Para comprovar basta analisar o Código Civil francês, como representação fidedigna da realidade, e o Código Civil brasileiro de 1916, como perfeita decorrência daquele. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 5-6).

As características marcantes da família pré e pós-codificada eram, sem sombras de dúvida, patriarcal, patrimonializada, matrimonializada e hierarquizada. ' (TEIXEIRA, 2009, p. 20).

A família era patriarcal. O poder concedido ao pai era extremamente exacerbado. Ele tinha o controle sobre os outros entes da família e sobre a administração da vida e dos bens dos filhos e da esposa.

A propriedade desempenhava papel fundamental na formação da família nos idos do Código Civil de 1916. Como uma família basicamente patrimonialista, o fim em si mesmo dessa instituição familiar era buscar a aquisição de patrimônio. Não importava a busca da felicidade de seus membros, o que pautava as relações era o patrimônio. Nesses termos afirmam Walsir Edson e Renata de Almeida:

Pode-se dizer que o importante papel ocupado, no Direito Romano, pela chamada religião doméstica foi preenchido, a partir de então, pelo patrimonialismo. Antes a família justificava-se para manter o culto e, em vista disso, valia-se da propriedade privada. Já nesse novo momento histórico, a família formava-se para aquisição de

patrimônio. Alterou-se o escopo, tornando fim o que era simples meio. (ALMEIDA, RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 7).

O Código Civil tutelava a família, entretanto, aceitava como única forma de constituição válida aquela derivada do casamento. Pode-se notar forte influência da religiosidade nesse contexto, principalmente a religião católica, observada em grande maioria. Essa exclusão ocorrida no Código Civil de 1916, não condizia com a realidade, pois mesmo nessa época já existiam outras formas de família, que não exclusivamente a derivada do matrimônio. Essas constituições familiares não decorrentes do casamento ficaram marginalizadas e sem proteção jurídica.

Nesse sentido ensinam Walsir Edson e Renata de Almeida:

O Código Civil de 1916, da mesma forma, definiu como família o casamento. A partir disso, foi pautada toda a estrutura jurídica direcionada à sua proteção. Significa dizer que tal entendimento circunscrever as situações às quais o Direito concedia tutela. A família mereceu atenção jurídica na exata medida em que se instaurava por meio do matrimônio. Por outro lado, o que escapava a tal definição era juridicamente irrelevante. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 7).

O homem exercia a direção da família, a mulher nos termos do Código Civil, complementar²esse poder, entretanto o Código deixa bem claro que o poder do pai prevaleceria em casos de divergências.

Como a família era considerada aquela única e exclusivamente derivada do casamento, far-se-á uma analogia em relação aos filhos. Esses eram reconhecidos e considerados legítimos quando fossem frutos do casamento. Aqueles filhos decorrentes de outros tipos de relacionamento, que não o matrimonial, não tinha reconhecimento pelo ordenamento jurídico. Como o casamento era a única forma legítima e reconhecida de constituição de família, conforme Ana Carolina Brochado Teixeira “ele que determinava a legitimidade tanto da própria família quanto dos filhos.” (TEIXEIRA, 2009, p. 23).

² Art. 380 do CCB/1916. Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.

A paternidade quando derivada dos laços do casamento era presumida, nem mesmo a confissão do adultério era suficiente para elidir tal presunção. Apenas nos casos de impotência absoluta do cônjuge varão é que se poderia afastar essa presunção com absoluta certeza.

A função de procriação do casamento também observada em Roma se mantém no Código Civil de 1916. A mulher tinha como principal função reproduzir e esses filhos eram vistos como força de trabalho. O pai mantinha o status de chefe, a quem todos deviam respeito e obediência. A família tinha caráter extremamente patrimonialista.

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira:

Tudo isto servia para mascarar a verdadeira função do matrimônio, que se consubstanciava na proteção de interesses econômicos. Nesta família codificada, a afetividade tinha um papel irrelevante, tanto no casamento quanto nas relações paterno-filiais. (TEIXEIRA, 2009, p. 24).

Conclui-se que a família no Código Civil de 1916, era extremamente hierarquizada, matrimonialista e patrimonialista. Dessa forma para esse tipo de família o importante não era o pleno desenvolvimento dos indivíduos que a compõe, muito menos o êxito na busca da felicidade de seus integrantes, o importante para tal família era o acúmulo de patrimônio.

Após o Código Civil, surgiram diversas leis que trouxeram inovações na seara familiar e contribuíram para a mudança do conceito de família. Essas leis vieram representar às modificações ocorridas em relação à estrutura familiar, que não mais era representada pela concepção de família patriarcal, hierarquizada e patrimonialista. Citar-se-á algumas dessas leis acima referidas, segundo ensinamento de Almeida e Rodrigues Júnior (2012):

a) Lei nº 883: promulgada em 1949, admitiu o reconhecimento de filhos ilegítimos, desde que finda a sociedade conjugal;

b) Lei nº 4.121 (Estatuto da mulher casada): promulgada em 1962, decorreu das alterações ocorridas na sociedade, devido ao fim da dedicação exclusiva das mulheres ao lar, e a entrada das mesmas no mercado de trabalho. Retirou da mulher casada o status de relativamente incapaz, tornando a mulher apta a exercer atividade profissional, sem que para isso fosse

necessário à autorização do marido. Além disso, admitiu-se que a mulher casada passasse a colaborar com o marido no exercício do pátrio poder.

c) Lei nº 6.515 (Lei do Divórcio), promulgada em 1977 e Emenda Constitucional nº 9, o casamento deixou de ser considerado uma instituição indissolúvel, permitindo que o casamento seja dissolvido através do divórcio. Dessa forma, os ex-cônjuges podem a partir da promulgação dessas leis, após o divórcio, contraírem novas núpcias, constituindo uma nova família.

Assim, resta evidente que a família passou por grandes alterações ao longo dos anos, e as leis citadas acima representaram o início de uma grande modificação ocorrida nos pilares familiares. Essas alterações se consolidaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo analisadas em momento oportuno.

2.4 A Família após a promulgação da Constituição Federal de 1988

O conceito de família se altera ao longo dos tempos, como já dito anteriormente, ele não é estático, modifica-se com as mudanças ocorridas na sociedade.

A família matrimonial, patrimonializada e hierarquizada, não mais representa a realidade social brasileira, clamando por uma alteração no ordenamento jurídico. “A ascendência feminina, o reconhecimento de interesses dos filhos, a admissão do divórcio, nada disso se teria verificado, caso a família oficial, legítima, conseguisse promover o verdadeiro bem estar.” (ALMEIDA, RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 21).

No mesmo sentido alude Cristiano Farias e Nelson Rosenvald:

Nesse passo, desse avanço tecnológico, científico e cultural decorre, inexoravelmente, a eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico-social clássico, abrindo espaço para uma família contemporânea, plural, multifacetária, susceptível às influências da nova sociedade, que traz consigo necessidades universais, independentemente de língua ou território. (FARIAS, ROSENVALD, 2009, p. 5).

A promulgação da Constituição Federal em 1988 veio consolidar os anseios da sociedade, trazendo em seu corpo inovações em relação à proteção à família. Nos dizeres de Lôbo, essas inovações “voltaram-se muito

mais para os aspectos pessoais do que para os patrimoniais das relações de família, refletindo as transformações por que passam” (LÔBO, 2009, p. 3).

Nesse sentido advoga Ana Carolina Brochado:

Busca-se uma família mais livre, sem massificação, com valorização da liberdade individual, mas também da reciprocidade, com uma convivência mais solidarista, em que cada qual pensa e vive a família como resposta às suas aspirações de desenvolvimento pessoal, mas também como base na ajuda mútua e no diálogo. (TEIXEIRA, 2009, p. 34).

Com as inovações trazidas pelo legislador, observa-se que aquele conceito da família matrimonialista, patrimonialista e hierarquizada, não mais subsiste. A família de forma atual deve representar e possibilitar o desenvolvimento da personalidade daqueles que a compõem. Nos dizeres de Walsir Edson Júnior e Renata de Almeida, “As relações familiares ascendem em detrimento da entidade. A família passa a ser entendida como recurso através do qual a realização pessoal é perseguida.” (ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 18).

Com essas alterações de conceitos trazidos pela Constituição Federal, novos princípios emergiram a fim de tutelar essa nova concepção de família. Esses princípios serão estudados de forma detalhada, elencando-se os que se seguem.

2.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana tem previsão Constitucional³, é considerado fundamento da República Federativa do Brasil. Tem ampla aplicação nos ramos do Direito, incluindo o Direito das Famílias. Conforme nos ensina Maria Berenice Dias:

Com a constitucionalização do direito civil, os princípios constitucionais tornaram-se fontes normativas. Neste sentido, os princípios servem de parâmetro normativo para aferição da validade de toda e qualquer norma jurídica, ocasionando a inconstitucionalidade de todos os dispositivos que lhes são contrários.

³Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...III]- a dignidade da pessoa humana;

Surgindo, portanto, a proibição de retrocesso social, como garantia constitucional. (DIAS, 2009, p.26).

Para José Afonso da Silva, o princípio da dignidade da pessoa humana “é um princípio de valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito a vida” (SILVA, 2000, p. 109).

Esse princípio visa à valorização da pessoa, admitindo que ao Estado seja permitido limitar essa liberdade, apenas nos casos em que essa limitação se torne necessária para a preservação do interesse de outras pessoas, com igual direito à liberdade.

Nas palavras de Tartuce:

Como se pode perceber, o princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto central da discussão atual do Direito de Família, entrando em cena para resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares. Concluindo, podemos afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto de partida do novo direito de família. (grifo do autor) (Tartuce, 2008, p. 40).

Segundo Bulos, “a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade interpretativa da Constituição consigna um sobreprincípio, ombreando os demais pórticos constitucionais”. (BULOS, 2008, p. 393).

Muitos julgados dos Tribunais são baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, os quais se transcrevem:

PROCESSUAL- EXECUÇÃO- IMPENHORABILIDADE- IMÓVEL- RESIDÊNCIA- DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO- LEI 8.009/90. A interpretação teleológica do Art. 1º da Lei 8009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário”. (BRASIL, STJ, 2002).

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS- RELAÇÃO PATERNO-FILIAL- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA- PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana” (MINAS, 2004).

O princípio da dignidade humana assim como o entende Peres (2006), pode ser analisado sob dois aspectos: o material que se relaciona com as condições de subsistência do indivíduo e o moral em respeito à preservação da liberdade e dos valores de espírito.

2.4.2 Princípio da solidariedade

Também previsto pela Constituição⁴, a solidariedade é apresentada pela magna carta como um dos objetivos da República. Apresenta-se como um princípio intrínseco à própria formação do ser humano, espontânea, pois nos dizeres de Almeida e Rodrigues Júnior, “precisa-se do alheio- relativo a outrem- para se estruturar o próprio- relativo a si mesmo. A alteridade é aspecto fundador da individualidade. Há uma recíproca dependência entre as pessoas; e isso, de fato, nada mais é que solidariedade”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 49).

Assim leciona Pietro Perlingieri, em relação ao princípio da solidariedade:

A solidariedade abrange duas faces: uma negativa e uma positiva. A negativa se explica pela ordem de respeito e tolerância frente à forma eleita pelo outro para sua realização pessoal. A positiva, por sua vez explica-se pelo imperativo de sanar as carências do outro a fim de conceder-lhe situação adequada ao seu livre e pleno desenvolvimento. (PERLINGIERE, 1997, p. 44).

O princípio da solidariedade significa interação entre os indivíduos na busca de uma melhor relação entre eles, almejando o respeito e consideração mútuos. É amplamente utilizado na seara do Direito das famílias.

Encarada na atualidade como um dever jurídico, sendo dessa forma exigível. Assim a solidariedade pode ser considerada um dever existente entre os familiares, de ser solidários entre si, a fim de permitir o livre desenvolvimento dos seus membros. Além disso, a solidariedade pode ser expressa, pelo dever de assistência material ao outro, como nos casos de pensão entre cônjuges, companheiros, pais e filhos.

⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

2.4.3 Princípio da igualdade

Ao contrário do que era previsto pelo Código Civil de 1916, com o advento da Constituição Federal de 1988⁵, o homem e a mulher passaram a ter tratamento igualitário no que tange às relações derivadas da sociedade conjugal.

Com a inserção da mulher no mercado de trabalho foi necessário assegurar a igualdade entre os gêneros, homens e mulheres passaram a ter o mesmo tratamento, disputando com paridade os mesmos cargos profissionais. Dentro da família, as mulheres adquiriram autonomia para exercer funções distintas da procriação e das tarefas domésticas, chegando até mesmo a disputar com os homens os mesmos cargos. O antigo pátrio poder, deixou de ser uma tarefa exclusivamente masculina, em função da inserção da mulher como agente ativa na criação e educação dos filhos, e na direção do lar. A mulher e o homem possuem os mesmos direitos e deveres, não se permitindo que haja em relação aos cônjuges, diferenciações.

No que tange aos filhos, também há previsão na magna carta⁶ em relação à igualdade existente entre os mesmos, não fazendo qualquer tipo de distinção entre os legítimos, naturais ou adotivos.

2.4.4 Princípio da pluralidade

O conceito atual de família, não traz em seu bojo uma estrutura rígida, sendo admitida uma variedade de possibilidades de arranjos familiares. Dessa forma, a família será aquela que fundada no afeto, vise à formação pessoal dos seus membros, manifestando-se de forma estável e ostensiva. Nos dizeres de

⁵Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁶ 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.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Almeida e Rodrigues Júnior, “[...] é possível dizer que hoje não cabe mais falar em família única. A família contemporânea compreende uma pluralidade de formações. Daí falar-se em famílias”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 43-44).

A Constituição Federal trouxe em seu art. 226, diversas possibilidades de formação das entidades familiares, como as derivadas do casamento civil, as decorrentes da união estável e as monoparentais. Entretanto é necessário ressaltar que a Constituição não traz um rol taxativo de possíveis constituições familiares, trata-se apenas de um rol exemplificativo.

Dessa forma além das formas positivadas, outros arranjos familiares terão a proteção do ordenamento jurídico. Conclui-se que não importa a forma como essas entidades familiares se apresentem, a proteção constitucional deverá ser a mais ampla possível.

2.4.5 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

A proteção especial em relação às crianças e adolescentes se justifica pela especial condição que os mesmos apresentam. Essa providência visa possibilitar a plena realização de sua liberdade, diante da sua condição peculiar.

Conforme Marina Alice de Souza Santos:

Dentro do âmbito familiar, o filho passa a ser merecedor de tutela especial do ordenamento jurídico, prioritário em relação aos demais membros do núcleo familiar do qual participa. Tudo isso se deve à peculiar situação do menor por ser pessoa ainda em particular processo de desenvolvimento de sua personalidade. (SANTOS, 2011, p. 32).

Seguindo o entendimento citado, o princípio realça a importância da aplicação do melhor interesse como diretriz daqueles encarregados da educação das crianças e dos adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) regula a proteção especial concedida aos menores. Dispõe que aos infantes devem ser disponibilizadas todas as condições para um satisfatório desenvolvimento

mental, moral, espiritual e social, nos termos do seu art. 3º⁷. O art. 19 do referido diploma garante-lhes o direito de serem criadas e educadas no seio de sua família. Assim, o núcleo familiar tem papel fundamental no desenvolvimento das crianças e adolescentes, pois será o responsável pelo desenvolvimento sadio dos mesmos.

2.4.6 Princípio da liberdade ou não-intervenção

O princípio da liberdade visa à proteção das relações familiares diante da ingerência do Estado ou de entes de direito privado. Dessa forma prevê imposições ou mesmo restrições para que a interferência das pessoas de Direito Público ou Privado, na seara familiar, seja a menor possível.

Nos dizeres de Alves:

[...] não pode o Estado pretender sufocar as relações familiares, devendo permitir o exercício da liberdade afetiva por parte de seus membros. Há muito tempo a família deixou de constituir célula do Estado, sendo que atualmente a sua participação, como elemento estranho, externo às relações afetivas, pode prejudicá-las, daí porque deve ser ao máximo evitada. (ALVES, 2010, p. 142).

As relações familiares serão pautadas na liberdade entre os seus indivíduos, visto que a função da família é proporcionar o livre desenvolvimento de seus membros e a felicidade de todos. Dessa forma, o Estado deve interferir o mínimo possível nas relações familiares.

2.4.7 Princípio da Afetividade (?)

O presente tema será discutido, de forma mais complexa, em momento oportuno. No presente capítulo faremos uma breve análise das divergências doutrinárias acerca do tema.

⁷ Art. 3º- A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Existem diversas discussões em relação à natureza jurídica do afeto. Alguns doutrinadores defendem que o afeto é princípio jurídico, sendo, portanto exigível. Já outros doutrinadores negam esse caráter principiológico ao afeto.

Na esteira daqueles doutrinadores que defendem o caráter principiológico do afeto, podemos citar Maria Berenice Dias, que assim nos ensina: “o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”. (DIAS, 2007, p. 68).

Em sentido contrário posiciona-se Walsir Rodrigues Junior e Renata Almeida:

[...] A afetividade, embora merecedora de atenção jurídica, o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada, e assim, geradora de certos efeitos na órbita do Direito. A sua existência nas entidades familiares é elemento fático; porém, não jurídico. O caráter de juridicidade, o cunho normativo-imperativo, está relacionado às consequências que a presença do afeto, na construção das relações familiares pode gerar. (ALMEIDA, RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 43).

Dessa forma percebe-se que não há na doutrina um entendimento unívoco em relação à natureza jurídica do afeto. A discussão ora apresentada, por ser de suma importância para o presente trabalho, será apresentada com mais afinco em capítulo próprio.

3 AFETO: PRINCÍPIO OU VALOR?

Para a compreensão do presente trabalho faz-se necessário a análise da distinção entre princípios, regras e valores, passando pelas diferentes teorias que cercam o tema.

O estudo será realizado a partir de obras de autores, como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jürgen Habermas. Posteriormente à análise desses estudos, se chegará a uma conclusão quanto à natureza do afeto.

3.1 Distinções entre regras, princípios e valores

É preciso ressaltar que para os autores utilizados no presente trabalho, as regras e os princípios são espécies, das quais as normas são gênero.

Nos dizeres de Humberto Ávila, normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. (ÁVILA, 2006, p. 30).

Há doutrinadores, como Riccardo Guastini (2005) e Claus-Wilhelm Canaris (2002) que defendem a distinção fraca entre princípios e regras, pois sob tal enfoque, as regras e princípios se distanciam apenas em razão de sua localização dentro do ordenamento jurídico. Ronald Dworkin e Robert Alexy fazem parte da corrente doutrinária que defendem a distinção forte entre regras e princípios. O presente trabalho analisará detalhadamente a distinção forte, trazidas pelos ensinamentos de Dworkin e Alexy.

3.1.1 Regras e princípios para Ronald Dworkin

O autor divide a norma em duas espécies: as regras e os princípios. Os princípios são vistos para o referido estudioso, como espécies de normas que não expressam diretamente uma direção a ser seguida e que se aplicam conforme uma dimensão de relevância. Nos casos em que houver conflitos de princípios, se sobreporá aquele que tiver mais relevância no caso concreto. Entretanto, cabe ressaltar que para Dworkin não haverá preponderância de um princípio sobre o outro, apenas em determinado caso um princípio deixará de ser aplicado. Nas palavras de Marina Alice de Souza, “Dworkin propõe uma

cessão no caso concreto, que implica uma exceção de aplicação de um princípio ao caso concreto.” (SANTOS, 2011, p. 40).

Já as regras são aplicadas no modo tudo ou nada (all-or-nothing), ou seja, se duas regras entrarem em conflito, uma delas não será válida. A escolha de qual regra deverá ser utilizada, não dependerá da própria regra, mas sim do sistema jurídico (hierarquia, especialidade ou posteridade da regra prevalecente).

Conforme Humberto Ávila:

Dworkin afirma que as regras são aplicadas no modo tudo ou nada (all-or-nothing) no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Segundo ele, se os fatos estipulados por uma regra ocorrem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou deve ser encontrada uma exceção a essa regra. (ÁVILA, 2005, p. 35-36).

Dworkin explica a diferença entre regras e princípios:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é a natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...] Um princípio [...] não pretende (nem mesmo) estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção. (DWORKIN, 2002, p. 39-41).

Dessa forma, conclui-se que para Dworkin os princípios possuem uma dimensão de peso que se exterioriza na hipótese de colisão, sendo que o princípio de maior peso relativo no caso concreto, se sobrepõem ao outro, entretanto sem que o último perca a sua validade. De forma contrária, as regras são aplicadas na forma do tudo ou nada, ou seja, ou a norma será aceita e a consequência normativa deve ser aplicada, caso contrário a norma não será aceita.

3.1.2 Regras e princípios para Robert Alexy

Segundo Alexy, assim como Dworkin, os princípios e as regras são normas, uma vez que ambos dizem o que deve ser. Entretanto, os ensinamentos de Alexy possuem pontos divergentes em relação à teoria de Dworkin. E são esses pontos que serão discutidos.

Para Alexy, as regras tem caráter binário, ou seja, elas são ou não aplicadas, tendo em sua composição determinações. Nas palavras de Humberto Ávila, “[...] as regras instituem obrigações definitivas, já que não superáveis por normas contrapostas” (ÁVILA, 2006, p. 37). No caso de conflito entre regras, a solução será a declaração de invalidez de uma das regras ou a adição de cláusula de exceção em uma das regras em conflitos.

Os princípios são vistos como mandatos de otimização, logo podem ser cumpridos em diferentes graus, e esse cumprimento depende das possibilidades fáticas e jurídicas, tem caráter *prima facie*, ou seja prevê uma gradação entre os princípios. Em relação aos conflitos entre princípios a solução será distinta. Segundo Alexy, primeiramente deverá proceder à análise do caso concreto, pois as soluções serão diversas, dependendo da situação fática. O autor traz a ideia de prevalência de um princípio em relação ao outro. Dessa forma em determinada situação um princípio prevalecerá sob o outro, sem, contudo que para isso o princípio não utilizado seja declarado inválido ou lhe seja adicionado uma cláusula de exceção.

Nesse sentido conclui Alexy, “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios [...] ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. (ALEXY, 2008, p. 94).

Assim para Alexy, ao contrário do defendido por Dworkin, nos casos em que houver colisões de princípios, um deverá prevalecer sob o outro. Para Dworkin, como visto anteriormente, não haverá prevalência de um princípio sob o outro, apenas no caso concreto um princípio deixará de ser aplicado.

3.1.3 Distinção entre normas e valores para Jürgen Habermas

Para a distinção entre normas e valores utilizar-se-á os estudos de Jürgen Habermas. Segundo Habermas “direitos não podem ser assimilados a valores”. (HABERMAS, 2003, p. 315).

A primeira distinção que Habermas apresenta se baseia no sentido deontológico ou teleológico das normas e valores respectivamente. Para o autor as normas válidas possuem caráter deontológico, uma vez que obrigam seus destinatários de forma universal a realização de determinados comportamentos que preenchem as expectativas generalizadas da sociedade. Nas palavras de Habermas, “Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche as expectativas generalizadas”. (HABERMAS, 2003, p. 316). Já os valores, possuem caráter teleológico, ou seja, expressam uma preferência compartilhada entre determinados sujeitos, não sendo, entretanto, entendidas como preferências universais. Conforme Habermas, “os valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado ao fim”. (HABERMAS, 2003, p. 316).

Outra distinção realizada por Habermas se relaciona ao caráter binário das normas e a possibilidade de escalonamento de predileção no caso dos valores. As normas são binárias, pois, ou são válidas ou são inválidas em relação à determinada situação. Dessa forma as normas estabelecem direções de comportamentos para determinado caso. Segundo Habermas, “normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas”. (HABERMAS, 2003, p. 316). Em contraposição, os valores, possuem caráter intersubjetivo, expressam uma preferência de determinado sujeito ou coletividade, diante de uma situação precisa, sendo possível que determinados bens sejam mais atrativos que os outros. Nas palavras de Habermas, “os valores determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor.” (HABERMAS, 2003, p. 316).

A terceira distinção trazida por Habermas utiliza como critério o caráter vinculante obrigatório ou não entre norma e valores respectivamente. As normas possuem caráter vinculante obrigatório, devendo ser observados por todos. Nos dizeres de Habermas, “a validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos.” (HABERMAS, 2003, p. 316). Ao passo que os valores têm caráter vinculante relativo, pois os mesmos apresentam-se de forma subjetiva, alterando-se de acordo com cada indivíduo ou sociedade. Sendo assim, segundo Habermas, “a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que visto no todo é bom pra nós (ou pra mim)”. (HABERMAS, 2003, p. 316-317).

Diante de todo o exposto, o presente trabalho filia-se ao entendimento explanado por Habermas, no tocante às diferenciações existentes entre normas e valores. Normas e valores não se confundem: as normas possuem caráter deontológico de validade, sendo de obrigatoriedade geral e abstrata, já os valores possuem caráter teleológico, ou seja, são preferências compartilhadas entre determinados sujeitos, não sendo, entretanto determinações são apenas aconselhamentos, de exigência relativa.

Normas e valores não são sinônimos, ao que pese no plano da justificação, as normas conterem valores. Dessa forma, conclui-se que:

A norma jurídica, em sua elaboração, recebe a influência de múltiplos valores, mas isso não a faz um valor, nem permite que sua aplicação siga o mesmo método dos valores. Daí a necessidade de distinguir-se o plano da justificação do plano da aplicação normativa.

No Estado Democrático de Direito, as diversas forças sociais devem ter acesso à elaboração legislativa, por meio da mídia, dos grupos de pressão, de seus representantes eleitos e de outros meios. Neste momento, a diversidade de opiniões e valores deve ser levada em conta. No momento da aplicação, entretanto, permite-se que apenas os elementos normativos incidam. (NAVES; SÁ, 2008. P. 325-326).

E é esse entendimento que será a base para o presente trabalho.

3.2 O afeto perante a doutrina pátria

O afeto passou a ser relevante juridicamente a partir do momento em que a família deixou de ser essencialmente patrimonialista, paternalista e matrimonialista. Com o advento da Constituição Federal de 1988, muitas alterações ocorreram. Vive-se um período em que a família, fundada no afeto, a chamada família eudemonista, tem como principal papel possibilitar a realização da liberdade de seus membros, na busca da felicidade dos mesmos.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do §8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram. (DIAS, 2007, p. 52-53).

A grande maioria da doutrina pátria apresenta o afeto como o principal fundamento do Direito de Família. Entre eles estão Paulo Lôbo (LÔBO, 2009) e Rodrigo da Cunha Pereira (PEREIRA, 2009).

Rodrigo da Cunha Pereira, entende que o afeto adquiriu importância jurídica, a partir do momento em que a preocupação do núcleo familiar deixou de ser estritamente econômica, seus membros buscam a realização pessoal, dessa forma o afeto desempenha papel fundamental, nesse sentido:

O afeto não é apenas o mais novo princípio jurídico, mas principalmente é também a base para todos os outros princípios, assim como o da dignidade da pessoa humana. O afeto torna-se um valor jurídico, a partir do momento que as relações de família deixam de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. De simples valor jurídico a princípio foi um outro passo, e historicamente, é recente. (PEREIRA, 2009)

Paulo Lôbo entende ser o afeto, fundamento do atual conceito de família. Considera-o princípio jurídico, sendo possível sua cobrança.

Nesse sentido leciona Lôbo:

Por outro lado, a afetividade, sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, este de ocorrência real necessária. O direito, todavia, converteu a afetividade

em princípio jurídico, que tem força normativa, impondo dever e obrigação aos membros da família, ainda que na realidade existencial entre eles tenha desaparecido o afeto. (LÔBO, 2006).

Doutrinadores defendem o caráter jurídico do afeto, alegando que o mesmo é um direito da personalidade, entre eles se destaca Flávio Tartuce e Márcia Helena de Oliveira Cunha.

Cunha acredita ser o afeto um direito da personalidade, pois é compreendido como um elemento intrínseco ao ser humano, que faz parte da sua existência. Dessa forma é considerado direito da personalidade, pois conforme afirma Silvio Rodrigues, citado por Márcia Cunha, os direitos da personalidade, “são aqueles que fazem parte da pessoa humana, e como tal, estão ligados de forma eterna e constante, não sendo possível existir um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade e aquilo que ele crê ser sua honra”. (CUNHA, 2011).

Nos dizeres de Márcia Cunha:

[...] Como se pode verificar de todo o exposto pelos doutrinadores os direitos da personalidade são inerentes ao ser humano, já nascem com ele e são direitos subjetivos. Portanto, se o afeto é um aspecto que faz parte da humanidade, logo ele pode ser concebido como direito da personalidade merecendo a proteção legal do art. 11 do Código Civil. (CUNHA, 2011).

Em sentido contrário, existem doutrinadores que não atribuem ao afeto, caráter jurídico, entendendo ser impossível sua imposição pelo direito. Nessa linha de pensamento encontramos Breno Mendes Forel Muniz Vianna (2008); Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012).

Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida reconhecem a importância do afeto na constituição das relações familiares, entretanto não lhe atribuem caráter normativo. Para os autores o afeto é sentimento, não comportando imposição jurídica, pois se trata de valor.

Assim ilustram o pensamento anterior:

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

familiares, pode gerar. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 43).

O mesmo posicionamento é sustentado por Breno Mendes Forel Muniz Vianna. Na concepção do referido autor, o afeto é valor moral, não ensejando a sua ausência, apreciação judicial.

Nas palavras do autor:

[...] diante de uma realidade na qual as soluções a serem tomadas pelo Direito não se fundamentam nele próprio, estaremos diante de um problema argumentativo, fazendo com que se perca o caráter normativo destes, decidindo, como nas ações percussoras da tese, em convicções morais e paradigmáticas. (VIANNA, 2008, p. 483-484).

Nessa linha de raciocínio, encontra-se Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, pois afirmam que “Afeto, carinho, amor e atenção são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade, não por imposição jurídica”. (FARAIS; ROSENVALD, 2010, p. 89).

3.3 A (in) exigibilidade do afeto

Há que se destacar que o conceito de afeto não é unânime, existindo muitas divergências a seu respeito. Para grande parte da Doutrina⁸ afeto seria princípio jurídico, sendo, portanto exigível. Outra parte da Doutrina⁹ atribui ao afeto caráter de valor jurídico.

Nas palavras de Rodolf Madaleno, “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo de dar sentido e dignidade à existência humana”. (MADALENO, 2008, p. 66).

Para a compreensão do presente trabalho, é de suma importância, que fique evidenciado a natureza do afeto. Trata-se de valor moral, pois de acordo com o pensamento de Habermas (2003), já analisado anteriormente, os valores possuem caráter intersubjetivo, expressam uma preferência de determinado sujeito ou coletividade, diante de uma situação precisa. Além disso,

⁸ Como Maria Berenice Dias (2007); Rodolf Madaleno (2008) e Paulo Luis Neto Lôbo (2003)

⁹ Como Renata Barbosa de Almeida (2012); Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012) e Breno Mendes Forel Muniz Vianna (2008).

diferentemente dos princípios admitem uma escala de preferências, além de possuírem caráter vinculante relativo.

Nas palavras de Vianna:

Numa definição etimológica, o afeto, palavra originada do latim *affectus*, seria estado psíquico ou moral (bom ou mau), afeição, disposição da alma, estado físico, sentimento, vontade (VIANNA, 2008, p. 465). Ainda completa o referido autor em relação à psicanálise, em linhas gerais, [...] o afeto é um estado emocional abrangente, tanto de sentimentos positivos: (amor, simpatia, carinho, amizade), quanto negativos: (ódio, desamor, raiva, aversão), dentre outros. (VIANNA, 2008, p. 466).

Nesse ensejo, conclui-se que o afeto é sentimento, valor moral, dessa forma se faz impossível, que a ausência do mesmo seja considerado pressuposto para reparação civil.

Necessário destacar que não se nega ao afeto importância principalmente perante o direito. Afirmar que o afeto não possui relevância para o Direito é ignorar a realidade atual.

É o entendimento de Flávio Tartuce:

Principalmente no que tange as relações familiares, a valorização do afeto remonta ao brilhante trabalho de João Baptista Vilella, escrito no início da década de 1980, tratando da desbiologização da paternidade. Na essência, o trabalho procurava dizer que o vínculo familiar seria mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico. Assim, surgiria uma nova forma de parentesco civil, a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado do filho.

Os professores Walsir Júnior e Renata de Almeida ensinam:

Se o afeto é um sentimento de afeição para com alguém, soa intrínseco ao mesmo a característica de espontaneidade. É um a sensação que se apresenta ou não, naturalmente. É uma franca disposição emocional para com o outro que não tolera variações de existência: ou há ou não há; e, tanto numa como noutra hipótese, o é porque autêntico. Isso impede que, ainda que se pretenda, se possa inferir sob o propósito de exigibilidade nas situações em que ele não se apresentar autonomamente. Insistir nisso é desvirtuar a virtude do afeto. Uma vez imposto não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhe são próprias, dentre as quais o incentivo à sã conformação da identidade pessoal dos envolvidos. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 43).

Conforme assevera Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues, “o afeto se apresenta como fato jurídico *lato sensu*, posto ser ocorrência real- mundo ôntico; do ser- provocadora de consequência na órbita

do Direito¹⁰ - mundo deôntico do dever-ser. (BROCHADO; RODRIGUES, 2009, p. 39). Dessa forma chega-se à conclusão de que o afeto possui relevância no mundo jurídico, desencadeando efeitos¹¹ nessa órbita, entretanto apesar dessa importância, não se pode coadunar com a ideia que de o afeto possa ser exigido, visto tratar-se de um sentimento, sem qualquer natureza normativa. Dessa forma, o afeto é considerado na atualidade requisito fundamental das formações familiares, além de possibilitar o reconhecimento da paternidade socioafetiva, aquela decorrente exclusivamente do afeto.

¹⁰Nas palavras de Walsir e Renata de Almeida, “importante é relembrar que o afeto, para provocar consequências jurídicas em sede familiar, necessita estar conjugado com as características de estabilidade e ostensibilidade”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 42).

¹¹Nos dizeres de Renata de Almeida e Walsir Junior, “esse raciocínio é válido para os vínculos que o Direito simplesmente reconhece. O afeto é pressuposto elementar das situações familiares pré-jurídicas. Quando a família ou a relação familiar é criada através do Direito, como ocorre no casamento ou nos parentescos daí derivados -, a comprovação do afeto não se requer para caracterização e eficácia jurídicas. Ainda que ele possa, nessas hipóteses, ser deduzido do ânimo intersubjetivo de formação familiar, o afeto não se configura um requisito propriamente dito, alvo de investigação, para fins consecutivos (da mesma forma que a estabilidade e a ostensibilidade)”. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 42).

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Faz-se mister a análise do desenvolvimento histórico do instituto da responsabilidade civil, seu conceito e pressupostos para uma melhor compreensão do objeto do presente trabalho.

4.1 Histórico da responsabilidade civil

Desde os primórdios da existência humana, existe a ideia de combater o dano injusto sofrido. O que se pode observar são as alterações em relação ao tipo de meio utilizado para se combater esse tipo de dano.

Nos primórdios da civilização ocorria a chamada vingança coletiva, ou seja, os danos injustamente cometidos eram combatidos pela reação conjunta do grupo contra o ofensor.

Posteriormente com a Lei de Talião, passou-se a utilizar a vingança privada, expressão máxima traduzida pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Não existia uma intervenção do poder público.

Após a superação da vingança privada¹², surge como nova forma de resolução de conflitos, a composição. Nesse instituto passa-se a ter a ideia de reparação do dano e não apenas de uma vingança. O ofensor a partir desse momento tem que reparar o dano. É uma forma de autocomposição, sem a participação do Estado, pois as próprias partes envolvidas chegavam a uma solução.

Foi no Direito Romano que o Estado passou a intervir nos conflitos existentes, chamando para si a função de punição. A edição da *Lex Aquilia* foi um marco para a evolução da idéia de responsabilidade civil. Com essa lei surge o princípio geral de reparação do dano.

É no Direito Francês que surge realmente um princípio geral de responsabilidade civil, sem enunciar taxativamente os casos em que seria aplicado.

¹²O surgimento do instituto da composição, assim como nos ensina Dias (2006), teve sustentáculo na Lei das XII Tábuas.

Gonçalves (2010) observa que se deve, inicialmente, ao desenvolvimento industrial e à multiplicação dos danos, o surgimento de novas teorias acerca da responsabilidade civil visando à proteção das vítimas.

O Brasil sofreu forte influência do Direito Francês, nas palavras de Marina Alice de Souza Santos:

No Brasil, o Código Civil de 1916 sofreu na sua elaboração influência direta das ideias contidas no Código Civil Francês, sendo que a teoria da culpa restou evidenciada no art. 159¹³ como regra geral, entretanto, estabelecendo-se os casos específicos de responsabilidade sem perquirição de culpa. (SANTOS, 2011, p. 54).

De acordo com Vianna, “Fundamenta-se a responsabilidade na ideia de culpa, e somente quando esta é insuficiente para atender às noções de humanidade ocorre a obrigação legal de reparar, independente daquela noção (VIANNA, 2008, p. 455). Dessa forma o entendimento que prevalece é a responsabilidade civil subjetiva, onde ficará configurada, caso esteja presente os três requisitos: ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade.

Ainda que a aplicação da responsabilidade civil subjetiva predomine no ordenamento jurídico, não há que se desconsiderar a relevância da responsabilidade civil objetiva. Essa forma de responsabilidade civil tem seu alicerce na Teoria do Risco, surgindo na França, no final do século XIX, em face do desenvolvimento industrial e dos problemas decorrentes dos acidentes de trabalho. Na responsabilidade civil objetiva, o dever de indenizar nasce da conduta ilícita, o dano e o nexo causal, a culpa pode ou não existir, mas não será essencial para a configuração do dever de reparar. A responsabilidade civil objetiva no Brasil é verificada principalmente no § único do art. 927 do Código Civil¹⁴ e no Código de Defesa do Consumidor.

O reconhecimento da existência de responsabilidade civil nos casos de dano moral, não foi tarefa fácil. Por muito tempo se negou a possibilidade de indenizar os danos morais, alegando principalmente que o valor da indenização não seria capaz de eliminar os danos sofridos.

¹³Código Civil de 1916. Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

¹⁴Código Civil de 2002. Art. 927.[...]

§ único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Com o advento da Constituição de 1988¹⁵, a possibilidade de indenização por danos morais se tornou norma legal e positivada, não mais existindo brechas para discussões a respeito da possibilidade de indenizar nesses casos.

Após a Constituição de 1988, o Código Civil¹⁶ trouxe em seu bojo o expreso dever de indenizar, não restando mais dúvidas em relação a existência do direito de indenizar decorrentes de danos morais sofridos.

4.2 Conceito de responsabilidade civil

Nos dizeres de Cavalieri Filho, a responsabilidade civil:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade civil exprime ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocabulário não foge dessa ideia. Designa o dever jurídico que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompensar o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2).

Dessa forma, entende-se que a responsabilidade civil é um instituto que surgiu a fim de propiciar à reparação dos danos causados a determinada pessoa, em decorrência da violação de um dever jurídico originário. Trata-se a responsabilidade civil de um dever jurídico secundário, consequência do desrespeito a um dever jurídico originário (obrigação).

¹⁵ CF/88. Art 5º Todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

[...]

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;

¹⁶ Código Civil. Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

4.3 Espécies de responsabilidade civil

Como a responsabilidade civil decorre da violação de um dever jurídico originário, ou seja, o desrespeito a uma obrigação, essa violação poderá decorrer de formas distintas, sendo possível então, aferir diversas formas de responsabilidade, as quais serão tratadas a seguir.

4.3.1 Responsabilidade Civil e Penal

Em relação a esses dois tipos de responsabilidade, se pode dizer que o principal e talvez o único argumento de diferenciação apresentado seja a norma jurídica violada. No caso do ilícito penal a norma violada é penal, de Direito Público. Já no ilícito civil tem-se a violação de uma norma de Direito Privado. Assim nos diz Cavalieri Filho “será chamada de ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 14).

É importante frisar que uma mesma conduta poderá ser violadora de norma penal e civil. Dessa forma nada impede que haja a possibilidade de existência de dupla sanção, ou seja, o autor ser punido tanto no âmbito civil como penal.

4.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade contratual ocorre quando entre ofensor e vítima houver uma relação jurídica obrigacional preexistente. Já a responsabilidade extracontratual será verificada quando a violação a dever jurídico decorrer de obrigação imposta por preceito geral de direito ou pela lei.

Nesse sentido assevera Cavalieri Filho:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamado de ilícito aquiliano ou absoluto. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 15).

Importante destacar que apesar das diferenciações em relação a esses dois tipos de responsabilidade, as regras previstas no Código para a responsabilidade contratual¹⁷ são também aplicáveis à responsabilidade extracontratual.

4.3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

De acordo com Cavalieri Filho:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí se a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 16).

O conceito de culpa¹⁸ será fundamental para a diferenciação da responsabilidade subjetiva e objetiva.

A responsabilidade subjetiva traz a culpa intrínseca ao seu conceito. Para que um desrespeito a dever jurídico gere o direito à reparação, é preciso que fique comprovada a culpa do agente.

A responsabilidade objetiva tem sua base na Teoria do Risco. Sobre essa teoria nos ensina Sílvio Rodrigues:

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele. (RODRIGUES, 2002, p. 10).

Nos casos de responsabilidade civil objetiva, a culpa não exerce papel importante, visto que na maioria das vezes a mesma será presumida ou desnecessária a sua prova. Carlos Roberto Gonçalves afirma que, “quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa

¹⁷Arts. 393, 402 e 403 do Código Civil.

¹⁸É importante ressaltar que a palavra culpa está sendo utilizada em sentido amplo, para indicar não apenas a culpa *stricto sensu*, como também o dolo.

provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida.” (GONÇALVES, 2003, p. 18).

De uma maneira geral, a responsabilidade objetiva será imputada a determinado agente, quando for prevista pela lei, ou se fundar no risco da atividade exercida pelo agente, conforme prevê o art. 927 do Código Civil¹⁹ ou no excesso dos limites para o exercício regular de direito, conforme art. 187 do Código Civil²⁰.

A diferenciação ora apresentada faz-se necessária por motivos didáticos, entretanto o objeto do presente estudo será a responsabilidade civil subjetiva, analisada nas relações familiares.

4.4 Pressupostos da responsabilidade civil

Para se entender o instituto da responsabilidade civil é necessário analisar os seus pressupostos. O presente se limitará ao estudo da responsabilidade civil subjetiva, visto que não há que se falar em responsabilidade objetiva pelas próprias características das relações familiares.

4.4.1 Conduta humana, positiva, negativa, culposa (ato ilícito)

A conduta humana, assim referida, engloba não somente a conduta no sentido positivo como também no sentido negativo. Conduta será a ação ou omissão do agente.

Nas palavras de Cavalieri Filho:

Entende-se, pois por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24).

¹⁹ Código Civil. Art. 927 [...]

Parágrafo único Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁰ Código Civil. Art. 187 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.

A conduta humana pode-se exteriorizar pela conduta comissiva ou omissiva do agente, em determinado momento. A conduta comissiva será realizada através de uma ação do agente, que faz algo do qual deveria se abster.

Assim é o entendimento de Cavalieri Filho:

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar os seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já, a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24).

É importante frisar que a omissão será relevante, quando aquele que se omitiu, tinha o dever jurídico de agir.

Como regra geral o ordenamento prevê a responsabilização civil nos casos em que o próprio agente enseja essa responsabilidade, por fato próprio. Entretanto também há previsão legal de responsabilidade civil por fato de outrem, nos casos de haver alguma ligação entre o agente e aquele que será responsável, como nos casos dos pais, previsto pelo art. 932 do Código Civil e dos danos causados por animais ou coisas que estavam sob sua guarda, previstos nos arts. 936, 937 e 938 do Código Civil.

Para que a responsabilidade civil subjetiva ocorra, é necessário que haja presença de culpa por parte do agente. Como assevera Cavalieri Filho “a conduta culposa do agente erige-se como assinalado, em pressuposto principal da obrigação de indenizar”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 29).

A culpa *lato sensu*, deriva de conduta humana comissiva ou omissiva, mas que decorrem da vontade do agente. Não importa se há menos ou mais vontade em sua conduta. Só não ficará configurado a conduta, quando não houver no ato praticado pelo agente, a mínima parcela de vontade.

A culpa é dividida em *culpa stricto sensu* e dolo. Assim nos diz Cavalieri, “no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente de falta de cuidado”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 31).

A conduta delituosa é elencada por Cavalieri (2010), através de três elementos básicos:

- a) Conduta voluntária com resultado involuntário;
- b) Previsão ou previsibilidade;
- c) Falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

Nos termos do art. 944²¹ do Código Civil, a culpa poderá ser levíssima, leve ou grave.

Há também, segundo Cavalieri (2010), a previsão de espécies de culpa, quais seja, a contratual e extracontratual, *in vigilando* (falta de vigilância), *in iligendo* (decorrente da má escolha) ou *in custodiendo* (decorrente da falta de atenção em relação a animal ou coisa sob sua responsabilidade). Esses três tipos de culpa citados anteriormente são atualmente considerados responsabilidade objetiva.

Há também a previsão da responsabilidade *in contrahendo*, quando há violação da boa-fé objetiva, na seara contratual. Além disso, existe a responsabilidade por abuso de direito, decorrente da interpretação dos arts. 927 e 187 do Código Civil.

4.4.2 Do dano

A existência de dano é de suma importância para a configuração da responsabilidade civil, pois não há que se falar em responsabilidade, sem a existência de dano.

Segundo Cavalieri Filho:

O dano é a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, que se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

²¹Código Civil. Art. 944 [...]

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

Para melhor compreender o dano, far-se-á uma análise do dano material, moral e coletivo.

4.4.2.1 O dano material ou patrimonial

O dano material ocorre quando a conduta do agente faz emergir uma perda ou deterioração dos bens que compõe o patrimônio da vítima. Assim entende Cavalieri Filho, segundo o qual o dano patrimonial “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente”. (CAVALIERI FILHO, 2010, O. 73).

O Código Civil²² em seu texto dividiu o dano em duas espécies: dano emergente e lucros cessantes.

Os danos emergentes são considerados pelo Código Civil de 2002, aquilo que a vítima efetivamente perdeu. Conforme Cavalieri Filho, o dano emergente “importa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 74).

Os lucros cessantes não são consequências imediatas do dano sofrido. Pode ocorrer uma diminuição do patrimônio da vítima devido a consequências mediatas e futuras. Segundo Cavalieri, “o lucro cessante consiste na perda do ganho esperável”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 75).

Em relação à teoria da perda de uma chance, não se encontra na doutrina um posicionamento equânime em relação à sua modalidade: uns a enquadram como danos emergentes, como Savi (2006), outros como lucros cessantes, como Cavalieri Filho (2010) e ainda há os que digam que tratar de uma terceira espécie, reconhecendo sua autonomia, como Nelson Rosendal (2008).

²²Código Civil. Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

4.4.2.2 Dano moral ou extrapatrimonial

Por muito tempo a possibilidade de indenização por danos morais, foi discutida, entretanto atualmente essa discussão não mais existe. Também não se questiona a possibilidade de cumulação de indenização por danos morais e materiais, tema já pacificado pelo STJ²³. A maior divergência doutrinária que permanece em relação ao dano moral é o seu próprio conceito.

Nesse sentido, apresenta Gama:

A doutrina nacional divide a evolução histórica do dano moral basicamente em três fases distintas: a) a negativista, em que não se reconhecia o direito à reparação do dano; b) a intermediária, no período de 1966 a 1988, em que a reparação passa a ser acolhida em determinados casos, sendo inadmitida a cumulação dos danos morais com os patrimoniais; c) a positivista, iniciada em 1988, em que a reparação do dano moral ganha patamar constitucional, dotada de autonomia e pleno reconhecimento como direito fundamental. (GAMA, 2008^a).

Para Cavalieri Filho (2010), os danos morais são a lesão aos direitos da personalidade. Nesse sentido afirma o referido autor:

Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 87).

Em relação à natureza jurídica dos danos morais, existem muitas discussões. Alguns entendem que o dano moral tem um duplo caráter, sendo satisfativo e punitivo.

Nesse sentido, defende Pedro Augusto Lopes Sabino:

Em conformidade com entendimento amplamente aceito na doutrina e na jurisprudência nacionais, a indenização por danos morais possui caráter dúplice: satisfativo e punitivo. Paga-se, em pecúnia, ao ofendido uma satisfação atenuadora do dissabor suportado (evidentemente, não haverá uma equivalência aritmética entre o valor indenizatório e a dor sofrida) e, ao mesmo tempo, castiga-se o ofensor, causador do dano, desestimulado a reiteração de sua prática lesiva. A indenização não pode ser, em conformidade com este entendimento, estabelecida de tal forma que seja preferível para o

²³ Súmula 37 do STJ. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

causador do dano persistir com suas práticas abusivas. (SABINO, 2004).

Há, entretanto alguns doutrinadores, como Maria Celina Bodin de Moraes que defendem apenas o caráter satisfativo da reparação do dano moral. Assim aduz Moraes (2007), afirmando que a reparação pelo dano moral deve alcançar integralmente o dano sofrido. O que deve ser considerado são a reparação do dano e a situação da vítima. Essa corrente critica a função punitiva do dano moral, devido à três fatores principais: não há tipificação legal que preveja a punição por algum dano cometido; a competência para punir é do juízo penal, cabendo ao juízo civil a reparação da lesão sofrida e por último e não menos importante a possibilidade de enriquecimento indevido da vítima, pois receberá uma quantia a mais decorrente do caráter punitivo.

Por todo o exposto, conclui-se pelo caráter satisfativo do dano moral, ou seja, a reparação visa compensar a vítima pelo dano sofrido.

4.4.2.3 Dano moral coletivo

Grande parte da Doutrina²⁴ admite a existência do dano moral coletivo, sendo aquela ofensa que atinge bens jurídicos difusos.

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar Filho:

Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. (BITTAR FILHO, 2005).

O dano moral coletivo deve ser impetrado pelo Ministério Público, em ação civil pública, em que o pedido seria cumulado com a reparação do dano.

A possibilidade de condenação em danos morais é matéria polêmica nos tribunais, inclusive é possível encontrar posições divergentes dentro do próprio STJ.

O STJ em 2006²⁵ rechaçou a possibilidade da indenização por danos morais coletivos, alegando que o dano moral é indissociável dos sentimentos

²⁴ Como Carlos Alberto Bittar Filho (2005) e Carvalho Filho (2007)

de dor, aflição e angústia psíquica e que também é incompatível com a indeterminação de vítimas, ou seja, o dano moral deve se dirigir a uma única e determinada pessoa.

4.4.3 O nexo causal

O nexo causal é a correlação entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Não há que se falar em responsabilidade civil sem que haja a identificação do nexo causal. Segundo Cavalieri Filho, o nexo causal “é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 47).

Não há uma regra clara que possibilite a identificação do nexo causal, dessa forma o Poder Judiciário possui discricionariedade para sua aferição, o que pode gerar decisões contraditórias e insegurança jurídica.

Nesse sentido alerta Anderson Schreiber:

Pior: A liberdade com que o Poder Judiciário trata a questão do nexo causal estimula pedidos de reparação, fundados mais na desgraça da vítima, que em uma possibilidade jurídica de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável. Fala-se, neste sentido, em vitimização social ou *blameculture*. (SCHREIBER, 2009, p. 77).

Outra discussão relevante que envolve o nexo causal, diz respeito a sua identificação, nos casos em que houver mais de uma circunstância que concorra para a ocorrência do dano.

Existem três teorias que buscam solucionar o problema acima referido, quais sejam: a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta e imediata.

Na primeira teoria, como elucida Cavalieri Filho (2010), não se faz uma diferenciação entre causa e condição. Dessa forma, todas as condições que concorrem para o mesmo resultado têm a mesma relevância.

A teoria da causalidade adequada admite a existência de diversas condições que concorrem para ocorrência do evento danoso, entretanto será

²⁵PROCESSUAL CIVIL- AÇÃO CIVIL PÚBLICA- DANO AMBIENTAL- DANO MORAL COLETIVO- Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido. (BRASIL, STJ. Resp. 598281/MG, 1ª. Turma, Rel. Min Luiz Fux, J. 02.05.2006).

considerada causa aquela mais adequada a produzir o evento danoso. Nas palavras de Marina Alice de Souza Santos, “A teoria da causalidade adequada é a que apresenta como causa não somente o evento antecedente necessário, mas adequado a produzir o resultado danoso”. (SANTOS, 2011, P. 70).

Para outra parte da doutrina e jurisprudência, a teoria aceita é a da causalidade direta e imediata, expressamente prevista pelo Código Civil no art. 403²⁶.

É necessário, por fim, destacar que a teoria mais aceita, apesar das divergências existentes, é a teoria da causalidade adequada.

4.5 Excludentes da responsabilidade civil

O art. 188²⁷ do Código Civil prevê as hipóteses de exclusão de ilicitude. Nessas hipóteses apesar de existir dano a outrem, não viola um dever jurídico, pois assim está prevista pela legislação pátria.

Nos termos do artigo supracitado, não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito, em legítima defesa ou em estado de necessidade.

Aquele que exerce um direito regular, não pode ser penalizado, pois age de acordo com a lei de forma lícita. Como afirma Cavaliere “[...] é o direito exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa-fé e os bons costumes.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 19). Caso haja abuso durante o exercício regular de um direito, o agente será responsabilizado civilmente.

A legítima defesa é também uma excludente de ilicitude. Não existe no Código Civil um conceito para esse instituto, dessa forma o conceito utilizado

²⁶Código Civil. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

²⁷ Código Civil. Art. 188 Não constituem atos ilícitos:

I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II- a deterioração ou destruição de coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente;

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo o indispensável para a remoção do perigo.

pelos civilistas será “emprestado” do Código Penal²⁸. Estará presente a legítima defesa quando o agente, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. É uma exceção a regra de que ninguém pode fazer “justiça com as próprias mãos”. Nas palavras de Cavalieri, “o agente se vê em face de agressão injusta, atual ou iminente, de sorte que, se não reagir, sofrerá dano injusto, quando, então, a legítima defesa faz lícito o ato, excluindo a obrigação de indenizar o ofendido pelo que vier a sofrer em virtude da repulsa à sua agressão.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 19).

Em relação ao estado de necessidade, Cavalieri assim o define:

O estado de necessidade ocorre quando alguém deteriora ou destrói coisa alheia, ou causa lesão em pessoa, a fim de remover perigo iminente. O ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para remoção do perigo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 19).

Dessa forma o estado de necessidade figurará como excludente de ilicitude, desde que fique demonstrado a absoluta necessidade e que o agente não exceda ao indispensável para a remoção do perigo.

Além das hipóteses citadas anteriormente, de excludentes de ilicitude, outras situações eliminam a necessidade de reparação civil, quais sejam: estrito cumprimento do dever legal, o caso fortuito e força maior, a culpa exclusiva da vítima e os fatos de terceiro. Na seara contratual, também é causa de excludente de responsabilidade a cláusula de não indenizar.

4.6 A responsabilidade civil nas relações familiares

Apresentados os pressupostos da responsabilidade civil, essencial para o entendimento da matéria, o estudo do cabimento da responsabilização civil na seara do Direito das Famílias e suas consequências serão feitas de forma mais detalhada em momento oportuno.

Cabe salientar que a responsabilidade civil nas relações familiares decorrentes de danos materiais é matéria praticamente pacificada, não

²⁸ Código Penal. Art. 25 Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

existindo muitas discussões acerca do tema. Entretanto no que tange a responsabilização decorrente dos danos morais no ramo do Direito das Famílias, existem muitas discussões, estando a matéria longe de pacificação.

Nesse sentido afirma Simone Murta Cardoso:

As relações familiares apresentam peculiaridades que posicionam o Direito de Família no limiar entre a autonomia da vontade e o imperativo poder estatal. Contudo, tais vicissitudes não eximem aqueles que se unem em virtude de uma relação de afeto de arcarem com as consequências de eventuais atos ilícitos no decorrer do relacionamento amoroso. (CARDOSO, 2011).

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O instituto da responsabilidade civil emergiu no âmbito do Direito Civil, a fim de coibir atos contrários a determinada norma jurídica preexistente, que como consequência causam danos a outrem. Em outras palavras, o que se busca é a satisfação do agente que sofreu um dano provocado por outrem.

A responsabilidade civil no âmbito das relações familiares é matéria aceita por grande parte da doutrina. O que se discute atualmente é o seu alcance, devido às grandes peculiaridades que rondam o Direito de Famílias.

A grande discussão que cerca o tema é a possibilidade da responsabilização civil nos relacionamentos afetivos (noivado, casamento e nas relações paterno/materno-filiais). Tendo em vista o foco do presente trabalho, far-se-á uma análise simplista dos casos de responsabilidade civil nos casos de noivado e casamento, para posteriormente proceder-se a uma análise complexa dos casos de responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo paterno/materno-filial.

5.1 Considerações iniciais

A responsabilidade civil no Direito de Família tem como objetivo principal imputar a obrigação indenizatória ao membro que, por uma conduta culposa (em sentido lato), provoca danos a um parente nuclear quando do exercício das relações típicas familiares (PARODI, 2007, p. 27).

Não existe em relação ao tema unanimidade. Alguns doutrinadores²⁹ defendem que no âmbito das relações familiares não há espaço para a responsabilidade civil, uma vez que não há expressa previsão legal, pois o próprio Direito de Família prevê sanções específicas para esse tipo de situação. Além disso, a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil geraria novos conflitos nas relações familiares.

Há doutrinadores³⁰ que aceitam a ampla utilização do Instituto da Responsabilidade Civil no Direito das Famílias. Assim, a simples ausência de expressa previsão legal em relação à possibilidade de aplicação da

²⁹Como Juliana Gomes de Souza Lage (2008).

³⁰Como Cristiano Chaves de Farias (2009) e Nelson Rosendal (2009).

responsabilidade civil nas relações familiares, não se apresenta como motivo plausível, visto que sob a égide da Constituição Federal de 1988, o foco do direito é a proteção da dignidade da pessoa humana. Para esse entendimento, “a indenização seria devida tanto nos casos gerais de ilicitude (tomados como modelo os arts. 186 e 187 da Lei Civil), como em casos específicos, decorrentes da violação de deveres familiares em concreto” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 75).

Em posição doutrinária distinta existem aqueles que defendem a aplicação da responsabilidade civil na seara do Direito de Famílias, entretanto com ressalvas, dentre os quais se podem citar Vianna (2008). Para essa terceira corrente, existirá a possibilidade de responsabilização civil no campo do Direito da Família, desde que se observem no caso concreto os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil. Nas palavras de Vianna, “visto que o Direito de Família lida com a proteção da família, da intimidade de seus membros, respeito entre esses, portanto, somente será cabível quando demonstrada a gravidade da ofensa, o dano injusto, visando à conservação desses *valores*” (VIANA, 2008, p. 463).

Após todo o exposto, é necessário destacar que o presente trabalho filia-se à corrente doutrinária que defende a aplicação da responsabilidade civil na seara do Direito das Famílias, entretanto com ressalvas. Para a configuração da responsabilidade civil, faz-se necessário que estejam presentes os elementos configuradores do referido instituto.

5.2 Responsabilidade civil na ruptura de noivado

A ruptura de noivado é uma das hipóteses apresentadas como ensejadoras da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Famílias, entretanto destaca-se que mais uma vez não há uma convergência doutrinária.

Antes de se adentrar no mérito e nas discussões doutrinárias acerca da possibilidade de indenização por responsabilidade civil na ruptura de noivado é preciso fazer um apanhado histórico sobre os esponsais. Esses se tratavam de promessas formais de casamento, previsto pela Lei de 6 de outubro de 1784. Conforme explica Pereira, citado por Walsir, “o contrato esponsalício era feito por escritura pública, assinado pelos contraentes, por seus pais, e na falta

destes, pelos tutores ou curadores, e por duas testemunhas ao menos”. (ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 535). Dessa forma havia uma promessa formal em relação ao casamento, que se não fosse cumprida autorizava um dos nubentes a exigir que fosse cumprida a promessa feita (casamento) ou que houvesse uma reparação pecuniária.

O Código Civil de 2002, não fez nenhuma referência aos esponsais, e, além disso, e nas palavras de Walsir e Renata “tendo em vista que o casamento é assentado na vontade livre dos contraentes, podendo o arrependimento se dar até sua celebração, imperioso reconhecer que nos dias atuais o ordenamento jurídico não mais admite [...] os antigos esponsais. (ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 535). Dessa forma verifica-se que os esponsais ou promessa formal de casamento já não possuem previsão em nosso ordenamento jurídico.

Retomando a discussão acerca da possibilidade de se configurar responsabilidade civil nos casos de ruptura de noivado, há uma corrente, representada por Maria Berenice Dias (2007) que defende que só serão indenizados os danos emergentes, não cabendo indenização por dano moral, uma vez que faz parte da autonomia da vontade de cada ser humano decidir se irá ou não estabelecer os vínculos originários do casamento. Assim a promessa de casamento não vincula os nubentes.

Nesse mesmo sentido discorre Maria Celina Bodin Moraes:

“[...] por mais sofrimento que possa causar, tem a protegê-lo o princípio da liberdade, componente da dignidade da pessoa humana. Na ponderação de interesses, a integridade psíquica da noiva, supondo-se essa pessoa abandonada, deve ceder diante do princípio da liberdade do noivo, o qual, nesse caso, mais se aproxima do princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula de tutela de direitos fundamentais da pessoa humana”. (BODIN, 2004, p. 411).

Há também nos Tribunais entendimento correlato, conforme a seguinte decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO DA AUTORA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. ROMPIMENTO DE NOIVADO NÃO É ATO ILÍCITO A ENSEJAR A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO PROVIDO. (RIO DE JANEIRO. Proc. nº 2009. 001. 51912. Relator: Des. Odete Knaack de Souza, julgado em 18/03/2002).

De fato a promessa de casamento não gera um dever para os nubentes, podendo ser rompida a qualquer momento, entretanto destaca-se que para alguns doutrinadores, caso essa ruptura provoque algum dano moral comprovado, ou seja, estejam presentes o ato ilícito, o dano e o nexo causal, ensejará a indenização por dano moral. É necessário destacar que essa situação é excepcional. Segundo Flávio Tartuce, citado por Walsir, “o dever de indenizar, em casos tais, decorre do abuso de direito, pelo desrespeito à boa-fé objetiva, ou dependendo do caso, aos bons costumes”. (ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 537).

Corroborando com essa doutrina, a seguinte decisão:

RESPONSABILIDADE CIVIL- CASAMENTO- CERIMÔNIA NÃO REALIZADA POR INICIATIVA EXCLUSIVA DO NOIVO, ÀS VÉSPERAS DO ENLACE- Conduta que infringiu o princípio da boa-fé, ocasionando despesas, nos autos comprovadas, pela noiva, as quais devem ser ressarcidas. Dano moral configurado pela atitude vexatória por que passou a nubente, com o casamento marcado. Indenização que se justifica, segundo alguns, pela teoria da culpa “in contrahendo”, a pela teoria do abuso do direito, segundo outros. Embora as tratativas não possuam força vinculante, o prejuízo material ou moral, decorrente de seu abrupto rompimento e violador das regras da boa-fé, dá ensejo à pretensão indenizatória. Confirmação, em apelação, da sentença que assim decidiu. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AC 2001.001.17643. Relator: Des. Humberto de Mendonça Manes, julgado em 14/2/2002. Diário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 14 fev.2002).

Apesar de toda divergência doutrinária, acredita-se que é possível a responsabilidade civil pelo rompimento de noivado, desde que fique configurados os requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, ato ilícito, dano e nexo causal.

5.3 Responsabilidade civil no casamento e na união estável

Segundo Rodolfo Madaleno, citado por Walsir, existe, na doutrina, três posições a respeito da responsabilidade civil no casamento e na união estável: denegatória, permissiva e restritiva. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 538).

Para a corrente denegatória³¹ não será possível o dano moral no casamento e na união estável, pois não há previsão legal no ordenamento jurídico, além disso, o próprio Direito de Famílias prevê sanções específicas devido ao desrespeito por um dos cônjuges aos deveres do casamento ou união estável.

A corrente permissiva³² acredita se indenizado qualquer dano moral que decorra do descumprimento dos deveres conjugais³³.

Para a terceira e última corrente, a chamada restritiva³⁴, ao qual esse trabalho se filia, o dano moral poderá ser admitido no casamento e união estável, entretanto isso ocorrerá em casos excepcionais.

A simples ausência de amor não possui caráter de ato ilícito, visto que ninguém está obrigado a amar outra pessoa. Desde que o cônjuge que deu fim à sociedade conjugal aja dentro do exercício regular de um direito, não há que se falar em indenização por danos morais. Entretanto caso haja abuso de direito, restará configurada o dano moral (desde que presentes seus requisitos: conduta ilícita, dano e nexa causal).

Nesse sentido defendem Walsir e Renata de Almeida:

Não se pode afirmar que o descumprimento de qualquer dever do casamento irá gerar a obrigação de reparação civil. Dissabores existem em qualquer tipo de relacionamento e, nem por isso, fundamentam uma reparação moral. Entretanto, quando os atos praticados no âmbito familiar extrapolam a normalidade, desrespeitam o conteúdo normativo eleito livremente pelo casal e atingem a dignidade de um membro da familiar, caracterizado estará o ato ilícito e, por isso, perfeitamente plausível a responsabilização do causador do dano.

É importante destacar que nem todo descumprimento de dever conjugal, levará a indenização por danos morais, para que a reparação civil fique comprovada, os requisitos da responsabilidade civil³⁵ devem restar configurados.

³¹Filia-se a essa corrente Guilherme Borda citado por Rolf Madaleno (2008).

³² Filia-se a essa corrente Ângela Cristina da Silva Cerdeira (2000).

³³ Inclui-se o casamento e a União Estável.

³⁴Filia-se a essa corrente Renata Barbosa de Almeida (2012); Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012) e Maria Berenice Dias (2007).

³⁵ Conduta ilícita do agente, dano e nexa causal entre a conduta e o dano.

Corroborar com esse entendimento a decisão do STJ, a qual se transcreve:

Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório.

- Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).

- Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.

- O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.

- A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial.

- Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado.

- A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 742137/RJ. Relator: Min. NancyAndrighi. Julgado em: 21/08/2007).

Como se pode perceber da decisão supracitada, o STJ entende que para que se configure a possibilidade de reparação civil, é necessário que se esteja diante da inobservância de um dever jurídico. Dessa forma até mesmo a infidelidade pode gerar a responsabilidade civil por danos morais, pois desse descumprimento de dever conjugal, observado na decisão transcrita, houve a assunção de filho alheio pelo marido traído, justificando a reparação civil.

Conclui-se que das relações de casamento e união estável, pode ocorrer a necessidade de reparação por danos morais, entretanto trata-se de situação excepcional. O término pelo simples fato de não mais existir amor entre os envolvidos, não dá ensejo à reparação civil. Para que a responsabilidade civil fique configurada é preciso que um dos cônjuges cometa um ato ilícito,

entretanto vale destacar que nem todo descumprimento de dever conjugal dará ensejo à responsabilização.

5.4 Responsabilidade civil nas relações paterno-filiais³⁶

Trata-se de um dos temas mais polêmicos do Direito das Famílias na atualidade. Mais uma vez existem diversos posicionamentos em relação ao assunto, não só na Doutrina como nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros. A recente decisão do STJ, que será discutida em momento oportuno, suscitou calorosas discussões dentro do mundo jurídico.

Far-se-á um estudo detalhado dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil frente ao afeto, para que se possa concluir pela aplicação ou não do instituto da reparação civil, nos casos de abandono afetivo.

5.4.1 Posições doutrinárias e julgados favoráveis a responsabilidade civil pelo abandono afetivo

Grande parte da doutrina pode-se dizer majoritária, considera possível a responsabilização dos pais devido ao que chamam de abandono afetivo.

Em um primeiro momento é preciso destacar que para essa doutrina apresentada, trata-se o afeto de um princípio jurídico, dessa forma pode ser exigido pelo ordenamento jurídico.

Segundo esse entendimento, os pais têm o dever de conviverem com os filhos, seja sob o mesmo teto ou através do regime de visitas, nos casos de pais que não possuam a guarda dos filhos menores. Devem dedicar aos filhos carinho, atenção e amor. Dessa forma o principal motivo ensejador da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo é o descumprimento do dever de convivência expresso pelo art. 227 da Constituição Federal.

Nesse sentido complementa Rizzardo:

A convivência com os pais é direito que se impõem por reclamo da natureza humana e impedir esse impulso que emana do próprio ser traz graves frustrações na realização da afetividade, com os

³⁶ É necessário destacar que usar-se-á no presente trabalho a palavra abandono paterno-filial, entretanto refere-se também ao abandono materno filial.

irreparáveis efeitos que repercutirão negativamente vida afora, ensejando a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. (RIZZARDO, 2009, p. 698-699).

É nesse sentido que se posicionou o Tribunal do Rio Grande do Sul, em decisão inovadora, considerada a primeira decisão que se tem notícia no Brasil, a condenar o pai por abandono afetivo, a qual se reproduz um trecho, citado por GROENINGA:

De se salientar que aos pais incube o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22 da Lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança. Concluindo que a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. (GROENINGA, 2005, p. 427).

Observa-se que alguns doutrinadores³⁷, entendem ser o afeto um direito da personalidade, portanto a sua ausência enseja a responsabilização civil por violação de direito da personalidade.

Nesse sentido, transcreve-se ementa da decisão do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS- RELAÇÃO PATRENO FILIAL- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA- PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do Direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (MINAS GERAIS. TAMG. AC 0408.550-5, 7ª C.Cív., Rel. Juiz Unias Silva, Julg. 1º. 04.2004).

Para alguns doutrinadores como Giselda Maria Fernandes Hironaka, citada por Marina Alice Santos, até mesmo os pais fisicamente presentes podem incorrer no abandono afetivo:

Ainda que a presença dos pais seja uma constância na vida dos filhos, deve-se atentar para o fato de que não basta a presença física, sendo mister que a presença se consubstancie no bom desempenho das funções parentais. Pode se dar [sic], assim, que o mau

³⁷Como Flávio Tartuce (2012).

desempenho destas funções acarrete danos à formação sócio-psiquismo-cultural da criança. Quer isto significar que há muitos casos em que os pais convivem com seus filhos diuturnamente, mas delegam as suas funções de educadores e de encarnação da autoridade a terceiros, desobrigados destas funções ipso facto, na medida em que sejam os genitores das crianças, mas que assumem de forma derivada uma parcela mais ou menos significativa desta responsabilidade em função de uma relação jurídica contratual. (SANTOS, 2011, p. 84).

Sendo assim, a possibilidade de reparação civil existe nos casos de abandono afetivo, visto ser considerado princípio, portanto exigível. Além disso, o pai que abandona afetivamente o seu filho está cometendo ato ilícito, uma vez que descumpra o dever de convivência expresso pela Magna Carta. Há também os que entendem que esse dever de reparação decorre da violação de um direito da personalidade, qual seja o afeto.

5.4.2 O afeto e os elementos caracterizadores da responsabilidade civil

O presente trabalho analisou a natureza do afeto, segundo os ensinamentos de Alexy, Dworkin e Habermas, posteriormente apreciou o instituto da responsabilidade civil, detalhando cada requisito para sua configuração. Agora se faz necessário discutir a dificuldade de se caracterizar a necessidade de reparação civil, nos casos de “abandono afetivo”.

5.4.2.1 O ato ilícito culposo

É importante destacar, que em nenhum momento nega-se a importância do afeto para a constituição das relações familiares, principalmente na atualidade onde cada vez mais se aceita diversas formas de constituições familiares, muitas delas solidificadas pelo afeto, como é o caso da paternidade socioafetiva. Assim explica Iara Antunes e Bruno Torquato:

[...] Isso não significa que o afeto não tenha lugar no Direito. Como dito, a norma contém valores que devem ser considerados. Assim, defender o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva não é o mesmo que defender o afeto como valor jurídico. O direito não pode encampar valores sociais como normas, mas deve encampá-los nas normas que são coisas bastante distintas.

O afeto como já trabalhado em momento oportuno, é sentimento, valor moral, possui caráter subjetivo, não podendo ser exigido, ainda que desejável. Dessa forma não se pode caracterizar a existência de ato ilícito, quando uma pessoa deixa de dar afeto à outra, uma vez que não há configuração de violação de um dever jurídico, necessário para a existência do ato ilícito.

Caio Mário da Silva Pereira exprime bem a coincidência entre o preceito moral e a norma jurídica nos seguintes termos:

Sendo ambos – moral e direito – normas de conduta, evidentemente têm um momento de incidência comum. Mas, analisados intrinsecamente, os respectivos princípios se diferenciam, quer em razão do campo de ação, quer no tocante à intensidade da sanção que acompanha a norma, quer no alcance ou efeitos desta. Moral e direito distinguem-se em que a primeira atua no foro íntimo e o segundo no foro exterior. Se a conduta do agente ofende apenas a regra moral, encontra reprovação na sua consciência, e pode atrair o despreço dos seus concidadãos. Se a ação implica inobservância da norma jurídica, autoriza a mobilização do aparelho estatal, para recondução do infrator à linha de observância do preceito, ou para sua punição. Encarada do ângulo da intensidade, a norma jurídica é dotada de coercibilidade, que não está presente na regra moral, representando esta um estado subjetivo do agente, que pode ser adotado, ou que deve ser adotado voluntariamente, enquanto que a obediência ao preceito de direito é imposta coercitivamente pelo ordenamento jurídico. (PEREIRA, 2009, p. 9)

Conforme Caio Mário, a norma moral decorre de ato voluntário do sujeito. Dessa forma o afeto, como norma moral, não pode ser imposta coercitivamente. Nuno M.M.S. Coelho explica a voluntariedade:

A voluntariedade requer que o homem tenha em si a causa da ação, assim como a consciência suficiente de todas as circunstâncias que a envolvem, isto é, o domínio dos elementos estruturais da situação. [...] A voluntariedade do agir liga-se à alvorada da ética grega, como autodescoberta do homem em sua capacidade de influir, de dispor sobre o mundo, ou sobre parcela dele.

Para grande parte da doutrina³⁸ que defende à reparação pelo abandono afetivo, a possibilidade de responsabilidade civil é baseado no dever de convivência dos pais, expresso pela necessidade de estar com os filhos ou visitá-los quando não detiverem a guarda, dar carinho, amor e atenção. Entretanto esse “dever” de convivência não pode ser entendido com caráter de obrigatoriedade. A Constituição prevê que os pais devem conviver com os

³⁸Como Maria Berenice Dias (2007) e Flávio Tartuce (2012).

filhos, entretanto entende-se ser essa convivência algo baseada na espontaneidade, no afeto, que seja benéfica para todos os membros. Não se pode admitir que essa convivência irá beneficiar as pessoas, caso seja imposta por lei. Nas palavras de Horne, citado por Fernando Roggia Gomes, “a liberdade afetiva está acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior para ambos”. (GOMES, 2011, p. 306).

Além disso, não se pode acreditar que o afeto decorre puramente dos laços biológicos, ou que o vínculo sanguíneo é fator suficiente para que os membros de uma determinada família nutram entre si afeto verdadeiro. Conforme afirma Sérgio Barradas Carneiro, “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência e não do sangue”. (CARNEIRO, 2006, p. 18).

Em relação à culpa, assim adverte Leão (LEÃO, 2006, p. 45), “Não há lógica em culpar alguém por não amar, pois não existe um dever geral de amar como um dever geral de cautela”. Age com culpa quem deveria agir de forma diversa devido à dever preexistente. Por ser o afeto um sentimento, um valor moral, espontâneo, não há que se falar em um dever preexistente. Ademais, em muitos casos o distanciamento entre pais e filhos é provocado pelo outro genitor ou por quem seja responsável pela criança ou adolescente, que por problemas pessoais, acaba ocasionando o distanciamento.

Por todo o exposto, conclui-se que a simples falta de afeto não pode ser considerada ato ilícito ensejador de reparação civil.

5.4.2.2 O dano

Para a maioria dos doutrinadores³⁹ que defendem a possibilidade de reparação civil nos casos de abandono afetivo, alegam que para o crescimento sadio da criança e do adolescente necessário se faz a presença de ambos os genitores. Ousa-se discordar desse entendimento, por entender sê-lo discriminatório e desatualizado.

³⁹ Como Maria Berenice Dias (2007) e Flávio Tartuce (2012).

O art. 226 da Constituição Federal é considerado uma entidade aberta de entidades familiares, ou seja, não expressa de maneira taxativa as formas aceitas pelo ordenamento jurídico para a formação das famílias. Dessa forma, há famílias formadas apenas pelo pai, pela mãe, por duas mães ou dois pais, enfim existe uma infinidade de possibilidades para se organizar uma família na atualidade.

Assim, acreditar que a criança só terá uma formação que atenda às suas necessidades, caso estejam presentes em sua educação o pai e a mãe é no mínimo antiquado, e não mais representa a realidade das famílias brasileiras. Ratifica esse entendimento as palavras de Walsir e Renata, “[...] A entidade familiar pode cumprir com perfeição o papel de dar amparo emocional ao indivíduo sem que esteja atrelada a nenhum conceito restrito ou formação rígida e tradicional. A imposição de modelos contraria os ditames de um Estado Democrático de Direito”. (ALMEIDA: RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 551).

Além disso, ainda que a criança sofra prejuízos psicológicos, e que esses prejuízos sejam verificados por profissional habilitado, não se pode admitir que a culpa seja imputada exclusivamente a um único fator, qual seja, o abandono afetivo do pai. Nos dizeres de Leão, citado por Diniz “O abalo psicológico também pode ser desencadeado por fatores outros, que não a ausência paterna, sendo influenciável o meio onde vive o indivíduo, as outras pessoas com quem mantém relacionamentos, sua índole, seu jeito de ser, sua forma de amar”. (DINIZ, 2009).

Por fim entende-se ser de difícil caracterização o dano provocado pelo abandono afetivo, visto que na atualidade não se pode concluir que a presença de ambos os pais será a única forma de que o menor não reste prejudicado, visto que o conceito atual de família não exprime essa exigência. Igualmente, não se pode afirmar que a ausência de um dos genitores será a única causa de futuros abalos psicológicos da criança ou do adolescente.

5.4.2.3 Nexo de causalidade entre o abandono e o dano

Ainda que se admita a ocorrência de dano, ato ilícito e de nexos causal, o que não é defendido no presente trabalho, a configuração do nexos causal entre eles é de difícil estabelecimento.

Difícilmente, ainda que com a ajuda de profissionais competentes da psicologia, poderá se conseguir obter a única causa que trouxe abalos psicológicos para o menor, pois não se acredita que um único fator é responsável por esse problema psicológico. Nesse sentido adverte Danielle Alheiros Diniz, “Destaca-se que nada é monocausal. Cada ser humano reage de uma forma diferente diante da mesma situação. Difícilmente um dano psicológico decorre única e exclusivamente de um só fato. Não é decorrência lógica e certa que o filho desprovido de afeto paternal sofrerá necessariamente um dano”. (DINIZ, 2009). Aliás, a participação do Judiciário na resolução da lide pode provocar danos psicológicos maiores ainda, além de provocar o distanciamento entre as partes.

Em muitos casos ocorrem o que chama-se de alienação parental, que pode prejudicar o relacionamento entre pais e filhos, provocando o afastamento entre ambos.

Ana Luísa Porto Borges explica a alienação parental:

A alienação parental ocorre quando um dos genitores acaba implantando memórias falsas e/ou distorcidas em uma criança ou adolescente sob sua guarda, desfazendo a real imagem do outro genitor, através de uma campanha de desqualificação reiterada no exercício da paternidade ou maternidade. Ainda completa: [...] Estudos indicam que 80% dos filhos de pais divorciados ou em processo de separação já sofreram algum tipo de alienação parental. (BORGES, 2010).

Ainda que se admita a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, há que se encarar a consequência que essa decisão trará para o âmbito do Direito. Não se pode negar que se é possível que um filho ajuíze uma ação contra o pai por abandono afetivo, também será garantido aos pais esse mesmo direito, nos casos em que os mesmos se sentirem abandonados afetivamente. Aliás, também deveria ser assegurado ao filho que se sentir abandonado afetivamente e desmerecido em relação à outro irmão, que ingresse na justiça para cobrar daquele pai que prefere um filho ao outro de forma afetiva.

Francisco Horne assim aduz:

Ao quantificar o afeto, outras situações poderiam ensejar a reparação civil. Haveria dano moral decorrente de maior ou menor grau de afeto, um pai, que possui dois filhos, entretanto, gosta mais de um do que do outro, poderia ser obrigado a ressarcir o filho prejudicado. Enfim inúmeras situações surgiriam no dia a dia com base na quantificação do afeto.(HORNE, 2007).

Diante de tudo que foi analisado é possível concluir que ainda que se admita que exista ato ilícito e dano decorrente do abandono afetivo, é preciso entender que o nexos causal entre o dano e o ato ilícito nos casos de abandono paternal é de difícil configuração, devido à complexidade que envolve as relações interpessoais.

5.5 A mudança no posicionamento do STJ em 2012

Em 2005 o STJ se posicionou em relação à responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial, no REsp 757.411 MG, tendo como Relator o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. Nesse recurso especial o STJ decidiu por maioria dos votos que não cabe à aplicação de reparação civil nos casos de abandono afetivo.

Nesse sentido transcreve-se a Ementa do referido acórdão:

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

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. STJ. 4ª Turma. REsp. 757.411. Jul. 29/11/2005).

Após o relatório⁴⁰ do caso o Ministro Fernando Gonçalves proferiu o seu voto. O Ministro entende não ser cabível a indenização nos casos de abandono

⁴⁰ No relatório de forma resumida o relator explica os fatos. Trata-se uma ação ordinária proposta por Alexandre Batista Fortes, em face de seu pai, o Sr. Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, pleiteando indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo paterno-filial. O autor de forma sucinta alega que seu pai após o divórcio, não mais lhe prestou assistência psíquica e moral, apesar de cumprir com o dever de sustento. O pai alegou que visitava regularmente o filho e que fez muitas viagens o que impediram de visitá-lo com maior frequência. Além disso, alegou que a mãe de seu filho tinha comportamentos que tornavam a convivência insuportável. Em 1ª instância, o juiz de Direito da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, julgou improcedente o pedido inicial, concluindo que não restou comprovado através de laudo psicológico e do conjunto probatório apresentado nos autos, que o autor da ação tenha sofrido algum abalo psicológico, nem ao menos que o pai tenha tido descaso com a criação de seu filho. Em segunda instância, em sede de apelação, a Sétima Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, reformou a decisão de 1ª instância

afetivo. Alerta que se trata de matéria polêmica e que o principal eixo da discussão trata-se de determinar quais seriam os danos patrimoniais e extrapatrimoniais passíveis de indenização. Nas palavras do relator: “[...] Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato”. (BRASIL, 2005). Para o relator o próprio Direito de Família já prevê as sanções para os casos de abandono afetivo, sendo passível de perda do poder familiar aquele que deixar seu filho em abandono, nos termos do art. 1638, inciso II do código Civil⁴¹. Faz referência também ao fato da existência em muitos casos da chamada alienação parental, já tratada pelo presente trabalho, que como vimos é bastante recorrente nos casos de pais que se separa, o que pode provocar o afastamento entre pais e filhos, não sendo culpa daquele que se afastou. Ademais, faz uma alerta pelo fato de que uma demanda judicial poderia afastar mais ainda pais e filhos, nas palavras de Fernando Gonçalves: “Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno”. (BRASIL, 2005).

Dessa forma o relator conclui o seu voto com o seguinte texto:

Desta feita, como escapa ao arbítrio do judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do código Civil de 1916, não há como se reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. (BRASIL, 2005).

O Ministro Aldir Passarinho Júnior acompanhou o voto do relator, frisando o fato de que nos casos de abandono afetivo o próprio Direito de Família prevê a punição, qual seja a perda do poder familiar.

O Ministro Barros Monteiro, dissentiu do voto do relator. Reconheceu a possibilidade de indenização por danos morais, pois ao seu ver restou comprovado no autos, a ocorrência do ato ilícito, do dano e do nexos causal, pressupostos da configuração da reponsabilidade civil. Para o referido Sr.

condenando o pai a pagar uma indenização no valor de 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) entendendo ter o pai descumprido com o dever de convivência familiar, causando dano psicológico ao filho. Depois da referida decisão o pai interpôs Recurso Especial para o STJ.

⁴¹Art. 1638 Código Civil. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...] II- deixar o filho em abandono.

Ministro, a existência de sanção específica no Direito de Família não impede que seja arbitrado o Dano Moral.

O Ministro Cesar Asfor Rocha, votou com o relator, alegando que devido às peculiaridades do Direito de Família, caso o pai descumpra com seu dever, se de prestar alimentos sofrerá as punições previstas pelo Direito Civil, se apresentarem-se no campo extrapatrimonial serão resolvidas com a destituição do poder familiar.

Ainda destaca:

Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandonou por uma semana, o valor da indenização seria “X”, se abandonado por um mês, o valor da indenização seria “Y”, e assim por diante. (BRASIL, 2005).

Dessa forma em 2005, de forma majoritária, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça entenderam não ser possível a responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo.

Em 2012, porém, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão em sede de Recurso Especial nº 1.159.242 SP, contrária ao entendimento proferido em 2005.

A mudança de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi deflagrada no voto da Ministra Nancy Andrighi, que julgou parcialmente improcedente o recurso especial. Foi mantida a indenização por danos morais, apesar de ter reduzido o seu valor para R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

A ministra Nancy Andrighi, iniciou o seu voto apontando a possibilidade de se aplicar a responsabilização civil nos casos de descumprimento das obrigações parentais. Tomou como o respaldo os textos legais presentes nos arts. 5,º V e X da Constituição da República de 1988 (BRASIL 1988) e arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002 (BRASIL 2002).

Baseado nesta fundamentação legal, a ministra refutou o argumento de que a legislação prevê para o descumprimento das obrigações parentais, apenas a perda do poder familiar como punição possível. De acordo com a ministra Nancy Andrighi, em seu voto (BRASIL, 2012):

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

Segundo o entendimento da ministra, a perda do poder familiar não tem o condão de compensar o filho pelos danos causados pelo abandono afetivo dos pais, o que somente pode ser alcançado pela cumulação dos dois institutos: a perda do direito do pai sobre o filho e a condenação a indenização por danos morais.

Após admitir a aplicação da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais fundamentadas no abandono afetivo, a ministra segue seu voto apontando a existência dos elementos necessários à sua caracterização.

Para demonstrar a existência do suposto ato ilícito do pai que abandonou afetivamente a filha, a ministra argumentou (BRASIL, 2012):

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese 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.

De acordo com a ministra, o suposto ato ilícito do pai não se fundamenta na ausência de amor ao filho, mas sim na negligência com seus deveres parentais de criação e educação. Nesses termos pronunciou: “[...] Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. (BRASIL, 2012)

Nancy Andrighi trata dos deveres parentais de convivência, atenção, educação dos filhos, como atividades que não necessitam da existência do afeto para se manifestarem. No entanto, o efetivo cuidado necessário ao desenvolvimento da personalidade dos filhos, não pode se dar sem a presença de uma relação permeada de afeto. Dificilmente um pai que não ame o filho conseguirá exercer com esmero suas obrigações de assistência moral, e obrigá-lo a isso implica indiretamente à imposição do amor.

Tomando-se por base esse raciocínio, estará esvaziada de sentido a máxima trazida pela ministra de que “[...] amar é faculdade, cuidar é dever.”.

Já com relação à caracterização da culpa no abandono afetivo, a ministra Nancy Andrighi dispõe no seu voto que circunstâncias que podem levar ao distanciamento entre um dos pais e o filho, como o divórcio do casal, alterações de domicílio, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, não eximem a culpa dos pais. Para a ministra:

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor 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.

Observa-se que para a ministra não há nenhuma excludente de culpabilidade dos pais pelo abandono afetivo, pois estes são supostamente responsáveis por um núcleo mínimo de cuidados para com os filhos, decorrentes do dever de paternidade.

Quanto ao dano e o nexos causal, a ministra aponta o exame pericial como forma de aferir os problemas psicológicos gerados ao filho. No entanto, Nancy Andrighi afirma que não é necessário que o dano tenha sido causado exclusivamente pela conduta negligente do pai, a sua participação na ocorrência desse dano, já gera o dever de indenizar.

Tal posicionamento se mostra bastante criticável, pois no caso em questão, a ministra alega que a filha apesar do abandono do pai, a filha “[...] logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável apurmo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.” (BRASIL, 2012).

Foi apontado, portanto, como dano passível de reparação o sofrimento, as mágoas e a tristeza da filha, por ser considerada filha de segunda classe. Contrariamente a esse entendimento, o instituto do dano moral, como já foi abordado anteriormente, requer a ocorrência de dano aos direitos da personalidade do agente. O sofrimento, as mágoas e a tristeza, são sentimentos corriqueiros, que não implicam em uma violação capaz de caracterizar um dano moral. O fato da autora da ação ter seguido a sua vida e até mesmo ter alcançado sucesso profissional, demonstra que a ausência do

pai não lhe gerou danos psicológicos suficientes para ter afetado a plena formação da sua personalidade, não havendo que se falar em ato ilícito do pai.

De acordo com a ministra Andriahi (BRASIL, 2012):

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in reipsa* traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

O Ministro Massami Uyeda votou de forma contrária à relatora. Para o ministro citando a ministra Nancy, realmente a família é um complexo de relações difíceis de entender, dessa forma qualquer pessoa pode se sentir preterido afetivamente em relação à outra. Concorde que os estudos estão certos e que o melhor para todos era que se convivesse em harmonia com os familiares, pais e mães. Entretanto, destaca que isso é o melhor, mas não a única forma de se atingir o pleno desenvolvimento e ainda completa, “Não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade”. (BRASIL, 2012). E ademais exalta o perigo de se abrir esse precedente no STJ, como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal, pois, nas palavras do Ministro, “[...] não haverá mais tranquilidade”. (BRASIL, 2012).

O Ministro Sidnei Beneti, acompanhou o voto da relatora no sentido de defender a possibilidade de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo. Entretanto, o citado ministro não se refere ao descumprimento do dever de cuidado. Acredita ser possível a indenização pelo abandono do filho, agravado na situação, pelo tratamento discriminatório em relação aos outros filhos. Ressalta o fato de que a indenização deve corresponder à ação ou omissão do agente, posto que no caso em tela, a atitude da genitora, dificultou o relacionamento entre o pai e a filha.

E destacou os atos pelos quais se exteriorizou o abandono:

1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4ª) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares,

abrigo, vestuário e outras; 5º Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha. (BRASIL, 2012).

Diante disso o Ministro Sr. Sidnei Beneti, votou pela condenação do pai em indenização por danos morais a título de abandono afetivo, entretanto reduziu o valor arbitrado pelo Tribunal de origem, considerando a culpa do outro genitor.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, acompanhou o voto do Ministro Sidnei Beneti, entretanto ressaltou que a responsabilidade civil nas relações familiares devem ser analisadas de forma cautelosa.

Nas palavras do Ministro:

Assim, pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente no seu viés mais íntimo. (BRASIL, 2012).

Para o ministro “apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais”. (BRASIL, 2012). Dessa forma, o dever de cuidado citado pela Ministra Nancy possui um caráter extremamente subjetivo. Na opinião do Ministro, para que o pai seja condenado é necessário que o mesmo descumpra totalmente o dever de cuidado, o que pra ele ficou configurado no caso concreto.

Inconformado com a decisão, o pai, o Sr. Antônio Carlos Jamas dos Santos, protocolou no dia 25 de maio de 2012, embargos de divergência para o Superior Tribunal de Justiça. Os embargos de divergência no recurso especial podem ser interpostos nos casos concretos, toda vez em que uma turma, ao apreciar um recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, de uma seção ou da Corte Especial. Sendo assim os embargos visam à unificação de jurisprudência dentro de um Tribunal. Como demonstrado anteriormente, a 4ª Turma do STJ, em 2005, decidiu pelo não cabimento de danos morais, nos casos de abandono moral, ensejando a existência de divergência jurisprudencial, em relação à decisão proferida pela 3ª Turma do Tribunal citado. Os embargos interpostos, atualmente aguardam julgamento.

Após a análise dos votos dos Ministros, nos dois casos de abandono afetivo, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, é preciso tecer alguns comentários.

Não se duvida que o afeto seja fator importante para a constituição das relações familiares, principalmente diante do novo conceito de família. Entretanto, por tudo que foi explanado no presente trabalho, conclui-se que destarte a sua relevância, o afeto devido ao seu caráter de sentimento, valor moral, em nenhum momento, ainda que desejável, poderá ser exigido.

As relações familiares são de difícil entendimento, devido ao seu caráter subjetivo. Não se pode admitir na atualidade, que existam padrões de conduta a serem seguidos na criação e educação dos filhos. Nas palavras do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, “Felizmente, dispõe-se de uma larga margem de liberdade para educar e criar os filhos do modo que melhor de aprouver, sendo que desvios, percalços e falhas são inerentes ao processo de educação e de criação”. (BRASIL, 2012). Não se nega a importância da presença de ambos os pais, durante o desenvolvimento dos filhos, entretanto a ausência de um dos genitores não trará certamente prejuízos psicológicos ao menor.

A ministra Nancy Andrigui eleva o cuidado como valor jurídico e afirma que “amar é faculdade, mas cuidar é dever” (BRASIL, 2012). Entretanto parece-nos difícil, se não impossível a missão de separar os dois conceitos, pois se acreditarem intrínsecos um ao outro. Como uma pessoa irá cuidar de outra se não existir o mínimo de afeto entre ambas. A ministra tenta inclusive exemplificar o que seria o dever de cuidado, como os contatos, ainda que por telefone e tratamento igual com aqueles que realmente amam. Nas palavras de Danielle Alheiros Diniz, “pela decisão do STJ entende-se que bastaria o fato de o pai ter procurado o filho, independente da qualidade desse contato. Todavia, não é isso que os filhos abandonados afetivamente queriam ter tido de seus pais”. (DINIZ, 2012). Conforme destaca Francisco de Assis Chagas de Mello e Silva, “O dever de cuidar, como salientam os Ministros, se não é material, consiste então nas “obrigações paternas” de dedicação e afeto”. (SILVA, 2012).

Ainda discutiu-se na presente ação o fato que o pai não contemplava a filha, com os mesmos benefícios que tinham os outros filhos. Ora entende-se que esse fato deveria ter sido discutido, em momento oportuno, quando do arbitramento da pensão alimentícia, se houve falha, essa foi do próprio poder

judiciário. Da mesma forma ocorre no caso do pai, ter alienados bens em benefícios dos outros filhos, visto que essa matéria não compete ao STJ julgar e deve ser analisada em outros autos, não se relacionado ao pedido da ação, pois se trata a discussão de bens materiais.

Como diria o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, “Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são em parte, próprias da vida e, por isso mesmo inevitáveis”. (BRASIL, 2012). Nesse sentido faz parte das relações humanas a sensação de nunca ser amada o suficiente ou até mesmo sentir afeto e carinho de forma diferenciada em relação a pessoas que ao ver da sociedade deveriam ser tratadas de forma equânime. Entretanto, o que se deve destacar é que não cabe ao Poder Judiciário, por mais respeitáveis que sejam suas decisões, adentrar e discutir os sentimentos humanos. Assim criar-se-á uma indústria de indenizações, pois se cada pessoa que se sentir rejeitada afetivamente de alguma forma ou de outra, decidir acionar o Judiciário para resolver esse tipo de problema, teremos uma superlotação do Poder Judiciário, que certamente não “dará conta” de resolver todas as demandas propostas.

Ao fim, a divergência entre os ministros resultou na decisão por maioria de procedência parcial do recurso, com a redução do valor da indenização para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Destaca-se que a recente decisão da 3ª Turma do STJ não deve ser vista como o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, visto ser um julgado isolado e não unânime proferido por uma das turmas do STJ, composta por cinco Ministros. Ressalta-se que o STJ é composto na totalidade por 33 Ministros.

Diante do conflito jurisprudencial exposto, de decisões contrárias acerca do abandono afetivo, observa-se que o direito não está preparado para adentrar numa esfera tão subjetiva e nebulosa como as famílias. Dessa forma, percebe-se que não cabe ao direito querer impor o cuidado e a convivência dos pais com os filhos, pois isto pressupõe a existência de afeto. Sendo um valor jurídico, um sentimento, o afeto não pode servir como fundamento para imposição de responsabilidade. Cabe apenas a Direito resguardá-lo quando é a opção dos envolvidos.

5.6 O Projeto de Lei do Senado PLS nº 700/2007

Devido às grandes discussões acerca do tema abandono afetivo, o senador Marcelo Crivella, propôs em 2007, um projeto de Lei de sua autoria, com o intuito de alterar o ECA, caracterizando o abandono moral como um ilícito civil e penal.

O projeto de Lei altera o art 4º do ECA, atribui aos pais o dever de prestar assistência moral aos filhos, como a orientação profissional, educacional e culturais; a solidariedade e o apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade; a presença física solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida. Para os pais que desrespeitarem essa orientação será aplicada pena de detenção de um a seis meses.

No § 2º do artigo 4º da nova redação sugerida, o senador sugere que “Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento”. Dessa forma o Senador deixa claro que a obrigatoriedade do convívio ou de visitas periódicas, será capaz de suprir o afeto necessário para o pelo desenvolvimento da criança e do adolescente.

Para o Senador com a legalização do instituto do abandono afetivo, a insegurança jurídica pelas decisões conflitantes de julgamento emanadas pelos Tribunais brasileiros, em relação ao tema.

Nas palavras de Marcelo Crivella, citado por Walsir:

[...] diante da crise social com reflexos no ambiente familiar, (apresentou) o projeto de lei para responsabilizar, cível (sic) e criminalmente, os pais que, sem justa razão, deixarem de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando eles pedirem a sua companhia. Alguns Tribunais começam a condenar pais por essa negligência. Mas há decisões contrárias o que gera insegurança jurídica. Isso será superado por essa lei que não deixará dúvidas quanto a esse dever maior dos pais.

Para o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), em ofício enviado ao Senador Crivella, a proposta legislativa é inovadora e necessária. No texto, o IBDFAM argumenta que a responsabilidade parental possui

subsídios consubstanciados nos princípios da paternidade responsável e absoluta prioridade da criança e adolescente.

Ousa-se discordar do entendimento do Senador Marcelo Crivella. Não cabe ao Direito imputar que um pai ame seu filho. O afeto é sentimento, dessa forma não pode ser cobrado ou exigido. Destaca-se que não se nega a importância do afeto para a constituição dos vínculos familiares. Entretanto não será a existência de uma lei que fará com que os pais passem a amar os filhos, ao revés o que poderá ocorrer é a existência de pais⁴², que diante de uma exigibilidade legal, por receio de serem punidos civilmente e penalmente, passem a demonstrar um afeto que na realidade não existe, desvirtuando assim a qualidade do afeto, posto ser esse espontâneo.

Ainda assevera Walsir e Renata sobre o risco de transformar a matéria em texto legal simplista:

Notável é o risco de se engessar a matéria através de texto legal simplista e que não leva em conta todas as dimensões da configuração do dano afetivo. A análise deve ser minuciosamente feita caso a caso e não orientada por texto legal que tenta prever todas as especificidades do assunto. O projeto de lei, caso aprovado, representará retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, que vem, a cada dia, valorizando a aplicação de cláusulas gerais e princípios. Pelo mesmo motivo, causa enorme estranheza a utilização da segurança jurídica como justificativa para as alterações legais pretendidas. Aludida segurança, muito questionada por juristas da atualidade, não se relaciona a ditames legais que pretendem reger todos os aspectos de determinado tema. (ALEMIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 555).

Dessa forma é cediço que o projeto de Lei apresentado pelo Senador Marcelo Crivella não resolverá os problemas relacionados à falta de afeto entre genitores e seus filhos. O afeto por ser sentimento, não pode ser cobrado. Além disso, a matéria relacionada ao abandono afetivo é matéria complexa e de difícil resolução, sendo extremamente perigoso que se proponha a resolvê-la pela alteração de alguns artigos do ECA. Por ser assunto complexo, uma legislação simplista não solucionará as divergências que cercam o tema.

⁴² É importante destacar que o abandono se refere à pais e mães.

5.7 Mediação como forma de resolução dos conflitos familiares

Apesar de se defender que os casos de abandono afetivo não geram o dever de reparação civil, por entender que os mesmos não constituem ato ilícito, não se pode deixar de considerar que muitas famílias, mais propriamente muitos pais e filhos encontram o problema de distanciamento em suas relações, seja por qualquer motivo existente. Entende-se não serem as vias Judiciais, a melhor forma possível para a resolução desses conflitos devido a subjetividade que cercam as relações afetivas.

A mediação, arbitragem e conciliação surgiram como formas alternativas de resoluções de conflitos, em relação ao Judiciário. São público e notório que o nosso sistema Judiciário não consegue atender a todas as demandas da sociedade, o que ocasiona a grande demora na prestação jurisdicional. Dessa forma em muitos casos também o nosso sistema judicial não consegue trazer a respostas que as partes procuram, como nos casos de ausência de afeto nas relações paterno-filiais.

Antes de se adentrar especificamente no mérito da questão, faz-se necessário diferenciar as três formas alternativas de resolução de conflitos, quais sejam mediação, arbitragem e conciliação. Primeiro destaca-se os pontos em comum. Nas três espécies há a participação de um terceiro, entretanto no caso da arbitragem esse terceiro decide, o que não ocorre na mediação e conciliação. Em relação à mediação e a conciliação a linha de diferenciação é mais tênue. Para realizar essa distinção, usam-se as palavras de Walsir Rodrigues e Renata de Almeida:

A mediação é o processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador, terceiro neutro e imparcial, tem a atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar a uma solução aceitável. A decisão é das partes, tão somente delas, pois o mediador não tem poder decisório nem influencia diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos. Já o conciliador, apesar de não decidir, influencia diretamente na decisão das partes por intermédio de uma intervenção mais direta e objetiva. Para alcançar o objetivo final, ou seja, o acordo, o conciliador induz, dá palpites e sugestões. Assim, diante de um conflito a respeito do valor de uma indenização, o conciliador pode sugerir o meio-termo entre o que é ofertado por uma das partes e o que é pedido pela outra, ou sugerir o parcelamento desse valor, ou persuadir, alertando

sobre qual deverá ser a solução do juiz para o caso. (ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 560).

Dessa forma, pela análise dos conceitos trazidos pelos autores, é possível identificar que para as soluções de conflitos derivados de problemas decorrentes da falta de afeto nas relações paterno-filiais, a melhor forma de se definir as soluções é através da mediação. A mediação proporciona o diálogo entre as partes, sendo essas que por si só encontrarão a melhor resposta para o seu problema. Não se vislumbra a figura de um perdedor e um ganhador, pois as próprias partes envolvidas no conflito encontrarão a solução para o seu problema.

Entretanto Matzenbacher faz uma ressalva:

Na mediação, o tempo para se chegar à resolução do conflito é determinado pelos participantes, pela importância que o interesse seja revelado para que pai e filho consigam chegar ao entendimento (acordo), “passando a limpo o passado”, focando a relação deles para o futuro e, assim, a relação ser reestruturada e a família atinge os objetivos constitucionais de uma família feliz, a criança ou adolescente em pleno convívio familiar sadio (MATZENBACHER, 2009, p. 68).

Importante destacar que a mediação não encontra expressão previsão legal. O projeto de Lei nº 517 de 2011 de autoria do senador Ricardo Ferraço visa regulamentar a mediação no ordenamento jurídico. O art. 2º do projeto define mediação como “um processo decisório conduzido por terceiro imparcial, como objetivo de auxiliar as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais”.

O novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 8046/2010) traz em seu bojo a previsão do instituto da mediação nos arts. 144 e seguintes. Enumera como princípios da mediação: independência, neutralidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade e da informalidade.

Assim a mediação apresenta-se como solução para os conflitos decorrentes da ausência de afeto entre pais e filhos, uma vez que as próprias partes encontram a solução para os seus anseios, entretanto é necessário que para que a mesma logre êxito que as partes envolvidas desejem a mediação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a compreensão do presente trabalho, foi necessária uma análise do instituto da família, desde os primórdios até a atualidade. Verificou-se que a família é precedente ao Direito, com caráter atemporal, dessa forma sua definição se modifica com o tempo, sendo sempre atual.

Iniciou-se o estudo pela família romana. Essa tinha como principal objetivo o culto dos antepassados, pois essa era uma forma de mostra-lhes respeito. A única família aceita era aquela originária do casamento, e esse tinha como única função gerar filhos para que fosse dada continuidade ao culto aos antepassados. O pai exercia o poder sobre todos.

Observou-se que a família no Código Civil de 1916 sofreu forte influência da família romana, sendo essencialmente, patrimonialista, paternalista, matrimonialista e hierarquizada.

Devido às várias alterações histórico-sociais ocorridas, constatou-se que a família tutelada pelo Código Civil de 1916, não representava mais a realidade social. A Constituição Federal de 1988 consolidou os anseios da sociedade, trazendo em seu bojo um novo conceito de proteção à família. A família atual, denominada eudemonista, busca a proteção dos seus membros, ou seja, o importante para essa nova família é a busca da felicidade dos sujeitos que a compõe. Foram inseridos diversos novos princípios, para consolidar esse atual conceito familiar. Entre esses princípios destacou-se a divergência doutrinária e jurisprudencial em relação a um deles de forma especial, qual seja a afetividade.

Para grande parte da doutrina⁴³ o afeto possui caráter principiológico, sendo, dessa forma passível de exigência. Para outra parte da Doutrina⁴⁴, a qual representa o entendimento do trabalho apresentado, o afeto apesar da sua grande importância perante a família atual, não possui caráter de princípio, sendo, portanto inexigível, posto ser um valor, um sentimento, tendo caráter espontâneo.

⁴³Como Maria Berenice Dias (2007); Rodolf Madaleno (2008) e Paulo Luis Neto Lôbo (2003)

⁴⁴Como Renata Barbosa de Almeida (2012); Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012) e Breno Mendes Forel Muniz Vianna (2008).

Analisou-se, para chegar a conclusão de que o afeto, apesar de sua importância, não representa um princípio jurídico, os ensinamentos de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Habermas. Inferiu-se que os princípios jurídicos são normas pertencentes ao âmbito deontológico, do dever ser, pois estabelecem direções de comportamentos em determinadas situações, o seu descumprimento gera um dever de reparar, visto o seu caráter de obrigatoriedade. Já em relação aos valores pertencem ao âmbito teleológico, traduzindo o que é bom, tem caráter subjetivo, pois expressam uma preferência de um sujeito ou de uma coletividade, diante de uma determinada situação. Dessa forma os valores, não podem ser exigidos. Aduziu-se que o afeto é valor, sentimento, dessa forma, inexigível.

Posteriormente a essa avaliação filosófica em relação a natureza do afeto, fez-se necessária a análise da discussão travada pela doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade da ausência de afeto ser considerada elemento caracterizador da obrigação de reparar civilmente.

Em primeiro momento analisou-se de forma sucinta, por não ser o foco do presente trabalho, a ausência de afeto diante das relações originárias do casamento. Inferiu-se que a simples ausência de afeto não pode ser considerada elemento suficiente para restar caracterizado a obrigação de reparar. É necessário que fique comprovado a presença dos três elementos essenciais da responsabilidade civil, qual seja o ato ilícito, o dano e o nexo causal. A simples falta de afeto não constitui ato ilícito.

No tocante à reparação civil decorrente do abandono afetivo materno/paterno-filial, apreciou-se a grande divergência doutrinária e jurisprudencial que cerca o tema. Grande parte da doutrina e alguns julgados dos tribunais⁴⁵ brasileiros entendem ser possível a caracterização da responsabilidade civil, decorrente da ausência de afeto paterno-filial, por encararem a convivência familiar como um dever expresso pela Constituição, cabendo aos genitores dar carinho, afeto e atenção à sua prole. Entretanto, não foi o entendimento do presente trabalho. Não se nega a importância do afeto na constituição das relações familiares, porém por ser o afeto um valor moral, um sentimento, possui caráter de espontaneidade, dessa forma não se

⁴⁵ Como AC 0408.550-5, 7ª C.Cív., Rel. Juiz Unias Silva, Julg. 1º. 04.2004 e REsp. 1.159.242 SP, 4ª Turma STJ, Rel. Min. Nancy Andrigui, Jul. 04.20012.

pode exigí-lo, ainda que desejável. Acredita-se que a convivência familiar expressa pela Constituição será aquela de caráter espontâneo, visto julgar que essa obrigação imposta aos pais pode trazer mais males do que benefícios.

Analisou-se a atual decisão proferida pela 3ª Turma do STJ, que condenou o pai ao pagamento de indenização a títulos de danos morais decorrentes do abandono paterno-filial. Acredita-se não poder ser considerada o atual posicionamento do STJ, pois se trata de decisão isolada de apenas uma Turma que compõe o Tribunal. Para a Ministra Nancy Andrighi um pai não pode ser obrigado a amar, mas tem o dever de cuidar dos seus filhos, concretizado pela célebre frase, “Amar é faculdade, cuidar é dever”. Ousou-se discordar da ministra, pois entende-se não ser possível distanciar o afeto do cuidado. Acredita ser o dever de cuidado algo amplamente subjetivo, dessa forma se ele não expressa o dever material, só lhe resta representar os deveres de afeto e dedicação, o que não há dúvida não pode ser exigido. A ausência de afeto não gera a necessidade de reparação civil, pois a mesma não configura o ato ilícito.

Por fim, como uma possível solução para os conflitos decorrentes do abandono afetivo paterno-filial, apresentou-se a mediação. Devido o caráter subjetivo dessas relações familiares, acredita-se que o Poder Judiciário não será capaz de resolvê-los. Entretanto a mediação é uma solução plausível na medida em que as próprias partes elegerão as melhores formas para solucionar os seus conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 588 p.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 559, 17 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6183/do-dano-moral-coletivo-no-atual-contexto-juridico-brasileiro>. Acesso em: 22 de dezembro de 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 de dezembro de 2012.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 01 de dezembro de 2012.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 de dezembro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Resp 598281 MG. Rel. Ministro Luiz Fux. Julg. 02 de maio de 2006. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 21 de dezembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp. 742137 RJ. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 21 de agosto de 2007. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=responsabilidade+civil+casamento&b=ACOR. Acesso em: 05 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Projeto de Lei nº 700/2007. Modifica a Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516. Acesso em: 26 de dezembro de 2012.

BRASIL. Projeto de Lei nº 517/2011. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos.

Disponível em:

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101791.

Acesso em: 06 de maio de 2013.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8046/2010. Institui o Código de Processo Civil.

Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/camara/2012/06/21/projeto-de-lei-804610-o-novo-cpc/>. Acesso em: 06 de maio de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Resp 757411 MG. Rel.

Ministro Fernando Gonçalves. Julg. 29 de novembro de 2005. Disponível

em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006. Acesso em: 29 Nov. de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Resp 1159242 SP. Rel. Nancy Andrighi. Julg. 24 de abril de 2012. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em: 29 de Nov. de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de

Divergência no Recurso Especial. EREsp 182223 CP 1999/0110360-6. Rel

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julg. 05 fev. 2002. Disponível em:

www.stj.jus.br. Acesso em: 21 de Nov. 2012.

BULOS, UadiLammêgo. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. O pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARDOSO, Simone Murta. Responsabilidade Civil nas relações afetivas. In:

(Org). Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2011. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=729>. Acesso em: 14 de Nov. de 2012.

CARNEIRO, Sergio Barradas. Os efeitos do afeto elevados a valor jurídico.

2006. Disponível em: http://sergiobc.com.br/publicacoes/livro_01/files/livro-sbc.pdf. Acesso em: 27 de Nov. de 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Cível Pública- comentários por

artigo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Livraria Clássica, 2010, 588 p.

CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si. Editora Coimbra. 2000.

COELHO, Nuno M.M.S. Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles. 1.ed. São Paulo: Editora Rideel. 2012.

COLANGES, Fustel. A cidade antiga. Lisboa: Livraria Clássica, 1950.

COLANGES, Fustel. A cidade antiga. Jean Melville (Trad), Série Ouro, 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. O afeto face ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família. In; (Org). Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>. Acesso em: 21 de Dez. de 2012.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Ciivil. 11. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. Ed. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5. Ed. São Paulo: RT, 2009.

DINIZ, Danielle Alheiros. A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24jun. 2009 Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/12987/a-impossibilidade-de-responsabilizacao-civil-dos-pais-por-abandono-afetivo>. Acesso em: 27 de Nov. de 2012.

DINIZ, Danielle Alheiros. Abandono afetivo: como cumprir o dever de cuidar sem amar? Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3269, 13 de jun. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/21997/abandono-afetivo-como-cumprir-o-dever-de-cuidar-sem-amar>. Acesso em: 29 de Nov. de 2012.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. Em busca da família do novo milênio. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios para a fixação da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. 2008^a. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/Criterios.pdf. Acesso em: 18 de Nov. de 2012.

GOMES, Fernando Roggia. A responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores. Revista da ESMESC. 2011. Disponível em: <http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/33>. Acesso em: 27 de Nov. de 2012.

GONÇALVES, Carlos. Teoria Geral das Obrigações. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo: a interdisciplina sintoniza o direito de família como o direito de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). A outra face do poder judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Trad. Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

HABERMAS, Jurgen. Direito de Democracia: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. UFG. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V.I.

HORNE, Francisco Alejandro. O não cabimento de Danos Morais por abandono afetivo do pai. In: Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/298>. Acesso em: 28 de Nov. de 2012.

LAGE, Juliana Gomes de Souza. Responsabilidade civil nas relações conjugais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Cap. 19, p. 485-508.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial: Arts 1591 a 1693, volume XVI. Coordenação Álvaro Villaça Azevedo – São Paulo. Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. Jus navegandi, Teresina, ano 10, n. 1036, 3 de maio de 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>. Acesso em: 21 de Dez. de 2012.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MINAS GERAIS, Tribunal de Alçada, 7ª Câmara Cível. A petição Cível 0408.550-5, Rel. Juiz Unias Silva, Julg. 1º.04.2004. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 21 nov. 2012.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fpatima Freire de. Concorrência de direitos fundamentais em direito de família: conflito entre a intimidade genética do menor e interesses familiares e conflito referente à liberdade genética do menor e interesses familiares e conflito referente à

liberdade religiosa no seio familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen, 2008).

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PARODI, Ana Cecília. Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos. Campinas: Russell, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o Direito de Família. 2009. Disponível em: <http://rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=617>. Acesso em: 21 de Dez. de 2012.

PERLINGIERE, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Contornos contemporâneos da filiação. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord) Manual de Direito das famílias e Sucessões. P 193-201. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 20ª Câmara Civil. Processo nº 2009. 001. 51912 Rel. Des. Odete Knaack de Souza. 18 de março de 2010. Disponível em: <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003C63DA2DEF1EDDA7AED09CD543C4D6399B4C4023A3216>. Acesso em: 25 de Nov. de 2012.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. AC 2001.001.17643. Relator: Des. Humberto de Mendonça Manes, julgado em 14/2/2002. Diário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 14 fev.2002. Disponível em: http://portaltj.tjrj.jus.br/search?btnG=Pesquisar&site=geral&client=site&output=xm1_no_dtd&proxystylesheet=site&sort=date%253AD%253AL%253Ad1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&exclude_apps=1&filter=0&getfields=*&q=AC+2001.001.17643. Acesso em: 25 de Nov. de 2012.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil Volume IV. 19º. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil 1.4. Danos Patrimoniais. TV Justiça- Programa Saber Direito. Aula exibida dia 21 de outubro de 2008b. YouTube, 1º de junho de 2009. Disponível em: http://www.youtube.com/watch?v=aFbe-K7of_o. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. Fixação de montante indenizatório do dano moral: defesa de processo bifásico de mensuração como consequência do imperativo constitucional de motivação das decisões. Jus Navegandi. Teresina, ano 9, n. 362, 4 de julho de 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5383/fixacao-de-montante-indenizatorio-de-dano-moral>. Acesso em 18 de Nov. de 2012.

SANTOS, Marina Alice de Souza. A natureza do afeto nas relações paterno-filiais frente à responsabilização civil. 2011. 122f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SantosMAS_1.pdf. Acesso em: 10 de Dez. de 2012.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHEREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Francisco de Assis Chagas de Melo e. Ame ou Pague. In: Migalhas. 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI155556,101048-Ame+ou+pague>. Acesso em: 29 de Nov. de 2012.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VALE, André Rufino do. A estrutura das normas de Direito Fundamentais: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 2006. 286f. Dissertação (Mestrado)- Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Disponível em: http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3616/1/2006_Andr%C3%A9%20Rufino%20do%20Vale.pdf. Acesso em: 20 de Nov. de 2012.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org). Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000. p. 46.

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade Civil Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord). Manual do Direito das Famílias e das Sucessões, Belo Horizonte: Del Rey e Mandamentos, 2008. p. 453-484.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 2ª. ed. São Paulo: Editora Método/Forense, 2012. 1440 p.
TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. 2. ed. Rio de Janeiro, 2009, 240 p.