

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL – MINTER – PUC MINAS/FAP

Danielli Cruz Sampaio

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL POR ABANDONO
AFETIVO PERENTO-FILIAL SOB A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Belo Horizonte
2018

Danielli Cruz Sampaio

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL POR ABANDONO
AFETIVO PERENTO-FILIAL SOB A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Mestrado Interinstitucional – MINTER – PUC Minas/FAP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Marcelo Poli.

Área de concentração: Direito Privado.

Belo Horizonte
2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S192r	<p>Sampaio, Danielli Cruz</p> <p>A responsabilidade civil extrapatrimonial por abandono afetivo perentó-filial sob a égide do estado democrático de direito / Danielli Cruz Sampaio. Belo Horizonte, 2018.</p> <p>130 f.</p> <p>Orientador: Leonardo Marcelo Poli</p> <p>Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Abandono afetivo - Aspectos jurídicos 2. Responsabilidade civil. 3. Direito de Família. 4. Afeto (Psicologia). 5. Pais e filhos. 6. Estado democrático de direito. I. Poli, Leonardo Marcelo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
-------	---

SIB PUC MINAS

CDU: 347.6

Danielli Cruz Sampaio

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL POR ABANDONO AFETIVO PERENTO-FILIAL SOB A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa De Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais, Mestrado Interinstitucional – MINTER – PUC Minas/FAP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Privado.

Prof. Dr. Leonardo Marcelo Poli – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Sérgio Augusto P. Lorentino – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. César Augusto de C. Fiuza – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 09 de julho de 2018.

*Aos meus pais,
que vivem de afeto por nós, filhos.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor orientador, Dr. Leonardo Macedo Poli, pela paciência, tranquilidade e eloquência no acompanhar desta empreitada.

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, por promover, por meio deste Mestrado Interinstitucional – Minter – PUC Minas/FAP, a interiorização de conhecimento.

RESUMO

A presente dissertação propõe uma análise acerca da responsabilidade civil extrapatrimonial por abandono afetivo, sob a égide do Estado Democrático de Direito. Para o alcance do objeto pretendido, demonstrou-se que a paternidade consubstancia-se em uma série de deveres voltados ao atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente e que tais deveres se traduzem, tanto em obrigações materiais, quanto afetivas. A análise da transformação axiológica do Direito de Família, bem como a assimilação da afetividade pelo ordenamento civil-constitucional formaram as linhas iniciais do presente trabalho. Nesse ponto, a Constituição da República, ao elevar a dignidade da pessoa humana à condição de macroprincípio norteador de suas disposições e de toda a sociedade, contribui, sobremaneira, para o reconhecimento dessa reparabilidade. Não obstante, a abordagem das noções de responsabilidade civil, com ênfase nos pressupostos da obrigação de reparar o dano, também foi necessária para o desenvolvimento do tema. Por fim, a análise de alguns casos paradigmáticos, estudados sob uma perspectiva que oferecesse análise panorâmica acerca da sua origem, explica o reconhecimento da reparação civil por danos morais, aplicada aos genitores que negligenciaram seus filhos.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Afetividade. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present dissertation proposes an analysis of the off-balance-sheet civil liability for affective abandonment, under the aegis of the Democratic Rule of Law. In order to reach the intended object, it was shown that paternity consists of a series of duties aimed at serving the best interest of the child and adolescent, and that such duties translate into both material and affective obligations. The analysis of the axiological transformation of family law as well as the assimilation of affectivity by the civil-constitutional order formed the initial lines of the present work. In this respect, the Federal Constitution, by elevating the dignity of the human person to the condition of a macroprimary guiding its dispositions and of the whole of society, contributes greatly to the recognition of this reparability. Nonetheless, the notion of civil liability, with emphasis on the assumptions of the obligation to repair the damage, was also necessary for the development of the theme. Finally, the analysis of some paradigmatic cases, studied from a perspective that offered a panoramic analysis about its origin, explains the recognition of civil reparation for moral damages, applied to parents who neglected their children.

Keywords: Emotional abandonment. Civil responsibility. Affectivity. Democratic state.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 A AFETIVIDADE E O DIREITO	19
2.1 Afeto: regra, princípio ou valor.....	20
2.2 O princípio da afetividade sob a ótica da constitucionalização do direito de família	27
2.3 A resignificação do afeto: dever de cuidar versus o dever de amar	32
2.4 A natureza do afeto frente à responsabilidade civil	36
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS	39
3.1 Responsabilidade civil: notas conceituais.....	39
3.2 A responsabilidade civil nas relações familiares.....	46
3.3 A compensação por dano moral e sua extensão ao abandono afetivo	61
3.4 O preço do abandono afetivo.....	68
4 PUNITIVE DAMAGES E O ABANDONO AFETIVO	75
4.1 A introdução da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro	75
4.2 A finalidade punitiva da compensação por dano moral e sua extensão ao abandono afetivo.....	87
4.3 O enriquecimento sem causa na indenização punitiva por abandono afetivo	95
5 A MEDIAÇÃO NAS DEMANDAS REFERENTES A FALTA DE AFETO NAS RELAÇÕES PARENTO-FILIAL	99
5.1 A construção jurisprudencial sobre a afetividade e a incursão problemática do ativismo.....	100
5.2 A mediação como alternativa eficaz para a resolução de conflitos de natureza afetiva	104
5.3 A mediação nas relações paterno-filiais	108
6 CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS.....	117

1 INTRODUÇÃO

O Direito contemporâneo, na busca pela construção normativa, deve ser capaz de discernir, nos fatos sociais, os valores da família pós-moderna, sem descuidar-se da moral, do respeito e dos bons costumes, superando os preconceitos que se fizerem necessários. Nesse contexto, cabe a pergunta: desamparo moral praticado por genitor contra seu filho durante a infância ou juventude caracteriza-se ato ilícito indenizável?

Como resposta a essa indagação, necessária, faz-se uma análise axiológica do Direito de Família, bem como a assimilação da efetividade pelo ordenamento civil-constitucional. É a que se propõe este trabalho. E, sendo assim, mister se faz considerar que, a partir do Cristianismo, as únicas relações afetivas aceitáveis eram as decorrentes do matrimônio entre um homem e uma mulher, postura que revela nítido interesse na possibilidade de procriação.

Essa cultura conservadora acabou levando o legislador pátrio, nos idos de 1916, a reconhecer juridicidade apenas ao casamento, como uma verdadeira instituição, um vínculo indissolúvel.

O Brasil, seguindo o paradigma romano, tutelou, em seu Código Civil de 1916, o modelo da “grande família”, a qual era vista como instituição, de base patriarcal e viés patrimonial, não havendo preocupação com a realização pessoal de seus membros, uma vez que, na formatação jurídica do referido diploma, a proteção dos direitos patrimoniais preponderava sobre os direitos pessoais.

Em que pese ter representado um avanço em relação ao anacronismo da legislação lusitana até então dominante, as características do primeiro Código Civil brasileiro se aproximavam mais de um perfil conservador do que inovador, vez que reproduzia em muito as condições socioeconômicas do final do século XIX. Amparada nessa codificação, a família seguia um modelo único, formado exclusivamente a partir do matrimônio, restando excluídas do sistema as demais formas de relacionamento, que simplesmente não eram reconhecidas pelo Direito.

O modelo de família consagrado pelo Direito era fundado no matrimônio. A espécie de família eleita pelo ordenamento jurídico era baseada no casamento, e, em um caráter eminentemente valorativo, o sistema a denominava legítima. As formas de união entre as pessoas, não passassem pela formalidade disposta no Código, não eram reputadas família, sendo excluídas desse sistema justamente por não serem consideradas de relevo pelo Direito. Aliado a isso, consagrava-se a máxima religiosa do casamento “até que a morte nos separe”, vez que não se permitia a dissolubilidade do vínculo matrimonial, que só se extinguia com a

morte.

Ademais, antes da Lei do Divórcio, havia apenas duas espécies de desquite: o consensual e o litigioso, este associado à ocorrência de uma das hipóteses legais de conduta culposa autorizadas do desenlace, em caso do não consentimento de um dos cônjuges. Nesse modelo de família, não prevalecia a preocupação com o reconhecimento da subjetividade de seus membros, logo, o tema da afetividade sequer era ventilado pelo direito positivo de então.

No entanto, por meio do processo contínuo de transformações da sociedade brasileira, sobretudo, a partir da última metade do século passado, houve um crescimento da valorização afetiva nos relacionamentos, tanto entre os cônjuges, como entre pais e filhos. Nesse estágio, cresceu, o distanciamento entre o Direito, conformado na codificação conservadora, e a sociedade, que claramente transmitia sinais de mudança. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência procuraram dar respostas, de algum modo, a essa realidade, na qual se passou a sustentar de forma crescente a relevância dos laços afetivos.

Na virada do milênio, ampliou-se a diversidade de formas de relacionamento, refletindo a conjuntura social brasileira na qual estavam inseridas. Em razão de a subjetividade ter se tornado a pedra de toque desses relacionamentos, permitiram-se às pessoas amplas possibilidades de busca por sua realização, valor que passou a predominar sobre outros interesses. A emergência do respeito pela busca da realização individual reduziu as funções econômicas, políticas, religiosas e sociais atribuídas à família, assumindo relevo à sua função instrumental. Ou seja, independentemente da forma do relacionamento firmado, este passa a existir para o desenvolvimento da pessoa, para a realização de seus interesses afetivos e existenciais.

Além da liberdade no exercício das opções pessoais, percebida nas mais variadas formas de relacionamento, a igualdade entre os membros da família (entre os parceiros, cônjuges, filhos, homem e mulher) é outra característica central desse momento, sem contar que a defesa de maior liberdade e igualdade, no trato familiar, levaram tais relacionamentos a assumirem outra faceta, mais privada, calcada precipuamente na afeição, em vez de critérios formais ou institucionais.

Nesse ínterim, verifica-se um lento reconhecimento de outras entidades familiares, com feições bem diversas da família tradicional, nas quais o principal sustentáculo de envolvimento interpessoal passa a ser a afetividade. Exemplos dessa pluralidade de formações familiares são as famílias monoparentais, anaperantais, multiparentais, simultâneas e uniões homoafetivas.

Nesse contexto, o Código de 1916 passou a ficar sucateado, pois não tinha previsão expressa para regular os conflitos decorrentes desse novo retrato social. Em consequência, foram sendo editadas leis esparsas, que interferiram em toda a dinâmica do Direito Civil, especialmente, no Direito de Família, como o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio e as leis que admitiram o reconhecimento da união estável.

Contudo, apesar de relevantes, essas contribuições legislativas significaram pouco, perto da enorme lacuna que acabou por se efetivar entre o Código e a realidade social, o que gerou inúmeras situações, para as quais o Direito simplesmente não tinha qualquer resposta.

Diante dessa conjuntura, promissora, foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que promoveu importante alteração no ordenamento civilista pátrio e, de forma profunda, nos temas de Direito de Família. A família deixou de apresentar um significado *stricto sensu* e único. O desenvolvimento social e cultural ampliou seu conceito, promovendo uma modificação nos parâmetros das relações interpessoais, surgindo, dessa forma, o pluralismo das famílias.

Percebe-se uma grande modificação na esfera conceitual e estrutural das famílias, tendo agora, como alicerce das relações, o afeto. Uma vez que este deixa de existir, não há porque continuar com a união, pois o homem é um ser dotado de sentimentos e individualidades.

Notadamente, a valorização da dignidade da pessoa impõe a necessidade de reconstrução do sistema jurídico, dando mais atenção aos aspectos pessoais. Insta preocupar-se com o problema social, vislumbrado no padecimento de relações, desamparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da responsabilidade civil extrapatrimonial por abandono afetivo parento-filial.

Assim sendo, a análise da questão da responsabilidade civil por danos morais decorrentes de abandono afetivo na relação parento-filial constitui-se o principal escopo deste estudo. Para a sistematização das ideias aqui defendidas, primeiramente, busca-se compreender o afeto, em suas diversas acepções, sendo que, no primeiro capítulo, fez-se uma análise do afeto enquanto regra, princípio ou valor, bem como sua ressignificação para, assim, identificar-se sua natureza jurídica.

No segundo capítulo, preocupou-se com estabelecer as notas conceituais da responsabilidade civil, promovendo sua análise nas relações familiares. Nesse contexto, direcionou-se o estudo à compensação por dano moral e sua extensão ao abandono afetivo para, enfim, analisar-se o preço do abandono afetivo.

E, para que se compreendesse o sentido dessa reparabilidade, no terceiro capítulo, fez-se uma análise associativa do *punitive damages* ao abandono afetivo. Aqui, a proposta foi

analisar a introdução da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a finalidade punitiva da compensação por dano moral e sua extensão ao abandono afetivo e, posteriormente, o enriquecimento sem causa na indenização punitiva por abandono afetivo.

O quarto e último capítulo, por fim, apresenta a construção jurisprudencial sobre a afetividade e a incursão problemática do ativismo. Adiante, analisou-se a mediação como forma eficaz para a resolução de conflitos de natureza afetiva. E, finalmente, foram apresentadas as notas conclusivas, que se coadunam com os argumentos trazidos ao longo deste trabalho.

2 A AFETIVIDADE E O DIREITO

No Brasil, a promulgação da Constituição da República de 1988, consagrando-se como o topo do ordenamento jurídico, mudou a estrutura de muitos institutos do sistema vigente a partir da disciplina e dos valores incertos em seu bojo. De acordo com Ricardo Lucas Calderón, ao prescrever vasto rol de direitos fundamentais e atuar em diversas áreas da seara tida como privada, a Constituição de 1988 trouxe uma nova realidade jurídica (CALDERÓN, 2013, p. 236).

O constituinte exerceu a opção pelos direitos sociais, elegeu como princípio regente a dignidade da pessoa humana e adotou como objetivo alcançar uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I, Constituição de 1988), indicando o caminho que deveria ser perseguido. A denominada Constituição Cidadã, além de fixar os princípios e as garantias fundamentais sobre os quais se assenta, o Estado Democrático de Direito, também passou a disciplinar alguns institutos até então imanentes às relações jurídicas privadas, ensejando, a partir daí, o que a doutrina costuma chamar de constitucionalização do direito privado.

Estabelecendo os princípios máximos, dentro dos quais, o direito privado deve rezar as suas relações, a Constituição inaugura um novo período no ordenamento jurídico, trazendo, para o Direito de Família, significativas transformações, sobretudo, no que se refere aos seus princípios norteadores. Ao dispor sobre a família em geral, por meio do art. 226, a Constituição ainda estabeleceu a dignidade da pessoa como um dos princípios fundamentais da república.

Ao elevar a dignidade da pessoa humana à condição de macroprincípio norteador de suas disposições e de toda a sociedade, a Constituição colocou-a no vértice de todo o ordenamento pátrio, exigindo, então, não só seu respeito, mas também sua promoção, por meio de medidas que garantam que essa dignidade seja plenamente alcançada, inclusive, no âmbito da família.

Outro relevante princípio que alicerça a ordem constitucional brasileira é o princípio da solidariedade, que, na mesma guisa da dignidade da pessoa humana, comunica-se com todos os ramos do Direito e, particularmente, no Direito de Família, deve ser perseguido sob as luzes de uma solidariedade social, em especial atenção à coexistência das pessoas, e não sob uma ótica individualista.

No que tange ainda ao Direito de Família, dois outros importantes princípios albergados pela Lei Fundamental merecem destaque: a igualdade e a liberdade. A igualdade impede a manutenção de distinções injustificáveis, sejam entre homem e mulher, entre filhos,

ou ainda entre as próprias entidades familiares. Já no trato dos relacionamentos interpessoais, há destaque para o princípio da liberdade, visto que o respeito pelas escolhas individuais tornou-se a regra.

À vista disso, os valores acolhidos pela Constituição indicam tacitamente a afetividade em suas disposições, uma vez que, no que se referem à família, muitas dessas, mesmo que em última análise, visaram tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção.

Destarte, não obstante a discordância de posições doutrinárias, constata-se o relevante papel que a Constituição da República conferiu à afetividade, sobretudo, no trato de temas relativos à família, tal como o que aqui se apresenta.

2.1 Afeto: regra, princípio ou valor

No que tange à natureza do afeto nas relações familiares, é certa a ausência de concordância entre os estudiosos do Direito. Por essa razão, para se chegar a conclusões, necessário se faz compreender a distinção entre regras, princípios e valores. E, para que a mais adequada interpretação seja alcançada, não menos oportunas se fazem as considerações propostas pelos consagrados nomes do Direito Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Em uma análise conceitual preliminar, como ensina, Humberto Ávila, normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2006, p. 30). Ou seja, “norma é aquilo que interpretamos; aquilo que se extrai da análise do texto legal ou dispositivo ou daquilo que interpretação [sic] em relação ao princípio. [...] Ela [a norma], então é o resultado e, não o produto” (RODRIGUES, 2009). Desse modo e sob o manto de tal perspectiva, estando certo que normas são também interpretações de textos legais e documentos normativos, pode-se dizer que estes não são normas.

No entanto, necessário se faz considerar possível a existência de normas sem que exista texto legal prévio. Como exemplo, Humberto Ávila (2006) cita os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito, os quais não advêm de qualquer dispositivo específico. Também é possível um texto legal do qual não se extraia qualquer norma jurídica. Exemplificando tal caso, o mesmo autor cita o enunciado constitucional que prevê “a proteção de Deus”.

E, ainda, normas diversas podem ser extraídas de um único texto jurídico ou, ao contrário, uma única norma pode ser extraída de diversos dispositivos legais. Para exemplificar tal hipótese, Ávila cita o prescritivo legal para instituição ou aumento de tributos, dos quais se chega aos princípios da legalidade, da tipicidade, à proibição de delegação normativa, dentre

outros, e, por fim, os dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade, que remete ao princípio da segurança jurídica (ÁVILA, 2006, p. 30-31).

Quando se fala de regras e princípios, tem-se em mente que se tratam de espécies de norma e, por ser espécie, apresentam características específicas que as distinguem. Tendo em vista as suas diferenciações, Marcelo Campos Galuppo (1999) apresenta pelo menos três teorias que tentam explicar os princípios.

A primeira teoria indica os princípios como normas gerais de um sistema jurídico. Os defensores desse posicionamento, como Bobbio e Del Vecchio, concebem “os princípios jurídicos como fruto de processos de generalização operada pela ciência do direito” (GALUPPO, 1999, p. 192).

No entanto, critica-se essa compreensão, pois, como explica, Ferraz Júnior, citado por Marcelo Campos Galuppo, generalidade como abstração seria “a qualidade de se prescrever uma conduta cujo conteúdo é genérico, não correspondente a uma situação concreta e particularizada” (GALUPPO, 1999, p. 192) e, assim, não seria o grau de generalidade como abstração, que diferenciaria os princípios das regras. Isso porque, apesar de conterem uma alta carga de generalização, nem sempre os princípios se formam por meio de um processo de abstração e, ainda, há regras no sistema que se apresentam excessivamente genéricas.

Para exemplificar, Marcelo Campos Galuppo apresenta a seguinte argumentação:

[...] O princípio federativo adotado pela Constituição brasileira seria uma generalização de quê? O princípio da legalidade generaliza quais normas? De outro lado, existem regras excessivamente genéricas, como o tipo constante do art. 12 da [antiga] Lei de Anti-Tóxicos (Lei 6.368/76), sobretudo se entendermos generalidade como abstração. (GALUPPO, 1999, p. 192).

A generalidade, como explica, não seria uma causa, mas, talvez, uma consequência do conceito de princípio, o que, somente em uma visão ampla, poderia diferenciar as duas categorias de normas.

Outro problema dessa teoria é que caracterizar os princípios por serem generalíssimos leva à conclusão de que, sendo gerais, poderiam ser aplicados a qualquer tipo de situação, o que resulta em uma falsa afirmação, pois, em um mesmo caso, dois ou mais princípios aplicáveis poderiam levar a soluções diferentes. “Portanto, ao contrário do que pressupõe essa teoria, um princípio não é uma norma que se aplica em qualquer circunstância” (GALUPPO, 1999, p. 192).

Devido a essa última percepção de que os princípios seriam aplicáveis a qualquer caso, apresenta-se a segunda teoria lembrada por Marcelo Campos Galuppo, que tem como defensor,

Robert Alexy. Primeiramente, cabe dizer que, para Robert Alexy (2008), regras e princípios são subespécies de normas e, assim sendo, descrevem um dever ser, estão no plano deontológico. Por isso, para o autor, a distinção entre ambas é de extrema importância, pois se trata da distinção entre dois tipos de normas.

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. (ALEXY, 2008, p. 85).

Apontando a generalidade como um dos critérios mais utilizados na diferenciação entre regras e princípios, Robert Alexy chama a atenção para o fato de os princípios não serem aplicáveis plena e integralmente em qualquer situação, pois seriam mandados de otimização, devendo ser cumpridos na maior medida possível, mas em diferentes graus. E, por essa razão, entende-se tratar de uma tese dotada de fragilidade.

Para referido autor, “isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau [de generalidade]” (ALEXY, 2008, p. 91). No entanto, é na análise da colisão entre princípios e no conflito entre regras, que a distinção se torna mais evidente. Em seus dizeres:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida [...] e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. (ALEXY, 2008, p. 92).

Uma possível “tensão” entre princípios ou conflito entre regras acontece quando se verifica que sua aplicação separadamente levaria a resultados incompatíveis ou juridicamente contraditórios. Porém, na resolução de conflito entre princípios, a solução é diferenciada. Isso porque o conflito entre princípios somente existe no caso concreto.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro é permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão pode ser resolvida de forma oposta. (ALEXY, 2008, p. 93).

Assim, conclui que “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). Mister se faz destacar que Robert Alexy tem seus estudos baseados na teoria de Ronald Dworkin, que será discutida a seguir, em uma tentativa de aprimoramento.

Marcelo Campos Galuppo (1999) chama atenção para o fato de que essa ideia de peso nos princípios significa que o conflito que os envolve será resolvido por uma hierarquização entre si. Todavia, não será uma hierarquização absoluta, mas tão somente na aplicação do caso concreto, por meio da ponderação, pois, abstratamente, os princípios possuem mesmo nível. Então, no caso concreto, analisa-se qual dos princípios conflitantes possui maior peso.

Dessa forma, está-se diante de uma precedência condicionada, e não absoluta, pois é no caso concreto, que serão analisadas as condições que fazem com que um princípio prefira o outro, estabelecendo-se, assim, uma regra somente para aquele caso. A ponderação dos princípios implica a existência de uma regra segundo a qual em toda situação em que o condicionamento jurídico e o condicionamento fático forem exatamente os mesmos prevalecerá sempre um único e mesmo princípio (GALUPPO, 1999, p. 195).

Robert Alexy também traça distinções entre princípios e valores, que, por muitas vezes, são utilizados como sinônimos. No entanto, o autor afirma que “princípios e valores diferenciam-se [...] em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo” (ALEXY, 2008, p. 153). Isso significa que os princípios expressam dever, proibição, permissão ou direito a algo, ou seja, implica em um dever ser, aquilo que é devido; enquanto os valores estão ligados à classificação do que é bom, do que é melhor. Então, apresenta os valores como normas axiológicas, diferenciando-os, assim, das deontológicas – regra e princípio –, que se apresentam como regra de valoração e critério de valoração (valor) (ALEXY, 2008, p. 151).

No entanto, como o direito deve se preocupar com o que é devido, e não com o que é bom para a sociedade, ou seja, em razão das normas jurídicas apresentarem uma função deontológica, pode-se entender que os valores podem se apresentar como algo importante e inerente às mesmas. Ocorre que, em um processo de ponderação, o que se analisa são os princípios, as normas colidentes, e não os valores que possam vir a conter. E é nesse ponto que se podem apontar as inconsistências da teoria de Robert Alexy.

Tanto é que, por meio da crítica a essa teoria, surge uma terceira teoria, que identifica os princípios como normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas. Apesar de Robert Alexy afirmar que a diferença entre princípios e valores reside no caráter deontológico dos primeiros e axiológico dos segundos, quando da análise de soluções de possíveis colisões entre princípios, o autor, no desenvolvimento das leis de colisão e de ponderação, utiliza-se de critérios axiológicos, pois acaba por conceber que só seria possível uma resolução de conflitos

quando preferir um princípio em lugar de outro. No entanto, esse posicionamento somente faz sentido se conceberem-se os princípios como valores.

Os mais incisivos e influentes críticos ao posicionamento de Robert Alexy são Jürgen Habermas e Klaus Günther, que, utilizando a mesma referência que o primeiro, tecem suas considerações baseados na teoria de Ronald Dworkin.

Conforme apresenta, Marcelo Campos Galuppo (1999), Robert Alexy, ao expor sua teoria para resolução de conflitos entre princípios, utiliza-se de método típico da axiologia, pois estabelece que, no caso concreto, é possível hierarquizar os princípios, e, se assim o é, ou seja, se é possível uma aplicação gradual dos princípios, estes não poderiam ser caracterizados como normas jurídicas. E por que não? Porque normas jurídicas se referem ao conceito de dever, e dever se cumpre ou não, em vez de se graduar.

Ao contrário, os valores podem ser hierarquizados, pois representariam mais uma preferibilidade de um grupo do que um dever para os seus. Valor, como explica, Lalande, citado por Marcelo Campos Galuppo, pode ser entendido como o “caráter das coisas consistindo em que elas são mais ou menos estimadas ou desejadas por um sujeito ou, mais ordinariamente, por um grupo de sujeitos determinados” (LALANDE apud GALUPPO, 1999, p. 196).

Seguindo as considerações de Jürgen Habermas,

Portanto, normas e princípios distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores devem satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira. (HABERMAS, 2003, p. 317).

Explica, o autor:

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. [...] Posso orientar o meu agir concreto por normas ou por valores, porém a orientação da ação não é a mesma nos dois casos. A pergunta: “o que devo fazer numa situação dada?” não se coloca da mesma maneira em ambos os casos, nem obtém a mesma resposta. À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável. (HABERMAS, 2003, p. 316).

Desse modo, em primeiro lugar, Jürgen Habermas aponta normas (em especial, os princípios), como algo que impõe a seus destinatários comportamentos, fundamentando-se naquilo que é correto em um sentido universal; enquanto os valores, além de não terem uma

força obrigatória em qualquer situação, isto é, de disporem de obrigatoriedade relativa, não se baseiam no que seja correto, devido, mas no que é bom para uma determinada coletividade atingir seus fins.

Em outras palavras, valores representam preferências compartilhadas subjetivamente, sendo algo particular, analisado caso a caso, sopesado em uma ordem de valoração. “E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de preferências e padrões consuetudinários” (HABERMAS, 2003, p. 321).

Para concluir, no seu entendimento, as normas ou são válidas ou inválidas, não cabendo escalonamento de preferências, como ocorre com os valores.

Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na medida que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões. (HABERMAS, 2003, p. 317).

No dizer de Marcelo Campos Galuppo, “se a norma é um comando, valor é antes um conselho” (GALUPPO, 1999, p. 197). A partir de tais constatações, Jürgen Habermas passa a contrapor Robert Alexy e Ronald Dworkin, no que se refere à aplicação de resolução de conflitos entre princípios. Ao contrário do primeiro, que propõe a ponderação, a qual pressupõe uma gradação entre princípios, o segundo autor propõe uma “cessão”, no caso concreto, que implica em uma exceção de aplicação de um princípio perante outro.

Ronald Dworkin parte do pressuposto de que “o que move essa decisão é exigência contingente de prosseguimento da jurisdição e do processo, ligada à Integridade do direito” (GALUPPO, 1999, p. 200). Sendo assim, referido autor apresenta uma conceituação do Direito, que defende que “deve ser visto como um conjunto de princípios jurídicos decorrentes da história institucional de determinada sociedade, que condicionam os direitos dos cidadãos e os juízos interpretativos” (MATOS, 2010, p. 69).

Ou seja, o Direito não pode ser visto como um catálogo de regras predefinidas a serem aplicada pelo juiz, como destaca, a doutrina positivista. Antes de tudo, em uma sociedade plural e mutante, para se cumprir com os ideais de justiça e equidade, por meio da integridade do Direito, deve-se fazê-lo pela interpretação das normas, concebendo os princípios como direitos decorrentes dessa sociedade, de forma que possam ser excepcionados no caso concreto.

Como salienta, Marcelo Campos Galuppo, com relação à concepção de integridade do

Direto por Ronald Dworkin, “antes que uma questão de avaliação (valores), a questão é uma questão de hermenêutica acerca do que é relevante para se atingir uma decisão justa (vale dizer, que respeita a Integridade) no caso concreto” (GALUPPO, 1999, p. 200). Em outras palavras, no dizer de Matos, “a Teoria do Direito constitui um mecanismo de dessubjetivação das razões utilizadas pelos juízes quando da atividade interpretativa [...], mas sempre de modo que suas razões estejam vinculadas ao Direito posto, e assim respeitar a segurança jurídica.” (MATOS, 2010, p. 72-73).

Por tudo, afastado um entendimento estritamente positivista, tem-se que os princípios, assim como as regras, sendo normas, têm obviamente um caráter normativo, no sentido de apresentarem, então, força vinculante. Ou, como melhor explica, Jürgen Habermas:

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de *uma especial dignidade de preferência*, uma *obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. (HABERMAS, 2003, p. 321).

Isto é, “normas (princípios) obrigam seus destinatários igualmente, sem exceções, a cumprirem expectativas geradas de comportamento, enquanto os valores devem ser entendidos com preferências subjetivamente compartilhadas” (AMORIM, 2005, p. 131).

Entretanto, não há que negar a importância dos valores, tanto que, no Direito, os princípios podem contê-los, o que é comumente verificado, visto que muitos dos princípios jurídicos são valores positivados (v.g. a liberdade) e, desse modo, passam de uma análise meramente subjetiva, para uma análise objetiva-normativa dos aplicadores/intérpretes do Direito.

Porém, o inverso não ocorre (os valores conterem normas, especialmente princípios), “visto que os princípios possuem um plus, que é a dimensão prática do dever-ser, e é exatamente esta que se leva em consideração no estudo das normas jurídicas” (SILVA; SANTOS JÚNIOR, 2007, p. 257-282).

Nas palavras de Humberto Ávila:

[...] Pode-se investigar os princípios de maneira a privilegiar o exame da sua estrutura, especialmente para nela encontrar um procedimento racional de fundamentação que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar a aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais. Nessa hipótese, prioriza-se o caráter justificativo dos princípios e seu uso racionalmente controlado. A questão crucial deixa de ser a verificação dos valores em jogo, para se construir na legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores. (ÁVILA, 2006, p. 64-65).

Pode-se, então, conceber o afeto enquanto princípio, muito mais que um valor, e por assim ser, corroborando com esse entendimento, traz-se à baila o que prelecionam, Fernanda Campos Cerqueira Lana e Walsir Edson Rodrigues Junior:

A análise da afetividade como princípio determinaria a adoção de novos parâmetros na solução de conflitos familiares, já que como princípio teria de ser utilizada não apenas como critério de interpretação, mas também como norma (já que as normas dividem em princípios e regras) geradora de direitos e deveres nas relações familiares na medida em que seria dotada de imperatividade, e consequentemente, coerção. (LANA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 266).

Maria Berenice Dias também defende o afeto como princípio jurídico, ao afirmar que “o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade” (DIAS, 2010, p. 72). Entretanto, empecilhos existem para se admitir a natureza de dever jurídico do afeto, como almeja, a doutrina majoritária. Além da falta de previsão legal desse suposto dever, não existe uma definição legal do que seja afeto.

Alguns autores o tratam como objeto de estudo da Psicologia, da Filosofia ou, ainda, das demais ciências sociais, que atribuem um significado muito mais amplo daquele apreendido pelo senso comum. No entanto, quando se admite a distinção entre o dever de amar e o dever de cuidar, estando o afeto a este último relacionado, fica clara sua natureza jurídica, como adiante se segue.

2.2 O princípio da afetividade sob a ótica da constitucionalização do direito de família

Como dito, o atual sistema constitucional implementou uma nova ordem jurídica balizada substancialmente nos princípios. Após o período de ditadura militar, o Brasil, em seu processo de redemocratização estatal, tornou-se signatário de múltiplos tratados de Direitos Humanos. Com esses, buscou-se mudar a imagem dos governos brasileiros no cenário internacional, deixando a imagem de repressor para a construção de um país defensor dos direitos da pessoa humana.

Foi a partir desses acontecimentos, que a Constituição da República de 1988 traçou suas diretrizes quase que exclusivamente sob as vestes dos comandos principiológicos. Os direitos fundamentais, reflexo direto dos direitos humanos constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948, foram amplamente tutelados na atual Carta Magna, sempre sob a estampa de um princípio constitucional.

Da mesma forma, a Constituição Cidadã regulamenta a nova concepção de família. Com

isso, família saiu da natureza transpessoal à repersonalização, ou seja, “as atenções voltaram-se para a pessoa em si mesma, à tutela de sua personalidade, de sua dignidade como ser humano.” (MONTEIRO, 2004, p. 11).

E, como corolário, as relações interpessoais estabelecidas no seio de uma unidade familiar ganham destaque frente à própria instituição, havendo, portanto, a humanização dos vínculos familiares. A família ganha função instrumental e caráter funcional para a melhor concretização dos interesses afetivos de seus membros. Ao Estado, coube o dever de instituir e manter políticas e projetos que objetivem a preservação da célula *mater* da sociedade.

Com isso, a família passa a ser o espaço de realização pessoal e crescimento individual das pessoas. O direito à igualdade e, principalmente, à dignidade da pessoa humana constantes na Constituição de 1988, formam, juntamente com a afetividade, os pilares necessários à composição e manutenção de um núcleo familiar. Aliás, esse mesmo diploma legal cita, em seu art. 226, §8º, que a proteção à família dá-se “nas pessoas de cada um dos que a integram”, e a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, que lhe assegurará assistência, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1998).

Portanto, a família contemporânea estampa novos contornos passando a ser predominantemente nuclear ou simplesmente paterno-filiais. Comprovações dessa nova realidade são os recentes dados do sistema de indicadores sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, divulgados em 2010, que assim evidenciam:

O número médio de pessoas na família caiu de 3,4 em 1999 para 3,1 em 2009, sendo 4,2 entre as famílias com rendimento mensal per capita de até ½ salário mínimo. Observa-se, nesses dez anos, um aumento relativo na proporção de casais sem filhos (de 13,3% para 17,1%) e uma redução de casais com filhos (de 55% para 47,3%). As mulheres sem cônjuge e com filhos representavam 17,4% em 2009, sem alteração significativa na década. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

A partir desses entendimentos, nota-se que os interesses patrimoniais e a hierarquia estabelecida entre os membros de uma família, reforçada pela divisão das tarefas entre estes, consubstanciavam a chamada paz doméstica. Hoje, contrariamente ao diploma civil de 1916, a harmonia do lar está intrinsecamente relacionada ao sadio desenvolvimento das pessoas que formam tal conjunto. No dizer de Marques “a família contemporânea, portanto, deixa de ser hierarquizada, para tornar-se igualitária, centrada na afetividade” (MARQUES, 2009, p. 27).

Sobre o tema, cabe então dizer que, conforme estudado anteriormente, a concepção de princípios enquanto normas constitucionais considera, tanto os comandos principiológicos assentados no texto da própria Magna Carta, quanto os princípios constitucionais implícitos ou

deduzidos, conforme prelecionam, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 85-102) e Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 106, 126, 140, 152, 163).

A paternidade responsável, ao lado da dignidade da pessoa humana, é um princípio constitucional que fundamenta o planejamento familiar e está previsto no §7º do art. 226 da Constituição da República. O planejamento familiar é um direito consagrado pela Constituição que permite ao casal decidir livremente acerca da formação da família, como o número de filhos e os intervalos de cada gestação, sem que haja qualquer intervenção pública ou privada, desde que sejam respeitados pelo casal os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Veja-se:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1998).

É possível identificar o princípio da paternidade responsável na legislação infraconstitucional, nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e no inciso IV do art. 1566 do Código Civil¹. A partir de referidas disposições legais, pode-se conceituar a paternidade responsável como a obrigação dos pais de prover a assistência material, intelectual, moral e afetiva aos filhos (CARDIN, 2009, p. 7). Mais que isso, garantir que a dignidade do menor vulnerável sujeito ao poder familiar seja preservada.

Por isso, o legislador, ao dispor acerca do planejamento familiar, ressalva que a livre escolha do casal deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana ao lado da paternidade responsável. Afinal, inexistente paternidade responsável quando não há o respeito ao princípio da dignidade humana da criança e do adolescente.

Todo ser humano tem o direito a uma vida digna, e, por consequência, a ser respeitado em sua integridade física, psicológica e espiritual, assegurando-se, assim, os direitos da personalidade, especialmente, quando se tratam de crianças e adolescentes, que não possuem condições de subsistência e desenvolvimento próprios. Nesse caso, é de suma importância que

¹ Lei 8.069/90:

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

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

exista uma tutela diferenciada para garantir a real efetivação dos direitos dos menores que vivem sob o poder familiar, a fim de que possam ter um desenvolvimento físico e psicológico adequado e saudável.

A paternidade responsável significará, portanto, uma verdadeira unificação dos valores constitucionais em defesa dos interesses da criança e do adolescente. Representa, para os pais, o indubitável dever de respeitar plenamente os direitos assegurados às crianças e adolescentes, em especial, os declarados na Convenção de Direitos da Criança de 1989 pela UNICEF, os consagrados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, os quais, juntos, pretendem garantir o efetivo respeito à dignidade da pessoa humana do menor, assegurando o seu desenvolvimento em um ambiente digno que promova sua adequada saúde física, mental e intelectual, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão.

Trata-se também da aplicação do princípio da proteção integral da criança e adolescente e do melhor interesse da criança nas relações familiares. O exercício da paternidade responsável ultrapassa, portanto, a assistência material, envolvendo o dever de cuidado, que se traduz também na afetividade:

Os genitores, na assunção de seus papéis de pais (não somente genitores), devem cuidar para que seus encargos não se limitem ao aspecto material, ao sustento. Alimentar o corpo sim, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar [...]. (SILVA, 2004).

O afeto adquiriu o “status” de princípio, sendo reconhecido pelo sistema jurídico brasileiro. Atualmente, o ordenamento jurídico prevê a formação de entidades familiares por relações que tenham o afeto e o sentimento de solidariedade recíprocos. Nesse sentido, são reconhecidas, por exemplo, as uniões estáveis de casais homossexuais e os vínculos familiares entre pais e filhos não biológicos.

A afetividade, no exercício da paternidade responsável, irá representar para a criança e o adolescente o direito à convivência familiar saudável, ou seja, o direito de serem amparados moral e psicologicamente por seus pais. Do mesmo modo, o afeto também constitui fundamento indispensável ao exercício da paternidade responsável, equivale ao dever de cuidado e à assistência psicológica que os pais devem ter para com os filhos.

O exercício da paternidade responsável revela um benefício para as crianças, na medida em que passam a ter a devida assistência material, intelectual, moral e afetiva e a consequente assistência à orientação sexual, fazendo com que os direitos da personalidade do menor sejam

concretizados, tais como o direito à vida, à integridade física e psicológica, à convivência familiar, ao exercício da sexualidade, ao afeto, dentre outros.

Percebe-se, pois, que a afetividade apresenta-se como princípio implícito, e sabe-se que os princípios implícitos estão contidos e subentendidos no texto legal, ou melhor dizendo, são:

[...] Aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema. (BOBBIO, 1989, p. 159).

Dentre os princípios implícitos, alguns doutrinadores, como o civilista Rodrigo Pereira da Cunha, entendem inexistir o princípio da afetividade, uma vez que não há um comando expresso na ordem jurídica vigente que determine um direito-dever de afeto. Cita-se, nesse ponto, a título de informação, o projeto de lei de autoria do senador Marcelo Crivella, intitulado de Abandono Afetivo - Projeto de Lei do Senado n. 700/2007 -, que prevê mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente² e visa caracterizar o abandono moral de um filho como ilícito civil e penal.

A partir das propostas de modificação das normas do microsistema civil, os pais que deixarem de prestar aos filhos menores de 18 anos assistência moral³, seja por falta de convívio, seja pela negativa de visitação periódica, cometeriam o chamado abandono moral. O Projeto de Lei n. 700/2007 aguarda parecer terminativo da Comissão de Direitos Humanos⁴.

Apesar do posicionamento favorável do IBDFAM⁵ com relação às mudanças em algumas normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, o projeto já encontra severas críticas da doutrina civilista, pois almeja maior segurança jurídica nas relações paterno-filiais mediante regramentos fechados. Certamente, essa característica legal contraria o ordenamento vigente, que preza por cláusulas gerais e princípios, o que, por consequência, acaba por “engessar a

² “O PLS 700/2007 altera o artigo 4º do ECA para que seja dever dos pais prestar assistência moral aos filhos, como a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; a solidariedade e o apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade; a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.” (IBDFAM, 2011).

³ O próprio projeto de lei que visa tipificar o dever da afetividade, na sua justificativa, evidencia o caráter moral do afeto nas relações familiares.

⁴ “O Projeto de Lei do Senado 700/2007 recebeu parecer favorável do relator, senador Demóstenes Torres, nesta quinta-feira (2), na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH). O projeto, de autoria do senador Marcelo Crivella, modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. O objetivo é prevenir e solucionar os casos de negligência com os filhos” (IBDFAM, 2011).

⁵ Posição do IBDFAM - Segundo o ofício encaminhado nesta segunda-feira (6) pelo IBDFAM ao senador Crivella, a proposta legislativa é inovadora e necessária. No texto, o IBDFAM argumenta que a responsabilidade parental possui subsídios constitucionais consubstanciados nos princípios da paternidade responsável e absoluta prioridade da criança e adolescente. (IBDFAM, 2011).

matéria através de um texto simplista e que não leva em conta todas as dimensões da configuração do abandono afetivo” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 591).

Trata-se de um projeto de lei polêmico que ainda será exaustivamente debatido pelos legisladores, estudiosos do Direito e pela sociedade. Polêmicas à parte, o que é certo, até o momento, é a inexistência do dever legal expresso da afetividade, mas sua construção jurisprudencial e doutrinária, que o definem como um comando principiológico implícito. Este derivaria de outros princípios constitucionais atinentes à família, segundo classificação majoritária da doutrina familiarista.

Descendem, portanto, de comandos explícitos, como o da proteção integral à criança e ao adolescente, a solidariedade e, é claro, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, cita-se:

Decerto o princípio da afetividade, entendido este como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria. Sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, este também fundamento da República Federativa do Brasil. (SOUSA, 2008).

Para além da derivação dos princípios constitucionais explícitos na Carta Magna que compõem o Direito de Família, vislumbra-se também o princípio da afetividade como uma consequência imediata de preceitos infraconstitucionais que estabelecem as obrigações dos pais para com os filhos. Dessa forma, cita-se o art. 1634, inciso I, do Código Civil, segundo o qual: "compete aos pais, quanto a pessoa dos filhos menores: I – Dirigir-lhes a criação e educação", bem como o art. 1589 desse mesmo diploma legal, para o qual se reservará melhor debate mais adiante, e os arts. 3º, 4º, 5º, 19 e 22 da Lei n. 8.069/1990. Já o Código Penal brasileiro reprime restritivamente todo ato de abandono material (art. 244) e de abandono intelectual (art. 246).

Cumprido, portanto, no presente estudo, a análise dos princípios constitucionais que a doutrina civilista reporta como mandados principiológicos do Direito de Família e que, por conseguinte, apresentar-se-iam como justificativa, fundamento ou corolário ao princípio da afetividade, já que, na sociedade pós-positivista, os princípios constitucionais ganham novos contornos, e “justamente por isso é que muitos dos princípios do atual Direito de Família brasileiro encontram *substractum* constitucional” (TARTUCE, 2008, p. 37).

2.3 A resignificação do afeto: dever de cuidar *versus* dever de amar

A psicanalista Giselle Câmara Groeninga (2010) explica que, apesar de, no senso comum

referir-se à palavra afeto no sentido positivo, amoroso, este, como energia mental, expressa tanto qualidades positivas quanto negativas, como o ódio. Os afetos constituem a energia psíquica, baseada no prazer e desprazer, que investe pessoas ou representações, que valora as relações e que se transforma em sentimento – conferindo um sentido aos relacionamentos.

Como dito, os afetos não existem puros – só de amor ou só de ódio –, e em função desta nossa natureza um tanto ambivalente, uma dose de conflito é inerente à vida. Várias são as combinações dos afetos, e, enquanto o amor prevalecer, as famílias continuam a se constituir por meio da solidariedade e da cooperação, o mesmo se verificando nas relações sociais, inclusive, entre os países (GROENINGA, 2010, p. 204).

Todavia, apesar de toda explanação exposta acima, em especial, pela defesa do afeto como simplesmente um sentimento, é importante compreender que o seu conceito evoluiu de um posicionamento que, outrora, nega qualquer natureza jurídica, para, posteriormente, enquadrá-lo como princípio e, agora, como dever jurídico.

Em sessão realizada no dia quatro de abril de 2012, no julgamento do Recurso Especial n. 1.159.242/SP, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por voto da ministra relatora Nancy Andriahi, ressaltou que “amar é faculdade, cuidar é dever” (BRASIL, 2012), certificando que, sobre o tema, não estava em debate, o sentimento de amor ou o afeto entre pais e filhos, mas a ordem legal de cuidar, como um dever jurídico. Dessa forma, sustentou que o amor não estaria no âmbito legal, mas no metajurídico, filosófico, psicológico ou religioso (BRASIL, 2012). Mas que:

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença, contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. (BRASIL, 2012).

Com referido entendimento, toda celeuma existente entre a natureza jurídica do afeto passa a ser ressignificada, porque a discussão não mais se esbarra no afeto enquanto regra, princípio ou valor, mas agora na compreensão do afeto enquanto dever de cuidar.

Como relatado pela ministra Nancy Andriahi:

É fato que o dever de cuidado apresenta um conteúdo inegavelmente subjetivo. E, por assim ser, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comezinhas obrigações para com seu filho. (BRASIL, 2012).

Sobre o mesmo entendimento, Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, dentre outras, das obras “Cuidado e vulnerabilidade” e “O cuidado como valor jurídico” – acentua:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem [...]. A autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'. (PEREIRA; OLIVEIRA, 2008, p. 309).

Vera Regina Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser descuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como de se sentir impotente, enfrentar perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem, a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e vulnerabilidade. “Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória”. O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar (PEREIRA, OLIVEIRA, 2008, p. 311-312).

Da manifestação da autora e do próprio senso comum, percebe-se que o desvelo e atenção à prole não podem mais serem tratados como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Cite-se, nesse sentido, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...] Do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, 2008, p. 91).

Com o voto relatado pelo Superior Tribunal de Justiça, observa-se que, em termos de abandono afetivo, não se discute mais a mensuração do intangível – o amor –, mas o

cumprimento ou o descumprimento, total ou parcial, do dever de cuidar.

Sob essa perspectiva, afirma, a ministra Nancy Andrigh:

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente. (BRASIL, 2012).

E arremata:

Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “[...] além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência [...]”. Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. (BRASIL, 2012).

Cite-se, por oportuno, a lição de Rui Stoco:

A dor sofrida pelo filho em razão do abandono e desamparo dos pais, privando-o do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico e material é não só terrível, como irreversível. A mancha é indelével e o trauma irretirável. O direito de proteção efetiva em circunstâncias tais tem fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, nosso ordenamento jurídico – e não só a Constituição Federal – é pleno de preceitos de proteção, afirmando o dever dos pais de cuidar e proteger os filhos, seja no plano material, educacional, afetivo ou psíquico. [...] Mas tal reconhecimento não poderá dar ensejo a abusos e criação de verdadeira indústria de ações judiciais de filho, supostamente ofendidos, contra os pais. Cada caso deverá merecer detido estudo e atenção redobrada, só reconhecendo o dano moral em caráter excepcional e quando os pressupostos da reparação se apresentarem estreme de dúvida e ictu oculi, através de estudos sociais e laudos técnicos de equipe interdisciplinar. (STOCO, 2007, p. 946).

Percebe-se, pois, que não se discute mais o amar, a imposição legal de cuidar, que é dever jurídico, consequência da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. Usando novamente os dizeres da referida ministra:

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lides legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (BRASIL, 2012).

Em suma, o entendimento é de que os pais devem estar na companhia de seus filhos, dedicando-lhes imensurável afeto/cuidado, pois, caso contrário, estar-se-á diante de ato que se configurará em um tipo de ilícito, o “abandono afetivo”.

2.4 A natureza do afeto frente à responsabilidade civil

É comum às bases do Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal, conforme será oportunamente demonstrado. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se enfocam as relações familiares, porquanto aqui presentes, fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar ou constatar os elementos configuradores do dano moral.

Paulo Luiz Netto Lôbo cita expressamente quais dispositivos da Constituição permitiriam a constatação da afetividade como princípio constitucional implícito:

Encontram-se na Constituição os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é a prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227). (LÔBO, 2008, p. 48).

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.159.242/SP, junto à Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dizer do ministro Paulo de Tarso Sanseverino: “a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas” (BRASIL, 2012).

E, como bem dito, sendo esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole. Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

[...] A teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a

pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (SCAFF, 2011, p. 75).

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico da criança.

E, no dizer do ministro, “é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não” (BRASIL, 2012).

À luz desses parâmetros, há muito, cristalizou-se a obrigação legal dos genitores ou adotantes quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, ao ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – obrigação inescapável –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizarem civilmente àqueles que descumprem essa incumbência. É a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina nesta pesquisa.

E como ensina, o ministro 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. Sendo assim, é certo que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares. (BRASIL, 2012).

No que diz respeito ao tema, a doutrina, tanto acerca do Direito de Família, como da responsabilidade civil, é uníssona em afirmar que o abandono moral do filho por parte dos pais tem o condão de ocasionar danos morais que devem ser reparados. E, por oportuno, de bom alvitre, faz-se trecho da obra de Arnaldo Rizzardo:

Embora não caiba se falar em coesão familiar, e oferecer aos filhos uma estrutura regular da convivência com o pai e a mãe, o mínimo que se impõe como ditame fundamental da consciência, da moral, da natureza e da lei consiste na convivência regular com os progenitores, mesmo que espaçada, de modo a satisfazer o impulso natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu

acompanhamento. Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções. Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios de humanidade. (RIZZARDO, 2005, p. 692-693).

Todavia, ressalte-se que apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais. De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também sua história pessoal.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

Quando a lei suprema do ordenamento jurídico de uma nação estabelece como deveres paternos a convivência familiar, a educação e a criação de todas as demais derivações do ato de cuidar, não existem justificativas éticas, morais e até legais que autorizem a impunidade de atos de abandono. E, se mesmo com essas imposições evidentes e com a demonstração, por parte da Psicologia e da Psicanálise, da potencialidade de danos decorrentes do desamparo afetivo, alguns pais decidirem abandonar seus filhos, não há como se negar o direito à reparação para as vítimas desse ato.

Por essa razão, visa-se demonstrar princípios, valores e deveres trazidos pela Constituição de 1988, que fundamentam a possibilidade de indenização por danos morais para os filhos que sejam vítimas de abandono afetivo. Afinal de contas, abandonar afetivamente as crianças significa criar uma sociedade doente e abandonada à sua própria sorte.

Na sociedade brasileira contemporânea, ao contrário do que ocorria em outros tempos, a criança tem cada vez mais respeitado seu devido lugar social, sendo-lhe atribuídas, pelo ordenamento jurídico, as garantias e proteções que são inerentes a sua condição de sujeito especial de direitos.

Com o advento da Constituição de 1988 e o valoroso suporte das Leis n. 8.069/1990 e 10.406/2002, respectivamente, Estatuto da Criança e do Adolescente e novo Código Civil, passa a vigorar uma lógica que institui uma nova gama de direitos que buscam garantir que a infância seja gozada em sua plenitude, e que, deveras, devem ser observados pelos pais para que se concretize o desenvolvimento saudável e efetivo de sua prole.

Em face desse novo parâmetro, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente passou a ser o principal guia para se garantir a efetiva realização da dignidade humana desses indivíduos. Contudo, para que os novos valores e princípios constitucionais tivessem eficácia, e as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil de 2002, referentes ao Direito de Família, não fossem apenas letra morta, seria necessário que fossem estabelecidos, aos pais e à sociedade, novos deveres que garantissem que respeitariam e zelariam pela nova condição do menor dentro da sociedade, inclusive, sob pena de responsabilidade civil, como se verá a seguir.

3.1 Responsabilidade civil: notas conceituais

Etimologicamente, a palavra responsabilidade advém do latim *respondere*, no sentido de

segurança ou garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado. Assim, ensina, Carlos Roberto Gonçalves (2010). Por sua vez, Sergio Cavalieri Filho diferencia responsabilidade de obrigação, para quem “obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2). E afirma ainda:

É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, a responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2).

Ou seja, a violação de um dever jurídico originário (obrigação) leva ao surgimento de outro dever, o dever de compor o prejuízo causado. Assim, de acordo com a teoria clássica, a responsabilidade civil funda-se em, basicamente, três pressupostos: o dano, a conduta culposa e a relação de causalidade entre o dano e a culpa. Contudo, antes mesmo da abordagem sobre o tema da responsabilidade civil, necessário se faz, ainda, distingui-la da responsabilidade penal, visto que ambas podem nascer de uma conduta ilícita do agente.

Nesta ótica, cumpre dizer que a ilicitude não é privativa da esfera penal, e poderá ser analisada em diferentes ramos do Direito, em especial, nas esferas civil e penal, sendo que sua incidência variará de acordo com a norma jurídica que impõe o dever violado pelo causador do dano.

Quando se falam em crimes ou contravenções, o autor do fato danoso infringe uma norma de direito público, provocando uma reação do Estado, que intervém, aplicando ao agente uma pena, como forma de resguardar a sociedade. O infrator, desse modo, por meio de sua conduta, perturba a ordem social e, por conseguinte, seu ato provoca uma reação do ordenamento jurídico na aplicação de uma cominação legal, que pode ser configurada por uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa.

Diferentemente, no que tange à responsabilidade civil, há apenas o interesse da pessoa lesada em ver estabelecido o equilíbrio anterior ao dano provocado. Por sua vez, é regida por normas de caráter privado, dependendo diretamente da manifestação da parte lesada para que o autor do dano seja obrigado a ressarcir-la.

Segundo os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho, o que diferencia o ilícito civil do ilícito penal é a sua gravidade, sendo que as condutas mais graves, que atingem bens de maior relevância social, são passíveis de responsabilização penal, enquanto as condutas menos graves

são repreendidas pela lei civil. Porém, nada impede que uma mesma conduta, um mesmo ato ilícito, pela sua gravidade e suas consequências, repercuta tanto na esfera civil quanto na penal, por infringir, assim, uma norma de direito público, ao mesmo tempo em que acarreta prejuízos ao particular.

Sobre o tema, Alvino Lima, citado por Carlos Roberto Gonçalves, ensina que, nos primórdios da humanidade, predominava-se a “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal” (LIMA apud GONÇALVES, 2010, p. 36). Não havia de se falar de observância de regras ou limitações para tentar reparar os danos provocados, encontrando-se presente, a essa época, a pena do talião, que previa “olho por olho, dente por dente”.

Com o surgir do Direito Romano, houve a diferenciação entre pena e reparação, e o Estado chamou para si a função de punir, enquanto ao particular, cabia apenas buscar a reparação de seus danos por meio da ação de indenização. Para esse processo, um importante marco foi a elaboração da *Lex Aquilia*, em 250 a.C., na qual se esboçou o princípio geral regulador da reparação do dano.

Todavia, é no Direito francês, que se estabelece um princípio geral da responsabilidade civil, sem elencar, de forma taxativa, os casos em que seria aplicado, e, em seu lugar, foram sendo elaborados novos princípios, como: “direito à reparação sempre que houver culpa; existência de uma culpa contratual; e o princípio aquiliano, qual seja: a culpa ainda que levíssima, obriga a indenizar” (VIANNA, 2008, p. 455).

Sob uma perspectiva histórica, o surgimento de novas teorias acerca da responsabilidade civil visando à proteção das vítimas se deve, inicialmente, ao desenvolvimento industrial e à multiplicação dos danos evidenciados. Desde então, a responsabilidade civil apresentou palco para grandes debates, sobretudo, no que se refere à responsabilidade por dano moral, na tentativa de se chegar a uma solução para a ausência de previsão legal, inclusive, para sua mensuração e considerando principalmente o subjetivismo de seu objeto.

No Brasil, o Código Civil de 1916 sofreu, em sua elaboração, influência direta das ideias contidas no Código Civil francês, sendo que a teoria da culpa restou evidenciada no art. 159 como regra geral, entretanto, estabelecendo-se os casos específicos de responsabilidade sem perquirição de culpa. Veja-se:

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. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto nesse

Código, artigos 1.518 a 1532 e 1.537 a 1.553. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919. (BRASIL, 1916).

A Constituição de 1988 elevou o dever de reparabilidade a *status* constitucional, ao elencar entre seus direitos e garantias fundamentais, o direito de resposta, proporcional ao agravo. Além do reconhecimento dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurou-se o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação, como previsto nos incisos V e X do art. 5º:

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

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (BRASIL, 1988).

O dever de indenizar encontra-se expresso no art. 186 do atual Código Civil, ao estabelecer que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; e no art. 927, ao prever que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Da análise, pode-se concluir, pois, que o desenvolvimento da teoria clássica da responsabilidade civil, com a adoção subsidiária da responsabilidade objetiva, fundamenta-se na ideia de culpa, e somente quando esta é insuficiente para atender às noções de humanidade, ocorre a obrigação legal de reparar, independentemente daquela noção. É o que diz, Breno Mendes Vianna (2008). Em linhas gerais, esse entendimento é o que se impõe na atualidade, onde três pressupostos para a configuração da responsabilidade civil se apresentam: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade.

Todavia, como observam, João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão:

A amplitude do conceito de responsabilidade civil revela dificuldades em se ater numa só definição que seja, porque a doutrina tende a compilar os conceitos técnicos e a realidade concreta da obrigação de reparar os danos, independentemente de serem identificadas as causalidades, à teoria subjetiva ou à objetiva. (GANDINI; SALOMÃO, 2003, p. 1).

Nesse mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2003) explica que, entre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre arbítrio, outras com motivações

psicológicas, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social, em que toda atividade que cause prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade, que visa, assim, restabelecer a harmonia e o equilíbrio violado. E, assim conclui:

Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras dão também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do Direito e extravasam os limites da vida os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado uma determinada norma de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *status quo ante*. (GONÇALVES, 2003, p. 2).

Como dito, quem infringe um dever jurídico do qual resulte dano a outrem fica obrigado a reparar. Essa obrigação pode decorrer, tanto de uma relação jurídica obrigacional anteriormente estabelecida, quanto por violação a uma obrigação imposta pela norma. Se preexistente a relação jurídica entre as partes, a responsabilidade civil é contratual, por resultar de inexecução de obrigação constituída em ato jurídico negocial. No entanto, se inexistente vínculo de natureza negocial entre a vítima e o autor do dano que violou preceito legal impositivo, a responsabilidade civil é extracontratual.

Interessante ressaltar que, além de se diferenciarem pela preexistência ou não do vínculo entre a vítima e o agente causador do dano, na responsabilidade contratual, cabe ao devedor provar que não agiu com culpa, porque esta se presume no vislumbrar do descumprimento do dever jurídico previamente estabelecido.

Ao contrário, na responsabilidade civil aquiliana, é a vítima que deve provar a culpa do agente, e isso se deve ao fato de se atribuírem a origem do elemento culpa, como fundamental à reparação do dano, à *Lex Aquilia*. De acordo com a teoria clássica, como apresenta, Sergio Cavalieri Filho, a culpa é o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. No entanto, abrem-se exceções para a responsabilidade objetiva ou por risco, criando-se, dessa forma, um sistema misto de responsabilidade.

Pode-se assim dizer que a responsabilidade civil, conforme seu fundamento, pode ser subjetiva ou objetiva. Quando se exige a análise da conduta do causador do dano, a responsabilidade é considerada subjetiva, de modo que a prova da culpa – em sentido lato, abrangendo o dolo, a negligência ou a imprudência – daquele que praticou a conduta danosa é indispensável para que se verifique a incidência do dever de indenizar.

Por outro lado, na responsabilidade objetiva, é irrelevante a análise dos aspectos volitivos da conduta do autor do ato lesivo. Assim, não importa se o ato foi praticado com ou

sem dolo ou culpa. Sua responsabilidade nasce do liame de causa entre eventual ação ou omissão e o dano a outrem. Tais situações são impostas por lei ou se fundam no risco da atividade exercida pelo agente. Assim, prevê, o art. 927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Ou ainda, no excesso dos limites impostos para o exercício de um direito do qual é titular, o agente causador do dano, como estabelece, o art. 187 do Código Civil: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Dito isso, mister se faz considerar que, para o presente estudo, importará somente a responsabilização subjetiva, ou seja, baseada na culpa, tendo em vista as próprias características das relações familiares, que não se enquadram nas especificações da responsabilidade objetiva.

Porém, é importante lembrar que, com a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, já não se admite a concepção de que a responsabilidade civil está sempre atrelada à culpa. Estar-se-á diante de uma nova concepção do dever de responsabilidade. Nesse sentido, são as lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, sendo que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexa de causalidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 67).

Para definir a conduta humana, pode-se conceitua-la, conforme Sergio Cavalieri Filho, para quem a conduta pode ser conceituada como o comportamento humano voluntário por meio de uma ação (positiva) ou omissão (negativa), objetivamente manifestada, e que produz consequências jurídicas. Veja-se:

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 ao seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, com 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 coisa devida. Vieira dizia, com absoluta propriedade, que omissão é aquilo que se faz não fazendo. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 24).

Percebe-se, pois, que a omissão adquire relevância jurídica como conduta ensejadora de dever de indenizar quando o omitente tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato que impeça

a ocorrência de um resultado danoso e não o faz. A regra é que só será responsabilizado pelo dano, aquele que lhe deu causa por conduta própria, sendo chamada responsabilidade direta por fato próprio.

Porém, a lei estabelece alguns casos em que surge a responsabilidade de fato de terceiro, em que o responsável pela reparação está ligado ao causador do dano de algum modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado. São os casos dispostos nos arts. 932 e 933 do Código Civil.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL, 2002).

Como apresentam, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a culpa:

(Em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 165).

Não obstante, na concepção de Sergio Cavalieri Filho, a noção de culpa, em sentido amplo (*lato sensu*), abrange “toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou não, como na culpa” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 30).

E continua:

Pode-se conceituar culpa [em sentido estrito] como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível. Já o dolo é a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito. É a infração consciente do dever preexistente, ou o propósito de causar dano a outrem. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 31).

Por esses conceitos apresentados, extraem-se os elementos da conduta delituosa, que a doutrina basicamente elenca como três: a) a voluntariedade da conduta do agente seja por meio do dolo ou da culpa, apesar do resultado muitas vezes ser involuntário; b) a previsibilidade: sem ela estar-se-á fora do limite da culpa, pois configurará caso fortuito ou força maior; e c) a violação de dever de cuidado, cautela ou diligência.

Em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 35).

Importante ainda considerar que a culpa pode ser graduada em grave, leve ou levíssima, o que poderá influenciar diretamente no *quantum* indenizatório. Essa interpretação se extrai do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, no qual se prevê que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, 2002).

Percebe-se que, a esse tempo, o Estado Democrático de Direito, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o Direito de Família buscam concretizar a dignidade da criança e do adolescente dentro da família, garantindo-lhes um desenvolvimento pleno, possível apenas em um lar onde lhe sejam ofertados carinho, cuidado e afeto.

Aqui, destaca-se a posição de Maria Isabel Pereira da Costa, para quem:

Crescer em família é um direito da criança, que tem o direito de receber afeto e os devidos cuidados para poder se desenvolver plenamente. A doutrina da Proteção Integral é baseada nas necessidades próprias e peculiares das crianças e adolescentes que, pela sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento necessitam de proteção integral, diferenciada e especializada. (COSTA, 2008, p. 273).

A mesma lógica também é exaltada por Ana Carolina Brochado Teixeira, que dispõe da seguinte forma:

Para que isso aconteça, necessário se fazer presença, afeto, limite, segurança, proteção, exemplo, enfim, atributos que não se esgotam no dever de sustento e no pagamento de alimentos. É preciso muito mais que isso [...] É necessário exercício de paternidade e maternidade em plenitude, com tempo dedicação, disponibilidade, trabalho [...] É necessário preencher uma demanda de amor e afeto que é inerente ao ser humano, principalmente daquele que está em fase de crescimento, de firmar seus valores, de desenvolvimento da personalidade. (TEIXEIRA, 2005, p. 887).

É nesse cenário, que surge a discussão quanto à possibilidade ou não de se buscar judicialmente uma reparação por conta da negação a esse acompanhamento diferenciado que deveria ser conferido ao filho, em decorrência de um dever de cuidado que é obrigação de todo pai e toda mãe.

3.2 A responsabilidade civil nas relações familiares

Traçando-se uma evolução histórica da família brasileira, verifica-se que não é possível

deixar de observar, nas antigas civilizações, a influência que, por muito tempo, perdurou na organização familiar, seja por meio da família romana, seja pelo catolicismo ou pelo Direito germânico. Fato é que a organização familiar se fundava na autoridade exercida pelo *pater*, “que ao mesmo tempo era chefe político, sacerdote e juiz” (PEREIRA, 2005, p. 26); que submetia ao seu comando todos os que integravam a família (mulher e filhos, além dos escravos). O afeto e o parentesco não eram o fundamento da família romana.

Conforme afirma, Friedrich Engels:

Em sua origem, a palavra família não significava o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – não se aplicava sequer ao par dos cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e família é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Nos tempos de Caio, a família “*id est patrimonium*” (isto é, herança) era transmitida por testamento. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e um certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todo eles. (ENGELS, 1980, p. 61).

O casamento era considerado o assento da família e, por ser uma cerimônia religiosa sagrada, muitas vezes, nos escritos latinos e gregos, tinha a mesma designação que ato religioso. Por essa cerimônia, a mulher afastava-se de sua religião doméstica original para integrar-se à de seu marido, abandonando, assim, o culto aos antepassados de sua família para passar a adorar os antepassados de sua nova família, mais especificamente, de seu marido.

Esse abandono se dava em função da inadmissibilidade de se pertencer a mais de uma religião doméstica, sendo que a mulher perdia totalmente o vínculo estabelecido com seus familiares de origem e passava a se ligar unicamente à família de seu esposo até a morte. Nesse tempo, o casamento apresentava-se quase absolutamente indissolúvel, com raras exceções.

Também não se admitia a poligamia. Em referida cultura religiosa, havia a crença de que o homem, após sua morte, tornava-se uma divindade e um ser feliz, mas que, para isso, era preciso que os vivos lhe oferecessem banquetes fúnebres sob pena do morto tornar-se um demônio. Por isso, a regra era de que cada família deveria perpetuar-se, sempre existindo alguém da descendência do morto para cultuá-lo, e, dessa forma, não se extinguindo a religião doméstica.

Diante disso, um dos objetivos da família era a procriação, ou seja, a geração de um terceiro passível de continuar o culto familiar. “Mas não bastava gerar filhos. O filho que devia perpetuar a religião doméstica devia ser fruto de casamento religioso. O bastardo [...] não podia desempenhar o papel que a religião confiava ao filho” (FUSTEL DE COULANGES, 2006, p. 72-73).

O casamento, portanto, era obrigatório. Não tinha por finalidade o prazer; seu objetivo principal não estava na união de duas criaturas que se convinham, e que desejavam unir-se para a felicidade ou sofrimentos da vida. O efeito do casamento, aos olhos da religião e das leis, era, unindo de dois seres no mesmo culto doméstico, dar origem a um terceiro, apto a perpetuar esse culto. (FUSTEL DE COULANGES, 2006, p. 73).

Com a realização do matrimônio, certo era que a família não podia ser interrompida, tendo a mulher o papel primordial de promover a descendência. A incapacidade reprodutiva da mulher a tornava inútil e permitia ao homem requerer a anulação do casamento ou o divórcio. Porém, se a esterilidade fosse do homem, “um irmão ou parente do marido deveria substituí-lo, e a mulher era impedida de divorciar” (FUSTEL DE COULANGES, 2006, p. 74).

O filho daí advindo era considerado do marido para continuidade de perpetuação ao culto doméstico. Ainda, se a mulher se tornasse viúva, sem filhos, deveria se casar com o parente mais próximo do marido, sendo o filho desse novo matrimônio considerado pertencente ao defunto. “A religião dizia que a família não podia extinguir-se” (FUSTEL DE COULANGES, 2006, p. 74), e, por essa razão, o celibato também era condenado por colocar em risco a continuidade do culto.

Dessa forma, o dever de perpetuar o culto doméstico trouxe a adoção como uma alternativa para aqueles que não podiam ter filhos ou que não tinham algum filho varão, sendo que o adotado era excluído de sua família originária para, só então, agregar-se à nova família e à religião doméstica que lhe era própria. Tudo isso também precedido de uma cerimônia religiosa.

Vale mencionar que o pater exercia sobre os filhos e todos sob sua guarda o poder de vida e de morte. Em síntese, é possível dizer que, para os romanos na cidade antiga, a família era uma comunidade instituída pelo casamento: solenidade religiosa, pela qual, unidos homem e mulher, obtinha-se a descendência tão necessária à preservação do culto. Em consequência, a situação feminina resumia-se à função reprodutiva e os filhos restringiam-se a recurso para a continuidade da religião. Ao revés, na figura masculina concentrava-se toda a autoridade do grupo. Afinal, o homem garantia o culto. A propriedade privada, por fim, representava o instituto responsável pela delimitação do espaço de cada uma das religiões domésticas, as quais, por sua vez, circunscreviam toda a formação social. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 6).

Somente a partir do século IV, com o Imperador Constantino, o cristianismo se coloca, então, como legitimador da constituição da família, sobrepondo-se à religião doméstica. “O cristianismo condenou as uniões livres e instituiu o casamento como sacramento, dando um relevo a comunhão espiritual entre os nubentes, cercado-a de solenidade perante a autoridade religiosa” (VENOSA, 2006, p. 5).

De acordo com o cristianismo, no casamento era necessário a *affectio* entre os nubentes, portanto o vínculo é indissolúvel, pois sendo um sacramento uma bênção de Deus, não poderiam os homens desconstituí-lo. Então, a continuidade da família não visa mais à concretização do culto religioso, mas a ordem moral passa a predominar, sobrepondo o direito da cidade ao doméstico, o que de certa forma tolheu em partes a autoridade do pater famílias. (PEREIRA, 2005, p. 27).

Por volta do século VI, em uma evolução pós-romana, o Direito germânico passou, também, a influenciar na organização familiar, baseando-se, ainda, na doutrina cristã, regida pelo Direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido e, com isso, restringiu o grupo aos pais e filhos. Pode-se, concluir, então que a família, em especial a brasileira, sofreu influência romana, canônica e germânica.

Conforme ensina, John Gillisen (2001),

o casamento, na concepção romana do baixo império, era um ato essencialmente privado e contratual. Além do caráter monogâmico, tinha ainda a característica de ser *sine manus*, ou seja, a mulher continuava a pertencer juridicamente a sua família, mas passava a viver com seu marido, a quem era entregue em uma cerimônia. O divórcio era possível por comum acordo dos nubentes ou por repúdio unilateral do marido ou da esposa, bastando a manifesta vontade de divorciar.

Na concepção germânica, o casamento, de caráter também monogâmico, poderia acontecer de três formas diferentes: por consentimento, por rapto ou por compra. Nesta última, a mulher era vendida por seu pai ao seu marido, e essa venda era realizada em dois atos. Primeiramente, verificava-se os *sponsais*, ou seja, o acordo entre os chefes de família mediante o pagamento de um preço. Não havia a necessidade de consentimento da noiva, talvez do noivo. Os *sponsais* geravam os seguintes efeitos jurídicos: se o noivo recusasse a esposa, devia, mesmo assim, pagar o preço. Posteriormente, realizava-se a cerimônia, com a entrega da noiva ao marido, acompanhada de festas e rituais simbólicos, e, em seguida, os noivos se recolhiam à cabana conjugal.

Quanto ao divórcio, só havia a possibilidade de repúdio da esposa pelo marido se baseados em motivos legítimos, como adultério, esterilidade, entre outros. A mulher repudiada voltava à sua família de origem e poderia se vingar (vingança privada), mas fosse a mulher quem abandonara o marido, caber-lhe-ia pena de morte. Na concepção cristã, o casamento teria por base o amor entre os noivos, e o consentimento deveria advir apenas destes e não de suas famílias.

Quanto às formalidades, primeiramente, passava-se pela fase dos *sponsais*, como os germânicos; após, havia a *dotatio* (entrega do dote pelo noivo à noiva), seguido do benedito (a

benção do padre) e, finalmente, a *traditio puellae* (entrega da noiva). Havia, ainda, certos impedimentos para o casamento baseados na bigamia e no incesto, mas o divórcio era impossível por qualquer motivo, devido à indissolubilidade do casamento trazida na bíblia pelo bordão “o que Deus uniu, que o homem não separe”.

Em um salto histórico necessário, tendo em vista que, durante séculos, aquele padrão familiar continuou intacto, nota-se novamente uma mudança de paradigmas, que vem influenciar na estrutura da família, principalmente, na Europa fervilhada pelas revoluções burguesas. Essas revoluções levaram às mudanças socioculturais, na busca de um Estado menos intervencionista, que garantisse sua evolução econômica.

Com isso, nota-se que a obtenção de propriedade passa a ser viés da sociedade, e a família não fica fora de tal propósito. Se antes, o casamento e os filhos eram para garantir a perpetuidade do culto, agora são meios de acúmulo patrimonial. Por meio do casamento, ainda estruturado na forma religiosa e único meio legítimo de constituição de família, deveriam advir os filhos, que se tornaram importante força de trabalho, com objetivo de manter o patrimônio da família.

Se, por um lado, a mulher continuava com a função reprodutiva, de outro, os filhos passaram a representar a mão-de-obra familiar; e, em paralelo, o marido era propiciador da aquisição patrimonial, subjugando os demais, mantendo sua superioridade patriarcal como chefe da família, detentor do agora denominado “pátrio-poder”.

Assim, família como uma instituição matrimonializada, única forma legítima existente, era hierarquizada: seus membros continuaram submissos ao *pater familias*. Era, também, patrimonializada, uma vez que o patrimônio era o baluarte das relações de direito, configurando-se, a família, como um núcleo para aquisição e ampliação do patrimônio para posterior transmissão à sua prole. Essas características permearam a regulamentação do Direito de Família nos códigos surgidos nos séculos XIX e XX, como os Códigos Civis francês e alemão, além do Código Civil brasileiro de 1916, influenciado pelos anteriores.

No Brasil, conforme expressão do Código de 1916, fundada no casamento, única forma legítima de constituição familiar, muitas vezes, os termos se confundiam: família era sinônimo de casamento e vice-versa. Também se visava à reprodução, mas, como exposto anteriormente, os filhos passaram a ser uma fonte de mão-de-obra na busca de acúmulo de riquezas, estando junto à mãe, ainda sob a autoridade do patriarca da família.

Mantinha-se a indissolubilidade do casamento, principalmente por ser uma “importante entidade social” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 11), mas também pelo seu fundo religioso cristão, devendo ser mantida por si mesma, na estrutura, sendo os interesses da

família enquanto instituição superiores aos interesses de seus membros analisados em sua individualidade.

Pouco importava a satisfação pessoal dos sujeitos componentes da entidade. A harmonia familiar era entendida como a situação em que cada um dos seus membros cumpria a função que lhe era destinada, colaborando com o alcance dos fins patrimoniais. Assim era preservada a paz doméstica. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 11).

Contudo, com o crescente número de agrupamentos familiares advindos de junções paralelas à família matrimonializada, seja por uniões maritais sem casamento (concubinatos puros e impuros), seja por mulheres solteiras chefiando o lar sozinhas com os filhos, além dos filhos não serem vistos como força de trabalho para a aquisição de propriedade, o casamento não era mais a melhor forma de adquirir riquezas.

Os avanços industriais dos anos 30, época em que o Brasil inicia um processo de industrialização, afastando-se daquela estrutura rural que privilegiava a formação de famílias com numerosos filhos que ajudassem na lavoura, transformam drasticamente a composição da família, que “evolui à medida que a sociedade muda e cria novas estruturas adaptadas às novas necessidades, decorrentes de novas realidades sociais, políticas e econômicas. O Direito deve acompanhar as mudanças que sofre a família” (RODRIGUES, 2006).

Conforme expõem, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010), dezenas de leis surgiram posteriormente ao Código Civil, visando à adaptação de suas preposições à realidade social vigente na época: a) em 1949, é promulgada a Lei n. 883, que veio a admitir o reconhecimento de filhos ilegítimos, desde que finda a sociedade conjugal; b) em 1962, devido à saída da mulher do trabalho exclusivo no lar para disputar o mercado de trabalho com homens na indústria, a Lei n. 4.121 (Estatuto da Mulher Casada) veio para retirar da mulher casada a condição de relativamente incapaz, vindo a admitir e regulamentar o exercício de atividade profissional pela mulher, dentre outras coisas, sem necessitar da autorização do marido; c) em 1977, com a Emenda Constitucional n. 9 e a Lei n. 6.515 (Lei do Divórcio), o casamento, antes uma instituição vitalícia, passou a ser dissolúvel pelo divórcio, possibilitando, então, aos ex-cônjuges da relação desfeita casarem-se novamente, constituindo uma nova família, até mesmo regulamentando uma situação real na sociedade.

Nesse contexto, pode-se concluir que a legislação nacional que trata da regulamentação das relações familiares começou a enxergar o que já era notório: a família não se resume ao casamento, nem a hierarquia patriarcal e patrimonialista, sendo o Código Civil de 1916 inadequado para regê-la.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, foi trazida para o Direito uma parcela da realidade vivida, consagrando proteção à família nos indivíduos que a compõem, em detrimento do instituto por si mesmo. As inovações trazidas pela Constituição, no que concerne à proteção da família, “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).

Por mais uma vez, verificou-se essa mudança de paradigmas, pois a família passa agora a ser funcionalizada, ou seja, pode-se afirmar que a família hoje é o meio funcional para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros. Há um “deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função”, que, como Paulo Luiz Netto Lôbo prefere definir, “enquadra-se no fenômeno jurídico social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais” (LÔBO, 2009, p. 11-12). Privilegia-se a pessoa humana como o centro das relações jurídicas.

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e como simples e abstrato sujeito da relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorizando-se o ser e não o ter. (LÔBO, 2009, p. 12-13).

A família antes fundada no patrimônio, hoje, vê-se regida pela solidariedade e pelo respeito à dignidade humana de cada membro. É como Rodrigo da Cunha Pereira afirma: “a família é uma estruturação psíquica onde cada integrante possui um lugar definido, independente de qualquer vínculo biológico” (PEREIRA, 1995, p. 25).

Como preleciona, Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Desse modo, considera-se que a família patriarcal, considerada o modelo único no Brasil desde a Colônia, entrou em crise no curso do século XX e, desse modo, foi superada, perdendo sua sustentação jurídica, notadamente diante dos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988. [...] A nova família não se encontra, no entanto, em crise, identificando-se nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social como referências seguras, e se baseia nas noções de tutela da pessoa humana na dimensão existencial e socioafetiva. Trata-se da concepção eudemonista da família, que potencializa, desse modo, os liames de afeição entre os seus integrantes, com nítida valorização das funções afetivas da família, tornando-se o refúgio privilegiado das pessoas humanas contra os problemas encontrados nas grandes cidades e decorrentes das pressões econômicas e sociais. A família passa a ser encarada como comunidade de afeto e entre - ajuda, servindo para o desenvolvimento da pessoa humana, especialmente no âmbito dos interesses afetivos e existenciais. (GAMA, 2008b, p. 28-29).

Com a evolução mundial, surgem esperanças para solucionar problemas na seara da

família, que são marcados por grandes mudanças e inovações provocadas pela inversão de valores, pela liberdade sexual, conquista de poder pela mulher, pela proteção dos conviventes, pela alteração dos padrões de conduta social e pela rápida desvinculação dos filhos do poder familiar (DINIZ, 2006). Também concedeu amparo legal “às famílias não fundadas no casamento, como união de fato, família natural e a família adotiva” (VENOSA, 2006, p. 17).

Porém, não se objetivou, em qualquer momento, a extinção de outros tipos de família, deixando, assim, lacunas para a formação de novas formas de constituição familiar.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo:

Somente com a Constituição de 1988, cujo capítulo dedicado às relações familiares pode ser considerado um dos mais avançados dentre as constituições de todos os países, consumou-se o término da longa história da desigualdade jurídica na família brasileira. Em normas concisas e verdadeiramente revolucionárias, proclamou-se em definitivo o fim da discriminação das entidades familiares não matrimonializadas, que passaram a receber tutela idêntica às constituídas pelo casamento (caput do art. 226), a igualdade dos direitos de deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal (§ 5º do art. 226) e na união estável (§3º do art. 226), a igualdade entre filhos de qualquer origem, seja biológica ou não biológica, matrimonial ou não (§6º do art. 227). Consolidando a natureza igualitária e solidária da família e das pessoas que a integram, após a Constituição, foram editados importantes diplomas legais, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, as leis sobre a união estável de 1994 e 1996, o Código Civil de 2002 e o Estatuto do Idoso em 2003. (LÔBO, 2009, p. 23-24).

Assim, como ressalta, Flávio Tartuce:

[...] Na realidade pós-positivista, os princípios constitucionais ganharam um novo papel, plenamente aplicável às relações particulares. Dos princípios gerais do Direito saltamos à realidade dos princípios constitucionais, com emergência imediata. Justamente por isso é que muitos dos princípios do atual Direito de Família brasileiro encontram substratum constitucional. (TATURCE, 2008, p. 37).

Desse modo, é patente, na doutrina atual, a defesa do núcleo familiar como o local adequado e propício para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo; e esse núcleo, muitas vezes, nasce do encontro amoroso entre duas pessoas que o fazem no intuito de constituir família.

Constitucionalmente, protege-se a família em suas várias facetas, sendo o rol do art. 226 da Constituição meramente exemplificativo, ou seja, entidades familiares não são somente as formadas pelo casamento, união estável ou por um dos pais e seus descendentes, mas por todo núcleo no qual se vislumbra o *animus familiae* de seus membros (ou *affectio*, como preferem vários doutrinadores, em especial, Paulo Luiz Netto Lôbo (2009) e vige a busca de seu livre e pleno desenvolvimento da personalidade.

Daí apresenta-se a importância e influência do afeto nas relações familiares.

Nota-se que a afetividade é a base das construções das entidades familiares, a partir de um olhar social, houve uma clara intimização das relações familiares, ou seja, uma perda da perspectiva social desse agrupamento e um ganho de privacidade, o próprio Código Civil brasileiro, quando em seu art. 1513, diz que é defeso a qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, isto equivale a dizer que a função da construção familiar não é social, mas privada, a saber: a realização afetiva de seus componentes. (OLIVEIRA, 2003).

Como afirma, Luciano Chaves de Farias, “o que deverá unir pessoas na formação de uma entidade familiar serão os sentimentos que os entrelaçam” (FARIAS, 2008, p. 6). E, apesar da liberdade de composição nos arranjos familiares, ainda é o casamento a forma mais comum de sua constituição, mantendo, no atual Código Civil, no Livro de Direito de Família, tratamento especial que ocupa 72 artigos (do art. 1511 ao 1582). É a família formal que nasce de um contrato cercado de formalidades e solenidades específicas para sua existência, validade e eficácia jurídica.

Registre-se que ainda existem divergências quanto à natureza jurídica do casamento, que divide a doutrina entre contratualistas, institucionalistas e os que defendem uma corrente mista, casamento como ato complexo. Opta-se pela primeira corrente, pois não se pode deixar de mensurar que o casamento, primordialmente, depende da manifestação de vontade das partes, do exercício da autonomia privada, devendo passar pelo crivo dos planos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, bem como pelo advento da Lei n. 11.411/2007, que estabelece a possibilidade de procedimento administrativo para a dissolução do matrimônio.

Tradicionalmente, o noivado antecede o casamento, porém, não se trata de instituto do Direito das Famílias, apesar de que, em determinados aspectos, analisados em suas peculiaridades, pode ter reflexos no mundo jurídico, principalmente, no Direito das Obrigações. Entretanto, não é somente por isso que o noivado interessa ao estudo jurídico.

Poder-se-ia identificar, no Direito Romano, com reminiscências, no Direito brasileiro pré-codificado, os chamados sponsais (*sponsalia per verba de futuro*), de natureza contratual, sendo um pré-contrato, uma promessa de casamento, que, se não cumprida, resolvia-se em perdas e danos, “participando [os sponsais] da dupla feição que nos outros sistemas jurídicos se lhe atribui, de contrato simultaneamente de Direito de Família e de Direito de Obrigações” (PEREIRA, 2005, p. 71).

No Brasil Império, o contrato sponsalício era feito por meio de escritura pública, assinada pelos noivos e seus pais ou responsáveis legais, além de duas testemunhas. Este estabelecia uma promessa formal de casamento para ocorrer em um determinado

prazo, sob pena de ser compelido a cumprir o prometido ou arcar com perdas e danos. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 38).

Os esponsais não mais figuram no ordenamento jurídico brasileiro, desde o Código Civil de 1916, e o noivado existente é compromisso meramente moral, não podendo lhe ser atribuído conteúdo jurídico de promessa de casamento, nem qualquer outro que leve ao entendimento de exigência de cumprimento, podendo livremente quaisquer dos nubentes arrepender-se. “O rompimento do noivado é facultado sempre, como pertinente à noção de que o matrimônio há de refletir a vontade espontânea dos nubentes” (PEREIRA, 2005, p. 71).

Isso porque sua permissão “atentaria contra a família protegida constitucionalmente, ou seja, aquela que tem como função promover a formação pessoal de seus componentes” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 569).

Todavia, apesar de banidos, os esponsais, do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode negar a possibilidade de reparação por danos materiais, e até morais, causados pelo rompimento do noivado, dependendo do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil – ato ilícito, dano e nexo causal.

Com relação aos danos materiais, frequentemente, os magistrados têm entendido pela divisão meio-a-meio das despesas acarretadas pelo casamento frustrado, como contratos de buffet, aluguel de vestido, floricultura, enxoval, entre outros, e, portanto, não se constata divergências, pesando-se certa unanimidade em sua aplicação. Entretanto, conforme se poderá perceber na análise dos julgados que serão apresentados à frente, pesam discussões quanto à admissão ou não de danos morais, bem como do modo de configurá-los no caso concreto.

Apesar de ser um direito, a desistência de se casar até antes da celebração do casamento, há que se prezar pelo bom senso e discrição no ato, evitando-se ofensas desnecessárias, de modo a não submeter a outra parte, se realizada a desistência unilateralmente, a situação vexatória, o que, do contrário, poderá caracterizar abuso de direito.

Assim, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2001, em julgado que mereceu discussões contrárias e a favor do que fora decidido.

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”, pela teoria do abuso de 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, 2001).

Ou seja, apesar de se reconhecerem que os relacionamentos que buscam a estrada do matrimônio ou da união estável se fundam, na maioria das vezes, no afeto, o rompimento baseado na ausência deste, que leva uma das partes a simplesmente experimentar um dissabor, a mágoa, a sensação de abandono, de frustração de uma expectativa, não gera direito de reparação civil por dano moral.

Cabe ainda salientar que não há que se questionarem os motivos que levaram à decisão de rompimento. Não há que se procurar um motivo justo para o fim do relacionamento, de modo que o simples não mais querer, pela falta de afeto ou qualquer outro motivo, seria justificativa bastante para o fim do compromisso e, por si só, não ofende a dignidade de alguém. Toda relação amorosa tem, em si, um risco natural de não se concretizar da forma esperada pelos envolvidos.

Conforme expõe, Luciano Chaves de Farias:

Por estar pautada em sentimentos, uma relação afetiva entre duas pessoas pode vir a sofrer as consequências das oscilações, típicas da seara humana. O amor e o afeto de uma pessoa por outra, talvez, não dure para sempre [...]. Com base nessa realidade indelével, pode-se visualizar uma teoria do risco nas relações afetivas. (FARIAS, 2008, p. 6).

No entanto, há entendimentos no sentido de aferir dano moral pelo rompimento do relacionamento amoroso sem motivo justificável, sob o argumento de que tal fato fere a honra objetiva e subjetiva de um dos nubentes.

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - PROMESSA DE CASAMENTO - RUPTURA INJUSTIFICADA DE NOIVADO ÀS VÉSPERAS DA REALIZAÇÃO DA CERIMÔNIA - AUSÊNCIA DE MOTIVO JUSTO - LESÃO AS HONRAS OBJETIVA E SUBJETIVA CONFIGURADAS - RESPONSABILIDADE - CULPA DO RÉU PELO ROMPIMENTO – IMPRUDÊNCIA VERIFICADA - DANO MORAL CONFIGURADO - DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ - VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EXAGERADAMENTE -- NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO E APELO PARCIALMENTE PROVIDO. Em que pese a possibilidade de rompimento de noivado até o momento da celebração das núpcias, existindo evidente promessa de casamento e ruptura injustificada do compromisso, que acarreta dano às honras objetiva e subjetiva da noiva, certa é a incidência do instituto da responsabilidade civil, com a consequente imposição de indenização. (PARANÁ,2006).

Mas, como explica, Cícero Camargo Silva:

A ofensa moral como ataque à honra subjetiva manifesta-se intrinsecamente na vítima, considerando-se como padecimentos internos, enfim, é o menoscabo com repercussão no âmago do ofendido, o prejuízo absorvido pela própria alma humana, como dor, angústia, tristeza, sofrimento, insônia etc., efeitos de dano moral juridicamente

passíveis de reparação. Noutros termos, o agravo à honra subjetiva é a reflexão moral externa, como violação ao íntimo da vítima, aos seus sentimentos interiores. O ente natural dispõe ainda de honra objetiva, que é a consideração social, são os valores de dignidade. É o apreço moral da pessoa física perante seu meio civil de convivência. (SILVA, 2003).

E, como defende, Luciano Chaves de Farias (2008), discutir se há ou não motivo justo para o rompimento da relação causa um retrocesso no estudo jurídico, hoje baseado na promoção do ser humano em sua dignidade. Seria como retornar ao Direito Romano, no qual as arras sponsalícias serviam de garantia contra o rompimento da promessa de casamento, a fim de punir quem descumprisse o compromisso.

O autor afirma que a dor da ruptura são custos da seara humana. “Quem entra em um relacionamento deverá ter essa consciência de que a experiência nem sempre será bem sucedida” (FARIAS, 2008, p. 20). Daí defende a teoria do risco das relações afetivas.

Trata-se de uma adaptação da teoria dos riscos ao Direito de Família. A teoria dos riscos, comum no Direito Administrativo e do Consumidor (além de outros casos expressamente previstos, como os elencados no art. 932 do Código Civil), é que fundamenta a responsabilidade objetiva, ou seja, analisa as atividades do Estado e do fornecedor e sua possibilidade de gerar algum dano aos administrados e consumidores.

No entanto, no Direito de Família, o raciocínio levaria a uma conclusão contrária a que se alcança com a teoria original. Nela, por se tratar de uma relação entre desiguais, nasce para o vulnerável a possibilidade de ser indenizado pelos danos sofridos pela atividade desempenhada pelo Estado ou fornecedor, independentemente da aferição de culpa destes. Já no Direito de Família, a teoria dos riscos aplicada às relações afetivas nega a possibilidade de responsabilização. Isso porque, nesse tipo de relação, os envolvidos estão em uma situação de igualdade, e

[...] Qualquer pessoa que inicie um relacionamento deve estar ciente de que os sentimentos podem não ser correspondidos, existindo vários riscos de decepções e frustrações. São riscos inerentes ao namoro, ao noivado, ao casamento, são os riscos da ruptura integral. (FARIAS, 2008, p. 23).

No que tange às relações conjugais, por vínculo matrimonial ou de companheirismo, a importância do afeto para sua manutenção é notável. Até mesmo porque, sendo um núcleo familiar, há uma valorização de seus membros por ser o local onde se primará pelo desenvolvimento da personalidade de cada um. E é nesse mesmo núcleo, de uma intimidade única, onde os sentimentos comandam, que a aferição de um culpado para o fracasso de um relacionamento, sob a alegação de cometimento de algum ato ilícito, torna-se tarefa árdua de se

cumprir.

Na responsabilização civil pelo fim do casamento ou união estável, nasce outra discussão: a possibilidade ou não de aplicação do instituto (em especial, no que tange ao dano moral) e, sendo possível, da extensão de tal responsabilização.

Primeiramente, cabe salientar que o afeto é importante para a manutenção da relação, e que, portanto, sua falta pode ensejar o fim do relacionamento. No entanto, o simples desamor não será motivo suficiente para aferir qualquer responsabilização civil.

Se estas relações se desenvolvem sob o escopo de efetivar a felicidade de seus membros, vistos sob a sua individualidade, primando pela dignidade de cada um, se tal relação não mais cumpre seu papel de realizá-los pessoalmente (seja para um ou para todos os envolvidos), não há como vislumbrar a continuidade da vida em comum se alguém assim não mais desejar. (ZANELATO, 2005, p. 45-59).

Dessa forma, no exercício do livre desenvolvimento da personalidade, como ensinam, Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida: “[...] o desamor não constitui ato ilícito e, por isso, quem não ama mais não pode ser responsabilizado civilmente. Assim, aquele que termina um casamento ou uma união estável por falta de amor exerce um direito [...]” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 573).

Sendo considerado o exercício regular de um direito, não se pode vislumbrar a prática de um ato ilícito. Pode-se, ainda, dizer que, sendo um vínculo familiar que nasce da voluntariedade das partes, por essa mesma voluntariedade pode ser desfeito.

Entretanto, há os que partem para a busca de um culpado para o fim da relação afetiva, baseando-se no descumprimento dos deveres do casamento ou da união estável. Mesmo não sendo o foco deste trabalho, cabem algumas palavras sobre o assunto: a discussão de culpa no término da relação conjugal.

Hoje, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 066/2010, não mais é necessária a prévia separação, seja judicial ou de fato, para a decretação do divórcio, que, diferente da separação, põe fim ao vínculo conjugal. Dessa forma, apesar de não estar abolida do ordenamento jurídico, tender-se-á a uma menor busca dos casais pela separação judicial e uma maior pelo divórcio, que se pauta apenas na análise objetiva dos fatos: basta que um apresente a intenção certa de que deseja romper os laços matrimoniais para o deferimento do pedido. Tal discussão, hoje, tem o fito de que, aferindo-se a responsabilidade de um, poderá o outro ser indenizado pelos danos supostamente causados pela ruptura da relação.

Há quem defenda que o simples descumprimento de algum dos deveres do casamento ou união estável configuraria por si ato ilícito indenizável monetariamente. Assim, manifestou-

se o TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ADULTÉRIO – DEVER LEGAL DE FIDELIDADE CONJUGAL VIOLADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA - INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DA CÚMPLICE DO ADÚLTERO - AGRESSÕES DA EX-ESPOSA AO CÚMPLICE APÓS FIM DO RELACIONAMENTO - COMPROVAÇÃO – DANO MORAL CARACTERIZADO – VALOR DA INDENIZAÇÃO - EXTENSÃO DO DANO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. A vida em comum impõe aos companheiros restrições que devem ser seguidas para o bom andamento da vida do casal e do relacionamento, sendo inconteste o dever de fidelidade mútua. São indenizáveis danos morais causados em virtude da traição do marido, que praticou ato ilícito, violando seu dever de fidelidade, o que acarretou danos à esposa traída. [...]. Recurso parcialmente provido. (MINAS GERAIS, 2011).

Contudo, sendo as relações desenvolvidas em um ambiente íntimo que é a família, difícil é a constatação de um culpado. Até porque, como expõem, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

[...] O que se constata na maioria das vezes é que o descumprimento dos deveres do casamento ou da união estável nada mais representa do que a perda da vontade de comunhão de vida com o outro [...]. Assim, o que o legislador coloca como causa para a dissolução do vínculo familiar na verdade é consequência [...]. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 574).

Também os tribunais já se manifestaram nesse sentido. Cita-se o julgado da Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Dano moral. Adulterio. Circunstância que em si mesma, salvo excepcionalidade inócua na hipótese, não acarreta dano moral indenizável. O relacionamento extraconjugal é apenas a consequência de uma união cujos sentimentos iniciais não perduraram no tempo, dando ensejo a que outros se sobrepusessem e levassem algum dos cônjuges ou companheiros a relação afetiva com outras pessoas. Considerações e jurisprudências deste TJSP. Improcedência da ação que se impõe. Recurso dos réus provido e prejudicado o da autora. (SÃO PAULO, 2008b).

No dizer de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

Não se pode, então, negar que seja possível identificar um culpado no rompimento da relação conjugal, mas que para tanto se utilizou da prática de ato ilícito, e que merece ser responsabilizado material e/ou moralmente. Ressalta-se, novamente, que não é qualquer descumprimento do dever de casamento ou união estável que gera o direito à indenização, mas tão somente aqueles que extrapolam a normalidade, de forma a ofender a dignidade do outro e causar com isso danos ao mesmo. A doutrina elenca alguns exemplos de descumprimento dos deveres de casamento ou união estável que configurariam ato ilícito: ofensa física, estupro, tentativa de homicídio, cárcere privado, injúria grave, etc. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 574).

Fato outro que não pode ser afastado de análise é a concessão ou não do perdão pela parte supostamente ofendida. Baseado no princípio da boa-fé objetiva, que tem como desdobramento a vedação de condutas contraditórias (*venire contra factum proprium*), tem-se o entendimento de que, no âmbito do Direito de Família, uma vez praticado o ato ilícito, tecnicamente ensejador de dano moral indenizável, mas verificado o perdão do ofendido, mesmo que tacitamente, ou tolerância ao ato corriqueiramente exercido, ou, ainda, a concorrência de um para o descumprimento do dever pelo outro, não caberá pedido de indenização.

Semelhante entendimento foi apresentado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. IMPUTAÇÃO DE CULPA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE PERDÃO TÁCITO. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. 1. A presunção de perdão tácito declarada pelo TJ/MG constitui circunstância fática imutável na via especial, a teor da Súmula 7/STJ. 2. A boa-fé objetiva deve guiar as relações familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente. [...] 8. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2010).

Ante tudo o que foi apresentado sobre o assunto, não se pode negar que o afeto tem sua importância nas relações familiares de casamento ou união estável, seja como causa da relação, ou, principalmente, pelo caráter de seu mantenedor da mesma. Entretanto, como menciona, Maria Berenice Dias, “ninguém pode ser culpado por deixar de amar” (DIAS, 2010, p. 119). E continua:

O sonho do amor eterno, quando acaba, certamente traz dor e sofrimento, e a tendência sempre é culpar o outro pelo fim de um amor jurado eterno. O desamor, a solidão, a frustração da expectativa de vida a dois não são indenizáveis. Para a configuração do dever de indenizar não é suficiente que o ofendido demonstre sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se presentes todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexos causal. Não cabe indenizar alguém pelo fim de uma relação conjugal. Pode-se afirmar que a dor e a frustração, se não são queridas, são ao menos previsíveis, lícitas e, portanto, não indenizáveis. (DIAS, 2010, p. 119).

Porém, é inegável que, como ensina, Rolf Madaleno, “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para o fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana” (MADALENO, 2009, p. 65). Daí porque sua relevância no meio jurídico.

Não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. No entanto, no dizer do

julgador Paulo de Tarso Sanseverino, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.159.242/SP:

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. Sendo assim, o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares. (BRASIL, 2012).

3.3 A compensação por dano moral e sua extensão ao abandono afetivo

Como dito, não há uma concordância entre os estudiosos do Direito, especificamente, do Direito das Famílias, quanto à natureza do afeto nas relações familiares, apesar de ser majoritária, a corrente que sustenta seu status de princípio jurídico.

Ao tempo em que o afeto passou a ter importância na configuração de entidades familiares, começaram a se discutir suas implicações na responsabilidade civil frente às consequências da ausência de afeto no âmbito familiar. É a partir daí, que poder-se-ão então analisarem suas consequências frente à responsabilidade civil, principalmente, no que tange à reparação pelo chamado “abandono afetivo”.

Entretanto, pra que se evitem confusões acerca da terminologia “abandono moral”, necessário se faz abordar suas diversas conceituações, devendo-se então distingui-las para uma melhor compreensão. Flávio Tartuce (2009) apresenta como sinônimo de abandono afetivo os termos “abandono moral”, “abandono paterno-filial” ou, ainda, “teoria do desamor”.

Abandono moral, no âmbito do Direito Penal, é a conduta típica descrita no art. 247 do Código Penal, em capítulo destinado aos crimes contra a assistência familiar, quais sejam:

Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:
 I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;
 II - freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;
 III - resida ou trabalhe em casa de prostituição;
 IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comisseração pública: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. (BRASIL, 1940).

Não se pode, pois, confundir o que se definirá a seguir como abandono afetivo com o que os penalistas denominam de abandono moral. O art. 247 do Código Penal destina-se à preservação moral do menor no que se refere à sua formação de caráter, procurando impedir situações que o corrompa, como ensina o penalista Julio Fabbrini Mirabete (2003).

Para alguns, como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010), há a negativa de configuração de dano moral decorrente de abandono afetivo, porém, é possível o dano material (como, por exemplo, traumas que demandam tratamento psicológico, cuja reparação *in natura* será o custeio desse tratamento). Ou ainda, há quem defenda que se deve primar pela reparação por meio de custeio de tratamento terapêutico, e somente não sendo este possível, é que se deve fixar indenização em dinheiro (COSTA, 2005).

Por outro lado, parte minoritária da doutrina trata o abandono afetivo como dano não passível de indenização e até mesmo de apreciação jurídica. Firmam, nesse sentido, o argumento de que não se poderia tratar o afeto como algo juridicamente imposto a alguém.

Seguindo tal argumento, a Turma da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao analisar a Apelação Cível n. 1.0024.07.790961-2/001, decidiu, por unanimidade de votos, seguindo o desembargador relator Alvimar de Ávila, que o dedicar afeto a alguém não é dever jurídico, por falta de previsão legal impondo referida conduta, não sendo, então, ato ilícito a falta de afeto e, portanto, não sendo passível de reparação civil. Veja-se:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. (MINAS GERAIS, 2009b).

Em data pretérita ao julgado citado acima, os ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial ajuizado contra a decisão proferida na Apelação Cível n. 0408.550-5, da Sétima Câmara do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, também apresentaram entendimento no sentido de não ser possível a reparação civil por dano moral causado por abandono afetivo, por não configurar ato ilícito.

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, 2006).

Estando a discussão direta e intimamente ligada à responsabilidade civil e suas características para configuração e aplicação, passa-se à análise dos caracteres do abandono afetivo como ato ilícito.

Para Flávio Tartuce (2009), os pais têm o dever de conviver com os filhos menores, seja

sob o mesmo teto ou pelo regime de visitas, se não detêm a guarda física do menor, dependendo-lhe carinho e atenção, a fim de que não lhe seja gerado um sentimento de abandono, o que prejudicaria o desenvolvimento de sua personalidade. O fato caracteriza-se, por si só, como violação de um direito fundamental do filho menor ao convívio com o pai e a mãe. Seria, pois, um direito fundamental pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente e da convivência familiar.

“A violação do direito alheio fica clara pelo estudo do art. 1634 do atual Código Civil, comando legal que prevê os atributos do exercício do poder familiar [...]. Não restam dúvidas de que tais atribuições são verdadeiros deveres jurídicos [...]” (TARTUCE, 2009, p. 108-109).

Para Paulo Lôbo, “o ‘abandono afetivo’ nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade” (LÔBO, 2009, p. 288). Baseando-se nos princípios da paternidade responsável e da afetividade, o autor ensina que, pela Constituição da República, art. 227, os pais devem prover aos filhos menores, não somente de forma material, mas também moral, os direitos à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, considerados de conteúdo moral. Arremata dizendo que o poder familiar impõe o dever de companhia aos pais.

No mesmo sentido, complementa, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006), que, mesmo os pais presentes fisicamente, 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 desempenho destas funções acarrete danos à formação sócio-psíquico-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 não 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, por exemplo. (HIRONAKA, 2006).

Maria Berenice Dias (2010), corroborando os referidos posicionamentos, completa que, devido ao princípio da paternidade responsável, em relação aos pais, a convivência dos filhos com os mesmos não é direito, é dever:

Não há direito [dos pais] de visitá-lo [o filho], há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. (DIAS, 2010, p. 452).

Argumenta ainda, a autora, que a falta de convívio entre pais e filhos gera o rompimento do elo de afetividade, o que compromete o desenvolvimento do menor, que pode vir a se tornar uma pessoa insegura e infeliz, consequências de sequelas psicológicas, geradoras de danos emocionais, que merecem reparação.

Esse foi o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, nos autos do REsp n. 1.159.242/SP, sob relatoria da ministra Nancy Andrichi, assim ementado o acórdão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. **O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.** 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, **existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.** 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

E, desse modo, restando claro que, para a formação da personalidade do filho menor, há a necessidade da convivência com ambos os pais, a violação desse direito traria ao filho o direito de ser compensado pela omissão do pai/mãe negligente, pois essa ausência causaria danos psíquicos à pessoa em formação.

Por oportuno, cita-se trecho da obra de Arnaldo Rizzardo:

Embora não caiba se falar em coesão familiar, e oferecer aos filhos uma estrutura regular da convivência com o pai e a mãe, o mínimo que se impõe como ditame fundamental da consciência, da moral, da natureza e da lei consiste na convivência regular com os progenitores, mesmo que espaçada, de modo a satisfazer o impulso natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu acompanhamento. Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir

efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções. (RIZZARDO, 2005, p. 692-693).

Por meio de referidos entendimentos, chega-se à consequente conclusão de que os pais devem, então, compensar os filhos pela omissão de afeto, sendo esta a violação de um direito fundamental do menor. A compensação far-se-á pelo instituto da responsabilidade civil, pois, configurado o abandono afetivo, ou melhor, a ausência do dever de cuidar, seria esta a causadora de danos imateriais (danos morais) para o filho negligenciado.

No mesmo sentido, o abandono afetivo configuraria ato ilícito, por ser o afeto um princípio ou valor jurídico, portanto, um dever jurídico imposto ao pai frente os filhos menores. Aquele que deixa de cumprir tal imposição está descumprindo um preceito legal, e essa violação, aliada aos demais pressupostos, possibilitaria a condenação do infrator à indenização por dano moral.

Outro argumento suscitado para defesa da possibilidade de se aferir a indenização por danos morais causados pelo abandono afetivo é a ofensa a direitos de personalidade. Conforme foi exposto, no capítulo anterior, com relação ao dano moral, pode-se chegar à conclusão de que as reparações se destinam a compensar a violação de direitos da personalidade, que são aqueles inerentes à pessoa humana por si na tutela da própria dignidade.

Como expõe, Flávio Tartuce (2009), o principal argumento jurídico para a possibilidade de reparação por danos morais causados pelo abandono afetivo seria o enquadramento da conduta aos termos do art. 186 do atual Código Civil, que traz positivado o conceito de ato ilícito: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Seria então a falta de afeto, ou melhor, o abandono afetivo, um ato ilícito. Assim sendo, aliado aos demais requisitos da responsabilidade civil, é passível de compensação pecuniária. Para tanto, necessário se faz esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comezinhas obrigações para com seu filho.

Não fosse o caráter de subjetividade que caracteriza como complexa a análise da responsabilidade civil nesse âmbito, fácil seria identificar ou, perfeitamente, constatar os elementos configuradores do dano moral. No entanto, na relação entre pais e filhos, mesmo a par de elementos intangíveis, é possível se visualizar o liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das

ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

[...] A teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que **impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes**. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (SCAFF, 2011, p. 75).

Por oportuno, cabe mencionar parte do voto da ministra relatora do REsp n. 1.159.242/SP, que assim se manifestou:

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não. À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa. Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – obrigação inescapável –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso. (BRASIL, 2012).

No que tange aos aspectos da ilicitude e da culpa, é percuciente demonstrar que a responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Faz-se, pois, necessário, refletir-se sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Aqui, cabe uma análise sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se, o cuidado, fator curial à formação da personalidade do infante, devendo ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Pois bem, nessa linha de pensamento, é possível afirmar-se que, tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além

das chamadas *necessarium vitae*. A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, mas igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, entre outros.

A ocorrência da ilicitude civil, nesse caso, revela-se pela comprovação de que essa imposição legal foi descumprida, sob a forma de omissão, pois, na hipótese, o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de cuidar – de educar, de criar – importa em vulneração da imposição legal. Assim, portanto, percebe-se que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige, ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

É importante ressaltar que não caracterizam a vulneração do dever de cuidar situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, pois são decorrentes das mutações sociais que orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usufrui de um direito seu não causa dano a alguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

Por certo, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação, e, aqui, merecem serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando, desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, a outras, mais costumeiras, como limitações financeiras e distâncias geográficas.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

E, 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, olvidar-se 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.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma

constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

E assim, sendo certo que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexos causal. A existência de laudo formulado por especialista que aponte uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais constitui forma simples de se verificar a ocorrência desses elementos.

Vale lembrar, para tanto, a oportuna lição de Rui Stoco:

A dor sofrida pelo filho em razão do abandono e desamparo dos pais, privando-o do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico e material é não só terrível, como irreversível. A mancha é indelével e o trauma irremediável. O direito de proteção efetiva em circunstâncias tais tem fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, nosso ordenamento jurídico – e não só a Constituição Federal – é pleno de preceitos de proteção, afirmando o dever dos pais de cuidar e proteger os filhos, seja no plano material, educacional, afetivo ou psíquico. (...) Mas tal reconhecimento não poderá dar ensejo a abusos e criação de verdadeira indústria de ações judiciais de filho, supostamente ofendidos, contra os pais. Cada caso deverá merecer detido estudo e atenção redobrada, só reconhecendo o dano moral em caráter excepcional e quando os pressupostos da reparação se apresentarem estreme de dúvida e ictu oculi, através de estudos sociais e laudos técnicos de equipe interdisciplinar. (STOCO, 2007, p. 946).

Assim, segue firme o posicionamento da corte superior do país, no sentido de reconhecer a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, não mais pelo dever de amar, mas pelo dever de cuidar, sendo este visto como imposição legal e, portanto, suscetível de reparabilidade.

3.4 O preço do abandono afetivo

Não obstante a imensa variedade de soluções dadas ao problema da quantificação do dano moral puro, questão não resolvida pela Constituição da República, não há dúvida, porém, de que, no tocante à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, o Código Civil oferece algumas soluções que especifica e que aparentemente referem-se a danos morais, procuram ressarcir as consequências patrimoniais desses ilícitos.

Nesse sentido, parâmetros diversos são postos nos arts. 944, 945, 946, 948, 949, 950, 953 e 954 do Código Civil. Feita a ressalva, resta claro que o direito positivo brasileiro ordinário oferece como parâmetro à liquidação do dano moral, tão somente o arbitramento judicial, forma prevista consoante implicitamente estabelecido nos arts. 944 e 946 do atual Código Civil

brasileiro.

Perfunctoriamente, já se há de notar que não há limites legais previstos, ficando, a aferição do montante devido, assim, ao arbítrio do julgador, em cada caso concreto, pesadas as circunstâncias e consequências do agravo moral. O que, se não é por si um vetor negativo, por outro lado, gera insegurança e perplexidade às partes, à falta de previsão normativa desses limites indenizatórios.

A respeito do alcance dos danos morais, Bittar entende que, a par da reparação específica referida, prevalece a orientação de que o respectivo dimensionamento deve ser graduado em consonância com o caso concreto, consideradas, quando presentes, as situações pessoais e objetivas de cada caso.

Da análise da jurisprudência, resulta nítida a evolução ocorrida nesse passo, ante a consciência que ora se tem de que a reparação se confere pelo dano moral em si, e não como reconhecimento do dano material indireto, ou reflexo, como durante certo tempo prevaleceu. O caráter reparatório impõe a atribuição de valor que iniba o agente de novas investidas, como, por exemplo, a condenação que estipule pagamento em dobro, ou em triplo, ou em outro referencial sobre uma base obtida.

Esse entendimento realça, como claramente se observa, a análise da gravidade do fato concreto diante do dano moral em si considerado, o que deixa ao juiz a tarefa de se colocar na posição do homem médio, como ensina, Bittar e, a partir desse posicionamento, examinar a dimensão do prejuízo moral havido e, conseqüentemente, como base na solução alcançada, dimensionar a reparação pecuniária que se faz necessária para não apenas compensar o ofendido, mas também para desestimular a prática de atos semelhantes, com o que a indenização adquire nítido caráter de sanção civil e com o que, de resto, concorda-se integralmente perante a previsão constitucional contida no art. 5º, incisos X e X da Constituição de 1988.

Ressalte-se que o importante é, a par do princípio da reparabilidade, admitir o da indenizabilidade, para que, como assinalam, outros autores, não fique, a lesão moral, sem recomposição nem impune aquele que é responsável, fatores que seriam de perpetuação de desequilíbrios sociojurídicos.

Interessante notar que a Constituição aponta expressamente o dano moral como indenizável, indicando assim a natureza sancionatória, ao lado da compensatória, do ressarcimento do dano moral. Por sua vez, a omissão do Código Civil em estabelecer o montante indenizatório faz com que se busque todo elemento possível para encontrar, em cada caso, o valor mais adequado para a situação em exame, frisando ser o arbitramento, por isso, o critério de maior uso, sempre somado ao prudente arbítrio do juiz.

A cerca do preceito compensatório da reparação, convém esclarecer que o dano moral destina-se, na sua forma de reparação, essencialmente, a compensar um mal-estar ou uma indisposição de natureza espiritual. Assim, ensina, Inácio de Carvalho Neto, diferenciando, fundamentalmente o dano material do moral:

Enquanto no caso dos danos materiais a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu status quo ante ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação ao dano eminentemente moral. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior. A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima. ().

O desembargador Umberto Guaspari Sudbrack se ateve a demonstrar que:

A indenização por danos morais possui função diversa daquela exercida pela dos danos patrimoniais, não podendo ser aplicados critérios iguais para sua quantificação, uma vez que a reparação de tal espécie de dano procura oferecer compensação ao lesado para atenuar a lesão havida e, quanto ao acusador do dano, objetiva infringir-lhe sanção, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem. (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

Assim, a fixação de um montante indenizatório por gravames morais deve buscar atender à duplicidade de fins a que a indenização se presta, atentando para a condição econômica da vítima, bem como para a capacidade do agente causador do dano. A reparação pela falta de afetividade pelo filho, embora expressa em pecúnia, não busca qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima.

Na verdade, revela-se como uma forma de compensação diante da ofensa recebida, que, em sua essência, é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito primitivo.

Na acepção positiva do dever de indenizar, como persegue, este trabalho, há uma vertente que se direciona para a aceitação da reparação material pela omissão do afeto, a qual acredita, em sua maioria, que, ao contrário do que afirma a corrente negativa, a indenização não tem mais nenhum propósito de compelir o restabelecimento do amor, já desfeito pelo longo tempo transcorrido diante da total ausência de conta e de afeto paterno ou materno. Já não existe amor para ser resgatado, bem pelo contrário, a penalidade geradora dessa obrigação não acrescentaria de amor um coração paterno petrificado, mas repararia a configurada omissão voluntária prejudicial à formação da estrutura da personalidade do filho abandonado.

Há vozes, mesmo que favoráveis, condicionando a admissibilidade da reparação dos

danos morais nas relações de filiação às situações nas quais, seja por conta do comportamento lesivo ou pela ausência preexistente do vínculo afetivo, não se conceba a subsistência material da relação paterno-filial, conquanto formalmente possa aquela resistir à demanda reparatória. Assim, tende-se a afastar o risco de que a tese da reparação dos danos morais sirva como determinante do rompimento do vínculo filial, onde, muitas vezes, esse vínculo já foi desfeito ou nunca existiu.

Nessa premissa, insurge a indagação que focaliza tal reparação: “cabe ao Judiciário obrigar alguém a amar?”

Inobstante o grau de subjetividade dada à questão, como já exaustivamente demonstrado, negar, nos dias atuais, o valor e a relevância ao afeto, consiste em negar sua necessidade para a implementação da dignidade da pessoa humana, ou seja, negar o princípio fundamental do Estado brasileiro.

A Constituição brasileira dispõe, no art. 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (BRASIL, 1988), porém, essa mesma análise implicaria deixarem de lado e impunes os atos desfavoráveis cometidos contra as necessidades de um filho menor. Foi por meio dessa mesma Carta da Política, que passou a emprestar efeitos jurídicos aos relacionamentos interpessoais fora do casamento; no momento em que a filiação foi identificada pela verdade socioafetiva e não apenas pela verdade biológica, merecendo, os vínculos afetivos, a proteção do Estado (FREIRE, 2004).

Essa nova orientação levou à aprovação da doutrina da proteção integral da criança, um sujeito de direito, o qual possui preceitos fundamentais que confirmam sua importante condição de ter a prerrogativa de ser amada. Foi-se o tempo em que o direito de visita era prioridade do pai, agora se reconhece que o desfrute da companhia paterna é um direito do próprio filho.

Diante da constatação de que a dignidade da pessoa humana constitui valor essencial da personalidade, deve esse princípio ser preservado nas diferentes esferas dos relacionamentos interpessoais. Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros (BRANCO, 2006, p. 116).

O instituto da responsabilidade civil em relação ao dano puramente moral, por se tratar de uma ordem compensatória e, até mesmo, coercitiva, não tende a desempenhar uma função meramente punitiva ao agente que ensejou o dano. Muito pelo contrário, manifesta-se a penalidade da violação dos deveres morais que deveriam compor a formação da personalidade do filho rejeitado, os quais não foram providos por um genitor ausente.

Nesse sentido, a jurisprudência tem configurado o posicionamento dessa corrente positiva. Em recente decisão no Rio de Janeiro⁶, pai foi condenado a pagar o equivalente a 100 salários-mínimos por ter abandonado moralmente seu filho, sob a premissa de que a decisão “não sirva de instrumento de vingança, mas sim de reparação de um dano, de fato, suportado na formação da personalidade e identidade da criança”, conforme dispôs a magistrada Simone Navalho Novaes.

Completou, salientando o poder familiar inerente ao genitor:

Se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei. (PAI... 2006).

Nesse mesmo teor, na Comarca de Capão da Canoa⁷, decisão pioneira nesse sentido, no estado do Rio Grande do Sul, pela qual restou configurado o abandono afetivo. Em Minas Gerais, em igual sentido, o Tribunal de Alçada reconheceu que “a existência do homem está na dimensão de seus vínculos e de seus afetos, sendo a afeição valor preponderante da dignidade humana” (MINAS GERAIS, 2004), julgando procedente assim a reparação em dinheiro a dor sofrida pelo filho rejeitado.

Muito embora se admita que a simples presença não seja pressuposto de afetividade por parte do pai/mãe, por outro lado, negar essa possibilidade ou até mesmo não dar a chance ao filho de ter fisicamente presente sua figura paterna/materna, configura o abuso de um direito inerente à filiação.

Ademais, deve-se encontrar o verdadeiro agente do ato ilícito, tendo em vista que a indenização deve ser direcionada para aquele que causou o dano, seja o genitor que voluntariamente omitiu-se de prestar com seu papel, seja o genitor que intencionalmente perturbou a chance de ocorrer essa troca.

Certamente, a cautela deve ser preponderante nesse tipo de ação reparatória, até mesmo para que não ocorra a chamada monetarização das relações afetivas. Entretanto, o aspecto que deve ser respeitado nessa discussão é ajudar a criar uma mentalidade de paternidade responsável, até porque, o amor pode até não ter um preço, mas a falta de amor pode gerar a obrigação indenizatória.

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado nos

⁶ Juíza Simone Ramalho Novaes – Primeira Vara Cível de São Gonçalo (RJ).

⁷ Processo n. 1030012032-0. Juiz: Mário Romano Maggioni - Segunda Vara da Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul.

tribunais a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados. Todavia, há de ser considerada a gravidade do dano, bem como fatores outros que, de algum modo, ocasionaram o distanciamento entre os pais e filhos, sendo, essas circunstâncias do caso, as causadoras do abandono afetivo.

Assim, pois, a responsabilidade pelo dano moral deve ser proporcional à ação ou omissão do agente em sua provocação, determinando o pagamento de indenização proporcional e reservando ao lesado a busca de indenização de outrem, na medida da proporcionalidade deste na causação do dano.

4 PUNITIVE DAMAGES E O ABANDONO AFETIVO

Também denominados de *vindictive damages*, *punitory damages*, *exemplary damages*, *smart Money* ou danos punitivos, o *punitive damages* é um instituto jurídico de origem estrangeira que visa punir o ofensor de um ato ilícito. O referido instituto é adotado em diversos países, mas principalmente os anglo-saxões, que adotam o sistema jurídico do Common Law.

Dentre os países que adotam o instituto, destacam-se a Inglaterra e os Estados Unidos. E, como se sabe, os primeiros vestígios de multa punitiva no Direito inglês são verificados no século XII, mais especificamente, no Estatuto de Gloucester de 1278. Nos Estados Unidos, o ato ilícito pode, simultaneamente, gerar uma demanda de responsabilidade civil e ser um crime punível pelo Estado. Entretanto, o instituto é aplicado nas demandas que envolvem danos extracontratuais, sendo conservada a autonomia da vontade das partes, uma vez que, independentemente do motivo, não há aplicação dos *punitive damages* em responsabilidade contratual. Para compreensão do tema no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se, então, a sua análise.

4.1 A introdução da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro

Como já se sabe, no Brasil, a responsabilidade civil assume uma função de reparar/compensar a vítima por um dano causado pelo ofensor. Por sua vez, na responsabilidade penal, a função que se amolda à sua essencial finalidade é a punitiva. Isso considerando-se a tese aqui esposada, segundo a qual, não há uma função autônoma e verdadeiramente dissuasória/preventiva em uma ou em outra esfera de responsabilidade.

É preciso reprimir que cada uma das esferas, penal e civil, vale-se de mecanismos distintos e próprios, como forma de reação aos atos tidos por inadequados pelo ordenamento jurídico. Isso quer dizer que, particular e exclusivamente, na responsabilidade penal, aplica-se a pena diante do cometimento de certos ilícitos como forma de punir o ofensor por sua prática. Já na responsabilidade civil, a sanção se reveste de outro formato, qual seja, o de reparação da vítima.

Dotados de características que os tornam estranhos, tanto à sistematização civil, quanto à penal de responsabilidades, e não somente devido à falta de previsão legal, mas, principalmente, por incompatibilizar-se com o modelo vigente em sua integralidade, os *punitive damages* descuram-se de sentido e de legitimidade quando fundamentam, no Brasil, quaisquer termos de responsabilidade. Nesse contexto, inserem-se em terras brasileiras em uma

configuração de precedente arriscado para a manutenção do sistema.

Para compreender a defesa que se faz de sua inaplicabilidade no sistema jurídico brasileiro de responsabilidade e, principalmente, nos limites do Direito de Família, faz-se necessário conhecê-lo, em seus principais contornos, a começar por uma precisa conceituação.

Assim, não é tarefa difícil encontrar nas doutrinas norte-americana e brasileira conceitos de *punitive damages*. Com poucas variáveis em sua composição, a definição se circunscreve basicamente aos seus elementos essenciais: acréscimo de soma em dinheiro à indenização pelo dano em si mesmo considerado e sua função punitiva. Ensinam, Linda Schlueter e Keneth Redden, que “punitive damages são uma indenização distinta dos compensatory ou dos nominal damages, fixada contra uma pessoa para puni-la por sua conduta ultrajante e dissuadi-la, bem como a outras, de um mesmo comportamento semelhante no futuro.” (SCHLUETER; REDDEN, 2000, p. 26, tradução nossa).

No mesmo sentido, Alan Calnan define os *punitive damages*:

Danos punitivos são uma soma de dinheiro que os infratores têm de pagar para demandantes como uma penalidade pela prática de certas condutas socialmente repreensíveis. Embora este remédio tenha desfrutado de uma longa história na lei norte-americana, o seu futuro foi recentemente posto em dúvida. (CALNAN, 1995, p. 101, tradução nossa).

Segundo a doutrina de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, os *punitive damages*:

[...] Consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção pela exemplaridade da punição (deterrence) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos compensatory damages, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16).

A figura em exame também é conhecida, entre tantos outros nomes, como *exemplary damages*, *smart money* e *penal damages*. Seu nascedouro se dá em países pertencentes à família do Common Law e, por conta disso, de acordo com as características deste se delinea.

É relevante considerar que o significado que se tem habitualmente atribuído à expressão *punitive damages* no sentido de se tratar de danos punitivos demonstra pouco apuro na tradução. Em verdade, não se pode falar aqui ou em qualquer outro vernáculo em um dano que pune. Quando muito e onde se admite, a prática de um ato do qual resulte dano é que é punida. Por

isso, a expressão será aqui traduzida como indenização punitiva.

Em sua essência, como se pode depreender da noção conceitual do instituto, seria possível identificar duas finalidades para os *punitive damages*: a retributiva, destinada a infligir ao provocador do dano uma pena que seja, ao mesmo tempo, necessária e suficiente para realizar sua outra finalidade, qual seja, a de prevenção ou desestímulo. Entretanto, convém lembrar que:

[...] A regra vigente e de longa data no moderno sistema civil é a de que as indenizações punitivas violam o propósito por trás da lei de indenização, que é o de “reparar o prejuízo sofrido pela vítima de um mal, e não para punir o transgressor”. Com essa base filosófica, “o civil law até agora reluta em abrir suas portas para a indenização punitiva [...]”. (GRAVELLES; GRAVELLES, 2010, p. 580, tradução nossa).

Para Nelson Rosenvald,

Os *punitive damages* são deferidos com duas finalidades: retributiva (*punishment*) e desestímulo (*deterrence*). A retribuição reclama que a conduta revele extrema reprovação social – uma malícia, evidenciada pelo dolo ou grave negligência do agente –, cumulada ao desestímulo, no sentido de direcionar a pena a afligir o transgressor, induzindo-o a não reiterar comportamentos antissociais e ultrajantes análogos. (ROSENVALD, 2014, p. 170).

Doutrinariamente, têm se propugnado, como visto, pela necessidade de reconhecer à responsabilidade civil, finalidades que ultrapassem a exclusividade da reparação. Nesse sentido, o jurista português João de Matos Antunes Varela também sustenta a assunção pela responsabilidade civil de outras funções:

[...] Embora a responsabilidade civil exerça uma função essencialmente reparadora ou indenizatória, não deixa de desempenhar, acessória ou subordinadamente, uma função de caráter preventivo, sancionatório ou repressivo, como demonstrado em vários aspectos do seu regime. (VARELA, 2000, p. 542).

Para muitos, como é o caso de Sampaio Júnior (2009), a adoção dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro representaria importante método de controle social, e, por consequência, as funções da responsabilidade civil seriam expandidas. Segundo seus ensinamentos,

Ao se permitir a condenação do ofensor ao pagamento de indenização pecuniária cujo montante não está necessariamente adstrito ao valor dos danos materiais efetivamente sofridos pela vítima, e ao se reconhecer a possibilidade de se majorar o valor da indenização por danos morais com o intuito de punir o ofensor, criou-se a possibilidade de a responsabilidade civil ser utilizada para controlar a vida em

sociedade, porquanto o comportamento tido como antissocial pelo magistrado poderá ser severamente punido na esfera civil, por meio da imposição do dever de pagar elevada quantia pecuniária pelos danos morais infligidos, os quais não guardam sintonia com os danos materiais que foram causados. (SAMPAIO JÚNIOR, 2009, p. 232).

Nessa conjuntura e conforme essa linha de raciocínio, a indenização punitiva ganharia especial relevância, afinal, por meio dela, acabar-se-ia, em tese, por dissuadir uma nova prática, fosse pelo praticante punido, fosse pela sociedade que se absteria por força do exemplo. Como observado por Daniel de Andrade Levy,

Finalmente, a função preventiva dos *punitive damages*, que parece ser uma tendência não apenas americana, mas de diversos outros países de cultura ocidental, tem sido muito ressaltada sob uma ótica socializante, em que se observa uma certa “função social do litígio”, que deve servir não só ao ressarcimento do autor, mas como pretexto para que uma determinada conduta, ali verificada, seja questionada. Ainda no século XIX, a Suprema Corte do Mississippi, ao ratificar a conduta do júri que atribuiu valor superior ao dano material em caso de abuso de propriedade, deliberou: “Essa compensação adicional pode também servir como exemplo geral para outros casos similares. (LEVY, 2011, p. 182).

Com esse contorno, defende-se, inclusive, que a indenização punitiva se prestaria à proteção dos valorosos direitos da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana. É o exemplo de André Gustavo Corrêa Andrade, para quem

A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não (sic) através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com as penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos da personalidade. (ANDRADE, 2009, p. 238).

Como se vê, tem ganhado adeptos na literatura jurídica brasileira, a corrente que defende a aplicabilidade dos *punitive damages* como meio de renovação da responsabilidade civil, tornando-a supostamente compatível com o novo paradigma democrático. Há quem afirme que não se pode limitar a responsabilidade civil à mera finalidade reparatória, como defende,

Sampaio Júnior:

A tão pretendida socialização da teoria da responsabilidade civil, antes focada na análise subjetiva da conduta do ofensor, teria horizontes mais amplos do que a mera atribuição do dever de ressarcir àqueles que, mesmo agindo licitamente, criaram riscos para os direitos e interesses alheios. De fato, a responsabilidade civil encontraria um novo fundamento ético, consistente na promoção de condutas socialmente desejáveis pela rigorosa punição aos que violassem tais padrões comportamentais. (SAMPAIO JÚNIOR, 2009, p. 231).

Por seu turno, defende, Caroline Vaz que:

Objetivos até então buscados somente na seara criminal, punir e prevenir, vêm sendo admitidos pretorianamente como fundamento para enfatizar a condenação dos agentes, já que a compensação do dano e sua reparação, muitas vezes ficam aquém do prejuízo sofrido pelas vítimas e seus familiares, além de não evitarem a reiteração do ilícito. (VAZ, 2009, p. 75).

Como se observa, a defesa da autora é no sentido de atribuir também à responsabilidade civil funções tradicionalmente afetas ao Direito Penal. Funda-se tal perspectiva na crescente relevância emprestada à tutela jurídica dos direitos da personalidade, mediante os quais se devem resgatar, para assegurar a incolumidade, as penas privadas diante da insuficiência dos métodos ressarcitórios.

Há ainda quem argumente que, pela adoção dos *punitive damages*, a responsabilidade civil teria oportunidade de abarcar aquelas situações que o Direito Penal não tipificou como crime, mas que, a despeito disso, mereceriam ser punidas. Esse é o entendimento de Andrade, para quem

A necessidade dos *punitive damages* estaria demonstrada principalmente, mas não exclusivamente, em situações nas quais um ato delituoso, por razões de ordem jurídica ou prática, escapa de um processo criminal. O instituto, além disso, preencheria lacunas da legislação criminal, punindo condutas que, a despeito de sua atipicidade, merecem punição. (ANDRADE, 2009, p. 187).

É possível, pelo que já se expôs, estabelecer as necessárias diferenças entre os *punitive damages* e os *compensatory damages*. Estes últimos relacionam-se à reparação ou à compensação da vítima, a qual, diante de um dano sofrido, merecerá a tutela legal de fazer incidir sobre o praticante do ato o dever de recompor a situação por ele provocada ou, sendo impossível a recomposição, o de indenizá-la. Por sua vez, os *punitive damages* devem ser entendidos como uma elevada quantia em dinheiro que extrapola (e deve extrapolar) o valor destinado a reparar o dano, isso porque sua função não é a de compensar, mas, exatamente e

tão somente, a de punir o ofensor e dissuadi-lo de uma possível reiteração futura; como consequência de sua punição, a própria sociedade seria desestimulada a praticar ato da mesma natureza. Como lembrado por Nelson Rosenthal,

São três os critérios fundamentais para a distinção entre punitive damages e os compensatory damages: (1) finalidade – os danos compensatórios se inspiram na necessidade de ripristinar a perda súbita sofrida pela vítima (loss oriented), enquanto os punitive damages enfatizam a finalidade inibitória (wrong oriented); (2) individualização do sujeito a que se aplica o remédio – enquanto os danos compensatórios focalizam a figura da vítima (victim-oriented), os danos punitivos concentram sua atenção na figura do autor do tort e sobre a sua conduta ilícita (society-oriented); (3) a diferença de perspectivas – os compensatory damages são retrospectivos, pois focam os danos já suportados pela vítima, com exceção dos futuros prejuízos do ato ilícito, que poderão ser compensados no futuro; enquanto nos danos punitivos esta perspectiva possui amplitude maior, pois eles tendem a inibir o ofensor da prática daquela conduta ilícita. Pode-se afirmar que os compensatory damages são retrospectivos, visando colocar a vítima onde estaria se não houvesse ocorrido o ilícito, enquanto os punitive damages são prospectivos, punindo e desestimulando o ofensor. (ROSENVALD, 2014, p. 171).

Não obstante, é importante esclarecer, também, que, no Brasil, como bem lembrado por Maria Celina Bodin Moraes, a indenização punitiva não tem previsão legal:

Adianta-se que o novo Código Civil, em nenhuma de suas numerosas disposições sobre a responsabilidade civil contempla o caráter punitivo. Mais importante parece ser o fato de que, quando se teve a melhor oportunidade para tanto, isto é, no âmbito da proteção ao consumidor, cujo correspondente americano é o tortious liability, em que os punitive damages alcançaram o sucesso e a fama, a opção brasileira foi no sentido de não se adotar o caráter punitivo da reparação do dano. No Código de Defesa do Consumidor, ele foi excluído pelo veto presidencial. O Artigo que o contemplava dispunha o seguinte: “Art. 16. Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN [...]. Nas razões de veto, se disse: [...] os dispositivos ora vetados criam a figura da “multa civil”, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e validade. (MORAES, 2009, p. 217).

A ausência de expressa autorização legal tem sido apresentada como um dos óbices à aplicação dos *punitive damages* no Brasil. Mas, não se pode negar que a investigação acerca da indenização punitiva não se pode realizar de maneira apropriada sem que se faça um exame a respeito do Common Law (família anglo-saxônica), cujas características o demarcam e o diferenciam do Civil Law (família romano-germânica), objetando-se, não raro, o intercâmbio de seus institutos. Acredita-se que seja essa outra razão que torne descabida a aplicação dos *punitive damages* no Brasil.

Segundo Vicente Ráo, o Common Law:

A common law corresponde a um sistema de princípios e de costumes observados desde tempos imemoriais e aceitos, tacitamente, ou expressamente, pelo poder legislativo, revestindo ora caráter geral, quando vigoram em todas as jurisdições, ora caráter especial, quando imperam em certas regiões, tão-somente. Sua prova resulta da jurisprudência, pois, a julgarem os casos concretos, os juízes declaram o direito comum, que lhes é aplicável. Os julgados assim proferidos, registrados nos arquivos das Cortes e publicados em coletâneas (reports), adquirem a força obrigatória de regras de precedentes (rules of precedents), para regerem casos futuros; ademais, juízes e juristas deles extraem princípios e regras, que, subsequentemente, ampliam os limites da common law e, assim generalizados, propiciam a sua evolução. (RÁO, 1999, p. 131).

Como se vê, o Common Law designa o sistema jurídico que tem por importante fonte primária o precedente judicial, que, em seu conjunto, constitui o Direito comum. Assim, é possível identificar, no Common Law norte-americano ou inglês, a existência de duas espécies de lei: os estatutos, leis positivas votadas pelo competente órgão legislativo e a lei comum, consubstanciada na jurisprudência, da qual os juízes extraem os fundamentos para suas decisões, as quais servirão – como as de outrora lhes serviram – como norteador para julgamentos futuros, consideradas as semelhanças ou a identidade dos gêneros dos precedentes. Há um pragmatismo que se caracteriza pela ação do juiz. Os países que adotam o Common Law diferem-se, com isso, daqueles que empregam Civil Law, dentre os quais, o Brasil, que tem na lei escrita seu grande expoente, revelando-se como forma de segurança, as regras gerais e abstratas previamente apresentadas para interpretação do juiz, às quais se vê subordinado.

Tomando por base as razões históricas de seu nascimento, pode-se dizer que atualmente o Common Law guarda ainda sua essência. Por assim ser, o Common Law permanece atuando pela observância da *doctrine of precedents*, segundo a qual, uma decisão proferida em caso anteriormente julgado servirá de paradigma para casos cujo substrato fático e jurídico lhe sejam semelhantes ou idênticos. Esclareças, entretanto, que não se trata apenas de decidir conforme dispositivo de julgamento anterior, mas de uma análise profunda das exatas razões que levaram à decisão precedente e que justificam sua aplicação também ao caso presente.

Há defesa no sentido de que esse formato traria maior segurança às relações jurídicas, devido à previsibilidade do julgamento de novas demandas, considerando-se as semelhanças ou a identidade das circunstâncias com caso precedente. Este, se de grande importância, por tratar pela primeira vez de um dado assunto ou por trazer regulamentação para determinadas questões, é chamado de *leading case*, conforme explica, André Gustavo Corrêa Andrade (2009).

A responsabilidade civil na sistemática do Common Law norte-americano tem importância para o desenrolar deste trabalho, tendo-se em vista o fato de que a tendência brasileira tem se mostrado no sentido de importar de lá o instituto dos *punitive damages*. Posto

isso, é importante relevar que, em que pese ter se originado na Inglaterra, é nos Estados Unidos da América, que ganha tamanha expressão, em virtude da “extraordinária influência exercida pelo modelo político-econômico norte-americano nos costumes e na vida social dos demais países ocidentais [...]” (MORAES, 2009, p. 4).

Informa, Caroline Vaz (2009), que foi na segunda metade do século XX, que os Estados Unidos regulamentaram a responsabilidade civil como ramo autônomo. Segundo a autora,

Nesse período, o Direito da Inglaterra era cada vez menos invocado pelos norte-americanos, que clamavam por regramentos próprios, compatíveis com a sua realidade de recente independência. Contudo, o método básico, a maior parte do vocabulário e muitos princípios e noções da common law permaneceram tão usuais nos Estados Unidos como na Inglaterra [...]. (VAZ, 2009, p. 46).

Desse modo, a inserção da responsabilidade civil se deu por meio da *Tort Law*, ou *Law of Torts*, cujo objetivo é a regulamentação da responsabilidade civil por atos ilícitos, estabelecendo o dever de o causador do dano compensar a vítima (*compensatory damages*), e sua punição (*punitive damages*) pela prática do ato causador do dano, com vistas, ainda, a dissuadi-lo (*exemplar damages*) de uma nova ação no mesmo sentido. As regras sobre responsabilidade civil são criadas basicamente, no plano jurisprudencial estadual, havendo, entretanto, leis esparsas, também estaduais, que igualmente tratam do assunto.

Em razão disso, o *Tort Law* se caracteriza pela ausência de uma sistematização geral, própria do Common Law, permanecendo não codificado e se valendo, predominantemente, para a solução dos casos, da força dos precedentes, o que deu ensejo à seguinte consideração por parte de Edward J. Kionka: “Tort law é, talvez, o único bastião do common law. Mesmo nesta era de legislação, com a proliferação de códigos e atos uniformes, o tort law permanece não codificado e, em grande parte, não afetado pela lei.” (KIONKA, 1999, p. 2, tradução nossa).

Ademais, convém lembrar que a análise e o julgamento das demandas envolvendo a responsabilidade civil são feitos por um Tribunal de Júri, formado por pessoas leigas com competência também para atuação em julgamentos envolvendo matérias cíveis. Sua atuação encontra-se na *Seventh Amendment* da *Constitution of the United States of America*:

Nas causas da Common Law, em que o valor da controvérsia exceder vinte dólares, o direito de julgamento por júri deve ser preservado, e nenhum fato conhecido pelo júri poderá de alguma forma ser reexaminado por qualquer corte dos Estados Unidos, senão de acordo com as normas da Common Law. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1791, tradução nossa).

Além disso, como pondera, Moraes, “nos Estados Unidos, as questões relacionadas às

indenizações por danos punitivos, em lugar de serem reguladas no âmbito de critérios e de parâmetros estritamente jurídicos, têm sido absorvidas pela lógica do mercado” (MORAES, 2009, p. 233). Isso tem justificado o estado de alerta a respeito, principalmente, dos valores exorbitantes das condenações.

Diante dos abusos e da falta de sistematização, especialmente, no que toca aos critérios de fixação do *quantum* a ser pago a título de *punitive damages*, são inúmeros os reclames para que se submeta a *Tort Law* a uma necessária e urgente reforma. Os principais argumentos fundam-se nos graves excessos das condenações, caracterizados pela supercompensação (*overcompensation*) e pela hiperdissuasão (*overdeterrence*), já que determinam o pagamento de uma quantia demasiadamente maior que o verdadeiro *quantum* necessário para compensar o dano. O descomedimento é tanto, que muitos propugnam a extirpação do instituto do ordenamento norte-americano, como realçado por Andrade, segundo o qual,

Considerável é o movimento de vários segmentos da sociedade americana em busca da implementação de reformas no campo da responsabilidade civil. A denominada *tort reform* tem levado à adoção de várias medidas restritivas em relação aos *punitive damages* no âmbito estadual, embora o objetivo maior seja a aprovação de legislação federal sobre o tema. Muitos buscam a abolição do instituto ou, ao menos, o estabelecimento de normas que restrinjam os casos de aplicação dos *punitive damages* e limitem os valores indenizatórios. (ANDRADE, 2009, p. 196).

Entre as principais razões apresentadas pelos defensores da reforma, está aquela que se funda no fato de a figura da indenização punitiva constituir uma abnormidade, posto se valer da punição em uma esfera cuja função seria a de compensar, e não a de punir, função esta afeita exclusivamente ao Direito Criminal, e não ao Direito Civil. Essa é, inclusive, uma das razões que se apresentam como um impeditivo de sua aplicação também aqui, no Brasil.

Ainda sustentam que a função dissuasória, invocada como uma das finalidades da indenização punitiva, nem sempre é alcançada. Isso porque é comum nos Estados Unidos da América a contratação de seguros com o objetivo de fazer frente às despesas em eventuais condenações por responsabilidade civil.

É possível, ainda, encontrar razão para o pedido de reforma do instituto, no possível enriquecimento do lesado, o qual passaria a enxergar, na indenização punitiva, a possibilidade de ganhos, mediante a qual acabaria ensejando a preferência pelo acontecimento do dano à sua evitação. Assim, ao descrever as razões que justificariam posição contrária aos *punitive damages*, esclarece, Caroline Vaz que:

[...] O possível enriquecimento do lesado pode gerar uma certa negligência no

comportamento das vítimas, as quais preferem deixar acontecer a evitar a situação lesiva. Por consequência, o particular é incentivado a recorrer aos tribunais, gerando excessivo número de processos nos quais o lesado tem uma posição privilegiada nas negociações, pois o infrator prefere ceder às propostas deste, visto que as conhece e pode negociar, a submeter-se ao pagamento de punitive damages cujo montante é indeterminado e ao qual só é possível se opor em grau de recurso para o Tribunal Superior. Por isso, esclarece Lourenço, alguns autores entendem ser injusto proceder à atribuição das prestações punitivas/dissuasórias ao lesado (chamada winfall theory ou, teoria da sorte inesperada), de vez que este já recebeu a indenização pelos danos sofridos, sendo que uma das partes entende deva ser abolido o instituto, e outra parte considera deva ser entregue parcial ou totalmente o valor ao Estado. (VAZ, 2009, p. 61).

Em idêntico sentido, leciona, Daniel de Andrade Levy:

Essa é hoje a dinâmica que move os punitive damages nos EUA. Embora parte considerável da jurisprudência pensasse que a imposição da prova de uma conduta willful or reckless restringiria consideravelmente os casos de danos exemplares, logo se percebeu que os demandantes fariam do pedido de indenização com caráter punitivo um item praticamente essencial em suas petições nos casos de responsabilidade por fato do produto ou do serviço. Portanto, sob a ótica do Estado, os punitive damages americanos são coloridos pela necessidade de prevenção do dano – deterrence – e pela obrigação de garantir o funcionamento da economia pela exclusão dos “maus jogadores”; sob o foco do consumidor, os punitive damages representam uma forma de estimular acordos com os fornecedores, que preferem não arriscar indenizações milionárias e, muito pior, a contrapropaganda de seus produtos. (LEVY, 2011, p. 180).

Não se pode negar que uma das principais críticas apresentadas ao instituto do *punitive damages*, na realidade norte-americana (e por certo também o será no Brasil), seja quanto à sua imprevisibilidade. A imprevisão dos valores é tão significativa, que os próprios autores acabam por se surpreender com quantias mais elevadas do que aquelas que esperavam receber. A ausência de critério acaba por incentivar o próprio júri a proceder a julgamentos conforme lhe aprouver.

Nem se argumente que, em sendo admitidos *os punitive damages* no Brasil, a situação seria diferente, porque a análise e o julgamento seriam feitos por um juiz togado, e não por um júri popular, pois os casos estariam fadados ao mesmo descontrole e à mesma insegurança jurídica. Aliás, já sem a indenização punitiva, o caos e a falta de sistematização já são reinantes, por exemplo, na temática envolvendo condenações por danos morais. Assim, se há tanto tempo, não há parâmetros com base nos quais os *punitive damages* se apliquem e se desenvolvam, acredita-se que não seria diferente no Brasil.

O mais interessante é observar que, a par de todos os problemas decorrentes da utilização da indenização punitiva e apesar dos grandes prejuízos à segurança jurídica, por causa da instabilidade provocada principalmente por sua imprevisibilidade – além de originar-se de

um corpo de Direito cujos traços marcam perfeita distinção ante o Civil Law –, parte da doutrina brasileira insiste em defender sua pertinência ao ordenamento jurídico pátrio, sob o argumento de socialização da responsabilidade civil.

Para os adeptos da aplicabilidade dos *punitive damages* no Brasil, para que, em um dado caso concreto, incidam, seria necessária a presença de alguns requisitos. Alguns gerais, já exigidos, inclusive, para a reparação do dano material ou moral; outros especiais, também seriam essenciais para sua configuração. Relativamente aos requisitos gerais, devem estar presentes a ação ou a omissão do agente, a ocorrência do dano e, por óbvio, o nexo de causalidade entre ambas.

No que toca aos requisitos especiais, seriam o dano moral e a presença de culpa grave ou de dolo na conduta do agente. O primeiro requisito especial seria a existência do dano moral. Isso porque, segundo defensores de sua aplicabilidade, a autorização da indenização punitiva estaria no comando constitucional, que tutela os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Assim, tornar-se-ia possível a condenação do ofensor ao pagamento de quantia a título de punição pela inobservância daqueles direitos fundamentais da pessoa que se encontram constitucionalmente assegurados. Desse modo, ainda que não haja previsão expressa para os *punitive damages*, a Constituição de 1988, a partir de seu paradigma voltado para a pessoa, torná-los-ia, além de legítimos, necessários.

Como sustentado anteriormente, a falta de regra expressa que preveja a indenização punitiva não constitui óbice à aplicação dessa espécie de sanção, que encontra seu fundamento em princípios constitucionais garantidores de direitos situados no centro do ordenamento jurídico. A consagração constitucional do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade não apenas é legítima, mas impõe o emprego da indenização punitiva como resposta jurídica necessária contra o ataque a tais direitos. Essa interpretação se dá, sobretudo, pela adoção do ativismo judicial.

Além do dano moral, para a aplicação dos *punitive damages* seria necessária a existência de dolo ou culpa grave do ofensor. É o que se pode extrair do *Black's Law Dictionary*, em cujas linhas se pode extrair o conceito de que “os *punitive damages* são indenização atribuída além daquela para compensar os danos reais quando o réu agiu com imprudência, malícia ou engano” (GARNER, 1999, p. 396, tradução nossa). Nessa mesma linha:

O ônus da prova para os danos punitivos é maior do que o que é necessário para provar a responsabilidade básica. Só porque alguém agiu inadequadamente não significa automaticamente que ele está sujeito a indenização punitiva. Para obtê-la, o requerente deve demonstrar que houve “malícia, opressão ou fraude” por meio de “provas claras e convincentes”. Em outras palavras, se você deseja indenização punitiva, você

precisa de uma evidência muito forte de conduta verdadeiramente repreensível. (tradução nossa).

Como visto, o dolo configura-se quando há a intenção deliberada do sujeito na inobservância de um direito. Assim,

A intenção é o principal atributo do dolo, que se traduz na vontade dirigida a um fim. Esse fim pressupõe-se sempre ilícito, considerando que o agente ou quer obter vantagem, ainda que cause dano a outrem, ou objetiva apenas causar mal e lesar a vítima, sem o desiderato de beneficiar-se. No ato intencional, impregnado de dolo, o agente quer a ação e o resultado, enquanto na culpa ele só quer a ação, mas não o resultado lesivo, ou seja, este aspecto é para ele desimportante. (STOCO, 2007, p. 134).

Por outro lado, a culpa grave ocorre

[...] Se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. [...] Em suma, a gravidade da culpa está na maior ou menor previsibilidade do resultado e na maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 53).

Aqui, mais um problema se apresenta. Na atual sistemática do Código Civil brasileiro, não há de se estabelecer distinção, para fins de responsabilidade civil, entre diferentes graus de culpa e entre estes e o dolo. Diferentemente do que ocorre no âmbito penal, em relação ao Código Civil, não é relevante a aferição do modo como atuou o autor do fato, pois, se com culpa leve, grave ou dolo, a consequência será a mesma, a saber: a responsabilidade do agente.

Além do que, em atendimento a uma nova realidade que se impôs pelas transformações sociais, políticas, econômicas e jurídicas, especialmente, face à massificação do processo de produção e das relações negociais, a culpa tem cedido cada vez mais espaço para a objetivação da responsabilidade, como também outrora se pode ver. A investigação da culpa, elemento de ordem interna e subjetiva do agente, por muito tempo, determinou os rumos da responsabilidade civil de modo exclusivo, a despeito de todas as dificuldades encontradas para sua apuração. Assentava-se sobre a culpa a única justificativa para a pretensão indenizatória. Porém, nunca se negou que os obstáculos para sua comprovação são numerosos e que, muitas vezes, acabam por neutralizar o direito ao ressarcimento.

Mais uma vez, observa, Anderson Schreiber que:

Aí se revela, a propósito, a face mais retrógrada do caráter punitivo: a necessidade de vinculação à culpa, quando a responsabilidade civil move-se claramente no sentido oposto. A tendência, nítida do novo Código Civil, de expandir as hipóteses de

responsabilidade objetiva corre o risco de se tornar inócua, porque a passagem definitiva a um sistema menos inculpador de responsabilização permanecerá presa à âncora das indenizações punitivas, em que o elemento intencional é imprescindível. (SCHREIBER, 2013a, p. 184).

Pelo que se percebe, parece contraditório todo o percurso percorrido para atingir critérios objetivos a fundamentar a responsabilidade civil, que ambicionem, agora, sua retomada por meio de uma metodologia punitiva que, por si só, apresenta significativas controvérsias. O problema se agravará ainda mais quando a análise da existência de culpa grave ou dolo se destinar à punição do genitor por falta de afeto para com os filhos, problemática a ser tratada mais adiante, mas suas linhas de desenvolvimento já se iniciam.

4.2 A finalidade punitiva da compensação por dano moral e sua extensão ao abandono afetivo

A Constituição da República de 1988 revela expressamente o dano moral como dano passível de indenização e lhe assegura, com isso, papel de indiscutível importância no rearranjo da responsabilidade civil. Com a previsão constitucional da tutela reparatória decorrente do dano moral, impôs-se a necessidade de se definir os termos.

Foram e ainda são muitos os que se ocupam da tarefa, a qual, entretanto, ainda não se concluiu com absoluto êxito. São variáveis suas formulações: sofrimento, dor suficientemente grave que se distinga de meros dissabores, ofensa ao direito da personalidade ou afronta à dignidade da pessoa humana. É que, nesse contexto, a pessoa, em todas as suas acepções de tutela, passa a justificar uma verdadeira reorganização dos institutos jurídicos.

Dentre as teorias existentes, pelas razões já expostas, acolheu-se, no presente trabalho, essa última orientação, de que o dano moral é dano decorrente de agressão à dignidade da pessoa humana, apesar da imprecisão de conteúdo com que a expressão tem sido tratada na doutrina e na jurisprudência.

Com base no alargamento da utilização da dignidade da pessoa humana como fundamento para a incidência da reparação civil por dano moral, este também sofre expansão, e sua regulamentação tem se perdido em meio à ausência de sistematização. No afã de maximizar a tutela da dignidade da pessoa humana, a responsabilidade se torna objetiva em certas circunstâncias, o enfoque é alterado do ato ilícito para o dano injusto e a busca do ressarcimento integral da vítima tem se mostrado como um fim a ser atingido, ainda que pressuponha a derrocada dos basilares elementos da responsabilidade civil.

É no embalo dessa interpretação, que a indenização por dano moral tem recebido inapropriada tarefa, a saber, a punitiva. Nesse sentido, lembra, Ricardo Lucas Calderón que:

A partir desta fundamentação sobre os fatores definidores do quantum debeatur, percebe-se que os critérios usualmente utilizados pelo STJ para reparações por dano moral seguem muito mais atrelados a uma punição para o ofensor que a uma reparação digna para a vítima. (CALDERÓN, 2013, p. 388).

Por ser o suposto dano por abandono afetivo um dano de natureza moral, tem sido possível encontrar argumentos que lhe atribuam, igualmente, finalidade punitiva. A natureza punitiva dos danos morais por abandono afetivo é admitida por alguns autores, sob argumento de que a função da indenização naquele caso “não é monetarizar o afeto, mas punir aquele que descumpre essencial função na vida da prole” (PEREIRA, 2008).

O que se observa aqui, bem como em outros posicionamentos no mesmo sentido, é a tentativa de inserção da teoria dos *punitive damages* no Direito de Família, tendo sua porta de entrada, perigosamente sedutora, apresentado-se nas construções doutrinárias e nas práticas jurisprudenciais acerca do abandono afetivo.

Como adverte, Dias, citada por Venâncio:

Muitos doutrinadores e juristas defendem a ideia de punir os pais que deixam de cumprir com suas obrigações, dentre elas, a falta de visita, a ausência do pai privando a criança e o adolescente de sua companhia, entre outros, através de uma possível ação de indenização por abandono afetivo, pois não se trata aqui da privação da criança com relação a alimentos, estes, já estão muito bem assegurados em nossas normas jurídicas, mas sim, do afeto, do carinho, do amor, que esta deixou de ganhar, sentindo-se de alguma forma abandonada pela pessoa que ela ama seu pai/mãe. (DIAS apud VENÂNCIO, 2012).

Em suas palavras,

[...] A ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras e infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinariedade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. (DIAS, 2009, p. 416).

E prossegue afirmando que:

A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. Claro que o relacionamento mantido sob pena de recompensa financeira não é a forma mais correta de se estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono.

Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação. Dessa forma, o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar. (DIAS, 2009, p. 417).

Percebe-se que o entendimento da autora acerca da compensação por dano moral por abandono afetivo permeia as finalidades inerentes aos *punitive damages*, quais sejam, punição e prevenção. Equivoca-se, todavia, nesse pormenor. A indenização do dano moral por abandono afetivo não deveria ser conjecturada sequer no plano da reparação e, quanto mais, nos da prevenção e da punição. A punição de um parente (genitor ou não) pela não atribuição de afeto não opera prevenção. Isso por conta de sua natureza espontânea que poderia vir a motivar novo abandono por não estar novamente presente. Não haveria prevenção por não ser a racionalização característica própria do sentimento, visto que este existe ou não existe. Admitir essa condenação implica admitir também que, em qualquer esfera de relação familiar, ela é cabível: entre genitor e filho, entre irmãos, cônjuges, entre outros.

Desacerta igualmente, a autora, ao asseverar que pessoas abandonadas se tornam “inseguras e infelizes”. Como se verá mais adiante, inexistente nexos de causalidade entre o abandono sofrido e os danos alegados, o que também inviabiliza a indenização. As variáveis, ao longo de uma vida, entre as quais podem ser citados os traços da personalidade, o recíproco desejo de não convivência ou a superação ao desamparo, não autorizam o reconhecimento cabal da existência de um vínculo entre a omissão afetiva e o resultado que lhe é atribuído.

Além disso, existe nítida contradição na fala da autora, pois, afora a admissão de que a imposição de uma punição de ordem pecuniária não represente a melhor via para implementação e desenvolvimento dos laços afetivos, defende que é mais razoável ser “amado” por determinação judicial do que não ser amado. A solução apresentada encontra-se isenta de qualquer direção juridicamente plausível e parece abrigar em si a enunciação do amor hipócrita, sustentado em proposições de inverdades não anteparadas ou desejadas pelo Direito de Família contemporâneo.

Como lembrado por César Augusto de Castro Fiuza e Thiago Penido Martins:

[...] Aí reside o risco de tornar as relações familiares irreais ou inautênticas, relações que passariam a estar alicerçadas em falsos sentimentos de carinho e amor decorrentes muito mais do temor de um pai de ser futuramente condenado por ter deixado de amar seu filho, ou seja, tê-lo abandonado afetivamente, do que baseado em sentimentos reais e autênticos de amor, fruto da própria natureza e convivência humanas. [...] Questões como essa não podem ser objeto de ação judicial. A Justiça simplesmente

não é o ambiente adequado para solucioná-las, tampouco será uma soma em dinheiro que resolverá o problema. (FIUZA; MARTINS, 2013, p. 39).

Em outras palavras, se o sujeito não manifesta afeto por seu familiar, será punido e condenado a lhe pagar alta soma em dinheiro e, por isso, hipoteticamente, passaria a conviver, não por desejar, mas em função de uma determinação que o ameaçaria de uma nova pena se não o fizesse. A coercibilidade nessa matéria, porém, não tem o cabimento e a eficácia pretendidos em outras áreas do Direito de Família, como, por exemplo, na temática dos alimentos.

Em relação a estes, a possível prisão do devedor ou a penhora de seus bens podem auxiliá-lo no convencimento de que pagar é mais conveniente do que se submeter à sanção. Por outro lado, a mesma lógica não se aplicaria ao afeto, uma vez que este é regido pela espontaneidade, comum aos sentimentos. Sendo assim, a possibilidade de incidência de uma pena não seria suficiente e eficaz para fazê-lo existir, ou seja, não é o temor de que lhes recaiam uma pena, principalmente, de ordem pecuniária, que fará com que pais convivam afetivamente com seus filhos, ou vice-versa, pois não será isso que lhes oportunizará a criação de um amor que não existe. O enfoque punitivo da indenização por abandono afetivo levou Leonardo Castro a indagar e a concluir que:

Compete ao Judiciário equilibrar através da quantificação pecuniária a relação entre pais e filhos e, concomitantemente, punir os faltosos aos deveres afetivos presumivelmente inerentes à paternidade? Da compressão jurisprudencial e doutrinária extraímos duas respostas antagônicas. Temos o dever de afeto como suposta parcela da educação prevista em Lei, em oposição à chamada "monetarização do amor", fundamentada na cautela. O temor surge a partir do prelúdio de uma enxurrada de ações indenizatórias munidas de interesses mercenários, não havendo como exigir do julgador a faculdade sobrenatural do discernimento entre a real angústia do abandono e a ganância inescrupulosa. Se a solução para o problema fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia o objeto da reparação, o que não ocorre. Quanto ao efeito dissuasório e punitivo, corremos o risco de mal ainda maior, como foi dito anteriormente. (CASTRO, 2009).

A inquirição do autor se justifica pela impregnação das soluções jurídicas dos conflitos envolvendo as relações familiares por fundamentos axiológicos que desembocam em insustentáveis conclusões jurídicas agravantes das mazelas da vida no ceio familiar e, por que não, inibidoras da fluência natural dos sentimentos no caminho sobre os quais deve percorrer? É isso que se tem observado, nas aparições não raras, em decisões pretorianas e posicionamentos doutrinários que se ocupam do dano moral por abandono afetivo, que tem estimulado, principalmente, por conta do caráter punitivo que carrega, sentimentos como o de vingança, propiciando especial mercantilização das emoções e efervescendo, ainda mais, a

indústria do dano moral, aspectos, ambos, particularmente, próprios dos *punitive damages*.

Nessa esteira, já advertia, Pontes de Miranda que:

A teoria da responsabilidade pela reparação dos danos não há que se basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas, a despeito de se não atribuir direito à indenização por parte da vítima culpada. O fundamento, no direito contemporâneo, está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível. A restituição é que se tem por fito, afastando qualquer antigo elemento de vingança. [...] Ora, o pagamento indenizatório a título punitivo seria claramente uma afronta ao princípio do enriquecimento ilícito. [...] O juiz que condena à reparação não pune; pode punir e condenar à reparação. Mas, mesmo então, as sanções são diferentes em conteúdo. (PONTES DE MIRANDA, 1968, p. 183).

Vale ainda considerar que o ordenamento jurídico pátrio aborda especialmente a questão atinente ao abandono em duas disposições. Uma na órbita do Direito Penal e a outra no âmbito do Direito Civil. Prevê, o art. 244 do Código Penal brasileiro:

Artigo 244 – Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (BRASIL, 1940).

A conduta descrita tipifica o crime de abandono material ocorrente na hipótese de o genitor deixar de prover os recursos necessários à subsistência básica do filho. Como se pode perceber, não se estende ao abandono afetivo. Desse modo, a inexistência de tipificação para essa conduta afasta a punição, seja pela via privativa de liberdade, seja pela via pecuniária. Observe-se, ainda, que, tratando-se de abandono material, a multa (como pena) não pode ultrapassar o décuplo do valor do salário mínimo vigente no país.

A título de ilustração comparativa, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.159.242/SP, condenou o pai por abandonar afetivamente a filha, a um *quantum* reparatório de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), o que correspondia à época do julgamento a aproximadamente 321 (trezentos e vinte e um) salários mínimos⁸ (BRASIL, 2012). O desalinho de metodologia permite concluir pela decadência da análise sistemática do ordenamento, bem como pela aplicação não mais clandestina de critérios propriamente pertencentes aos *punitive damages*.

No Direito de Família, o abandono é previsto como uma das causas extintivas do poder

⁸ O julgamento se deu em 2012, ocasião na qual o valor do salário mínimo era de R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais).

familiar. Trata-se de efeito irreversível. De fato, dispõe, o art. 1.638 do Código Civil brasileiro que perderá por ato judicial o poder familiar, o pai ou a mãe que deixar o filho em abandono. A lei não faz distinção sobre a forma de abandono.

Com o ingresso da afetividade nas questões de Direito de Família, porém, o abandono afetivo ganha espaço de discussão também aqui, havendo quem o admita, quando muito, como razão motivadora da extinção do poder familiar. Nesse contexto, acertadamente limitam sua consequência tão somente a essa perda, sendo descabida a indenização punitiva.

É esse o entendimento de Venâncio, para quem é

[...] Mister ponderar que a penalização do pai/mãe que abandona afetivamente seu filho já encontra-se amparada no âmbito do direito de família através da perda do poder familiar. Determinado argumento confronta a posição de que a indenização por abandono moral teria como finalidade a punição do pai/mãe uma vez que mais cabível seria a punição através da destituição do poder familiar. (VENÂNCIO, 2012).

No mesmo sentido, Leonardo Castro adverte:

Procuró imaginar o futuro do Direito de Família, caso a indenização por abandono afetivo prospere. Atualmente, temos a destituição familiar como punição civil mais grave aos pais relapsos. Aplica-se a medida àquelas situações em que o genitor possui sérios desajustes em sua conduta social, associados ao abandono não só afetivo. Em tais hipóteses, é inequívoca a existência do dano causado à criança. Então, cabe ao julgador protegê-la, decretando a completa incapacidade daqueles pais de manter alguém sob os seus cuidados. Ao cumular a destituição com a indenização, podemos criar um problema mais grave. Muitos pais, não por amor, mas por temer a Justiça, passarão a exigir o direito de participar ativamente da vida do filho. Ainda que seja um mau pai, fará questão da convivência, e a mãe, zelosa, será obrigada a partilhar a guarda com alguém que claramente não possui qualquer afeto pela criança. A condição de amor compulsório poderá ser ainda pior que a ausência. Teremos, então, a figura do abandono do pai presente, visto que não é preciso estar distante fisicamente para demonstrar a falta de interesse afetivo. (CASTRO, 2009).

Nessa esteira, a perda do poder familiar se apresenta como medida de afastamento do genitor inapto para o seu exercício. Entremostra-se, nesse aspecto, como ferramenta protetiva do menor por impedir a participação na gestão de seus interesses daquele que negligenciou de maneira severa essa atuação, sem que se cogite, todavia, imprimir-lhe uma pena por indiferença afetiva.

O Superior Tribunal de Justiça adotava essa linha de entendimento até o emblemático julgamento do Recurso Especial n. 1.159.242/SP em 2012. De relatoria do ministro Francisco Gonçalves, o Recurso Especial n. 757.411/MG, julgado em 2005, decidiu pelo não cabimento da indenização por abandono afetivo. Naquele julgamento, trouxe o posicionamento em que discordou daqueles cuja pretensão é a de atribuir a essa indenização a finalidade punitiva. Nos

exatos termos, assim se pronunciou:

Os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que "a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória. (Indenização por Abandono Afetivo, Luiz Felipe Brasil Santos, in ADV - Seleções Jurídicas, fevereiro de 2005) (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, também as palavras da advogada Cláudia Maria da Silva:

Não se trata, pois, de 'dar preço ao amor' como defendem os que resistem ao tema em foco –, tampouco de 'compensar a dor' propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave." (Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho, in Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VI, nº 25 Ago-Set 2004). (BRASIL, 2006).

Para afastar a indenização punitiva por abandono afetivo, o mencionado Tribunal se fundamentou em dois principais argumentos. Primeiramente, concluiu que a sanção a ser aplicada em caso de abandono afetivo seria tão somente a destituição do poder familiar que teria por si só o condão de figurar como a máxima sanção nessa esfera:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. (BRASIL, 2006).

Também asseverou que a indenização punitiva do genitor por essa modalidade de abandono acabaria por implicar a inviabilização da aproximação com o filho.

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido. (BRASIL, 2006).

Importa repisar que, como já informado, o Brasil adota a função reparatória da responsabilidade civil. Ao contrário, não o faz com a função punitiva, atribuindo esta última,

em seu sentido estrito, ao Direito Penal, ao qual compete, como *ultima ratio*, fazer incidir sobre o praticante de um ilícito previamente tipificado como crime, a pena.

Dessa feita, é inoportuna a invocação dos *punitive damages* para justificar a punição de um parente por não ter dado afeto a quem julgue ser titular do direito de recebê-lo. Se não há o que, sequer, deva ser compensado, muito menos haverá razão que justifique uma punição. Autorizar a incidência de tal punição ou mesmo tão somente a de uma compensação por dano moral oriundo de abandono afetivo implicaria a aceitação de uma descabida ordem moralizadora no âmbito da responsabilidade civil.

Não obstante, essa não foi a linha seguida no julgamento do Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Nesse, ao contrário, admitiu-se a indenização por abandono afetivo. Mas, em relação a ele, algumas considerações merecem ser feitas, sobretudo, o entendimento do verdadeiro enfrentamento da decisão que se relacionava ao dever de cuidado, e não à obrigação de afeto.

Na aludida decisão, não houve reconhecimento de um dano afetivo propício a suscitar indenização, mas o recaimento desta pelo descumprimento de um dever de cuidado, ínsito ao exercício do poder familiar e da própria solidariedade. Comprovado o descumprimento desse dever, a ilicitude restaria configurada, justificando a responsabilização.

Necessário se faz entender o modo pelo qual o assunto tem sido tratado principalmente depois da decisão, que não revela o real conteúdo sobre o qual se debruçou o julgamento. No dizer da ministra relatora, Nancy Andrichi, como já explanado: “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).

Ainda relativamente ao mencionado julgamento, tornou-se afamada a frase “amar é faculdade, cuidar é dever”. A tão conclamada máxima tem sido utilizada para fundamentar o posicionamento de quem defende a indenização por abandono afetivo. Mas a leitura do acórdão não deixa dúvidas: a discussão centrou-se no dever de cuidado, e não na plausibilidade ou no cabimento de reparação por inexistência de afeto, posto estar este longe de uma definição que o permeie de coercibilidade.

Ademais, nem se deve propugnar pela atribuição de função preventiva de tal indenização, pois, conforme já ressaltado, o afeto é sentimento de natureza espontânea, sendo que eventual punição de cunho pecuniário não se mostraria satisfatória para evitar uma reiteração de comportamento do genitor. Pertinente, nesse sentido, a ponderação de César Augusto de Castro Fiuza e Thiago Penido Martins, no sentido de desconstruir a família romanticamente considerada:

Como disse acima, família não é locus de amor e de afeto. Família é um agrupamento de seres humanos reais, na melhor das hipóteses neuróticos, que se amam, mas também se odeiam, que se fazem bem, mas também se fazem mal. Família é locus de amor, mas também de violência (física e moral) e de desafeto. Essa é a família da vida real. Por tudo isso, a ideia de indenização por abandono afetivo é inadequada. (FIUZA; MARTINS, 2013, p. 41).

Afeto, como se depreende, é aspiração, muitas vezes, quimérica. Pretender um dever que sobre ele se construa representaria o estabelecimento de um padrão idealizado de família, traçado em linhas romanescas dignas de arrancar suspiros, mas de exigibilidade, porém, impossível. Exigir cuidado não é exigir afeto. A omissão no dever de cuidado gera ilicitude, o menosprezo afetivo, não.

4.3 O enriquecimento sem causa na indenização punitiva por abandono afetivo

Atualmente, um dos princípios balizadores mais fortemente invocados nas relações jurídicas, privadas ou públicas, é o da eticidade. Trata-se de importante pilar sobre o qual se erigiu o Código Civil de 2002. Em função dele, vários institutos se remodelaram e tantos outros passaram a ser expressamente previstos, como se deu com o princípio que veda o enriquecimento sem causa, disciplinado em seu art. 884.

Por esse dispositivo, determina-se àquele que, sem justa causa, se enriqueceu às custas de outrem, a restituição do que foi indevidamente auferido, isto é, o proveito obtido não encontra lastro em uma causa que o justifique. Para a configuração do enriquecimento sem causa, além da inexistência da causa legítima, são necessários outros pressupostos, quais sejam: o enriquecimento de um sujeito advindo de uma vantagem indevida; o empobrecimento de outrem como contrapartida do enriquecimento e o nexo de causalidade entre esse enriquecimento e o empobrecimento, consubstanciado pela transmissão patrimonial do empobrecido para o enriquecido.

Há quem busque estabelecer distinção entre o enriquecimento ilícito e o enriquecimento sem causa, atribuindo à primeira expressão o sentido de antijuridicidade referente à improbidade administrativa e à segunda, a condição de princípio que impede toda e qualquer vantagem indevida, sem causa. É nessa rota de entendimento que preleciona, Nanni:

[...] Reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um fato que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial; sempre que aproveita, em suma, a pessoa diversa daquela a quem, segundo a lei, deveria beneficiar. Mas ele é apenas ajurídico, no sentido de substancialmente ilegítimo ou injusto, e não formalmente antijurídico. (NANNI, 2010, p. 104).

Apesar dessa vertente, é preciso compreender que, mesmo não havendo antijuridicidade formal, há antijuridicidade sem a causa; se assim não fosse, a lei não concederia ao empobrecido o direito de restituição, de modo que, em sentido amplo, estariam cobertos pela ilicitude, tanto o enriquecimento ilícito, quanto o enriquecimento sem causa, o que torna a distinção terminológica, nesse ponto, desimportante. A relevância está em deixar claro que o ordenamento jurídico brasileiro repudia o locupletamento injustificado. O estudo do enriquecimento sem causa ganha especial destaque quando sua análise é realizada no plano da responsabilidade civil, tendo em vista a fertilidade de seu terreno para as implicações provocadas pelo princípio. Uma das quais se assenta na indenização punitiva por abandono afetivo.

Pense na seguinte situação: “A” é abandonada afetivamente por “B” e demanda contra este indenização. O magistrado condena “B” a pagar R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil), objetivando com essa indenização a compensação pelos danos morais causados, a prevenção (geral e especial) e a punição do condenado. Veja que, na conjuntura apresentada, a quantia, de valor considerável, congloba três finalidades, entre as quais se divide para atendê-las. Dessa feita, não obstante a ausência de expressa decomposição do montante indenizatório, é perceptível que se destina ao cumprimento de duas outras funções que não exclusivamente a compensatória, sendo que a parcela desse numerário que não se dirige à composição substancializa o enriquecimento sem causa.

É preciso esclarecer que, no Brasil, os *punitive damages* vêm sendo aplicados de maneira inusitada, se comparada à sua versão genuinamente inglesa ou norte-americana. Primeiro, porque adiciona à compensação por dano moral valor destinado à punição e à prevenção, porém, não o faz de maneira desintegrada, ao contrário, reúne em uma só soma todos esses escopos da condenação. Isso acaba por redundar na sutil introdução dos *punitive damages* nas demandas indenizatórias e na dificuldade de se reconhecer nessas a ocorrência do enriquecimento sem causa.

É comum o argumento de que a condenação à compensação por dano moral (na qual se enquadraria o abandono afetivo), ainda que de vultoso valor, não deve ser vista como atentatória ao princípio que veda o enriquecimento injusto vez que, por se tratar de um dano à dignidade ou à personalidade e por ser impassível de medição pecuniária exata, nenhuma quantia poderia ser considerada demasiadamente alta ou sobrepujante à extensão do dano. É esse o entendimento de Andrade:

É no mínimo embaraçoso sustentar que alguma soma em dinheiro possa ser

desmedida ou exagerada em comparação com os atributos da personalidade, mormente quando trazidos para esse confronto aqueles atributos de maior relevância, como a vida, a integridade física e a honra. (ANDRADE, 2009, p. 275).

O entendimento preconizado não deve, contudo, prevalecer. Como visto, a verba indenizatória, nesses casos, não tem visado apenas à compensação, mas igualmente à punição pelo desabrigo afetivo. O importe pecuniário correspondente e atribuído a essa última função desobedece frontalmente ao preceito segundo o qual a indenização se mede pela extensão do dano e, conseqüentemente, promove o enriquecimento sem causa, visto que aquele acréscimo não se refere mais ao dano (porque este já estaria compensado), mas à punição.

Em outras palavras, o *plus* é acrescentado após a compensação do dano já ter se realizado, e, por conta disso, a condenação por abandono afetivo pelos *punitive damages* geraria enriquecimento sem causa. Outra anomalia identificada na aplicação dos *punitive damages* em terras brasileiras é o paradoxo “punir sem condenar a quantia elevada”. A natureza da indenização punitiva impõe que o valor da condenação seja alto. Nos países em que é acolhida, como nos Estados Unidos da América, é essa a sua principal característica, justamente porque é o alto valor que faria possível o desestímulo e a punição. O direito norte-americano, entretanto, diferentemente do que ocorre no Brasil, não possui uma regulamentação unificada acerca do enriquecimento sem causa e se vale de diversificados instrumentos, principalmente, os *restatements*, para solução das questões que o envolvem. Pelo tratamento distinto atribuído ao enriquecimento sem causa naquele país, não é utilizado como fundamento para refutar a indenização punitiva. Explica, Nanni que:

O Restatement é uma espécie de digesto em que se podem descobrir, utilizando um plano sistemático, as decisões de jurisprudência que são importantes da espécie. Foram editados vários Restatements of laws, entre os quais vale destacar o Restatement of restitution. (NANNI, 2010, p. 51).

No ordenamento jurídico brasileiro, todavia, o enriquecimento indevido entremostra-se como uma das barreiras para os *punitive damages*, já que seu reconhecimento importaria em ultrapassar a extensão do dano. Por outro lado, admitindo-se que seja a condenação em baixa soma de dinheiro, sua suposta finalidade restaria frustrada. Como acentua, mais uma vez, Nanni, “por ser invocada a aplicação dos *punitive damages* advindos do regime da common law, a condenação de danos extrapatrimoniais com esteio em tal teoria, com fins punitivos patenteia enriquecimento sem causa perante o direito brasileiro” (NANNI, 2010, p. 360). Nesse sentido, sustenta, Carlos Roberto Gonçalves que:

Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já estará compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito. (GONÇALVES, 2003, p. 365).

De igual forma, ensina, Anderson Schreiber:

A incorporação dos punitive damages pela prática judicial brasileira traz, ainda, consideráveis inconsistências face ao princípio da proibição ao enriquecimento sem causa – já que a quantia paga a título de punição vem, inexplicavelmente, atribuído à vítima –, além de ferir frontalmente a dicotomia entre ilícito civil e ilícito penal, aplicando penas sem balizamento legal, sem as garantias processuais próprias e sem a necessária tipificação prévia das condutas reprováveis. (SCHREIBER, 2013b, p. 213).

Por toda a elucidação feita, é que não se pode congruar com André Gustavo Corrêa Andrade quando expõe:

Antes, pois, a vítima receber um plus pelo dano sofrido que permitir o lucro do ofensor com sua atividade antijurídica. [...] Com efeito, as vantagens que esta forma de sanção pode trazer para a coletividade tornam irrelevante a consequência econômica para a vítima. Nesta perspectiva, essa consequência seria como que o inevitável efeito colateral de um remédio necessário para combater uma doença e impedir sua recorrência. (ANDRADE, 2009, p. 276).

A tese defendida pelo autor não se sustenta, pois toma por baliza a escolha de uma, entre duas situações igualmente esvaziadas de suporte jurídico. Quando propõe a escolha de enriquecer a vítima em manifesto locupletamento, para que o ofensor se veja punido pela conduta antijurídica, está sugerindo a cura do mal pelo mal. É imperioso afirmar que a prática da indenização punitiva no Brasil, especialmente, em casos de abandono afetivo, dentre tantos impasses e inconvenientes, ostenta mais esse: aplicá-los é reconhecer a degradação da garantia de eticidade nas relações jurídicas pelo ocaso da vedação do enriquecimento sem causa.

5 A MEDIAÇÃO NAS DEMANDAS REFERENTES A FALTA DE AFETO NAS RELAÇÕES PARENTO-FILIAL

É pacífico, o entendimento de que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana. Talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. O problema está na incerteza de aferir a esse princípio, ora um caráter constitucional, não positivado, ora infraconstitucional ou, ainda, elegê-lo à natureza de valor moral, de mera conduta, em nosso caso, pelo aplicador do Direito.

No dizer de Rodrigo da Cunha Pereira, “um dos marcos essenciais da revolução paradigmática no Direito Civil, e em especial no Direito de Família, é a introdução e interferência da Psicanálise no discurso jurídico” (CUNHA PEREIRA, 2005, p. 9).

O direito é, sem dúvida, facto do espírito humano: resulta das persuasões, e estas constituem um facto psíquico, e das apreciações dos homens conviventes. [...] Ainda é preciso conhecer a natureza dos processos psíquicos, da atividade do espírito, para compreender a origem do direito. [...] O direito desenvolve-se inteiramente na ordem dos factos psíquicos. (DEL VECCHIO, 1959, p. 20).

Notadamente, uniões e separações, ajuntamentos e recombinações passam a constituir a amálgama central do Direito de Família, não mais homogênea pelo parâmetro anterior, entretanto, sob total amparo constitucional, pela nova ordem vigente. O agora sujeito de desejo se mostra de forma egoística, para além do *numerus clausus* construído pela escola clássica, “apresentando desafios para os quais o direito nem sempre possui previsão legislada” (CALDERÓN, 2013, p. 11-12).

A diversidade e a complexidade dos litígios geram dura prova ao operador do Direito, na qual a discussão passa a envolver novos temas, agora em um aspecto constitucionalizado. Dessa intersecção e adiante, pilares como liberdade, igualdade, dignidade e solidariedade resultam da aproximação do Direito com o mundo fático, menos imparcial às consequências de suas decisões.

Embora o Código Civil de 2002 tenha tratado do tema de forma meramente pontual, mais reproduzindo seu antecessor do que inovando, a legislação esparsa apresentou contexto suficiente para que a afetividade viesse à tona na forma expressa. Alicerçada principalmente numa construção jurisprudencial, “as [...] remissões à sócio afetividade como [...] vínculo parental” há muito são prolatadas pelos tribunais pátrios (CALDERÓN, 2013, p. 3).

Tal circunstância permite aos operadores do Direito (genericamente) buscarem novos caminhos, onde a congruência entre princípio, norma ou valor moral pode ser arremessada em

um limbo jurídico, permitindo, na argumentação, posturas que podem (ou não) seguirem uma mesma linha jusfilosófica, abrindo vistas quanto ao ativismo jurídico, liberando o operador a pleitear ou decidir motivado por impressões alheias ao Direito.

Contudo, é inafastável que a construção do direito de família pátrio tem sorvido destas inovações para compor seu subsistema amparado numa premissa constitucional. A socioafetividade como categoria de direito de família tem sistematização recente no Brasil. Esse fenômeno, que já era objeto de estudo das ciências sociais e humanas, migrou para o direito, como categoria própria, pelos estudos da doutrina jurídica especializada, a partir da metade da década de 1990. [...] Nenhum direito estrangeiro avançou nessa matéria tanto quanto o direito brasileiro, inicialmente na doutrina e, depois, na jurisprudência, especialmente a do STJ. (LÔBO, 2011, p. 644-645).

Percebe-se que, na lacuna gerada entre a carência legislativa e as demandas judiciais (congruentes a modernidade), é que o Direito de Família construiu sua posição no que tange à afetividade. A lacuna expôs claramente o limbo entre [...] “a realidade social – em constante alteração – e uma hermenêutica que reste a estrutura codificada estanque”.

Não é, porém, a realidade que está em crise. Ela transforma-se continuamente. O que está em crise são os modelos mentais de compreensão dessa realidade própria da era industrial, modelos esses que precisam ser agora substituídos, justamente porque a realidade é outra. No campo do direito verifica-se igual processo de ruptura do modelo haurido da modernidade, sendo, assim, conveniente e até necessário um movimento de reflexão coletiva sobre a gênese, estrutura, função e fundamentação do direito, principalmente o direito civil, campo por excelência das relações de natureza privada e do processo de construção da ciência e da técnica jurídica. (AMARAL, 2003, p. 63).

Assim a aplicação imparcial de princípios ainda não positivados, “não apenas estimula o reconhecimento de mudanças ocorridas, como também contribui para a produção de mudanças, em virtude do inerente constrangimento à aplicação autocorretiva” (GÜNTHER, 2004, p. 99).

Agora, tal aplicabilidade desprovida de uma sistemática análise de pressupostos que agreguem parâmetros analisados numa construção legislativa contribui para a banalização do disposto, em uma clara evidenciação de principiologia exacerbada, tendo em vista que, nas “noções de subjetividade e inconsciente foi possível compreender que a imparcialidade é diferente da neutralidade. É possível ser imparcial, mas neutralidade (do aplicador do Direito) absoluta não existe” (CUNHA PEREIRA, 2005, p. 59).

5.1 A construção jurisprudencial sobre a afetividade e a incursão problemática do ativismo

Segundo a Teoria Geral do Direito, a Hermenêutica Jurídica tem por função primária:

[...] Dever de interpretar normas, buscando seu sentido e alcance tendo em vista uma finalidade prática, criando condições para uma decisão possível, ou melhor, condições de aplicabilidade da norma com um mínimo de perturbação social, empregando para tanto, técnicas interpretativas. (DINIZ, 2005, p. 836).

Com base nisso, pode-se verificar contextualmente que a afetividade foi construída dentro do ordenamento infranormativo pátrio paulatinamente, mesmo não sendo efetivamente positivada – talvez pela cautela com que o Direito trata o “sentimento” em seu contexto jurídico, visto ser “um corpo estranho” – precedente pelo qual outras normas que incorreram anteriormente à temática central (afeto) incorreram em um propósito a confirmar sua preeminência constitucional, dado ao fato da evolução das relações interpessoais fazerem deste referência permanente, em diversos momentos da história humana, quer para justificar ações coerentes, quer não.

Nesse íterim, a legislação esparsa trouxe referências (sinapses) à afetividade no que tange à sensibilidade do legislador ao disposto, face aos problemas enfrentados pela sociedade. Referida sensibilidade, antes vedada pela teoria geral supracitada, agora é manifesta em uma forte tendência de busca a uma isonomia mais congruente com a diretiva da Carta de 1988.

Desse modo, leis como a da Guarda Compartilhada, Lei Federal n. 11.698/2008, ou a nova Lei de Adoção, Lei Federal n. 12.010/2009, somadas à da Alienação Parental, Lei Federal n. 12.318/2010, entre outras, manifestamente buscam, ora coibir, ora impulsionar o âmbito da família, agora formada por indivíduos que são ou que se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, irrompendo em um novo conceito, elastecido pela vontade expressa de uma convivência familiar, na qual filiação e consanguinidade deixam de ser os únicos ingredientes da receita.

Nesse sentido, doutrina e, principalmente, jurisprudência merecem referência ao seu papel contundente, promovendo a consolidação desse fundamento, avesso à parca introdução dessa (afetividade propriamente dita) pelo viés legislativo.

Um dos primeiros manifestos jurisprudenciais sobre o tema da afetividade, decidindo pela manutenção da relação paterno-filial, reiterado no vínculo afetivo em detrimento do biológico, declarando que reconhecia, *in casu*, “uma paternidade sócioafetiva”, abre as portas do conservadorismo, reconhecendo a possibilidade, amparado no positivado melhor interesse do menor.

ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA DECISÃO REFORMADA. A ação denegatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado pela Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame da DNA, e a verdade sócio afetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado com outro nome, menor, como se filho deles fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais, inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade da pessoa humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado”. (PARANÁ, 2001).

Reitera-se, no julgado acima, a disposição de Michelle Perrot, repetitivamente evocada pela doutrina, que defende que “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas” (PERROT, 1993, p. 75). Aqui, a reformulação familiar dá-se em um molde reconstruído, no qual “pelo menos um dos adultos é padrasto ou madrasta” (GROENINGA; CUNHA PEREIRA, 2013, p. 257), no qual o elo de consanguinidade ou hereditariedade alça voos para além da padronização ora vigente.

Consoante ao entendimento apresentado, diversas outras decisões foram prolatadas no sentido de reconhecimento de vínculos socioafetivos. Em uma linguagem mais propriamente jurídica, nas relações consubstanciadas exclusivamente pelo viés do sentimento, sem, entretanto, deixar de desconsiderar o vínculo biológico/genético, quando pertinente ao caso.

REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.064 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Estabelecendo o art. 1.064 do Código Civil que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro”, a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder ao registro da criança. 2. Não há que se falara em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo sócioafetivo e sentimento de nobreza. 3. “O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento de lançado em registro civil”. 4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que

dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. (BRASIL, 2007).

Em suma, os vínculos não mais se restringem, no mundo jurídico, ao elo supracitado, restando, de forma clarividente, posição jurídica quanto à manifestação que perdura em sociedade por um tempo relativamente anterior à atual posição. Tanto que, já há algum tempo, em “reiteradas decisões, o Superior Tribunal de Justiça vem conferindo importância crescente a afetividade nas relações familiares, nos mais diversos aspectos, demonstrando que ela não se restringe a questões de parentesco” (CALDERÓN, 2013, p. 274).

Entre tantas decisões, destaca-se a manifestação do ministro Celso de Mello, no que tange à importância dada à afetividade, cujo voto se intitulou “VIII. O Afeto como valor jurídico, impregnado de natureza constitucional: a valorização deste novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família”.

Com efeito, torna-se indiscutível, reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de esclarecimento de direitos versus deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto. [...] Cabe aferir, por necessário, que esse entendimento no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional [...]. (BRASIL, 2009).

Vale ainda ressaltar que “não houve vozes em sentido contrário neste particular, ou seja, não se registrou qualquer manifestação de voto na Suprema Corte no sentido de que a afetividade seria estranha ao Direito” (CALDERÓN, 2013, p. 285).

Nesse instante, entendeu-se que a posição dos Tribunais Superiores, de ali por diante, incidiriam sobre a possibilidade de essa afetividade estar “incutida” no ordenamento, contrariando a postura anterior, até então dominante, de que, por ser um sentimento, não prestaria qualquer influência ao universo jurídico.

O debate doutrinário também não é travado no sentido de determinar se a afetividade pode ser tratada como um princípio atinente ao Direito de Família. Muito embora boa parte dos autores ateste ser essa uma construção jurídica brasileira, atrelada ao Direito de Família pátrio e, portanto, vinculada diretamente à Constituição Cidadã, uma parcela minoritária o classifica a afetividade como um valor relevante (a ser observado), porém não incluso no rol de princípios que regem o Direito de Família, por carecerem de força coercitiva.

Não obstante, não se trata mais de ver a questão sob o amparo das correntes substancialistas e procedimentalistas. O passo agora é distinguir, para cada caso, o dever de amar *versus* o dever de cuidar. Assim sendo, independentemente do embate, uma vasta

construção jurisprudencial favorável à afetividade cominada ao ativismo instaurou-se no cenário jurídico nacional e, de forma arrojada – contrariando parte dos doutrinadores –, passou a ofertar respostas mais incisivas aos anseios pleiteados em lide.

O rompimento com o paradigma anterior apresentou-se na manifestação de sentenças com cunho mais voltado à amplitude social das decisões, buscando um maior respaldo em princípios amplamente reconhecidos no Direito de Família, como o do melhor interesse do menor, que, agora agregado à efetividade que indica uma forma de racionalização voltada para seu peso na análise do caso.

Maria Helena Diniz, em seu dicionário jurídico, trata da temática da seguinte forma: “fundamentação da sentença. Direito processual. Motivação do magistrado no que concerne às questões de fato ou de direito, em relação ao caso sub judice. Constitui, portanto, a base da parte decisória da sentença.” (DINIZ, 2005, p. 716).

Como já referido nos itens anteriores, a ministra Nancy Andrichi, relatora do acórdão proferido no Recurso Especial n. 1.159.242, percebe, com certa clareza, algumas das dificuldades que deveriam ser superadas, para que se pudesse justificar a condenação de um pai que tivesse gravemente negado carinho, atenção e afeto ao seu filho.

Ela não tem a intenção de abertamente reconhecer que o Direito poderia obrigar alguém a amar outrem. Também chega a reconhecer que não seria, o Direito capaz de reconstruir vínculos afetivos dentro do seio familiar, principalmente, por meio de instrumentos jurídicos sancionatórios. No entanto, indiretamente, em alguns momentos de seu voto, a ministra deixa transparecer que, no fundo, a questão jurídica em disputa toca na avaliação e, por consequência, na regulação jurídica de manifestações emocionais do pai para com seu filho, que deveriam ser caracterizadas como indispensáveis para a adequada formação psíquica e moral da criança.

Como se vê, a resolução das disputas jurídicas envolvendo o abandono afetivo parental cria uma encruzilhada, na medida em que, de um lado, reconhece-se a impraticabilidade de se pretender controlar, pelo Direito, estados emocionais internos que, conceitualmente, somente se manifestam de modo autônomo, espontâneo e sincero, mas, de outro lado, assume-se o desejo bem intencionado de não se deixarem impunes pais que foram omissos na formação emocional de seus filhos, os quais, portanto, devem ser penalizados por essa negligência.

5.2 A mediação como alternativa eficaz para a resolução de conflitos de natureza afetiva

Como importante técnica de solução consensual de conflitos, que visa à facilitação do

diálogo entre as partes, para que melhor administrem seus problemas e consigam, por si só, alcançar uma solução, surge a mediação. O termo origina-se do latim *mediare*, que significa mediar, intervir.

Mediação consiste, pois, em um meio não-jurisdicional de solução de litígios. É, no dizer de Lília Maia de Moraes Sales:

[...] Um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor satisfaça. A mediação representa um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo. (SALES, 2007, p. 23).

E, na definição de Maria Nazareth Serpa, “processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste os disputantes na resolução de suas questões, pautado na autodeterminação das partes” (SERPA, 1999, p. 90). Em tais casos, o terceiro interventor utiliza-se da comunicação e da neutralização de emoções para auxiliar as partes em conflito a encontrarem opções que possibilitem o acordo.

O mediador trabalha na transformação da percepção de erros passados que prejudicam a compreensão do presente e, conseqüentemente, do acordo futuro. Tentará aproximar as partes, levando-as a encontrarem soluções criativas, por meio de reflexão e diálogo, que possibilitem ganhos mútuos e ainda preservem o relacionamento pessoal entre si. Mediar pressupõe, assim, comportar-se de modo neutro diante das partes envolvidas, mas com vigor suficiente para transmitir aos litigantes a importância das sessões direcionadas à solução do conflito.

O mediador não sugere solução, não induz e tampouco decide. Sua função é propiciar uma maior e melhor escuta das partes, para que a compreensão seja introduzida na sequência dos fatos narrados, levando os litigantes ao exercício da tolerância recíproca. Deve, pois, ser alguém confiável, apto a interagir com as partes e disposto a auxiliar concretamente no processo de solução daquele conflito. Para tanto, deve gozar de boa credibilidade, ser neutro e equidistante das pessoas envolvidas no litígio.

Portanto, a comunicação é a base nuclear da mediação. O mediador, para realizar sua tarefa, deve ter como princípios basilares a imparcialidade, independência, credibilidade, competência, diligência, boa-fé, confidencialidade e neutralidade.

Nesses termos, Águida Arruda Barbosa nos informa:

[...] Na França, toda a construção teórica da mediação vem fundamentada em

Habermas, filósofo contemporâneo, cuja contribuição filosófica é que tudo se constrói pela comunicação, pela necessidade do diálogo, pela humanidade; enfim, pela ética da discussão. (BARBOSA, 2006, p. 63).

Assim é que a racionalidade comunicativa e a participação tornam-se os elementos indispensáveis à adoção de mecanismos de pacificação dos conflitos, cujo foco principal encontra-se na vontade das partes. Sob esse prisma, a mediação nitidamente seria mais participativa e dialógica do que a jurisdição.

O fato é que, a sentença judicial, apesar de solucionar a lide, muitas vezes, não resolve a problemática subjacente de pacificação social, surgindo uma parte vencedora e outra vencida, ambas certas de serem detentoras de um direito subjetivo. Na mediação, a solução do conflito é criada e encontrada pelas partes, e não pelo mediador.

A doutrina diz que o processo da mediação é dividido em cinco fases. Na chamada pré-mediação, a fase inicial, esclarece-se às partes o objetivo da técnica, definindo as regras do processo. Na segunda fase, ocorre a definição do problema, o desenvolvimento dos objetivos, as necessidades, os interesses e a reorganização. Somente na terceira fase, é que ocorre a reunião interna da equipe mediadora. É aqui que se instaura a reflexão sobre o conflito apresentado e a construção de uma ou mais soluções alternativas.

Somente na quarta fase, ocorre o encontro com as partes, na qual, o mediador incentivará o diálogo e apresentará alternativas que encerrem o litígio, tudo com uma discussão clara e respeitosa. Por fim, na quinta e última fase, chega-se a uma solução para o conflito e, terminada a sessão de mediação, a solução indicada pelas partes será reduzida a termo, intitulada “Termo de Mediação” ou “Termo de Acordo”, que não precisa, necessariamente, de homologação judicial.

Desse modo, para se iniciar um processo de mediação, três são os elementos básicos: a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo. Nesse sentido, Nuria Belloso Martín explicita que a mediação se caracteriza pelos seguintes elementos:

a) voluntariedade; b) eleição do mediador; c) aspecto privado; d) cooperação entre as partes; e) conhecimentos específicos (habilidade) do mediador; f) reuniões programadas pelas partes; g) informalidade; h) acordo mútuo; i) ausência de sentimento de vitória ou derrota. (MARTÍN, 2005, p. 76).

Percebe-se, pois, que qualquer cidadão devidamente capacitado será apto para desenvolver esse trabalho, independentemente da natureza da sua formação acadêmica. Contudo, o advogado é um instrumento importante na orientação prévia ou na condução de uma

mediação, por todos os aspectos legais que devem ser observados.

Com relação às partes, podem ser pessoas físicas ou jurídicas ou entes despersonalizados, desde que seja possível identificar seu representante ou gestor. Podem ser ainda menores, desde que devidamente assistidos ou representados por seus pais. Além disso, é preciso deixar claro que a mediação não se confunde com um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, embora seja extremamente desejável que o profissional da mediação tenha conhecimentos em Psicologia e, sobretudo, prática em lidar com as relações humanas e sociais.

No dizer de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Leonardo Macedo Poli:

O avanço da utilização de mecanismos extrajudiciais de prevenção e solução de controvérsias no âmbito brasileiro é notório. Embora semelhantes, por objetivarem a autocomposição, a conciliação, a negociação e a mediação, são institutos jurídicos que se diferenciam. (VIEGAS; POLI, 2013).

No que diz respeito à classificação da mediação, muito embora uns a classifiquem como um meio de autocomposição, enquanto outros, como um meio de heterocomposição, entende-se que a mediação é um meio autocompositivo, uma vez que as partes, por si só, solucionam seus conflitos, apesar da presença de um terceiro.

Na conciliação o que se busca é o fim da controvérsia através de concessões mútuas, ou seja, caso não ocorra um acordo ela considera-se fracassada. Neste ponto diferencia-se da mediação, pois nesta o ajuste pode ser uma consequência natural do restabelecimento do diálogo entre as partes, e será bem sucedida se despertar a capacidade dos envolvidos de se entenderem sozinhos. Já no que tange ao conciliador, este atua de forma a sugerir ou induzir comportamentos ou decisões, buscando para as partes uma melhor solução, emitindo opinião sobre o caso. (VIEGAS; POLI, 2013).

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior chamam a atenção ao fato de que o ponto crucial na diferenciação entre mediação e conciliação é o grau de interferência do terceiro (mediador ou conciliador):

O mediador, terceiro neutro e imparcial, tem a atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar à 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, (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 598).

No que diz respeito ao vínculo, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder

Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador. A mediação, por sua vez, é uma atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos Poderes Públicos.

José Maria Rossani Garcez afirma que: “a mediação terá lugar quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de se realizar” (GARCEZ, 2003, p. 35).

De outra sorte, a negociação se distingue das demais. Nesta, não há a participação de um terceiro, seja ou não imparcial. A resolução do problema surge de uma autocomposição pura e simples, podendo haver ou não a participação de representantes, entendidos aqui como advogados. Finalmente, a arbitragem, regulada pela Lei n. 9.307/96, considerada como um mecanismo de heterocomposição, é o método pelo qual as partes submetem a solução de seus litígios a um terceiro, que decidirá de acordo com a lei ou com a equidade.

Todas essas formas consensuais de solução de conflitos possuem diferenças entre si e cada qual possui características que as tornam mais adequadas a este ou aquele caso concreto. É preciso dizer que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida, inclusive, dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes e na escolha por um instrumento mais profundo de solução do conflito.

A mediação, em regra, é um procedimento extrajudicial. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentem mais uma vez a via conciliatória. É a chamada mediação incidental ou judicial, presente no ordenamento brasileiro em duas hipóteses: ou o próprio juiz conduz o processo, funcionando como um conciliador ou designando um auxiliar para essa finalidade (arts. 331 e 447 do Código de Processo Civil), ou as partes solicitam ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de seis meses, para a efetivação das tratativas de conciliação fora do juízo (arts. 265, inciso II, c/c §3º, do mesmo dispositivo) (BRASIL, 2015).

5.3 A mediação nas relações paterno-filiais

É pacífico na doutrina que a jurisdição tradicional não traz respostas suficientes para os conflitos, sobretudo, no âmbito do Direito das Famílias. Isso porque, muitas vezes, as decisões judiciais não alcançam a pacificação social, visto estarem, os julgadores, presos a critérios objetivos, previamente estabelecidos na legislação e que não podem deixar de serem observados e, assim, não conseguem alcançar o verdadeiro interesse das partes.

Muitas vezes, resolve-se aquela demanda, mas o conflito persiste, principalmente, porque as relações familiares apresentam em suas demandas um grau de subjetividade complexo e considerável. É que as particularidades destes acabam por demonstrar a fragilidade do Judiciário para a solução de tais conflitos.

Desse modo, a mediação se apresenta como a forma alternativa mais adequada para a solução de conflitos das relações familiares, pois visa preservar os vínculos.

Os conflitos, de modo geral, são associados a frustrações de interesse, necessidades e desejos, que podem, ou não, levar o sujeito a algum tipo de reação, evidenciando que os conflitos encerram em si uma dimensão cognitiva (objetiva) e outra afetiva (subjetiva), tanto os de ordem intrapessoal, quanto aqueles interpessoais. Nesse sentido, é possível apreender que a face externa de um conflito reflete apenas uma parte de sua realidade, ou seja, os conflitos manifestos são parte de um processo interno complexo e dinâmico. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 602).

Como arremata, João Bosco Ferreira, “no particular das relações familiares, os conflitos familiares, antes de serem conflitos jurídicos inerentes ao direito, são de essência afetiva, psicológica, relacional, antecédidos de sofrimento, de questões de foro íntimo de cada pessoa” (FERREIRA, 2008).

É por essa razão, também, que o Judiciário, na maioria das vezes, não consegue alcançar a resposta suficiente para tais conflitos. Dada à subjetividade extrema, os envolvidos não conseguem mensurar a realidade do que buscam, ao pleitearem a intervenção estatal, nem as suas consequências.

No que tange às relações afetivas, a mediação se apresenta como instrumento adequado à recuperação do abandono afetivo. Nesse campo, em vez da busca de uma decisão imposta por um juiz, que, na maioria das vezes, desconhece a essência dos fatos, é preferível que as próprias partes, em um exercício pleno de autonomia privada, encontrem a solução do conflito.

Nos conflitos familiares advindos do chamado “abandono afetivo” paterno-filial, verifica-se que a mediação apresenta-se como um caminho alternativo, tendo em vista que se preocupa com a manutenção dos vínculos, com as histórias de vida de cada um, com a preservação emocional das partes e com a prevenção de novos problemas. A mediação familiar propicia a recuperação das relações afetivas, promovendo a recuperação do abandono afetivo decorrente da comunicação inadequada que se desenvolveu na reorganização da família, permitindo uma real mudança nas relações familiares.

Cita-se novamente Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Leonardo Macedo Poli, para quem:

Considerando que a responsabilização civil não seria o caminho plausível e capaz de resolver os litígios paterno-filiais baseados na falta de afeto, na medida em vários casos poderia levar ao afastamento definitivo das partes, a mediação parece ser o caminho para a transformação do conflito, pois o incentivo ao diálogo entre os conflitantes pode ensejar numa solução de sucesso e com menos desgaste emocional. (VIEGAS; POLI, 2013).

E, ainda:

A presença do mediador, muitas vezes corporificado em profissionais não específicos do direito, como da psicologia, será extremamente importante na elucidação da realidade vivenciada tanto pelo filho que se sente abandonado, quanto pelo pai supostamente negligente. A atuação desse profissional pode levar a uma aproximação e fortalecimento do vínculo familiar, diferentemente do litígio apreciado pelo Poder Judiciário, pois a possível condenação ou indeferimento do pedido indenizatório levaria à ruptura definitiva entre as partes. Isso porque a demanda no judiciário termina por aferir sempre um vencedor contra um perdedor, ou um culpado versus um inocente. (VIEGAS; POLI, 2013).

Comungando de referido entendimento, Taísa Maria Macena de Lima sintetiza: “há casos em que o abandono material e intelectual da própria família envolve indistintamente pais e filhos. Todos são vítimas. Não há como apontar um culpado na própria entidade familiar” (LIMA, 2004, p. 629). Nesses casos, a busca, não de uma reparação pecuniária, mas do verdadeiro diálogo e interação entre as partes em conflito poderia reatar o laço afetivo perdido.

Percebe-se que a mediação pode ser extremamente eficaz nas relações conflituosas paterno-filiais, tendo em vista que o acordo será fruto de consenso, do convencimento das partes, trazendo maior segurança e efetividade em relação ao seu cumprimento. Afinal,

A verdadeira justiça com paz social só é alcançada quando todas as questões que envolvem o litígio são discutidas e tratadas de forma completa e satisfatória pelas próprias partes. É o que ocorre, quando se chega a um acordo por meio da mediação, pois representa a expressão do que cada parte aceita como justo e se compromete a cumprir, sendo, por isso, uma solução satisfatória e duradoura. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 609).

Portanto, em comparação às sentenças impostas pelo juiz e fundamentadas pelo Direito, entende-se que, a partir da mediação, as partes sintam maior aceitação em relação à solução do conflito. Isso porque o acordo proveniente da mediação é construído pelas partes, e as decisões judiciais são vazias de compreensão psicofamiliar.

Ademais, ressalta-se o perigo da patrimonialização de questões de família, assim como a inutilidade de fixação dessa indenização, do ponto de vista do restabelecimento ou surgimento do bom convívio entre aqueles ligados pelo vínculo de sangue, mas separados por fatores íntimos. Nesse âmbito, a mediação propicia às próprias partes conflitantes espaço para

deliberarem sobre seu problema, o que possibilita o surgimento de relacionamentos mais verdadeiros.

6 CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição da República de 1988, consagrando-se como o topo do ordenamento jurídico, mudou a estrutura de muitos institutos do sistema vigente a partir da disciplina e dos valores insertos em seu bojo. Tendo prescrito um vasto rol de direitos fundamentais e, por consequência, passando a atuar em diversas áreas da seara privada, a denominada Constituição Cidadã trouxe uma nova realidade jurídica. Além de fixar os princípios e as garantias fundamentais, sobre as quais se assenta o Estado Democrático de Direito, também passou a disciplinar alguns institutos até então imanentes às relações jurídicas privadas, ensejando, a partir daí, o que a doutrina costuma chamar de constitucionalização do direito privado.

Nesse contexto, o constituinte exerceu a opção pelos direitos sociais, elegendo como princípio regente a dignidade da pessoa humana e adotou como objetivo o alcance de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, inciso I, da Constituição de 1988), indicando o caminho que deveria ser perseguido. E, estabelecendo os princípios máximos dentro dos quais o direito privado deve rezer as suas relações, a Constituição inaugura um novo período no ordenamento jurídico, trazendo para o Direito de Família significativas transformações, sobretudo, no que se referem aos seus princípios norteadores.

Ao elevar a dignidade da pessoa humana à condição de macroprincípio norteador das suas disposições e de toda a sociedade, a Constituição a colocou no vértice de todo o ordenamento pátrio, exigindo, então, não só seu respeito, mas também sua promoção, por meio de medidas que garantam que essa dignidade seja plenamente alcançada, inclusive, no âmbito da família. Outro relevante princípio que alicerça a ordem constitucional brasileira é o princípio da solidariedade, que, na mesma guisa da dignidade da pessoa humana, comunica-se com todos os ramos do Direito e, particularmente, no Direito de Família, deve ser perseguido sob as luzes de uma solidariedade social, em especial atenção à coexistência das pessoas, e não sob uma ótica individualista.

No que tange ainda ao Direito familiar, dois outros importantes princípios albergados pela Lei Fundamental merecem destaque: a igualdade e a liberdade. A igualdade impede a manutenção de distinções injustificáveis, quer sejam entre homem e mulher, entre filhos, ou ainda entre as próprias entidades familiares. Por sua vez, o princípio da liberdade revela-se fundamental no trato dos relacionamentos interpessoais, visto que o respeito pelas escolhas individuais tornou-se a regra. É que a Constituição de 1988, ao instaurar o regime democrático, revelou grande preocupação em banir discriminações, tendo consagrado, em

sede constitucional, a ideia de que todos têm liberdade de escolher o seu par bem como o tipo de entidade que quiser para constituir família.

À vista disso, pode-se afirmar que os princípios constitucionais referidos influenciaram significativamente o Direito de Família e contribuíram para a construção, a partir de então, de um novo modelo familiar, em meio às discrepâncias entre as disposições da legislação civil e à realidade social. Analisando-se o texto constitucional, especialmente, os arts. 226 e 227, nota-se nitidamente a disposição expressa de alguns institutos de família, como a adoção da igualdade entre os filhos e entre homem e mulher, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, a dignidade conferida a outras entidades familiares, declaração do respeito à liberdade no planejamento familiar, além da prescrição do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Sob o manto dessas inovações constitucionais, tornou-se possível admitir uma pluralidade de formas familiares, atendendo aos reclames da sociedade, que há muito não se conformava com os modelos fixados pela retrógrada legislação civil. O texto de 1988 não deixava dúvidas de que trata de um novo modelo de família, totalmente diverso do que era tutelado pela codificação civil anterior, com preponderância do afeto, do respeito, da liberdade, da igualdade, da dignidade, da solidariedade e da cooperação. Esse novo modelo familiar se diferencia do antigo paradigma patriarcal e hierarquizado, justamente por se fundar em outros valores, como a afetividade e a solidariedade, que passam a dominar as relações e ampliar cada vez mais a definição de família.

Na Constituição, encontram-se os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é a prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227) (BRASIL, 1988).

Percebe-se que o ente familiar não é mais uma única definição. A família torna-se plural. Há, realmente, uma passagem intimamente ligada às modificações políticas, sociais e econômicas. Os valores acolhidos pela Constituição indicam tacitamente a afetividade em suas disposições, uma vez que, no que se referem à família, muitas delas, mesmo que em última análise, visaram tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção. Assim, a partir de 1988, é possível sustentar o reconhecimento

jurídico da afetividade no tecido constitucional brasileiro.

Da superação do antigo modelo de grande família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado de família moderna, com progressiva eliminação da hierarquia, emergindo certa liberdade de escolha, o casamento fica dissociado da legitimidade de filho. Começam a dominar, as relações de afeto, solidariedade e de concepção. Destarte, constata-se o relevante papel que a Constituição conferiu à afetividade, o que deve ser observado pela doutrina, pela jurisprudência e pelo legislador ordinário no trato de temas relativos à família.

Cumprе salientar que, até a edição da Lei Maior de 1988, a indenização por danos extrapatrimoniais não prosperava no debate doutrinário, e a jurisprudência entendia por negá-la, sob o fundamento de que tais danos eram inestimáveis. Mas, com o advento da Constituição e a previsão expressa desses danos em seu art. 5º, incisos V e X, os tribunais passaram a rever sua posição, e diversas demandas como pedidos de indenização por quebra de esponsais, dano moral por infidelidade, abandono no altar, entre outras, passaram a fazer parte do cotidiano forense.

Na doutrina especializada, por sua vez, ouve uma verdadeira dicotomia, vez que respeitados autores passaram a se manifestar contrários à reparação, por acreditarem que o Direito de Família estaria sendo impregnado com a ideia de utilização demasiada de dano moral. Sergio Resende de Barros (2002), por exemplo, nominou a questão como uma possível “dolarização”, em que o próximo passo certamente seria o de tornar a responsabilização objetiva, independentemente de culpa, culminando na total monetarização do afeto familiar. Na mesma posição, Ivone Coelho de Sousa (2010, p. 73) alerta: [...] “monetarizar abandonos, pobreza amorosa, modelos não acessíveis ou precariedade do exercício previsto muitas vezes de forma idealizada e, portanto, acima das capacidades disponíveis, longe de ser um instrumento de aquisição ao interesse do filho, pode ao contrário, redundar em novas erupções dentro do quadro já instabilizado”.

Outrossim, um dos principais argumentos em defesa da tese contrária à responsabilidade civil por abandono afetivo seria a impossibilidade de que tal situação possa ser restabelecida. Conforme Maria Aracy Menezes da Costa, “pagar pela falta de amor não faz surgir o amor, e tampouco o restabelece; pagar pela falta de companhia, não tem o dom de substituir o prazer de conviver” (COSTA, 2005, p. 157). Contudo, apesar dos argumentos contrários, não há como o Direito de Família, na contemporaneidade, deixar de acolher a ideia da responsabilização por abandono afetivo. Nesse passo, advoga, Calderón (2013, p. 391): “[...] não é admissível que se fechem os olhos para os danos sofridos pelas vítimas de abandono afetivo, lacrando as portas do judiciário para esses dramas. Ocorrendo dano injusto

à pessoa, ofensa a alguma esfera da sua dignidade ou a um direito da personalidade, há que existir uma compensação”.

Também em defesa dessa tese, há autores que entendem a afetividade e a paternidade como princípios autorizadores da incidência da responsabilidade civil por abandono afetivo. Nessa esteira, Rosa, Dimas e Freitas (2012, p. 112) afirmam: “a afetividade no campo jurídico vai além do sentimento, e está diretamente relacionada à responsabilidade e ao cuidado. Por isto o afeto pode se tornar uma obrigação jurídica e ser fonte de responsabilidade civil”.

O princípio da afetividade, aliado ao da paternidade responsável, é que autoriza o estabelecimento da responsabilidade civil. O princípio da paternidade responsável encontra-se elencado no parágrafo sétimo do art. 226 da Carta Política brasileira, fazendo surgir uma série de obrigações, cujo fundamento normativo encontra-se no art. 1.634, incisos I e II, do Código Civil, em que se impõe, por exemplo, ao pai e à mãe, ter o filho em sua companhia e educá-lo. Esse dever de convivência também tem previsão constitucional (art. 229), denominado como um dever dos pais “de assistir, criar e educar os filhos menores” (BRASIL, 1988).

Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 3º, 4º e 5º, preceitua o dever da família de assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do menor, em condições de dignidade, referindo-se expressamente à convivência familiar como direito da criança e do adolescente e à punição, em caso de omissão quanto à preservação dos direitos da personalidade daqueles. Nesse passo, percebe-se que a paternidade/maternidade deixou de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do menor/adolescente.

Assim, levando em consideração que a paternidade consubstancia uma série de deveres voltados ao atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente, e que tais deveres se traduzem, tanto em obrigações materiais, quanto afetivas, resta claro que o descumprimento destas pode gerar danos àqueles e, por conseguinte, tais danos devem ser indenizados.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito fundamental à procriação**: considerações sobre a maternidade monoparental e a função paterna. 2005. 195 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira et al. (Coords.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common Law e na perspectiva do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Amor tem preço? **Revista CEJ**, Brasília, n. 35, p. 47-53, out./dez. 2006.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Recensão de “Teoria dos Princípios”, de Humberto Ávila. **R. SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 203-227, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARBOSA, Águida Arruda. Prática da mediação: ética profissional. In: Família e dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 05-10, jul./set. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 7 mar. 2010.

BERNARDO, Wesley Louzada. **Dano moral por abandono afetivo**: uma nova espécie de dano indenizável? In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). Diálogos sobre direito civil. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 Dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 Jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 Jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 Jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 Mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EREsp 182.223/SP. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira – Corte Especial. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 Abr. 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=61274&num_registro=199901103606&data=20030407&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 878.941/DF. Relatora Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 Set. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=684503&num_registro=200600862840&data=20070917&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 757.411/MG. Relator: Fernando Gonçalves – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 Mar. 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.025.769/MG. Relator: Nancy Andrighi – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 Set. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=998379&num_registro=200800173420&data=20100901&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 709.608/MS. Relator: João Otávio de Noronha – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 Nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=926765&num_registro=200401746167&data=20091123&formato=PDF>. Acesso em: 18 dez. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.159.242/SP. Relatora: Nancy Andrighi – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 Maio 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 18 dez. 2017.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CALNAN, Alan. Ending the punitive damage debate. **DePaul Law Review**, v. 45, p. 101-122, 1995. Disponível em: <<http://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1776&context=law-review>>. Acesso em: 06 set. 2015.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do Planejamento Familiar, da Paternidade Responsável e das Políticas Públicas**. 2009. (Apresentação de Trabalho/Congresso). p. 7.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érica H. **Novo Código Civil Comparado e Comentado: direito da família**. 6. v. Curitiba: Juruá, 2002.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, a. 9, n. 46, p. 14-21, fev./mar. 2008.

CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo**. 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 51-67, jul./set. 2005.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A Responsabilidade Civil dos Pais Pela Omissão do Afeto na Formação da Personalidade dos Filhos. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariangela Guerreiro. **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Cidade: Notadez, 2008.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto: como e quem indenizar a omissão do afeto? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 32, p. 20-39, out./nov. 2005.

CRIVELLA, Marcelo. **Projeto de Lei do Senado n. 700/2007**. Modifica a Lei n. 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: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>>. Acesso em: 01. Jan. 2018.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Márcia Helena de Oliveira. O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 12 Jan. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e regras: entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1959.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Silvia Regina. **Dependência emocional: a perda da identidade!** Disponível em: <<http://www.srdpsicologia.com.br/dependencia-emocional-a-perda-da-identidade.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. V. 5: Direito de Família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trabalho realizado com as investigações de L. H. Morgan. 6. ed. Tradução de Leonardo Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

FARIAS, Luciano Chaves de. Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magíster; Belo Horizonte: IBDFAM, a. 9, n. 1, p. 5-24, dez./jan. 2008.

FERREIRA, João Bosco Dutra. A constitucionalidade da mediação familiar e o Estado Democrático de Direito: uma crítica à realidade brasileira. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey e Mandamentos, 2008, p. 797-827.

FIUZA, César Augusto de Castro; MARTINS, Thiago Penido. Igualdade e Relações Familiares: uma análise crítica da responsabilidade civil por abandono afetivo. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Direito Privado: revisitações**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 27-50.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa. São Paulo: EDAMERIS, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade civil**. V. 3. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Critérios para a fixação da reparação do dano moral**: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. 2008a. Disponível em: <http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/Criterios.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008b.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 106, 17 Out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4365>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GARNER, Bryan. **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 1999.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil: Parte Especial do Direito das Obrigações – Responsabilidade objetiva, responsabilidade subjetiva, responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade profissional, etc.: preferências e privilégios creditórios (art. 927 a 965)**. V. 11. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

GOUVÊA, José Roberto Ferreira; SILVA, Vanderlei Arcanjo da. **A quantificação dos danos morais pelo STJ**. 2004. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=575>>. Acesso em: 13 fev. 2010.

GRAVELLES, John W. de; GRAVELLES, J. Neale de. Louisiana Punitive Damages - A Conflict of Traditions. **Louisiana Law Review**, v. 70, n. 2, p. 579-614, 2010. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6320&context=lalrev>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 201-216.

GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2013.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo: a interdisciplina sintoniza o direito de família como o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do poder judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 402-432.

GROENINGA, Giselle Câmara. Estudo da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, a. 8, n. 40, p. 140-151, fev./mar. 2007a.

GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação Interdisciplinar - Um novo paradigma. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, a. 8, n. 40, p. 152-170, fev./mar. 2007b.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. 2006. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9365/8931>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

KIONKA, Edward J. **Torts in a Nutshell**. 3. ed. Saint Paul, Minnesota: West Group, 1999.

LANA, Fernanda Campos de Cerqueira; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. O direito e a falta de afeto nas relações paterno-filiais. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil**: Atualidades IV – teoria e prática do direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 259-278.

LEVY, Daniel de Andrade. Uma Visão Cultural dos Punitive Damages. **Revista de Direito Privado Thomson Reuters**, São Paulo, v. 45, p. 165-216, 2011.

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

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, n. 3, p. 35-41, jul./set. 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em família e a orientação do superior tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2009.

MANRIQUE, Ricardo C. Pérez. El afecto como elemento estructurante del derecho de familia. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 473-496.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A contribuição de Kalus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista Direito GV** – Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 241-254, jan./jun. 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: punitive damages e o Direito Brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MATOS, Aníbal Magalhães da Cruz. **Conflitos entre princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma compreensão adequada ao Estado Democrático de Direito. 2010. 102 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2010.

MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral X Pai-abandono afetivo. E a família? **Revista Direito & Justiça**, Rio Grande do Sul, v. 35, n. 1, p. 61-69, jan./jun. 2009.

MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey e Mandamentos, 2008, p. 275-299.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono Moral: fundamentos da responsabilidade civil. **Revista de IOB de Direito de Família**, São Paulo: IOB Tompson, v. 10, n. 46, p. 08-13, fev./mar. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. **Apelação Cível n. 0408.550-5**. Relator: Unias Silva – Sétima Câmara Cível. Julgamento: 01 Abr. 2004. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0701.03.058756-5/001**. Relator: Alberto Henrique – Décima Terceira Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 23 Mar. 2009a. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10701030587565001>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0024.07.790961-2/001**. Relator: Alvimar de Ávila – Décima Segunda Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 16 Mar. 2009b. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10024077909612001>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0702.02.029297-6/001**. Relator: Guilherme Luciano Baeta Nunes – Décima Quinta Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 02 Ago. 2006. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10702020292976001>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0145.09.539414-7/001. Relator: Gutemberg da Mota e Silva – Décima Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 21 Jan. 2011. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10145095394147001>. Acesso em: 12 fev. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts. 235 a 361 do CP). V. 3. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NETO, Inácio de Carvalho. **Abuso de Direito**. Curitiba: Juruá, 2002.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Neiva Flávia. Afetividade como base do reconhecimento jurídico das entidades familiares. In: **Anais** do IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=4&anais>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

PAI é condenado a indenizar filho por abandono afetivo. **Consultor Jurídico**, 28 Dez. 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-dez-28/pai_condenado_indenizar_filho_abandono_afetivo>. Acesso em: 03 jan. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0108417-9. Relator: Accácio Cambi – Segunda Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Curitiba, 12 Dez. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56163/paternidade-socioafetiva-e-a-sua-impossibilidade-de-desconstituicao-posterior>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0282469-5. Relator: Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira – Décima Oitava Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Curitiba, 10 Nov. 2006. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família. V. 5. 15. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem**: responsabilidade civil por abandono afetivo. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. In: Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

POLI, Leonardo Macedo; POLI, Luciana Costa. **Breves apontamentos sobre ato ilícito e responsabilidade civil**. Disponível em: <http://www.domtotal.com/anexos/artigo_ato_ilicito.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 22. São Paulo: Borsoi, 1968.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REZENDE, Joubert R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, a. 6, n. 28, p. 150-160, fev./mar. 2005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2001.001.17643. Relator: Humberto de Mendonça Manes – Quinta Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Rio de Janeiro, 13 Nov. 2001. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200100117643>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70020746475. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack – Quinta Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 Out. 2007. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200100117643>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo, Atlas.

RODRIGUES, Cassiano Garcia. **Regras e princípios**: alguns pontos de contato e de divergência das normas jurídicas. 2009. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/artigos/20090211134929.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

RODRIGUES, Daniela Ladeira. **Um breve ensaio sobre a família**. 2006. Disponível em: <http://Direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/BKP/Um_breve_ensaio.doc>. Acesso em: 10 nov. 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). V. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVOLD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas 2014.

ROSENVOLD, Nelson. Responsabilidade civil 4.3. A fixação do valor do Dano Moral. TV Justiça – Programa Saber Direito, aula exibida dia 23 de outubro de 2008. **YouTube**, 1º de junho de 2009a. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=adgIPcAUOfI>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

ROSENVOLD, Nelson. Responsabilidade civil 2.5. Dano Moral – Noções Gerais. TV Justiça – Programa Saber Direito, aula exibida dia 21 de outubro de 2008. **YouTube**, 1º de junho de 2009b. Disponível em http://www.youtube.com/watch?v=D-M_MoThzZ0. Acesso em: 24 mai. 2018.

ROSENVOLD, Nelson. Responsabilidade civil 1.4. Danos Patrimoniais. TV Justiça – Programa Saber Direito, aula exibida dia 20 de outubro de 2008. **YouTube**, 1º de junho de 2009c. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=aFbe-K7of_o&feature=related>. Acesso em: 24 mai. 2010.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magíster; Belo Horizonte: IBDFAM, a. 11, n. 9, p. 05-24, abr./mai. 2009.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. Fixação de montante indenizatório de dano moral: defesa de processo bifásico de mensuração como consequência do imperativo constitucional de motivação das decisões. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 362, Jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5383>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap com Revisão n. 511.903-4/7-00. Relator: Caetano Lagrasta – Oitava Câmara de Direito Privado. **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo, 27 Mar. 2008a. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2513926&cdForo=0>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 410.524-2/0-00. Relator: Francisco Loureiro – Quarta Câmara de Direito Privado. **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo, 08 Jul. 2009a. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 549.484.4/6-00. Relator: Francisco Loureiro – Quarta Câmara de Direito Privado. **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo, 19 Maio 2009b. Disponível em:

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3615910&cdForo=0>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 361.324.4/7-00. Relator: Maia da Cunha – Quarta Câmara de Direito Privado. **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo, 14 Maio 2008b. Disponível em:

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2596805&cdForo=0>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 990.10.038606-9. Relator: Natan Zelinchi de Arruda – Quarta Câmara de Direito Privado. **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo, 30 Nov. 2010. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=FF56B4CCDDF52BF33B1F2D5D889C4AF6.cposg4?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=990.10.038606-9&uuidCaptcha=>>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo n.000.01.036747-0. Relator: Juiz de Direito Luiz Fernando Cirillo - 31ª Vara Cível Central de São Paulo. Julg. 07.06.2004. Sentença: Ofensa à dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, a. 6, n. 25, p. 151-160, ago./set. 2004.

SCAFF, Fernando Campos. Da culpa ao risco na responsabilidade civil. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHLUETER, Linda; REDDEN, Keneth R. **Punitive damages**. V. 1. New York: Lexis, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013a.

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

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas. 2013b.

SENADO. Abandono moral dos filhos como ilícito civil e penal. Atos Normativos e novidades Legislativas. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magíster; Belo Horizonte: IBDFAM, a. 11, n. 13, p. 121, dez./jan. 2010.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, Cícero Camargo. Aspectos relevantes do dano moral. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3981>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, ano VI, n. 25, ago/set. 2004.

SILVA, Fernanda Cristina Campolina. **A lógica da exemplaridade e a desnecessidade de aplicação dos punitive damages no brasil**. Ano. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

SILVA, Mariana Cândido; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Regras, princípios, valores e postulados para bem aplicar o Direito. **Revista Direito e Liberdade - Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte**, Mossoró: ESMARN, v. 6, n. 1, p. 257-282, jan./jun. 2007.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. Traição e dano moral. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 43, 01 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/542>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

SKAF, Samira. Possibilidade legal de concessão de dano moral aos filhos abandonados afetivamente pelos pais, frente ao cometimento de ato ilícito. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magíster; Belo Horizonte: IBDFAM, a. 11, n. 13, p. 93-118, dez./jan. 2010.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUSA, Andreaze Bonifacio de. O princípio da afetividade no direito brasileiro: quando o abandono afetivo produz dano moral. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 52, 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2656>. Acesso em: 14 nov. 2011.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O fundamento jurídico do dano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou punitive damages? In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades III: princípios jurídicos do Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 255-266.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Tutelas de urgência na reparação do dano moral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Ivone M. Cândido de. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magíster; Belo Horizonte: IBDFAM, ano 11, n. 13, p. 60-74, dez./jan. 2010.

STOCO, RUI. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. Danos Morais por Abandono Moral. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magíster; Belo Horizonte: IBDFAM, a. 10, n. 7, p.100-115, dez./jan. 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano VII, n. 32, p. 51, out./nov. 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Magíster, IBDFAM, a. 11, n. 10, p. 34-60, jun./jul. 2009.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2000.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no Direito Comparado Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENÂNCIO, Alliny Pamella. Indenização por abandono afetivo: as consequências causadas pelo abandono afetivo e a possibilidade de indenização como forma de assegurar os direitos da criança e do adolescente. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3248, Maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21837/indenizacao-porabandono-afetivo/4>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. V. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913>. Acesso em: 02 ago. 2017.

WALDMAN, Ricardo Libel. A teoria dos princípios de Ronald Dworkin. **Revista Direito & Justiça**, Rio Grande do Sul, v. 24, n. 25, p. 119-145, jan./jun. 2002.

WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo**. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

ZANELATO, Ezequiel Paulo. O afeto como fator preponderante para a manutenção da sociedade conjugal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, ano 6, n. 28, p. 45-59, fev./mar. 2005.