

PAULA FERNANDA OLIVEIRA DE ARAÚJO

**AFETO E RESPONSABILIDADE CIVIL:
A ambivalência das relações familiares**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2012

PAULA FERNANDA OLIVEIRA DE ARAÚJO

**AFETO E RESPONSABILIDADE CIVIL:
A ambivalência das relações familiares**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Alessandra Dias Baião Gomes.

FIC – CARATINGA

2012

MENSAGEM

“Tu te tornas eternamente responsável pelo que cativas”.

O Pequeno Príncipe, de autoria do pensador francês Saint-Exupéry.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha irmã Poliana que sem querer e sem saber me ensinou o valor do afeto na relação familiar. Seu exemplo de determinação e fé me trouxeram os melhores ensinamentos. Foi com ela, com suas limitações que aprendi que o amor é à base de tudo, não importa em qual situação nos encontramos, o importante é estar em Deus, e tudo basta. Você me ensinou o maior dos dons, o dom de amar.

Dedico ainda a minha família, que sempre me apoiou e confiou em mim. Que me ensinou que independente de nossas limitações, o importante é lutar sempre, com alegria, fé e determinação. Família é base de tudo, nosso alicerce, nosso porto seguro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a Deus.

Agradeço ao meu pai Darcy, por ter me apoiado e me ajudado e por ter me proporcionado este sonho. Esta vitória também é sua.

Agradeço à minha mãe Silvânia, por sempre ter me estendido à mão nos momentos difíceis.

Agradeço aos meus irmãos Patrícia e Políbio, em agradecimento mais que especial à minha irmã, pelas palavras de carinho e incentivo. Que sempre esteve do meu lado, me apoiando, me amparando, acreditando em mim e não me deixando desistir.

Agradeço ao meu namorado, Renan, pelo apoio nos momentos que precisei e sua atenção nos momentos que me ausentei.

Agradeço ainda, a minha orientadora Professora Alessandra pelo exemplo como profissional, pela troca de conhecimentos e, principalmente, pela atenção sempre que solicitada.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma me ajudaram e aos que torceram pela conclusão desta fase.

Muito Obrigada.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo essencial analisar o afeto e a responsabilidade civil das relações familiares. O afeto é o pilar das diversas formas de relações familiares. Indaga-se desta forma, se quando há rompimento nestas relações estaria o afeto gerando o dever indenizatório. Quando há ruptura da relação familiar o que se rompe é o afeto. O desamor, por si só, não gera o direito à indenização, já que amar não é dever jurídico, inexistindo ato ilícito na falta de amor. O simples descumprimento dos deveres anexos ou o desafeto entre os envolvidos não são causas suficientes para gerar o dever de indenizar, haja vista a falta do nexo causal. O que efetivamente dá ensejo ao dever de reparar é a violação dos direitos fundamentais, direito da personalidade de um dos envolvidos na relação afetiva, tais como a honra, intimidade, a imagem e a vida privada. O afeto não poderia ser juridicamente imposto a alguém, por se tratar de um sentimento, algo desprovido de qualquer natureza jurídica, principalmente normativa, em razão do não preenchimento dos requisitos exigidos para imputação da responsabilidade civil (conduta culposa, dano e nexo causal). Após as considerações sobre as relações familiares e a observância do afeto nestas relações, o presente trabalho objetiva a assimilação desta transformação, questionando a consideração do afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família.

Palavras-chave: afeto; responsabilidade civil; ambivalência; relações familiares.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 09 |
| CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS..... | 11 |
| CPÍTULO I – DO DIREITO DE FAMÍLIA | 14 |
| 1.1 As novas configurações familiares..... | 16 |
| 1.2 Função social da família..... | 19 |
| 1.3 Princípios fundamentais..... | 21 |
| CAPÍTULO II – DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 29 |
| 2.1 Pressupostos para configuração..... | 31 |
| 2.1.1 Da Conduta..... | 31 |
| 2.1.2 Do Dano..... | 33 |
| 2.1.3 Nexo Causal..... | 36 |
| 2.2 Responsabilidade civil objetiva e subjetiva..... | 39 |
| 2.3 Responsabilidade civil contratual e extracontratual..... | 42 |
| CAPITULO III – DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES..... | 43 |
| 3.1 O rompimento do afeto: o ato ilícito e o abuso de direito..... | 44 |
| 3.2 Ambivalências nas relações familiares: entre o amor e o ódio..... | 46 |
| 3.3 Desconfiguração do nexos de causalidade por ausência de ilícito civil e do abuso de direito: análise de jurisprudências em casos específicos de responsabilidade civil..... | 48 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 54 |
| REFÊRENCIAS..... | 56 |

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objeto precípua analisar o afeto e a responsabilidade civil nas relações familiares. Tendo como objetivo, questionar o afeto considerando seu valor jurídico como causa de imputação da responsabilidade civil para o Direito de Família. Sendo o afeto, pilar das diversas formas de relações familiares, indaga-se desta forma, se quando há rompimento nas relações familiares seria o afeto, que as envolve, gerador do dever de indenizar. Desta forma, para o questionamento aferido, entende-se quando há ruptura da relação familiar o que se rompe é o afeto. O desamor, e somente ele, não gera o direito à indenização, haja vista que amar não é dever jurídico, e sua falta não poderia ser civilmente responsabilizado.

Constatou-se não haver uma concordância entre as doutrinas e os tribunais sobre a possibilidade ou não de responsabilização por dano moral causado pela falta de afeto. Ao longo do estudo dedicado primeiramente a família e posteriormente a responsabilidade civil, entende-se, este ser apenas um sentimento vindo da espontaneidade, e por consequência, não passível de imposição nem mesmo a judicial.

A presente pesquisa tem natureza transdisciplinar, apresentando como setores de conhecimento o ramo do Direito Civil, no que tange ao Direito de Família e a Responsabilidade Civil e o Direito Constitucional, sobre a esfera dos princípios fundamentais e interdisciplinar vez que investiga a interface entre o Direito, e a Psicologia, no que tange às considerações acerca do afeto. Ademais, tem-se como metodologia a confecção da pesquisa teórico-dogmático, elaborada a partir do estudo doutrinário, das legislações específicas e jurisprudências referentes ao ramo de conhecimento.

A discussão da presente monografia em questionar a relevância do afeto como valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família se justifica por meio da presença do ganho jurídico, qual se observa que a possibilidade de responsabilização nas relações familiares, por óbvio enfraqueceria a instituição familiar. Pela subjetividade do caso, os envolvidos não conseguem mensurar a realidade nem tão pouco suas consequências. O coerente seria ao invés do Judiciário dizer quem está certo ou errado, as partes encontrarem uma solução, exercendo livremente a sua autonomia privada.

Outro ganho é na esfera social. A família desenvolve na sociedade um papel fundamental. Cada um de seus membros, mesmo que de forma diferente, exercem papel

fundamental e estruturante, ficando cada vez mais evidente e necessária a atuação deles no seio familiar. E quanto ao ganho acadêmico, para a pesquisadora que atraída pela seara do Direito Civil tem a possibilidade de aprimorar seus conhecimentos com olhar especial ao Direito de Família, um dos ramos que mais se destaca por estar em plena mutação e crescimento com a sociedade.

Traz-se como marco teórico do presente trabalho a premissa dos doutrinadores Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, ao dizerem que a violação de um dever jurídico específico do direito de família não enseja responsabilização civil por si só. Na seara da família, o instituto de responsabilidade civil dependerá da ocorrência de um ato ilícito, e este devidamente comprovado. A simples violação do afeto não enseja indenização pela subjetividade do sentimento.

O desenvolvimento se divide em três capítulos distintos. No primeiro capítulo analisa-se o Direito de Família e sua ampla evolução, as novas configurações familiares, a função social da família e os seus princípios fundamentais.

O segundo capítulo discorre sobre a Responsabilidade Civil. Serão abordados os pressupostos para tal configuração; responsabilidade civil objetiva e subjetiva e responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Por fim, o terceiro capítulo trata da Responsabilidade Civil nas Relações Familiares. O rompimento do afeto: o ato ilícito e o abuso de direito, ambivalências nas relações familiares: entre o amor e o ódio, desconfiguração do nexo de causalidade por ausência de ilícito civil e do abuso de direito: análise de jurisprudências em casos específicos de responsabilidade civil.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Em face da temática proposta “Afeto e Responsabilidade Civil: a ambivalência das relações familiares”, é fundamental a compreensão de alguns conceitos essenciais a elucidção do presente trabalho monográfico, a saber: afeto; responsabilidade civil e relações familiares.

O afeto é amizade, afeição, amor. Sentimento que une as pessoas e que as torna pertencentes a um núcleo social. Entende-se como afeto, a luz da concepção filosófica, para o psicanalista Carlos Pinto Corrêa:

as emoções positivas que se referem a pessoas e que não têm o caráter predominantemente totalitário da paixão. Enquanto as emoções podem se referir a pessoas e coisas os afetos são emoções que acompanham algumas relações interpessoais, das quais fica excluída a dominação pela paixão. Daí a temporalidade indicada pelo adjetivo afetivo que traduz atitudes como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura, etc.¹

Para Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, dizem a respeito do afeto sob o prisma da Psicologia,

o afeto evidencia como uma verdadeira “âncora do sentido”, conferindo-lhe “um lastro decisivo de certeza, sustentado pela imagem do corpo.” A partir disso, demonstra-se, pelo afeto uma verdade, “a paixão que a linguagem impõe ao ser.” [...] Desta forma, afirma-se a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, integrando o seu “eu.”²

Sendo assim, entende-se o afeto, sentimento natural e inerente ao homem. Transforma a essência humana, dá alicerce e vivifica a existência do ser.

No que diz respeito à responsabilidade civil, primeiramente trataremos como conceito a concepção estipulada pelo Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, que compreende “do latim, de *respondere*, na acep. de assegurar, afiançar; no Direito. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito.”³

Na conceituação de Sérgio Cavalieri Filho,

¹CORRÊA, Carlos Pinto. **O afeto no tempo (1)**. Disponível em: <http://www.cbp.org.br/rev2806.htm>. Acesso em 09/08/2012.

²FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010. p. 28.

³JURÍDICO. Dicionário. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 2009.

Em sentido etimológico, 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.⁴

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona seguem a mesma linha de raciocínio, ao dizerem que a responsabilidade está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, a conceituando responsabilidade, para o Direito,

nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.⁵

Já para Carlos Roberto Gonçalves, dentre outras inúmeras conceituações de responsabilidade civil irá trazer a acepção voltada ao aspecto da realidade social, afirmando, portanto, que

responsabilidade exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.⁶

Assim, o instituto da responsabilidade civil, é um mecanismo de apaziguamento das relações sociais, que busca o retorno à situação anterior ao dano causado seja em seu patrimônio jurídico, ou da indenização pecuniária quando tal situação não for possível.

Quanto a relações familiares, todas as pessoas sabem ou procuram saber suas origens. É notória a importância e a relevância que tem os vínculos jurídicos e os laços familiares na vida de qualquer ser.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald irão dizer que a família

é inegavelmente, a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana,

⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 02.

⁵GLAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.

com o desiderato de colaborar para a *realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo*.⁷

Rolf Madaleno destina um capítulo inteiro sobre assunto, considerando as relações familiares e o parentesco, e pondera dizendo sobre as variadas nomenclaturas dessas relações, vejamos,

As relações familiares vão modificando com muita velocidade, reduzindo-se os vínculos relacionais para um modelo familiar mais restrito, que derive o parentesco da constituição de uma união estável, do casamento, dos laços naturais duplos, quando, de pais e mãe, ou simples, quando só tem em comum o pai ou a mãe e, por fim, o parentesco da afinidade ou da adoção.⁸

Rolf Madaleno mostra ainda, que independente desta pluralidade, ao que se pese a família é um fato natural, e resguarda proteção do Estado, assim considera quanto o assunto são as relações familiares sejam elas de qualquer modo.

Cumprir considerar a pluralidade das formas de constituição das relações de família, adequando-se ao Direito na absorção destes novos vínculos familiares, e que são todos eles destinatários da proteção estatal, quer esta família sobrevenha de um ato solene ou informal, ou de mera convenção social, como já advertia há bastante tempo Virgílio de Sá Pereira ao se afastar, inteligentemente, das convenções sociais e jurídicas e vislumbrar na realidade e na evidencia dos fatos a legítima formação familiar, e por conta disto deixar externar ser: a família um fato natural [...].⁹

Nas palavras de Elisabeth Roudinesco, *A família ao repousar sobre a união mais ou menos duradoura e socialmente aprovada de um homem, de uma mulher e de seus filhos, é um fenômeno universal, presente em todos os tipos de sociedade*.¹⁰

Desta feita, esses são alguns apontamentos conceituais que ajudarão na compreensão da temática proposta, pois estes norteiam e embasam o exposto trabalho.

⁷FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9.

⁸MADALENO, Rolf. **Curso Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 458.

⁹*Ibidem*. p. 460

¹⁰LÉVI-STAUSS, Claude *apud* ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Tradução André Telles. Rido de Janeiro: Zahar, 2003. p.13.

CAPÍTULO I - DO DIREITO DE FAMÍLIA

Ramo do direito ligado á vida humana. É o direito mais humano, destinado a disciplinar as relações entre as pessoas, unidas pelo matrimônio, ou não.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *a família nasce do simples desenvolvimento da vida humana*.¹¹

De acordo com o artigo 226 da Constituição da República, *a família é à base da sociedade e por isto tem especial proteção do Estado*¹². Ao conceituar Família a autora Maria Berenice Dias dispõe em sua obra,

A família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento. Dispõe de uma estruturação psíquica na qual cada um ocupa um lugar, possui uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.¹³

A relevância do afeto em relação ao seu valor jurídico variou no decorrer do tempo. Segundo Cristiano Chaves de Farias, *o Código Civil de 1916 considerado os valores predominantes daquela época, afirmava a entidade familiar ser como unidade de produção, pela qual se buscava a soma de patrimônio e sua posterior transmissão à prole*,¹⁴ uma vez que a família vigente nesse período era absurdamente patrimonialista.

Nesta época os vínculos afetivos para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico “necessitavam” ser chancelados pelo matrimônio.¹⁵ A família vigente neste período tinha um ambiente hierarquizado, patriarcal, matrimonializado.

Ao longo dos tempos o direito sofreu inúmeras transformações¹⁶ e a família, conforme considera Rolf Madaleno,

matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como uma unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família

¹¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 38

¹²BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 13 de abril de 2012.

¹³DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

¹⁴FARIAS, Cristiano Chaves de. **A família no novo milênio: em busca da dignidade perdida**. Disponível em: www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../docente/doc04.doc. Acesso em: 13 de abril de 2012.

¹⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

¹⁶DIAS, Maria Berenice e SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. **Famílias e (Inter)seções do Afeto e da Lei**. p. 3. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 13 de abril de 2012.

pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.¹⁷

Então, com a Constituição da República de 1988 houve a despatrimonialização do direito de família. As relações familiares passaram a serem funcionalizadas em razão da dignidade de cada um de seus membros, consagrando o *princípio da dignidade da pessoa humana*¹⁸ como pilar da ordem constitucional brasileira.

Com a vigência da Constituição da República de 1988, o direito de família passou a ser amparado por *novos princípios*,¹⁹ que por sua vez estabeleceram uma nova ordem familiar e traçaram novos caminhos a serem trilhados pelos seus componentes, não importando tão somente os vínculos jurídicos ou biológicos mais sim a própria realização psicológica e afetiva de cada membro.

Neste aspecto explica Nelson Rosenvald:

O Direito Constitucional afastou-se de um caráter neutro e indiferente socialmente, deixando de cuidar apenas da organização política do estado para avizinhar-se das necessidades humanas reais, concretas, ao cuidar de direitos individuais e sociais, nos arts. 226 e 227, por exemplo, a Constituição disciplina a organização da família. Trata-se, sem dúvida, da afirmação de uma nova e fecunda teoria constitucional.²⁰

Desta forma, o Estado passou agir como garantidor nas relações familiares e a família ganhou nova forma, o novo cenário dos laços afetivos.

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, *ampliando as mais diversas configurações familiares, com o intuito de se identificar os elementos que nos permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independente de sua conformação*, nas ponderações de Maria Berenice Dias²¹. Hoje, os desafios é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família.

¹⁷MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 28.

¹⁸A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa. CARVALHO. Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 582.

¹⁹Os princípios são indicativos de um valor, uma direção, um fim. CARVALHO. Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 555.

²⁰Consideram novos princípios do direito de família advindos a Constituição da República segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: a Pluralidade das Entidades familiares; a Igualdade entre o homem e a mulher; a Possibilidade de mudança de nome pelo homem e pela mulher no casamento; a Igualdade entre os filhos; o Planejamento familiar e a paternidade responsável; a Facilitação da dissolução do casamento. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 32-47.

²¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43.

Sendo o único ramo do Direito cujo um dos objetos é o afeto, na assertiva da doutrinadora, Maria Berenice Dias, *o amor esta para o direito de família assim como o acordo de vontades esta para o direito dos contratos.*²²

Logo, não há de falar em desilusão pelo fim de vínculos afetivos em obrigação indenizatória, a falta de amor não se pode resolver na seara da responsabilidade civil.

1.1- As novas configurações familiares

As mudanças sociais com o advento da Constituição da República de 1988 e por consequência as inovações trazidas com o Código Civil de 2002, trazerem consigo novos elementos que compõem as relações familiares, destacando principalmente os vínculos afetivos.

As famílias atualmente possuem novo perfil. Foi-se o elemento biológico e cede espaço aos vínculos afetivos. Daí a compreensão da importância do afeto na formação das relações familiares, que consagra, por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Trazemos os perfis das novas configurações familiares com os doutrinadores Nelson Rosental e Rolf Madaleno.

A família matrimonial é a família construída pelo casamento. É a primeira espécie de entidade familiar. Somente realizado entre o homem e a mulher, dizia-se de uma comunhão permanente, regulamentada por lei, com o único fundamento de se reproduzirem dando então continuidade à família e a herança a prole.

Trazemos a baila o conceito de Rolf Madaleno, *o casamento identifica a relação formal consagrada pelo sacramento da Igreja, ao unir de forma indissolúvel um homem e uma mulher e cujos vínculos foram igualmente solenizados pelo Estado.*²³

A família matrimonial, durante muito tempo, foi à única entidade familiar reconhecida no âmbito do direito. Com o passar do tempo, com as novas mudanças sociais, este tipo de entidade foi perdendo força, abrindo espaço para as uniões estáveis e esta recebendo, então, proteção do Estado.

A família informal ou *União Estável* é a resposta mais concreta da evolução da sociedade em relação aos novos arranjos familiares. Assim explana Rolf Madaleno,

²²DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²³MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 7.

A família informal é uma resposta concreta a essa evolução e ela já foi sinônimo de família marginal, muito embora figurasse como panaceia de todas as rupturas matrimoniais enquanto ausente o divórcio no Direito brasileiro, ela serviu como válvula de escape para quem, *desquitado*, não podia casar novamente porque o matrimônio era vínculo vitalício e indissolúvel. Denominado *concubinato*, em 1988 foi alcançado à condição de entidade familiar com o advento da vigente Carta Federal, trocando sua identidade civil pela expressão consolidada de *união estável*.²⁴

Percebe-se, portanto, quão foi à evolução que a família obteve com a chegada dos novos princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. O princípio da dignidade da pessoa humana, mais uma vez se sobressai, resgatando a dignidade dos concubinatos.

Outra família a ser tratada, são as famílias monoparentais. Desde já, manifestando o conceito de Rolf Madaleno, *as famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos*.²⁵

Estas famílias são aquelas que tecnicamente, em função da separação, divórcio, viuvez, adoção, dentre outras, apenas um dos progenitores será o responsável. O que mostra mais um avanço, ao Estado reconhecer a entidade familiar formada por pessoas sozinhas.

Neste contexto Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias explica:

Tendo na tela da imaginação o princípio da pluralidade das entidades familiares, a Constituição da República, em seu art. 226, § 4º, também fez menção à comunidade formada pelos ascendentes e seus descendentes, enquadrando a categoria no âmbito especial das relações do Direito de Família. [...] Sem dúvida, muito bem andou o constituinte, reconhecendo um fato social de grande relevância prática, especialmente em grandes centros urbanos, ao abrigar como entidade familiar o núcleo formado por pessoas sozinhas (solteiros, descasados, viúvos...) que vivem com sua prole, sem a presença do seu parceiro afetivo.²⁶

São os novos rumos do Direito de Família. A possibilidade de liberdade dos envolvidos escolherem sua relação, seu modo de vida, sua comunhão.

Discussão relevante e bastante polêmica são as que envolvem as famílias homoafetivas. Apesar do tema já estar sacramentado com a decisão recente do Supremo Tribunal Federal em declarar constitucional o reconhecimento como família à união de pessoas do mesmo sexo e garantir a estes casais garantias, direitos e deveres iguais ao da união estável, a

²⁴MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 8.

²⁵*Ibidem*. p. 9.

²⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 55-56.

decisão abriu precedentes para a possibilidade de reconhecimento jurídico da filiação entre esses casais.²⁷

As uniões homoafetivas ganharam força por se tratar o Direito de Família das relações cujo cunho também é o afeto. Deste modo, a família que antes tinha como principal objetivo a procriação e crescimento econômico. Hoje, seu objetivo é a felicidade de cada membro.

Quanto ao tema Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias pondera:

Deste modo, o fundamento primário das uniões homoafetivas (tal qual qualquer outra entidade familiar) é o afeto. Dividem-se alegrias, tristezas, sexualidade, afeto, solidariedade, amor..., enfim, projetos de vida. Por isso, não é crível, nem admissível, que lhes seja negada a caracterização como entidade familiar.²⁸

Tendo a Constituição da República primado pela proteção da pessoa humana, não haveria, portanto, a impossibilidade de aferir a compreensão das relações homoafetivas e dando a elas proteção do Estado.

Na nova nomenclatura das entidades familiares, em que o casamento deixa de ser rígido e indissolúvel impossível não fazer menção sobre as famílias que destas desuniões surgem. A família reconstruída ou famílias recompostas *são as famílias refeitas, são entidades familiares decorrentes de uma recomposição afetiva,*²⁹ *onde um ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação pendente.*³⁰

Observa-se, portanto, neste contexto das configurações familiares, que as evoluções sociais quebraram a rigidez da família matrimonial permitindo, a partir de então, outros arranjos familiares.

Tem-se também, a família extensa ou ampliada, são as famílias compostas pelos vínculos afetivos, ou seja, os laços são formados por parentes próximo.

Ensina Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias quanto ao tema,

Já a *família extensa ou ampliada* é aquela que, perpassando a comunidade de pais e filhos ou a unidade do casal, é formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e apresenta vínculo de afinidade ou afetividade. Essa família extensa pode se transmutar, posteriormente, em família substituta, a depender da situação verificada. Aqui, vale o exemplo da família formada por padrasto ou madrasta, e por avós que criam os netos.³¹

²⁷BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Supremo Reconhece União Homoafetiva. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 de maio de 2012.

²⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 61.

²⁹*Ibidem*. p. 69.

³⁰MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 11.

³¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 74-75.

Observa-se que neste contexto os doutrinadores trouxeram outro modelo de entidade familiar, a família substituta. Esta família está intimamente ligada através da guarda, da tutela ou da adoção.

A família substituta cumpre a relevante tarefa de suprir o desamparado e abandono, ou pelo menos parte dele, das crianças e adolescentes que não tiveram o amparo dos pais biológicos. [...] A inserção em família substituta deve garantir a criança ou adolescente um ambiente familiar adequado, propício ao desenvolvimento físico, mental, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (ECA, art. 3º).³²

Tem, então, o modelo de entidade familiar o qual se celebra pela adoção de carinho e afeto entre a criança ou adolescente, desamparado biologicamente, e o adulto que busca sua filiação sem gênero sanguíneo algum.

Traçados as novas configurações familiares, estudaremos a função social da família. Independente de qual seja a entidade, a função será sempre a mesma.

1.2- A função social da família

A ideia de função social como instrumento procede da própria etimologia do termo função. Trata-se de uma derivação do latim, cujo significado remete a cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa sendo, portanto, cumprir uma finalidade.³³

Ao longo da história, a família recebeu várias funções, a saber, religiosa, política, econômica e procracional. As funções religiosa e política praticamente não deixaram traços na família atual, dando espaço para a comunhão de interesse e de vida. As demais caíram por terra, dando espaço afetividade.³⁴

A função da família contemporânea é servir de espaço para a realização da dignidade da pessoa humana, ganhando relevância para tanto, a solidariedade, a convivência e a afetividade familiar, considera Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel.³⁵

³² *Idem.*

³³ JURÍDICO. Dicionário. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 2009.

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

³⁵ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 205.

Afirma esse entendimento, os autores Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Cristina Leite de Lima Orleans, quando dizem que:

a grande função da família atual é a de servir aos seus integrantes, de maneira harmônica e coordenada, sem que o exercício dos direitos de um integrante viole ou afaste os direitos e os interesses dos demais. Não há mais espaço para o Direito de família aristocrático e excludente.³⁶

Impossível negar a suma importância da família na formação de qualquer sociedade e claro de seus cidadãos. Desta forma o Estado procurou oferecer, com maior efetividade, a proteção da família e de seus membros, assegurando-lhes assistência e amparo.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, quando diz que *a família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e integração das gerações.*³⁷

Para Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, que a família *é espaço de integração social, afastando uma compreensão egoísta e individualista das entidades familiares, para se tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação de seus membros.*³⁸

A função social da família deriva, portanto, dos princípios fundamentais da República, e acima de tudo o da dignidade da pessoa humana.

A família é à base da sociedade, e as garantias constitucionais, proteção do Estado e da sociedade a ele inerente não são meros caprichos e talvez, por ser superior aos demais ramos, mais acima disto por ser o local onde forma a pessoa. A família, que antes fundada no patrimônio, é hoje regida pela solidariedade e pelo respeito à dignidade humana de cada membro.³⁹

³⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade Civil nas Relações Familiares.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 24. Ano XIII. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2011. p. 86.

³⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família.** Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 19.

³⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 86.

³⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

1.3- Princípios fundamentais

A Constituição da República de 1988 trouxe amplas mudanças, inovações e com ela novos princípios, morais e éticos. Tais princípios repercutiram então não seara da família. Que com a conquista da mulher, a liberdade sexual o novo papel da sociedade elencaram no Código Civil de 2002, novos princípios do Direito de Família.

Na conceituação de Robert Alexy, *os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque tem alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização.*⁴⁰

Quanto aos princípios fundamentais, Carlos Roberto Gonçalves diz que,

O Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. [...] As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se á família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade.⁴¹

Tendo o legislador constituinte reforçado ser a família a base da sociedade e de suma importância na formação das pessoas, atribuindo todo um aparato jurídico-estatal, formado por normas e princípios que regem o direito de família, podem-se elencar os que se seguem.

De forma sintetizada, Carlos Roberto Gonçalves lista os princípios fundamentais para o direito de família: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio igualdade jurídica entre os cônjuges; c) princípio da igualdade da filiação; d) princípio da paternidade responsável e planejamento familiar; e) princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição; f) princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.⁴²

Com algumas variações Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de farias, estabelecem como princípios do direito de família: a) princípio da igualdade da filiação; b) princípio planejamento familiar e paternidade responsável; c) princípio da pluralidade das entidades familiares; d) princípio igualdade entre homem e mulher; e) princípio da facilitação da dissolução do casamento.⁴³

⁴⁰ALEXY, Robert. *Apud.* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 581.

⁴¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22.

⁴²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴³FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

De uma forma bem abrangente Rolf Madaleno, elenca uma série de princípios: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da igualdade; c) princípio da liberdade; d) princípio da autonomia da vontade; e) princípio da solidariedade familiar; f) princípio da monogamia; g) princípio da diversidade familiar; h) princípio da igualdade da filiação; i) princípio da proteção da prole; j) princípio da proteção do idoso; k) princípio da afetividade; l) princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.⁴⁴

Como pilar da ordem constitucional princípio da dignidade da pessoa humana é estabelecido como princípio fundamental da Constituição da República e conseqüentemente fundamental no Direito de Família.

Carlos Roberto Gonçalves e Rolf Madaleno caracterizam o princípio da dignidade humana como fundamental, e sendo a base da comunidade familiar.

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição da República foi em defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz Constitucional, como concluiu Beatriz Helena Braganholo [...]. “O Direito Constitucional é, mais do que nunca, responsável por regular as relações humanas, antes ditas meramente privadas e enquadradas como reguladas pelo Direito Civil. Seus interesses individuais são correspondentes a necessidades fundamentais do homem, tendo o dever de propiciar meios que levam a viver e relacionar de uma forma mais solidária, com respeito pelo outro.”⁴⁵

A dignidade de cada pessoa é de suma importância para a nova ordem do direito familiar. O respeito que cada membro tem nas relações é fruto da grande evolução da sociedade que reconhece o lugar de cada um na entidade familiar.

Por este princípio tem-se que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente a cada ser humano, e que na qualidade de princípio fundamental possui como principal característica o fato de ser elemento e medida dos direitos fundamentais. Observa-se, portanto, que em regra a violação a um dos direitos fundamentais, aqueles inseridos no inciso X, art. 5º CR/88, à privacidade estará sempre vinculada a uma ofensa à dignidade da pessoa humana.

Por direito a imagem, *é o direito de ninguém ver sua efígie exposta em público ou mercantilizada sem seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou*

⁴⁴MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁴⁵*Ibidem*. p. 42.

intelectualmente, causando dano á sua reputação, explana Maria Helena Diniz,⁴⁶ e finaliza dizendo que a imagem é a individualização figurativa da pessoa.⁴⁷

Em se tratando de direito a privacidade ou à vida privada, Maria Helena Diniz o define *como aspectos externos da existência humana – como recolhimento na própria residência sem ser molestado, escolha de modo de viver, hábitos, comunicação via epistolar ou telefônica, etc.*⁴⁸

Já a intimidade, a referida autora diz que são *os aspectos internos do viver da pessoa, como segredo pessoal, relacionamento amoroso, situação de pudor, etc. É zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa.*⁴⁹

Pela honra, trazemos Cristina de Mello Ramos comentando Sidney Cézár da Silva Guerra, leciona dizendo que a honra está intimamente ligada aos valores que consideramos mais importantes de uma pessoa sendo eles de poder andar de cabeça erguida, de ter um nome, das pessoas terem uma boa referência desta pessoa, enfim de poder se olhar no espelho e verificar que, de fato, trata-se de um homem honrado,⁵⁰ e finaliza dizendo que no *direito à honra, a pessoa é tomada, frente à sociedade, em função do valor que possui dentro daquele contexto social.*⁵¹

Quanto ao princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e ou princípio igualdade entre homem e mulher, e ainda, de forma abrangente o princípio da igualdade, são os princípios trazidos por Carlos Roberto Gonçalves, Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias e Rolf Madaleno.

Este princípio tem como base o art.5º, I da CR/88⁵² que consagra a igualdade entre homem e mulher, e que colocou um fim na discriminação.

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder patriarcal e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual,

⁴⁶DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 132.

⁴⁷*Ibidem*. p. 133.

⁴⁸*Ibidem*. p. 136.

⁴⁹*Ibidem*. p.136-138.

⁵⁰RAMOS, Cristina Mello. *Apud*. GUERRA, Sidney Cézár da Silva. **O Direito fundamental á intimidade e à vida privada**. Revista de Direito da UNIGRANRIO. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/195/194>. Acesso em 28 de novembro de 2012.

⁵¹*Idem*.

⁵²Consagração da Igualdade entre homem e mulher: “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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]” BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 13 de abril de 2012.

em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais estão diretamente vinculados às funções da mulher na família e referendam a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.⁵³

Ademais, pontua Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias,

A evidente preocupação constitucional em ressaltar a igualdade substancial entre homem e mulher parece decorrer da necessidade de pôr cobro a um tempo discriminatório, em que o homem chefiava a relação conjugal, subjugando a mulher. Consagra-se, assim, a igualdade substancial no plano familiar, excluindo todo e qualquer tipo de discriminação decorrente do estado sexual.⁵⁴

Rolf Madaleno aborda tal princípio de uma maneira aberta, dizendo, portanto,

O fundamento jurídico da dignidade humana tem uma de suas maiores sustentações no princípio da igualdade formal e substancial, impedindo que ocorra qualquer tratamento discriminatório entre os gêneros sexuais, muito embora precise trabalhar as diferenças sociais, econômicas e psicológicas. [...] Essa igualdade dos cônjuges e não só deles, pois a igualdade é das pessoas, e nem mais precisa ser civilmente casado para merecer tratamento igualitário nas relações afetivas; é, sobretudo, uma isonomia ostentada no fundamento Supremo do Estado Democrático de Direito da Carta da República brasileira, de defesa da dignidade humana.⁵⁵

Não há mais espaço para uma família patriarcal, onde somente o homem detém o poder. A sociedade mudou, as mulheres possuem poder tanto quanto o homem para poder administrar o lar.

O princípio de igualdade de filiação também foi trazido pela Constituição da República de 1988. Antes, somente os filhos oriundos do casamento, é que recebiam atenção e proteção estatal. Consagrado, portanto, no art. 227, §6º CR/88 e não permitindo mais nenhum tipo de discriminação quanto aos demais dispõe sobre o princípio Carlos Roberto Gonçalves,

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais ou adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento, proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência a filiação ilegítima; e veda discriminatórias relativas à filiação.⁵⁶

Veja o que leciona Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,

⁵³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

⁵⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 43.

⁵⁵MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 42.

⁵⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

Não há mais a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem. Sequer são admitidas qualificações indevidas dos filhos. A partir dessas ideias, vale afirmar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal.⁵⁷

E ainda, para Rolf Madaleno,

Embora ainda não tenha sido atingido o modelo ideal de igualdade absoluta de filiação, porque esquece a lei a filiação socioafetiva, ao menos a verdade biológica e a adotiva não mais encontram resquício algum de diferenciação e tratamento. A supremacia dos interesses dos filhos, sua cidadania e dignidade humana foram elevadas a fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, não amis admitindo discutir e diferencias pela origem.⁵⁸

Como se percebe, todos merecem especial atenção e proteção do estado, sejam eles oriundos de quaisquer tipos de relações. E como bem salienta Rolf Madaleno, há de se consagrar, ainda, os filhos oriundos das relações afetivas para que assim tenha-se uma primazia na ordem familiar de igualdade total da filiação.⁵⁹

Tratando ainda dos princípios, encontra-se o principio planejamento familiar e paternidade responsável. Tal princípio esta fundado na possibilidade dos cônjuges de decidirem entre si o planejamento e sustento de sua família, o estado só fiscaliza e observa se existem condições para isto. Tratam sobre o assunto, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, quando dizem,

O proposito do planejamento familiar é, sem dúvida evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção. Há de se levar em conta, ainda, os problemas que decorrem, naturalmente, do crescimento demográfico desordenado e, por isso, ao Poder Público compete propiciar recursos educacionais e científicos para a implementação do planejamento familiar.⁶⁰

Ainda, ensina Carlos Roberto Gonçalves *que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável. Essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros.*⁶¹

⁵⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 45.

⁵⁸MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 96.

⁵⁹*Idem*.

⁶⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47.

⁶¹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

Pois bem, o princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável apesar de ser de livre decisão do casal deve ser observado a sua possibilidade e sua condição. Ao casal a escolha de ter sua família é livre e ao Estado à função maior de oferecer a família condições mínimas para que possa constituí-la.⁶²

Encerrado o rol dos princípios em comum aos doutrinadores. O estudo alcançará de forma individual outros princípios elencados por eles.

Carlos Roberto Gonçalves traz em sua obra, além dos princípios até aqui exposto, o princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição.⁶³ Segundo o autor este princípio está ligado ao companheirismo que deve existir entre o casal, em suas palavras o autor saliente: *O princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes, como prevê o art. 1511 do Código Civil. Tal dispositivo tem relação com o aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir.*⁶⁴

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias também apontam outro princípio, denominado facilitação da dissolução do casamento. Para eles a Constituição da República de 1988 facilitou a dissolução do casamento diminuindo o tempo entre o divórcio e a separação judicial. Na ocasião, explana os autores:

A Lex Legum de 1988 facilitou a dissolução do casamento, diminuindo o lapso temporal para o divórcio por conversão, precedido de separação judicial (fixando prazo de um ano) e criando um nova modalidade dissolutiva de casamento, o divórcio direto (submetido a um lapso temporal de dois anos de separação de fato.)⁶⁵

Já o doutrinador Rolf Madaleno, este elenca um extenso rol de princípios norteadores do Direito de Família. Dentre eles, o princípio da autonomia da vontade. *Segundo o autor este princípio se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa, corolário natural de sua dignidade humana.*⁶⁶ Autonomia da vontade é exercer o seu querer, antes estavam-se todos ligados e amarrados ao Estado, que limitavam nosso agir, isto principalmente no Direito de Família, com a Constituição da República de 1988, trouxe o afrouxamento, sendo então o indivíduo mais valorizado e não só ele como sua relações.

Outro princípio trazido por Rolf Madaleno é o princípio da liberdade, quanto ao princípio ensina o autor,

⁶²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

⁶³*Idem*.

⁶⁴*Idem*.

⁶⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47.

⁶⁶MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 88.

De liberdade necessita o homem para poder desenvolver todas as sua potencialidades, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não for em virtude de lei. [...] Portanto, também a liberdade comporta restrições. inclusive impostas por outros princípios, como frisante exemplo no âmbito do Direito de Família está a liberdade de o devedor de alimentos sofrer a sanção da prisão civil por injustificada inadimplência da sua obrigação alimentar.⁶⁷

Tal princípio esta relacionado à liberdade que o homem necessita para se auto desenvolver. Esta liberdade também esta relacionada aos direitos e deveres, principalmente na seara da Família.

O princípio da solidariedade familiar, também esta relacionado ao rol de Rolf Madaleno. Oportuna é sua consideração quando diz que *a solidariedade familiar é o princípio e oxigênio de todo as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.*⁶⁸

Quanto à solidariedade familiar então, esta relacionada à solidariedade quem deve haver entre os cônjuges para a sua mutua cooperação e compreensão.

O princípio da monogamia. Rolf Madaleno é um dos poucos que trata deste princípio. Segundo o referido autor, tal princípio não é escrito, ele esta ligado a uma forma de organizar as relações familiares.⁶⁹

O princípio da diversidade familiar é o princípio que trata sobre as diversas formas de configurações familiares. Apesar da acirrada disputa entre os tribunais de reconhecerem algumas destas novas entidades familiares. Elencadas no artigo 226 da CR/88, tem-se, portanto, o casamento, a união estável e a família monoparental, porém, com o próprio avanço da Constituição da República ao abraçar o elo do afeto, não há mais a possibilidade, então, da discriminação das demais entidades.

O princípio de proteção da prole, de forma ampla este princípio cuida dos interesses das crianças e adolescentes, que não detém o discernimento para serem seus próprios provedores. Desta feita, o art. 227 da CR/88 tratou de elencar regras destinadas á sua proteção. Para Rolf Madaleno, tratou, portanto, o legislador constituinte em conferir *prioridades aos direitos da criança e do adolescente, ressaltando os seus direitos em*

⁶⁷MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 89.

⁶⁸*Ibidem*. p. 90.

⁶⁹*Ibidem*. p. 91.

*primeira linha de interesses, por se tratar de pessoas indefesas e em importante fase de crescimento e de desenvolvimento de sua personalidade.*⁷⁰

O princípio da proteção do idoso defende a não discriminação do idoso, em razão de sua idade. A Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002, além do próprio estatuto do idoso, rezam sobre sua proteção e segurança.

Quanto ao princípio da afetividade trazido por Rolf Madaleno, este de teor inteiramente importante para o nosso estudo, sendo, o afeto, de sua importância para o Direito de Família.

O autor corrobora:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles.⁷¹

Percebe-se que o autor exalta a importância do afeto nas relações familiares, ao ponto de explicar que o laço sanguíneo já não se faz tão necessário quanto ao elo de amor.

Ainda sobre esse prisma, continua Rolf Madaleno,

O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um ao outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre parentes, com está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.⁷²

O afeto, como se sabe é fruto do sentimento inerente ao homem, portando somente a ele entregar ao outro quando e da forma que puder. Tal sentimento, decorre das relações pessoas que tem-se no dia a dia.

Desta forma, pode-se observar que o afeto é o elo maior das relações familiares e esta condição decorre das relações de convivência entre pais e filhos, marido e mulher, avós e netos, etc. Quando não se há esta relação de convivência, não há o elo de afetividade, não havendo, portanto, uma relação afetiva e assim, uma relação familiar completa.

⁷⁰MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 97.

⁷¹*Ibidem*. p. 95.

⁷²*Idem*.

CAPÍTULO II - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Sem dúvidas a responsabilidade civil é um dos temas mais tratados na atualidade jurídica. Com o grande avanço do direito em relação ao desenvolvimento dos homens, que convivendo em sociedade, precisam estar em equilíbrio.

Nas primeiras civilizações humanas ainda não se tinha a noção de reparação dos danos causados, o que se faziam naquela época era a retribuição do mal pelo mal. Não existiam regras ou limitações regulando a reparação desses danos, o que predominava era vingança. Anos mais tarde, porém surgiria a proibição da justiça com as próprias mãos e então surgindo à reparação econômica.

Responsabilidade tem origem do Latim, *respondere*, o que esta relacionada com assegurar. Daí a correlação com o direito obrigação. Obrigação por parte de alguém, de responder por alguma coisa, conforme ensina Rui Stoco,

respondere, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos traduz a própria noção da justiça existente [...]. Revela-se como algo inarredável da natureza humana. Do que infere que a responsabilização é a tradução para o sistema jurídico do dever de não prejudicar o outro [...].⁷³

Portanto, responsabilidade civil consiste na obrigação imposta por lei ao ofensor, de reparar os danos causados por sua conduta ou atividade. Com isso, surge para o agente ofensor a obrigação de reparar o dano causado, e para a vítima, o direito à reparação.

Para a caracterização da responsabilidade civil é necessário que se faça a configuração de seus pressupostos, a saber: conduta, dano e nexo de causalidade.

A conduta humana é o primeiro pressuposto, tratando-se, portanto, *da ação ou omissão voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, que caracterizariam o dolo e a culpa.*⁷⁴

O dano é o segundo pressuposto *cuja sua existência é indispensável, sem ele não haveria o que indenizar e conseqüentemente, responsabilidade.*⁷⁵ Este dano pode ser moral ou

⁷³STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 118.

⁷⁴TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 412.

⁷⁵GLAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 77.

material. *O dano moral é a lesão de qualquer bem jurídico, já o dano material é a lesão no patrimônio.*⁷⁶

A ligação entre a conduta e o dano sofrido pela vítima é chamado de nexu causal. *O nexu causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém,* explica Flávio Tartuce.⁷⁷

Temos duas espécies de responsabilidade civil, a responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. Ao se falar de responsabilidade civil subjetiva falamos *do dano que é causado em função de ato doloso ou culposos.*⁷⁸ Percebe-se, portanto, que nesta espécie, a culpa é indispensável para que se configure a responsabilidade. Na responsabilidade civil objetiva, a culpa é irrelevante, não se exige prova de culpa *somente será necessária à existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.*⁷⁹

A responsabilidade civil pode ser contratual e extracontratual. A primeira trata-se do descumprimento de uma obrigação assumida através de um contrato *causando assim prejuízo a outrem*⁸⁰. A segunda é quando a *responsabilidade não deriva de contrato.*⁸¹

Para Silvio Rodrigues, a regra geral da responsabilidade civil é de *quem causa o dano a outrem tem o dever de repará-lo*⁸². Este princípio está inserido no artigo 927 do Código Civil 2002, que dispõe: *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*⁸³

Todavia, nas relações familiares a aplicação do instituto da responsabilidade civil é divergente entre os doutrinadores. Enquanto uns dizem ser cabível tanto nos casos gerais de ilicitude quanto nos casos específicos, do seio familiar, outros, só a aceitam em casos que se concretizem um ato ilícito. No âmbito familiar, as relações são peculiares, não se podendo permitir que o rompimento do afeto enseje responsabilização. A caracterização da Responsabilidade Civil no Direito de Família só seria possível se configurada como ilícita.

Portanto, a responsabilidade civil é o instituto que visa apaziguar as relações sociais voltando-as à situação anterior ao dano causado. Estas podem se dar tanto no patrimônio

⁷⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. VI. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 355.

⁷⁷TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 419.

⁷⁸GLAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 55.

⁷⁹*Ibidem*. p. 56-57.

⁸⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. IV. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 26.

⁸¹*Idem*.

⁸²RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 7.

⁸³BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. "Institui o Código Civil." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 de abril de 2012.

jurídico do ofendido, ou restituição pecuniária - dano moral, quando tal situação não for possível.

2.1- Pressupostos para Configuração

Doutrina e jurisprudência são bastante divergentes quanto ao entendimento de quais seriam tais pressupostos. Para a doutrina majoritária entende ser essencial a conduta, culposa ou não, o dano e uma conexão entre a conduta e o dano traria o nexo de causalidade.

Reforçando esses pressupostos encontramos a doutrinadora Maria Helena Diniz, que entende a responsabilidade civil requer *a existência da ação, ocorrência de um dano e o nexo de causalidade entre o dano e a ação.*⁸⁴

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona seguem a mesma corrente, quando diz que *analisando o artigo 186 do Código Civil 2002, podemos extrair como pressupostos gerais para responsabilização civil a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou o prejuízo e o nexo de causalidade.*⁸⁵

E assim segue Sergio Cavalieri Filho⁸⁶ e Caio Mário da Silva Pereira⁸⁷, quando ambos reforçam a essencialidade de tais pressupostos em suas obras. Sendo alicerces para a responsabilização, estes serão estudados a partir de agora.

2.1.1 - Da Conduta

Toda obrigação decorre de uma ação. Na conceituação de Sérgio Cavalieri Filho conduta é o *comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.*⁸⁸

⁸⁴DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. v.5. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

⁸⁵GLAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸⁶CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

⁸⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 3 Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁸⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 25.

Segundo Flávio Tartuce a *conduta humana trata-se da ação ou omissão voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, que caracterizariam o dolo e a culpa.*⁸⁹

A conduta humana é o primeiro pressuposto para configuração da responsabilidade civil, tratando-se, portanto, do ato humano da qual decorreu o dano. Tal ação, portanto, pode se dar por atividade comissiva ou omissiva ou como leciona Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, *positiva ou negativa.*⁹⁰

Ação comissiva (positiva) se dá pela forma que a atitude do agente lesionador causa dano à vítima. Ação omissiva (negativa) é pela forma que sua inércia configura o dano.

A ação ainda poderá ser lícita ou ilícita, ou seja, prática de ato lícito ou ilícito. O ato ilícito é o fato gerador da responsabilidade civil⁹¹. Em sentido amplo, é a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, uma manifestação de vontade.⁹²

Entende-se, desta forma, que para que haja a configuração da responsabilidade civil, o infrator deva necessariamente cometer um ato reprovado juridicamente, assim reza os arts. 186 e 927 CC/02, *in verbis*:

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

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.⁹³

No nosso ordenamento jurídico, a teoria por ele adotada é a subjetiva. Para a teoria subjetiva o que se deve analisar é o comportamento do agente.

O caráter antijurídico da conduta humana e o seu resultado danoso é que constitui o ato ilícito (arts. 186 e 927 CC/02), logo, aparece à noção de culpa e esta está na composição do ato ilícito.

Quanto á culpa preleciona Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, *in verbis*:

⁸⁹TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 412.

⁹⁰nesse contexto fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, *da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo*. GLAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 69.

⁹¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 11.

⁹²*Idem*.

⁹³BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. “Institui o Código Civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 de abril de 2012.

A culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção a 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.⁹⁴

Sérgio Cavaliere Filho a conceitua *como conduta voluntária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.*⁹⁵

Com os ensinamentos do doutrinador, e com sua atenção a teoria da culpa, percebe-se que caracterizar *a culpa é difícil e nem sempre está culpa coincide com a violação da lei.*⁹⁶

Desta maneira, o fenômeno da responsabilidade civil surge e se caracteriza pela integralização de seus elementos.

Na responsabilidade subjetiva, a culpa se faz necessária. Já na responsabilidade objetiva, a culpa não integraria os pressupostos necessários para a configuração.

2.1.2 - Do Dano

O dano nada mais é do que uma lesão, causada por uma ação ou omissão a um interesse jurídico tutelado.

O dano é o segundo pressuposto da configuração da responsabilidade civil *cuja sua existência é indispensável, sem ele não haveria o que indenizar e conseqüentemente, responsabilidade.*⁹⁷

Dano é, portanto, uma lesão, causada por uma ação ou omissão a um interesse jurídico tutelado. Sérgio Cavaliere Filho afirma que não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano, *pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.*⁹⁸

Sem dúvidas, o dano é o verdadeiro motivo da existência da responsabilidade civil. Ele encontra-se no centro da responsabilidade civil assumindo papel fundamental e sem ele não há indenização devida.

⁹⁴GLAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 69.

⁹⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 36.

⁹⁶*Ibidem.* p. 37.

⁹⁷GLAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva. 2011. p. 77.

⁹⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 76.

Este dano pode ser moral ou material. O dano moral é a lesão que atinge a vítima diretamente como pessoa, jamais ao seu patrimônio, *é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem,*⁹⁹ direitos esses tutelados pela Constituição da República.

Há dano moral quando ocorre lesão nestes bens protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelos direitos da personalidade, elencados na Constituição da República, *in verbis,*

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

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

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;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;¹⁰⁰

O dano moral tem por finalidade buscar ressarcir a vítima apenas pela dor vivenciada, reparando os danos causados em decorrência da violação do preceito legal, e assim tentar amenizar este sofrimento e punir o agente causador.

A problemática, deste tipo de dano, é sobre a sua qualificação e quantificação. A sua banalização frente à sociedade atual, principalmente no que tange as relações afetivas.

Sérgio Cavalieri Filho pondera, em sua obra, com relação a essa banalização e a possível indústria do dano moral, *ao dizer que corremos agora, o risco de ingressar na fase*

⁹⁹GLAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva. 2011. p. 97.

¹⁰⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 31 de agosto de 2012.

*da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.*¹⁰¹

Flávio Tartuce também faz o mesmo julgamento,

tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia. Isso sob pena de se colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e o dano moral.¹⁰²

Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, também se preocupam quanto assunto, dano moral. A qualificação do dano e sua quantificação é o verdadeiro impasse nos tribunais. Devendo-se, portanto, sempre levar em consideração as condições da vítima e do agressor, para que não se fuja do objetivo principal, qual seja a compensação da dor.

Veja a jurisprudência quanto ao fato:

Como é sabido, a indenização por danos morais tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor a cometer novas atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor. Por esse motivo, a jurisprudência deste Superior Tribunal orienta no sentido de que o valor da indenização por dano moral não escape ao seu controle, devendo ser fixado com temperança.¹⁰³

O direito não repara todo e qualquer tipo de sofrimento, o direito repara aqueles decorrentes da supressão de um bem jurídico. É necessário a violação de preceito legal. Não existe dano por quaisquer dissabores da vida.

O dano patrimonial é aquele que atinge o patrimônio da vítima, e não somente aquele patrimônio presente, como poderá, por vezes, atingir o patrimônio futuro. Na conceituação das procurados do Estado de São Paulo, Ana Cláudia Vergamini Luna e Maria Clara Osuna Diaz Falavigna,

Dano moral, ou patrimonial, é de fácil apuração, pois é individualizado em uma perda no patrimônio do lesado ou em uma diminuição em seu valor; portanto, suas consequências são econômicas e dever ser quantificado e específico, não há qualquer dúvida quanto à sua apuração, o que não ocorre com o dano moral.¹⁰⁴

¹⁰¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 92-93.

¹⁰²TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 429.

¹⁰³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 954.647 - SP (2007/0118382-3)**. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 06/05/2008. Acesso em 12/09/2012.

¹⁰⁴LUNA, Ana Cláudia Vergamini. FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade**. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. SIMÃO, José Fernando. (coord). v.2. Porto Alegre: Magister, 2009. p. 65.

Este dano subdivide-se em dano emergente e lucro cessante. O dano emergente é a efetiva diminuição do patrimônio do lesado em decorrência do ato ilícito. Já o lucro cessante esta relacionado na privação de um ganho futuro que o lesado deixa de obter.

2.1.3 - Nexo Causal

A ligação entre a conduta do ofensor e os prejuízos sofridos pela vítima é chamado de nexo causal, o último pressuposto para a configuração da responsabilidade civil. *O nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém*, explica Flávio Tartuce.¹⁰⁵

O nexo causal é uma das condições essenciais para a responsabilidade civil, uma vez que apesar da conduta e do resultado é necessário saber quem deu causa ao resultado. Na conceituação do Sergio Cavalieri Filho¹⁰⁶, *o nexo causal seria a ligação, ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado, estabelecendo um vínculo entre um determinado comportamento e um evento*, e desta relação saberia se a ação ou omissão do agente teria sido ou não a causa do dano, o que chama o doutrinador Flavio Tartuce de *cano virtual*.¹⁰⁷

É de suma relevância o discernimento de como poderia se identificar tal causalidade que determine a responsabilização dentre os inúmeros fatos que podem concorrer para o dano a que se pretende a indenização.

Tratando sobre o nexo causal, explana Sérgio Cavalieri Filho,

Não basta, portanto que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja o resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.¹⁰⁸

¹⁰⁵TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 419.

¹⁰⁶CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 49.

¹⁰⁷TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 420.

¹⁰⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 49.

Nos casos de responsabilização civil nas relações familiares, a conduta e o dano não teriam o este condão de causalidade. Posto que, estas relações são baseadas na confiança, no afeto. Sendo estes sentimentos inerentes ao homem não se poderia alegar que com o rompimento destas relações, estaria à parte contrária violando um preceito legal¹⁰⁹, e tão somente, infringindo um ato ilícito.

As relações familiares não se tratam de um contrato, portanto, não há quebra do mesmo, daí não se enquadrariam em responsabilidade contratual. Não se poderiam falar em responsabilidade extracontratual, já que o que se rompe é o afeto e o mesmo, não existe relação jurídica entre amar e deixar de amar.

Existem algumas teorias que se empenham para solucionar o problema deste *cano virtual*.

A teoria da equivalência das condições, *ou conditio sine qua non*. É uma teoria que não faz distinção entre causa e condição, todos e quaisquer fatos que fora concorrido para produzir o dano é considerado como causa deste.

Para Flávio Tartuce, tal teoria se traduz quando *todos os fatos relativos ao evento danoso geram a responsabilidade civil*.¹¹⁰

Por ter uma abrangência muito grande, tal teoria não é adotada no sistema nacional, tendo grande inconveniente de ampliar em muito o nexo de causalidade.¹¹¹

A teoria da causalidade adequada é a teoria que mais se destaca. Esta teoria tem o cunho de analisar o problema da relação de causa como sendo uma questão científica de probabilidade.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, para conceituar a teoria, ele diz: *causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção, ne todas serão causa, mas somente aquela que for mais adequada à produção do evento*.

Vale ressaltar que o nexo causal pode não derivar de uma ação comissiva. As relações omissivas também podem causar lesões.

Existem, portanto, as excludentes do nexo causal. Ninguém poderá ser responsabilizado por um resultado a que não deu causa, a saber:

A primeira excludente a ser estudada é a Estado de Necessidade. Esta excludente tem previsão expressa no art. 188, II CC/02. Consiste *na situação de agressão a um direito alheio*,

¹⁰⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigos 1º, III e 5º, V, X. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 31 de agosto de 2012.

¹¹⁰TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 421.

¹¹¹*Idem*.

*de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover do perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação.*¹¹²

Legítima defesa, também é uma excludente de responsabilidade civil, sua previsão legal encontra-se no art. 188, I, CC/02 o indivíduo neste caso, *usa de forma moderada meios necessários de repelir uma situação atual ou iminente de injusta agressão, agressão esta dirigida a si ou a terceiro.*¹¹³

Quanto a excludente do Exercício Regular do Direito e Estrito Cumprimento do Dever Legal, esta encontra-se respaldado na segunda parte do art. 188, I, CC/02. Trata-se de *atuação respaldada pelo Direito.*¹¹⁴

Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade civil, conceitua Carlos Roberto Gonçalves.¹¹⁵ O agente, nestes casos, é apenas um instrumento do acidente.

Fato de terceiro está ligado ao comportamento do terceiro envolvido. Nesta excludente *é necessário a atuação causal de um terceiro, sem que se possa imputar participação do autor do dano,*¹¹⁶ rompendo desta maneira, o nexo de causalidade.

Caso fortuito e força maior, *estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível, e por isso, inevitável.*¹¹⁷ Estaremos diante a força maior, *quando evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente*¹¹⁸, como por exemplos eventos ligados á natureza.

Sobre a cláusula de não indenizar, esta *é o ajuste convencional que exclui o dever de indenizar, modificando os efeitos legais da ocorrência de dano, transferindo os riscos do negocio de um contratante para outro.*¹¹⁹ Sua função é de alterar, sempre em benefício do contratante, o jogo dos riscos, sendo que estes serão transmitidos para a vítima.

Portanto, o nexo causal é uma das principais condições da responsabilidade civil. Havendo a conduta e o resultado, para que se possa responsabilizar alguém, é necessário, também, que se haja a conduta entre os dois elementos. Daí se tem as excludentes da

¹¹²GLAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva. 2011. p. 144.

¹¹³*Ibidem.* p. 146.

¹¹⁴*Ibidem.* p. 148.

¹¹⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** v. IV. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 437.

¹¹⁶GLAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva. 2011. p. 158.

¹¹⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 71.

¹¹⁸*Idem.*

¹¹⁹FRANÇA, Aline Dias de. **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade.** HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. SIMÃO, José Fernando. (coord). v.2. Porto Alegre: Magister, 2009. p. 41.

responsabilidade, uma vez que não se dando causa a um resultado não poderá ser responsabilizado.

2.2- Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

Em relação ao seu fundamento, a responsabilidade civil poderá ser classificada em subjetiva ou objetiva.

Com relação á responsabilidade civil subjetiva, Flávio Tartuce irá dizer que *esta constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa.*¹²⁰

Todavia, a comprovação da culpa nesta espécie é algo indispensável. Diferente acontece, na responsabilidade objetiva, cuja culpa tem caráter irrelevante, o que se interessa saber é se existe o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Neste sentido explica Sergio Cavaliere Filho,

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. [...] Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna.¹²¹

Percebe-se, portanto, que para o referido autor, a culpa não se é totalmente importante para a responsabilidade civil subjetiva, por ser difícil sua comprovação nestes casos, porém, se faz necessária.

Sergio Cavaliere Filho elenca como pressupostos da responsabilidade subjetiva a *conduta culposa do agente; nexo causal e o dano,*¹²² neste contexto ele explica:

há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.¹²³

¹²⁰TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 444.

¹²¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p 17-18.

¹²²*Ibidem*. p. 19.

¹²³*Idem*.

Entende-se, desta forma que a partir de uma conduta culposa, que viola o direito de outrem é que surge o dever de indenizar, uma vez que está configurado o ato ilícito formador a responsabilidade.

Quanto a responsabilidade objetiva, esta *prescinde-se totalmente da prova da culpa*.¹²⁴

A responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, concluí Carlos Roberto Gonçalves.¹²⁵

Esta modalidade se justifica pela teoria do risco, ou seja, *toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa*.¹²⁶

Nos ensinamentos de Silvio Rodrigues,

Em rigor não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. Realmente se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa, e objetiva quando esteada na teoria do risco.¹²⁷

Portanto, entende-se sobre a responsabilidade civil subjetiva que esta ligada ao comportamento do agente causador. Já a responsabilidade objetiva esta se exterioriza pela total ausência de culpa, nela o que se observa é o risco empregado na conduta que trará o dano.

2.3- Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

O ordenamento jurídico prevê duas importantes responsabilidades: a contratual e a extracontratual, ambas regidas por princípios e leis.

Sérgio Cavalieri Filho, ao abordar o assunto prossegue com a seguinte distinção entre elas, ao saber:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito

¹²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. IV. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 49.

¹²⁵ *Ibidem*. p. 48.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 20. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 11.

contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.¹²⁸

A responsabilidade contratual está regulamentada principalmente pelos arts. 389 e seguintes CC/02¹²⁹. Decorrente do descumprimento de uma obrigação assumida sempre através de um contrato, e que, quando um dos contratantes deixa de cumprir sua obrigação no que foi acordado, terá de ressarcir os prejuízos que decorreram de sua conduta.

Vejamos o que leciona Sergio Cavalieri Filho,

Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A responsabilidade contratual não está no contrato, como equivocadamente alguns a definem. O que está no contrato é o dever de jurídico preexistente, a obrigação originária voluntariamente assumida pelas partes contratantes. A responsabilidade contratual surge quando uma delas (ou ambas) descumpre esse dever, gerando o dever de indenizar.¹³⁰

A responsabilidade civil extracontratual é regida em especial pelos artigos 186, 187 e 927 do mesmo diploma legal¹³¹.

Este tipo de responsabilidade está intimamente ligado quando o dever jurídico violado é imposto por lei, e quem desobedeceu a lei e assim causou prejuízo tem o dever de reparar.

Quanto à responsabilidade extracontratual, Sérgio Cavalieri Filho ensina que *haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.*¹³²

¹²⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 16.

¹²⁹BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. “Institui o Código Civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 de abril de 2012. “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster. Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor. Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei. Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

¹³⁰CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 305.

¹³¹BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. “Institui o Código Civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 de abril de 2012. “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

¹³²CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 17.

A responsabilidade extracontratual subjetiva, é que incidiria, portanto, nos casos de abandono moral ou por desamor, tendo em vista que deriva de um dever de conduta, de uma transgressão de comportamento, sendo ainda subjetiva, à medida que nessas relações familiares a discussão da culpa é fundamental.

CAPÍTULO III - DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O instituto da responsabilidade civil está atrelado à ideia de reparação do dano causado. Na seara do direito de família, há autores que sustentam que poderá haver indenização de caráter compensatório, funcionando como contraprestação à frustração pela ausência de afeto nas relações familiares e há autores que não sustentam a tese de indenização de caráter compensatório nas relações familiares, por se tratar de relações baseadas na afetividade e de cunho estritamente pessoal.

Será que a ausência ou não de manifestação de amor pode ser considerado ato ilícito e consequentemente levar à reparação? Será que o direito é capaz de resolver as mágoas?

Falar em compensação pela falta de demonstração de amor, se tornou bastante complicado. O amor não deve ser nunca utilizado como medida de troca. O direito não é capaz de solucionar todos os conflitos sociais.

Para a configuração do dever de indenizar, não é suficiente o ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se presentes todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal.

A problematização quanto à responsabilidade civil nas relações familiares se torna polêmica, porque, muito se tenta atribuir ao sentimento do afeto um atributo de princípio jurídico.

Apesar de serem elemento na relação familiar, os afetos não podem ser considerados elementos caracterizadores da existência jurídica familiar. São sentimentos, e por isso sofrem mudanças todo momento. Sobre esta ótica, Antônio Jorge Pereira Junior, explana, *os afetos, por natureza, são instáveis. Assim, não é razoável que o direito positivo, enquanto norma de ordem social, tome-os por elemento-cerne da relação familiar.*¹³³

Apesar do afeto está presente nas relações familiares como essência delas, não se pode atrela-lo como base fundamental e única para a constituição da família. Apesar de ser importante, o afeto é sentimento íntimo e inconstante, não podendo, todavia, ser considerado elemento indispensável para as relações humanas. E sem sombra de dúvidas, as pessoas conseguem sobreviver sem à afeição.

¹³³PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. 13. ed. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 66.

3.1- O rompimento do afeto: o ato ilícito e o abuso de direito

O Código Civil traz duas possibilidades de responsabilização civil, a decorrente de ato ilícito e o abuso do direito. Para a melhor compreensão do tópico abordado será trabalho a conceituação de ato ilícito e abuso de direito.

Quanto ao ato ilícito Sérgio Cavalieri filho o considera de maior relevância, por ser fato gerador da responsabilidade civil. A ainda o ilustre doutrinador discorda da maioria dos doutrinadores, já que o identifica como fortemente ligado à culpa.

Sérgio Cavalieri Filho então leciona,

Todas as definições dadas ao ato ilícito, sobre tudo entre os clássicos, seguem essa mesma linha – íntima ligação entre seu conceito e a culpa. Tal critério, entretanto, cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade civil objetiva, na qual não se cogita culpa. Com efeito, se a culpa é elemento integrante do ato ilícito, então onde não houver culpa não haverá ilícito. Nesse caso qual seria o fato gerador da responsabilidade civil?¹³⁴

Em sua conceituação no sentido estrito ele diz que o

Ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil – ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar. Na verdade, a responsabilidade civil é um fenômeno complexo, oriundo de requisitos diversos intimamente unidos; surge e se caracteriza uma vez que seus elementos se íntegra.¹³⁵

O autor ainda o classifica em objetivo e subjetivo. Para ele é subjetivo porque tem a necessidade de uma conduta voluntária, ou seja, conduta livre e consciente, que viole o dever jurídico. Já o objetivo, a conduta pouco importa, o que se interessa é que o ato praticado viole a lei. O dever jurídico e a lei é que se perfazem por ato ilícito, na concepção do ilustre doutrinador.¹³⁶

Desta forma, o ato ilícito é tanto para responsabilidade subjetiva quanto para a responsabilidade objetiva, ambos pressupõe de transgressão de dever jurídico. E assim se observa que, para que haja o dever de indenizar somente não importa a conduta que causou dano, esta conduta deverá ser contrária ao direito, à conduta deverá desobedecer a um direito jurídico preexistente.

¹³⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 9.

¹³⁵*Ibidem*. p. 11.

¹³⁶*Idem*.

Abuso do direito significa, na concepção de Roberta Marcantônio, *exceder ou transcender os limites que foram propostos pelo direito e que foi conferido ao indivíduo*¹³⁷. Não sendo possível denegá-lo, pois, só se pode abusar de um direito, quando você o possui. Não é passível, defini-lo como negação, uma vez que o abuso do direito está ligado à finalidade do direito e ao princípio da justiça.¹³⁸

Jones Figueirêdo Alves irá dizer que o abuso de direito, então,

Consiste na contrariedade dos valores da norma jurídica, quando exercido do direito subjetivo que dela se extrai, por conduta do seu titular que dela se extrai, por direito, em descompasso com os interesses éticos, sociais e econômicos, de tal sorte a causar ou poder causar dano a terceiro. é uma limitação intrínseca ao exercício de um direito subjetivo, diante do que se espoe do art. 187 do Código Civil.¹³⁹

Abuso de direito é exceder o uso do direito, e para isto, você possui a prerrogativa conferida pela lei, que não pode ter sido negada, e tendo esta prerrogativa não se pode desviar de sua finalidade, no momento em que ocorre o desvio, eis que surge o abuso do direito, assevera Roberta Marcantônio.¹⁴⁰

Para se identificar o abuso do direito, Nelson Rosenvald encontrou a resposta nos termos do art. 187 do Código Civil. Ou seja, o abuso do direito se da pela *boa-fé, pelos bons costumes e pela função social econômica dos direitos*.¹⁴¹

Sérgio Cavalieri Filho expõe de maneira clara o conceito de abuso de direito quando diz que, *é o seu anormal exercício assim entendido aquele que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito*, e segue o autor dizendo que seu fundamento principal é:

Impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-a em ato substancialmente ilícito.¹⁴²

¹³⁷MARCANTÔNIO, Roberta. **Abuso do Direito no Direito de Família**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2010.

¹³⁸*Idem*.

¹³⁹ALVES, Jones Figueirêdo. **Abuso do Direito no Direito de Família**. Família e Dignidade huamna. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord]. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 486.

¹⁴⁰MARCANTÔNIO, Roberta. **Abuso do Direito no Direito de Família**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2010.

¹⁴¹ROSEVALD, Nelson. **Dignidade da Pessoa Humana e Boa-fé no Código Civil**. Coleção Professor Agostinho Alvira. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁴²CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 17.

O afeto existente nas relações familiares não se enquadrariam nem em ato ilícito tão pouco em abuso do direito. A falta de afeto não é violação de preceito jurídico, a falta de afeto não excede os limites do direito.

Quando se rompe o vínculo afetivo corta-se a relação que existe entre as pessoas e cada uma segue seu curso, assim com os rios vão à procura do mar.¹⁴³ Romper afeto, romper vínculo, com alguém pouco deveria se importar ao direito, uma vez que as partes não violam dever jurídico nenhum.

Romper afeto não é como romper um contrato, o qual precisa seguir uma série de normas e fundamentos. Nos casos de relações humanas havidas pelo sentimento, o rompimento deve ser feito e pronto. Porém, tal rompimento não pode ser agressivo ou de maneira atentatória ao outrem, não violando, portanto, os princípios fundamentais do homem, caso contrário, são apenas mais um dessabor da vida.

3.2- Ambivalências nas relações familiares: entre o amor e o ódio

Toda relação humana existe o amor e o ódio. São sentimentos do íntimo do homem, impossíveis de serem controlados ou impostos a alguém. Ninguém é obrigado a amar pelo o resto de sua vida, assim como ninguém é obrigado a cultivar o ódio.

Há muito se pergunta o que é o amor, o que o desencadeia, porque ele acaba e o que o faz durar por tanto tempo.

O que é na verdade o amor? Seria, então, um encantamento forte que se sente por outra pessoa? Conceituar um sentimento tão sublime, por ora é complicado. Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf em breves palavras apontou o amor como:

Afeição, compaixão, misericórdia, inclinação, atração, apetite, paixão, bem-querer, satisfação, conquista, desejo, libido, entre outros, mais de uma forma geral, o amor interpessoal envolve a formação de vínculo emocional com alguém capaz de receber os sinais característicos do comportamento amoroso e a partir deles enviar os estímulos sensoriais e psicológicos necessários para a sua manutenção e motivação.¹⁴⁴

¹⁴³MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁴⁴MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Davus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 75.

Pois bem, o amor possui inúmeros significados, inúmeras formas, vários trejeitos. Amar é querer o bem, fazer o bem; é todo momento querer estar ao lado daquela pessoa que faz com que você se sinta bem, que admiramos, que desejamos.

Adriana Caldas do Rego Freitas Davus, aduz Hanna Arendt, sobre os apontamentos de Santo Agostinho, quando o mesmo diz que *amar não é mais do que desejar uma coisa por si mesma, pois o amor é desejo (Appetitus)*.¹⁴⁵

O sentimento de amar não nasce do despertar no outro o desejo de estar com alguém, assim diz Francesco Alberoni, *o verdadeiro encantamento acontece quando a pessoa em questão passa a preencher nossos pensamentos e intenções de forma preponderante: “a pessoa amada é a primeira coisa que vem a nossa cabeça quando acordamos e a última antes de adormecermos”*.¹⁴⁶

Percebe-se, no entanto, que o amor requer atração mútua. É um sentimento de reciprocidade, e ocorre de forma natural, espontânea, não nascendo, portanto, de forma aleatória e desconexa.

Passa se desgostar do outro, basta que as sensações boas e de êxtase se vão, e com ela a falta de admiração e carinho, a vontade de cuidar e de agradar.

Neste ponto, muita coisa pode mudar, e aí é que entra o ódio. Mais, o que é seria o ódio? O que caracteriza o ódio?

Este sentimento é tão antigo quanto o amor. É consideravelmente tido como contrario ao amor e a tudo que é de bom no universo e platônico que o circunda. Poderia, o ódio, ser considerado como sentimento repugnante, acompanhado da raiva e da tristeza, causado pelo horror desperto por alguma coisa.

O ódio apresenta-se como inimizade e a antipatia entre os homens. Poderia se caracterizá-lo o pior sentimento e por isso causador de conflitos, uma vez que, este sentimento impede os homens de viverem em paz, prejudicando as relações entre eles estabelecidas, através atitudes maldosas oriundas da inconstância.

Gabriela Antes Kuhn, traz a visão do filósofo René Descartes sobre o ódio,

É uma emoção causada pelos espíritos que incitam a alma a querer estar separada dos objetos que lhe apresentam como nocivos. Eu digo que tais emoções são causadas pelos espíritos a fim de distinguir o amor e o ódio, que são paixões que dependem do corpo, tanto dos juízos que levam também a alma a se unir

¹⁴⁵ARENDR. Hanna *Apud*. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Davus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 77.

¹⁴⁶ALBERONI, Francisco. *Apud*. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Davus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 86.

voluntariamente às coisas que ela considera boas e a se separar daquelas que considera más, como das emoções que só esses juízos excitam na alma.¹⁴⁷

Sendo, portanto, sentimentos advindos do ser humano, e inerentes somente a eles, a ambivalência de tais sentimentos muitas das vezes causa dor e mágoa. Aquele que investe no amor, sem esperar que se machuque, não sabe o que verdadeiramente é amar. Apesar de doer, ele o faz feliz e transmite sensação de paz e leveza. O amor, é faca de dois gumes, tanta corta, como sara.

Gabriela Antes Kuhn traz então, o estudo do Banquete de Platão, onde Sócrates, falando da origem do amor explana na:

O amor nasceu do encontro, nos jardins dos deuses, durante um banquete celebrando o nascimento de Afrodite. Ela nasceu, segundo a mitologia, do casamento do filho de Invenção, chamado Expediente, com a Pobreza. O amor é, então, simbolizado por Afrodite, aquilo que seu pai, Expediente, calcula e inventa; mesclado com aquilo que sua mãe, Pobreza, busca e mendiga. O amor é incerto, mas, sempre cheio de esperança. É a conjugação da ética e da estética no nível do espírito. Amar é a beleza em si.¹⁴⁸

As diversas formas de relação humana fincadas pelo amor não podem ser tidas como relações obrigacionais, porque assim perderiam seu encantamento e sua finalidade, tal qual estabelecer confiança e segurança a quem se dedica. As relações humanas são baseadas no afeto e na incerteza que este sentimento a traz. Enquanto puder amar e deixar de amar as relações será sempre, então, puras e verdadeiras, por conterem em si o que de fato são apenas relações.

3.3- Desconfiguração do nexos de causalidade por ausência de ilícito civil e do abuso de direito: análise de jurisprudências em casos específicos de responsabilidade civil

Uma das primeiras orientações contrária ao dever de indenizar na seara do direito de família, surgiu numa decisão proferida pelo juiz Gustavo Bossert:

¹⁴⁷KUHN, Gabriela Antes. **Ódio: características de uma das paixões da alma.** Disponível em: <http://www.ijui.com/especiais/artigos/23685-odio-caracteristicas-de-uma-das-paixoes-da-alma->. Acesso em: 02 de novembro de 2012.

¹⁴⁸MAARCHESINI, Silvane Maria. **Afeto: encontros e desencontros.** Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 02 de novembro de 2012.

[...] Não caberia frente a atos e modos de conduta que, são, simplesmente expressões de desamor de perda de vínculo afetivo a certo momento (...); o desamor não se indeniza, os sentimentos e sua evolução são ingovernáveis, de maneira que representaria uma aplicação excessiva dos princípios gerais impor o pagamento de indenização frente a atos que, se bem podem implicar a cessação dos deveres conjugais, na sua essência não podem ser considerados mais do que expressões de perda do vínculo afetivo; a indenização há de ficar reservada apenas para as condutas do cônjuge, que ademais de representar violação dos deveres matrimoniais, implicam autênticos agravos ao outro cônjuge, sem se limitar a expressões de mera perda de vínculos de afeto [...].¹⁴⁹

Outra decisão, porém, em favor da responsabilização por falta de afeto nas relações familiares vem do Rio Grande do Sul, e foi proferida na Comarca de Capão de Canoas, pelo juiz Mario Romano Maggioni, que condenou um pai, por abandono moral e afetivo de sua filha, hoje com nove anos, a pagar uma indenização por danos morais, correspondente a duzentos salários mínimos, em sentença datada de agosto de 2003, transitada em julgado e, atualmente, em fase de execução. Ao fundamentar sua decisão o magistrado considerou que:

[...] aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança". Concluindo que "a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos [...].¹⁵⁰

Percebe-se nas duas referidas decisões que quanto um juiz assevera o desamor sem sentimento corriqueiro e somente isto, o outro juiz assevera fazer parte da vida de outrem o dever e obrigação de amar.

A questão da responsabilidade civil nas relações familiares gera verdadeira polêmica. Existe a corrente que apoia o instituto da responsabilidade civil nestas relações fundamentando-se que seria, então, descumprimento por parte dos pais de um dever previsto na Constituição, tal qual de assistir; criar e educar os filhos;¹⁵¹ nos demais casos, assim como

¹⁴⁹BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo nº 1.030.009.242**, Juiz. Gustavo Bossert. Data do julgamento e data da publicação indisponível. Acesso em: 02/02/2012.

¹⁵⁰BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo. nº 1.030.012.032-0**, juiz Mario Romano Maggion. Julgamento em 08 de 2003. Acesso em: 02/02/2012.

¹⁵¹São deveres dos pais: Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao%C3%A7ao.htm. Acesso em: 13 de abril de 2012.

o os casos de relação conjuga, fundamenta-se essa responsabilização por estar então o cônjuge infringindo os deveres conjugais, expressos no Código Civil.¹⁵²

Porém, ao nosso entender, toda relação humana é frágil, principalmente porque, muitas delas se perfazem por vontade, no querer e no sentir, e estes sentimentos não suportam o tempo, e se desfazem. Colocar o afeto, acima do amor impede que as pessoas vivenciem uma verdadeira e sólida relação humana/familiar, deixando de lado o *sentir* e se utilizando o *querer*.

Neste contexto explica Antônio Jorge Pereira Júnior, *as relações sólidas ultrapassam a dimensão do gosto. As fracas se interrompem no começo do desgosto*.¹⁵³

Estabelecer responsabilidade nas relações afetivas nos leva a concluir, na visão de Rachid Silva, que:

Ao invés de trabalhar na tentativa de reaproximação das pessoas um dia afastadas pela divergência motivada por um sem numero de situações cotidianas, o Estado-Juiz acaba por afastá-las ainda mais, sendo que, ao invés do desamor que caracterizaria aquela situação, passaria a imperar o ódio.¹⁵⁴

Recentemente, algumas decisões tem trazido verdadeiro alvoroço na seara familiarista.

A 3º Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo, condenou a um pai por abandono efetivo, no entendimento da ministra Nancy Andrichi, é possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais, na ocasião ela disse: “Amar é faculdade, cuidar é dever” e prossegue,

[...] Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções –, negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no direito de família [...].¹⁵⁵

¹⁵²A Constituição elenca como deveres conjugais: Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. “Institui o Código Civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 de abril de 2012.

¹⁵³PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. 13. ed. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 58.

¹⁵⁴SILVA, Rachid. **Revista Pela Ordem**. Julho/Agosto 2010. OABMG: Belo Horizonte, 2012. p. 46-47.

¹⁵⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Resp. nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Rel. Ministra Nancy Andrichi. Julgamento em 24/04/2012. Publicado em: 02/05/2012.

Analisando esse recente posicionamento, conforme entendimento da Ministra, o afeto não estaria entre os deveres dos pais elencados na Constituição da República de 1988 em seu artigo 227¹⁵⁶. Amor e dever não se misturam.

Percebe-se, portanto, que a falta de amparo legal fez caracterizar o dever de indenizar, e que sendo assim, as demais decisões se basearam neste mesmo aspecto.

Sendo, entender o afeto como efeito jurídico seria corroborar com o enriquecimento indevido da parte que pleiteia carência afetiva.

Em voto proferido pelo Des. José Flávio de Almeida, em que foi relator de uma apelação civil, apesar de vencido, seu voto explana muito bem a questão do emprego da responsabilidade nas relações familiares, veja:

[...] O tardio reconhecimento de paternidade, se não estabelecido vínculo de convivência entre pai biológico e filho, depois de muitos anos de vida distanciados no tempo e espaço, ainda que essa situação de fato possa ser cunhada de abandono afetivo, não configura ato ilícito passível de reparação por danos morais. Mesmo que possa ser moralmente reprovável a conduta do pai, a falta de relacionamento afetivo com o filho não configura ato ilícito passível de reparação por danos morais [...].¹⁵⁷

Observe a clareza com que o referido relator encara o amor como não sendo bem jurídico para ser tutelado, o afeto não é passível de mensuração.

A ponto de partida, a impossibilidade da incidência de indenização por dano moral nas relações familiares é por duas vezes incabíveis: a primeira por se tratar o afeto um sentimento natural e inerente da pessoa, não sendo possível obrigar alguém a nutrir sentimentos ao outrem; e segundo o dever de reparar o dano cabe àquele que, pela prática de ato ilícito, ou pelo abuso do direito.

Desta forma, as condutas inerentes pelo simples fato de não se relacionar afetivamente com outro não se configura nenhuma das opções trazidas pelos pressupostos de admissibilidade da responsabilização civil.

Assim é trazido pela decisão de apelação cível, da Comarca de Presidente Prudente, cuja Relatora Beretta da Silva que julgou improcedência do pedido de indenização por dano moral, por não restar configurado os pressupostos da responsabilidade civil e bem como não haver configurado o ato ilícito caracterizador do dano *in verbis*:

¹⁵⁶Dos deveres dos pais, da sociedade e do Estado com relação às crianças, os adolescentes e os jovens a Constituição da República consagra: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, estes direitos se arrastam a sociedade e ao Estado. BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ao.htm. Acesso em 13 de abril de 2012.

¹⁵⁷BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Ap. Cível n.º. 1.0720.09.052727-9/001**. Rel. Des. José Flávio de Almeida. Julgamento em 18/01/2012, publicado em 30/01/2012. Acesso em: 04/04/2012.

[...] De prêmio, insta consignar que não há valor no mundo capaz reparar a dor íntima do abandono, especialmente da figura do pai, que deveria ser provedor não apenas material, mas de carinho e atenção. Contudo, respeitados os sentimentos dos recorrentes, não há como imputar ao apelado a responsabilidade que lhe foi atribuída. Isso porque embora, ao contrário do afirmado pelo julgador de primeiro grau, possa haver, na espécie, dano (o sentimento de rejeição proveniente da figura paterna é muito forte e certamente produz inegável sofrimento) e nexos de causalidade entre ele e a conduta do réu (que deu mesmo odioso tratamento diferenciado aos autores em comparação com outros filhos), ainda falta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o terceiro pressuposto para seu reconhecimento, que é o ato ilícito do agente. Ninguém é obrigado a amar ninguém, nem mesmo os filhos [...].¹⁵⁸

E conclui seu voto dizendo, o abandono afetivo sem que indique conduta ilícita ou mesmo intenção deliberada de prejudicar, não dá ensejo a indenização por dano moral.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias pensam sobre a responsabilidade civil no direito de família de que a imputação de dano moral nas relações familiares não seria a melhor alternativa para se solucionar o problema, pelo fato dela não atender ao objetivo final, que é de reparar o dano psíquico sofrido pelo autor.

Não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo outros parentes, como avô e neto) implicaria em indenização por dano moral. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da prestação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretensão dano moral.¹⁵⁹

Observa-se, no entanto, a desconfiguração da responsabilidade civil em face da falta do nexos de causalidade por não haver o ato ilícito configurador da responsabilização. A omissão do pai e afins, nas relações familiares, quanto a assistência afetiva pretendida não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal. Ninguém é obrigado a amar o outro, inexistindo, portanto, a possibilidade de reparação trazida pelos art. 186 CC/02. A ausência do ilícito, não faz reconhecer o abandono afetivo como então, passível de indenização.

Alguns doutrinadores que defendem a tese de condenação pecuniária por danos morais, em sede a relação familiar, podemos citar Giselda Maria Fernandes Hironaka, para ela

¹⁵⁸BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. Cível nº 0017141-95.2010.8.26.0482**, Rel. Beretta da Silva. Julgamento em 15/05/2012, publicado em 22/05/2012. Acesso em: 02/02/2012.

¹⁵⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 71.

a condenação do pai ausente a pagar determinada quantia em dinheiro ao filho, supriria a carência afetiva do menor, bem como penalizaria seu genitor.¹⁶⁰

Porém, o que se ver é banalização do instituto da responsabilização civil em face da crescente demanda envolvendo indenização por danos morais em virtude de pais e filhos, e a cada dia que passa, o valor pecuniário cresce de tal forma, que acreditar que é somente uma forma de penalizar se esbarra em enriquecer.

Se existe algum sofrimento em decorrência da ausência de afeto, receber quantia em dinheiro, não resolveria o problema, e tão pouco melhoraria a condição entre os envolvidos.

É injustificável o pagamento de qualquer valor a título indenizatório, senão, para que ser os valores referentes à prestação alimentícia, afinal?

Com efeito, não pode ser imposto, porquanto o sentimento, o amor, a consideração, o carinho são sensações intrínsecas ao ser humano, não podendo ser uma pessoa compelida a tanto, assim, sem a conduta antijurídica, não há o que indenizar.

¹⁶⁰HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. SIMÃO, José Fernando. (coord) **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade**. v.2. Porto Alegre: Magister, 2009. p. 433.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade está em constante mudança e evolução. As famílias, hoje, possuem novas caras, novos arranjos. Tudo isto só é possível porque a espécie humana tem um comportamento dinâmico e se modifica a cada dia.

A ciência do direito, então, procura acompanhar tais evoluções e adapta-se a elas da melhor maneira possível, só que apesar da incansável busca de se atingir todas essas modificações, algumas situações não são alcançadas pela seara jurídica.

A exemplo disto são os casos das relações afetivas. Apesar das inúmeras transformações sofridas pelo direito, muitas dúvidas pairam no ar a cerca do assunto, principalmente no que tange a condenação em dano moral.

O instituto da responsabilidade civil, em muito vem se alargando, até que se chegou à seara familiarista. Nos casos das relações familiares, em que se pese, hoje, é considerado com um dos pilares da relação o afeto, e na falta dele tem surgido diferentes controvérsias no âmbito jurisprudencial e doutrinário.

Elenca-se com controvérsias a cerca do tema, a saber: a consideração do afeto como valor jurídico. Apesar de presente nas relações familiares e humanas, o afeto é e será sempre considerado sentimento humano. É inerente de cada um e por isso sofre alterações com o passar do tempo. Sentimentos às vezes são bons e às vezes ficam ruins.

Frustrações amorosas, dores e decepções são os principais ingredientes nos casos de processos judiciais na seara do Direito de Família. O que se vê são pessoas que buscam na justiça uma forma de cura para essas dores, as decisões dos tribunais tem muitas vezes resolvido tais demandas, mais não sanado o problema das feridas deixadas.

Ao se condenar uma pessoa por falta de amor, estaria o Judiciário prendendo-se as questões afetivas e monetarizando o amor.

Amar estaria tão perigoso como andar pelas ruas de uma grande capital pela madrugada. Deixar de amar se tornaria tão perigoso que as pessoas, então, simplesmente preferiram não amar mais, como forma de se prevenir a dor do outro e conseqüentemente a indenização porque o amor, não correspondeu todas as expectativas depositadas na outra pessoa.

Outro ponto de extrema polêmica estaria em faze da configuração da responsabilidade civil. O instituto da responsabilidade civil se perfaz pela caracterização de um ato ilícito. Em

sede de responsabilidade civil nas relações familiares, se tornaria impossível se caracterizar, tal ato haja vista a falta de amor não ensejaria ato ilícito.

Dos deveres elencados pela Constituição da República, não está previsto o dever de amar ao outrem, e inexistindo previsão legal não se estaria descumprindo nenhum dever jurídico preexistente ao se deixar de amar.

Todas as normas pertinentes ao Direito de Família quando descumpridas não geram ato ilícito, apenas um descumprimento familiar.

Quanto um pai/mãe deixa de atribuir afeto ao filho, o que se gera é a perda do poder familiar. Já nos casos de rompimento entre os cônjuges e afins, das previsões que trazem o referido Código a dissolução do casamento é a mais eficaz.

Não entendemos haver um dano afetivo indenizável. Toda a questão da responsabilidade civil gira em torno da maneira como os membros da família se comportam diante dos fatos da vida. Meros aborrecimentos afetivos do dia a dia não podem configurar um ilícito civil ou um abuso do direito em razão da liberdade e autonomia dada a todo o ser humano. Todavia, apenas quando esta conduta humana ultrapassar os limites dos acontecimentos corriqueiros e alcançar os direitos da personalidade lesando-os é que haverá configuração de dano moral e em alguns casos até mesmo o dano material. Mas aí, estaremos falando de condutas ilícitas, extracontratuais, subjetivas, nas relações familiares e não de dano afetivo a ensejar responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

ALVES. Jones Figueirêdo. **Abuso do Direito no Direito de Família**. Família e Dignidade humana. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. PEREIRA. Rodrigo da Cunha. [coord]. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 13 de abril de 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. “Institui o Código Civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 de abril de 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Supremo Reconhece União Homoafetiva. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 de maio de 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. Cível nº 0017141-95.2010.8.26.0482**, Rel. Beretta da Silva. Julgamento em 15/05/2012, publicado em 22/05/2012. Acesso em: 02 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso Especial nº 954.647 - SP (2007/0118382-3)**. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 06/05/2008. Acesso em 12 de setembro de 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Proc. nº 1.030.009.242**, Juiz. Gustavo Bossert. Data do julgamento e data da publicação indisponível. Acesso em: 12 de setembro 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Ap. Cível nº. 1.0720.09.052727-9/001**. Rel. Des. José Flávio de Almeida. Julgamento em 18/01/2012, publicado em 30/01/2012. Acesso em: 13 de abril de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Resp. nº. 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 24/04/2012. Publicado em: 02/05/2012. Acesso em: 06 de maio de 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo nº 1.030.012.032-0**. Juiz Mario Romano Maggion. Julgamento em 08 de 2003. Acesso em: 12 de setembro 2012.

CARVALHO. Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. rev. atual. e ampli. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampli. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

CORRÊA, Carlos Pinto. **O afeto no tempo (1)**. Disponível em: <http://www.cbp.org.br/rev2806.htm>. Acesso em 09/08/2012.

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

DIAS, Maria Berenice e SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. **Famílias e (Inter)seções do Afeto e da Lei**. p. 3. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 13 de abril de 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**, v. 5. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A família no novo milênio: em busca da dignidade perdida**. Disponível em: www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../docente/doc04.doc. Acesso em: 13 de abril de 2012.

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

FRANÇA, Aline Dias de. **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade**. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. SIMÃO, José Fernando. (coord). v. 2. Porto Alegre: Magister, 2009.

G1 Notícias. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP**. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>. Acesso em 28 de outubro de 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade Civil nas Relações Familiares**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 24. Ano XIII. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2011.

GLAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 7. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 4. vol. São Paulo: Saraiva. 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade Civil nas Relações Familiares**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 24. Ano XIII. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2011

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. SIMÃO, José Fernando. (coord) **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade**. v.2. Porto Alegre: Magister, 2009.

KUHN, Gabriela Antes. **Ódio: características de uma das paixões da alma**. Disponível em: <http://www.ijui.com/especiais/artigos/23685-odio-caracteristicas-de-uma-das-paixoes-da-alma->. Acesso em: 02 de novembro de 2012.

JURÍDICO. Dicionário. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 10. ed. rev. ampli. e atual. 2009.

LÉVI-STAUSS, Claude *apud* ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução André Telles. Rido de Janeiro: Zahar, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

LUNA, Ana Cláudia Vergamini. FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade**. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. SIMÃO, José Fernando. (coord). v.2. Porto Alegre: Magister, 2009.

MAARCHESINI, Silvane Maria. **Afeto: encontros e desencontros**. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 02 de novembro de 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. rev. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Davus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARCANTÔNIO, Roberta. **Abuso do Direito no Direito de Família**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 15. Ano XII. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA JÚNIRO, Antônio Jorge. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. 13. ed. Porto Alegre: Magister, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

RAMOS, Cristina Mello. *Apud*. GUERRA, Sidney César da Silva. **O Direito fundamental á intimidade e à vida privada**. Revista de Direito da UNIGRANRIO. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/195/194>. Acesso em 28 de novembro de 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 20. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSEVALD, Nelson. **Dignidade da Pessoa Humana e Boa-fé no Código Civil**. Coleção Professor Agostinho Alvira. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Rachid. **Revista Pela Ordem**. Julho/Agosto 2010. OABMG: Belo Horizonte, 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. V. único. São Paulo: Método. Rio de Janeiro: Forense, 2011.