

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”**

JÚLIA MARIA PRATES FAIM

**A TUTELA JURÍDICA DO SENTIMENTO DENTRO DAS  
RELAÇÕES FAMILIARISTAS**

UBERLÂNDIA/MG  
2019

JÚLIA MARIA PRATES FAIM

**A TUTELA JURÍDICA DO SENTIMENTO DENTRO DAS  
RELAÇÕES FAMILIARISTAS**

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado a Universidade Federal  
de Uberlândia como requisito para  
obtenção do título de bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. DR. Fernando  
Rodrigues Martins

UBERLÂNDIA/MG

2019

## DEDICATÓRIA

Agradeço primeiramente a Deus, o principal guia dos meus passos. Junto a ele, agradeço aos meus pais, Carlos e Ângela, por todo o carinho, amor, paciência e por não medirem esforços para que eu possa alcançar os meus sonhos. Agradeço também ao meu irmão, João Guilherme, que, sem dúvidas, é o meu melhor e mais fiel companheiro de vida. Vocês três são minha base e certeza para sempre.

Aos amigos que trago desse a infância e à todos os amigos que fiz durante os cinco anos na faculdade.

À todos os professores, pela dedicação demonstrada ao longo dos cinco anos de curso.

Por fim, agradeço a toda a minha família de Montes Claros e Ribeirão Preto pelo apoio e amor incondicionais. Em especial a minha avó Albina e o meu avô Zim, meus maiores exemplos de amor e dedicação, vocês sempre estiveram juntos de mim nesta caminhada.

*Me levanto  
sobre o sacrifício  
de um milhão de mulheres que vieram antes  
e penso  
o que é que eu faço  
para tornar essa montanha mais alta  
para que as mulheres que vierem depois de mim  
possam ver além*

**Rupi Kaur**

## RESUMO

O presente trabalho realizou um estudo acerca da tutela jurídica do sentimento no ordenamento jurídico brasileiro. Com análise dos aspectos da responsabilidade civil em casos de danos existenciais, estabelecendo um paralelo com a sua efetividade dentro das relações familiares. De forma que se buscou entender a evolução histórica, e a aplicação atual dentro do Judiciário a partir da proteção aos Direitos da Personalidade.

Nesse sentido, o estudo visa abordar a responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, a fim de compreender as possíveis implicações jurídicas decorrentes do descumprimento do dever de afetividade. Para tanto, será desenvolvido uma análise entre a proteção dos integrantes da família contra lesões causadas por seus familiares e a elevação do sentimento como elemento fundador da relação familiar.

Com objetivo de realizar uma investigação acerca da juridicização e a patrimonialização do sentimento para desmitificar a problemática dos danos morais na família, a partir de uma perspectiva jurídica singular.

Palavras – chaves: Direito Civil. Direito de Família. Responsabilidade Civil. Direitos da Personalidade. Juridicização do sentimento. Patrimonialização do sentimento.

## **ABSTRACT**

The present work studied the legal protection of emotions in the Brazilian legal system. With analysis of the aspects of civil liability in cases of existential damages, establishing a parallel with its effectiveness within family relationships. In order to understand the historical evolution, and the current application in the judiciary from a protection of personality rights perspective.

This way, the study aims to address civil liability in the context of family relations, in order to understand the possible legal implications arising from the breach of the duty of affection. To this end, an analysis will be developed between the protection of family members against injuries caused by their relatives and the elevation of feeling as a founding element of the family relationship.

With the objective of conducting an investigation about the legalization and the monetization of emotions to demystify the problem of moral damages in the family, from a singular legal perspective.

**Keywords:** Civil Law. Family Law. Civil Liability. Personality Rights Legalization of emotions. Monetization of emotions.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	1
<b>1. A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MODELO DE TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE .....</b>	<b>2</b>
1.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	2
1.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS .....	5
1.2.1 Ato ilícito .....	5
1.2.2 Culpa .....	6
1.2.3 Dano .....	7
1.2.4 Nexo Causal .....	8
1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS QUESTÕES EXTRAPATRIMONIAIS .....	8
<b>2. OS SENTIMENTOS COMO DIREITOS DA PERSONALIDADE .....</b>	<b>11</b>
2.1 O LÓCUS DO SENTIMENTO NO DIREITO .....	11
2.2 O QUE SÃO OS DIREITOS DA PERSONALIDADE .....	14
2.3 A AFETIVIDADE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA ....	17
2.4 A JURIDICIZAÇÃO E PATRIMONIALIZAÇÃO DO SENTIMENTO .....	19
<b>3. AS PROJEÇÕES DO SENTIMENTO NA RESPONSABILIDADE AFETIVA FAMILIAR .....</b>	<b>21</b>
3.1 A RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES CONJUGAIS E NAS RELAÇÕES PARENTAIS .....	22
3.1.1 Relações conjugais .....	22
3.1.2 Relações parentais .....	24
3.2 DA RUPTURA DOS DEVERES FAMILIARES E A INTERVENÇÃO ESTATAL .....	26
3.3 OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE TUTELAR O SENTIMENTO NA RELAÇÃO FAMILIAR .....	28
CONCLUSÃO .....	34
REFERÊNCIAS .....	34

## INTRODUÇÃO

O tema apresentado é dotado de grande importância pois a afetividade é o elemento essencial para o fundamento do laço familiar e para o desenvolvimento do indivíduo, sendo o ambiente familiar saudável o único meio em que a pessoa está apta a tornar-se aquilo que deseja em seu íntimo. Diante de tamanha relevância, a afetividade foi consagrada como princípio constitucional e como direito fundamental da pessoa humana, por esta razão é necessário que a esfera afetiva do ser humano seja devidamente tutelada pelo ordenamento jurídico.

O Direito de Família e o Direito das Obrigações estão intimamente ligados em razão dos abusos e omissões que permeiam recorrentemente as relações familiares. A partir desta relação o presente estudo busca analisar as obrigações e responsabilidades decorrentes dos deveres familiares, bem como ponderar sobre a possibilidade da responsabilidade civil nos danos afetivos dentro das relações de parentesco.

Para tanto o trabalho desenvolverá um estudo detalhado sobre os aspectos da responsabilidade civil com enfoque nas questões extrapatrimoniais, visando compreender porque este instituto é efetivo na proteção aos direitos da personalidade.

Posteriormente o trabalho se propõe a esclarecer a importância dos direitos da personalidade como promoção da dignidade da pessoa humana. Dando destaque a figura dos sentimentos, abordando a sua juridicização e patrimonialização, bem como os seus efeitos no ordenamento.

Serão apresentados, também, os aspectos da responsabilidade afetiva dentro do Direito de Família de modo que se buscará estabelecer um paralelo entre as relações conjugais e parentais para melhor compreender os limites da responsabilidade civil e os efeitos causados pela ruptura dos deveres familiares. Por fim, será demonstrada a tentativa do Poder Público de encontrar soluções para os conflitos familiares que se distanciam da tutela indenizatória.

# 1. A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MODELO DE TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

## 1.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O direito civil como ciência que busca regular interações humanas é dotado de um risco potencial inerente às relações interpessoais. As ideias de probabilidade e incerteza que circundam os resultados de uma relação jurídica (contratual ou extracontratual) geraram a necessidade de criar instrumentos que buscam mitigar ou, até mesmo, evitar danos. É, a partir desta necessidade, que surge o instituto da responsabilidade civil.

O desenvolvimento do conceito de responsabilidade civil e a compreensão atual deste instituto acompanhou a evolução do direito ocidental e o aumento da complexidade das estruturas sociais.

A primeira forma de responsabilização registrada na história do Direito é baseada no punitivismo retributivo, característico de sociedades de baixa complexidade. O notório Código de Hamurabi, criado na Mesopotâmia por volta do século XVIII a.C., regulamentou que a vingança coletiva deveria ser executada pelo particular diretamente ofendido, sendo permitida a punição corporal.

O Direito Romano, inserido em uma República cujo envolvimento da população com a política é significativo e as relações interpessoais se tornavam mais complexas, surge como uma evolução ao punitivismo puro e simples proposto na Mesopotâmia. Com a criação da Lei das 12 Tábuas no ano 462 a.C., os romanos propunham uma tentativa de conciliação para que houvesse uma reparação em espécie antes da execução de uma vingança particular. Este instituto foi o primeiro método de responsabilidade que apresentou a divisão entre a reparação e a pena corporal.

Ainda dentro da República Romana, a responsabilidade civil evoluiu com a superação da Lei de Talião na segunda metade do século III a.C. em razão do surgimento da Lex Aquilia Damno. Esta lei instituiu elementos e pressupostos que ainda são utilizados nos dias atuais para sustentar a responsabilidade civil. Apresenta como figuras essenciais o dano e a culpa para a existência do direito de reparação.

Avançando alguns séculos, chega-se a um momento histórico fundamental para o desenvolvimento do Direito Ocidental, a Revolução Francesa. Nesse contexto, o Estado se mostrava ineficaz em aplicar a lei, assim, houve um fortalecimento do direito privado onde a burguesia regulava o direito por meio de um sistema de contratos. É neste cenário que surge a noção de responsabilidade contratual e a estruturação dos conceitos de culpa e do dolo.

Um último acontecimento histórico fundamental para chegar às concepções atuais de responsabilidade civil que merece destaque é a Revolução Industrial. O desenvolvimento econômico jamais visto no mundo impactou diretamente no aumento da complexidade das sociedades da época e, conseqüentemente, no aumento da necessidade de responsabilizar os danos vivenciados. Trata-se um cenário de contratações em massa pelas indústrias que surgiam e de danos, também massificados, sofridos pelos trabalhadores dessas indústrias, nesse contexto danos e acidentes que não envolvessem dolo ou culpa demandavam reparação, assim, fez-se necessária a criação do instituto da responsabilidade civil objetiva (sem análise de culpa).

A partir deste paradigma histórico é possível apresentar uma definição doutrinária atual para responsabilidade civil que considere todos os atributos utilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido Lourival Vilanova<sup>1</sup> conceitua a responsabilidade civil como um instituto do direito privado que visa a indenização de uma ação ou omissão, ligada por um nexo de causalidade, que gera uma situação de dano. Aprofundando nesta compreensão, Sílvio de Salvo Venosa<sup>2</sup> aponta a responsabilidade civil como o dever legal de buscar restaurar um equilíbrio patrimonial ou moral violado.

Em perfeita síntese, Maria Helena Diniz<sup>3</sup> (2012, p.37) define o instituto como “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoal

---

<sup>1</sup> Lourival Vilanova. Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

<sup>2</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. V. 4.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7.

por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”.

Uma vez compreendida a essência da responsabilidade civil, é preciso estabelecer classificações que sistematizam a aplicação do instituto. Para realizar esta sistematização Pablo Stolze Gagliano<sup>4</sup> apresenta duas bases de análise. Conforme já apresentada a sua importância histórica, a culpa é o primeiro elemento utilizado para classificar a responsabilidade. Uma segunda categoria classificatória utilizada no ordenamento jurídico pátrio é a análise da natureza da norma jurídica violada.

A partir da análise da existência de culpa, a responsabilidade pode ser definida como objetiva ou subjetiva. Quando o dano causado é decorrente de ação culposa ou dolosa está presente a responsabilidade subjetiva. É necessário destacar que trata-se aqui de culpa na esfera civil, assim, deve se distanciar do debate característico do direito penal acerca da intenção do agente. Deste modo, fala-se em conduta culposa e, conseqüentemente, responsabilidade civil subjetiva quando o agente causador do dano violar um dever jurídico.

A culpa como requisito da responsabilidade subjetiva não emana necessariamente da ação direta do agente. Existem hipóteses em que o agente a ser responsabilizado pelo dano possui o dever geral de vigilância por apresentar relação jurídica direta com terceiro causador do dano. Trata-se de culpa presumida. Via de regra esta presunção emana da lei.

Por mais relevante que seja o debate acerca da culpa, existem situações em que é configurada a responsabilidade civil sem que sequer seja considerada a ocorrência de conduta culposa. São nessas hipóteses em que se concebe a responsabilidade objetiva. Neste tipo de responsabilidade basta existir nexo causal entre a conduta realizada pelo agente e o dano ocasionado. Não tendo relevância jurídica a discussão sobre existência ou não de culpa para configuração da responsabilidade civil.

As duas espécies de responsabilidade são possíveis e aplicadas no sistema jurídico brasileiro. Sendo que, em regra, aplica-se responsabilidade civil subjetiva e quando a lei assim determinar, ou, quando a atividade cotidiana do autor implicar em risco de dano, aplica-se a responsabilidade objetiva.

---

<sup>4</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017.

É possível, também, classificar a responsabilidade civil quanto a natureza da relação entre o agente causador do dano e a pessoa lesionada. A partir da análise da natureza da norma jurídica violada é possível definir a responsabilidade civil como contratual ou extracontratual.

Como facilmente se deduz do nome, a responsabilidade civil contratual se dá com o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação previamente pactuada entre as partes. Trata-se de uma relação jurídica pré-existente em que as partes assumiram, espontaneamente, uma obrigação e o dano é consequência direta da transgressão ao que foi contratado.

Na responsabilidade civil extracontratual, também chama de responsabilidade aquiliana, não existe relação entre os agentes anterior ao fato danoso. A lesão advém da violação de um dever geral de cuidado imposto a toda sociedade que corresponde a uma obrigação legal de não lesionar ninguém, assim, o dano é consequência da ação ilícita do agente.

## 1.2 PRESSUPOSTOS E REQUISISTOS

Construído o conceito de responsabilidade civil e aprofundado a análise sobre as formas de responsabilidade previstas no ordenamento jurídico brasileiro, é possível avançar no estudo para analisar os elementos básicos necessários para a aplicação da responsabilidade civil.

Para realizar esta análise, Nelson Rosenvald<sup>5</sup> propõe um estudo tetrapartido dos pressupostos da responsabilidade civil. Sendo os quatro requisitos apresentados por Rosenvald o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo causal.

### 1.2.1 Ato ilícito

Marcos Bernardes de Mello<sup>6</sup> define o ato ilícito como "todo fato, conduta ou evento, contrário a direito que seja imputável a alguém com capacidade

---

<sup>5</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Peixoto Braga Netto- 4. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

<sup>6</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

delitual (= de praticar ato ilícito)". No plano do direito civil existem dois elementos essenciais a configuração de um ilícito a antijuridicidade e a imputabilidade.

A antijuridicidade se apresenta como elemento objetivo para a composição do ato ilícito. Trata-se da efetiva violação ao ordenamento jurídico que se concretiza quando o fato realizado pelo agente ofende o dever genérico e absoluto de não causar dano. É necessária a antijuridicidade para que o ato seja considerado ilícito, assim, em uma análise preliminar do fato, ocorrida uma ofensa a um direito material está consolidada a ilicitude.

A imputabilidade, por sua vez, corresponde ao elemento subjetivo necessário a configuração do ilícito civil. Não basta o exame sobre a lesividade da conduta praticada (antijuridicidade) para definir um ato com ilícito. É necessário, também, realizar uma análise sobre o agente que realizou a conduta.

Segundo Sergio Cavalieri Filho<sup>7</sup>, para que o ato seja compreendido como ilícito é preciso seja uma ação voluntária e consciente do agente. É deste discernimento e percepção do indivíduo causador do dano que se trata a imputabilidade. A partir da condição psíquica de compreensão o imputável pode ser repreendido por sua conduta. Para tanto é preciso que o agente seja dotado de maturidade e sanidade, em outras palavras, é preciso que o agente goze de capacidade.

### 1.2.2 Culpa

Conforme já estudado, a culpa é o elemento central da responsabilidade civil subjetiva. No entanto, é preciso esclarecer que dentro do direito civil a figura da culpa tem aceção própria que em nada se confunde com o conceito de culpa utilizado no direito penal ou com a culpa moral.

No âmbito do direito civil adotou-se a teoria da boa-fé objetiva como parâmetro de averiguação de culpa. O princípio da boa-fé objetiva estabelece que os envolvidos em uma relação jurídica de qualquer natureza devem agir com base na lealdade, buscando cumprir com a legítima expectativa do outro.

No entanto, não é possível que a verificação de culpa seja realizada a partir de critérios tão vagos e subjetivos como a expectativa pessoal de um indivíduo. Por esta razão, Gaston Fernandes Cruz<sup>8</sup> propõe que a conduta leal

---

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>8</sup> CRUZ, Gaston Fernandez. *Responsabilità civile e tutela dei diritti*. In: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*. Milano: Giuffrè, 2006. t. IV.

esperada seja auferida por parâmetros objetivos contextualizados e relativizados que levam em conta o grau de tolerabilidade social do risco introduzido pela conduta do agente.

### 1.2.3 Dano

A existência do dano é o pressuposto principal e indispensável para configuração da responsabilidade civil. Como brilhantemente apontou Agostinho Alvim<sup>9</sup>, mesmo que ocorra a lesão de um dever jurídico e haja culpa ou dolo do agente não há que se falar em responsabilidade caso não tenha ocorrido dano. Nesse mesmo sentido Sergio Cavaliere Filho leciona que:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. 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. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa”<sup>10</sup>

Definido por Stolze<sup>11</sup> como lesão ou prejuízo causado a um interesse jurídico tutelado, que pode ou não ter caráter pecuniário, causado por uma conduta do agente infrator. Sendo assim, é a reparação do dano o elemento central que fundamenta a responsabilidade civil.

O propósito da responsabilização é alcançar o status quo ante, isto é, retornar o bem jurídico tutelado ao estado em que se encontrava antes de sofrer o dano. Ocorre que em diversas ocasiões o dano tem caráter irreversível, de modo que a responsabilidade civil não consegue alcançar esse status quo ante, nestes casos, o propósito do instituto é fixar uma recompensa pecuniária como compensação ao prejuízo sofrido.

Em se tratando de um dano patrimonial retornar estado anterior do bem jurídico ou estabelecer um quantum indenizatório é uma tarefa relativamente fácil para o poder judiciário. Os danos extrapatrimoniais, no entanto, apresentam

---

<sup>9</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1980.

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>11</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017.

maior complexidade na busca por reparação. A impossibilidade de monetarizar interesses personalíssimos, é um grande impasse para a ciência jurídica e é, nesse sentido, que o presente estuda busca se aprofundar.

#### 1.2.4 Nexo Causal

Por fim, a relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano causado é o último preceito necessário para gerar a responsabilidade civil. Nas palavras de Savatier<sup>12</sup> “um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado”, assim, é preciso que o ato e o dano estejam ligados numa relação direta e imediata de causa e consequência.

Nesse sentido, Caitlin Mulholland<sup>13</sup> define nexo causal como uma “ligação jurídica realizada entre a conduta ou atividade antecedente e o dano, para fins de imputação da obrigação ressarcitória”.

A importância do nexo causal se pauta na impossibilidade de responsabilizar alguém que não apresentou comportamento que tenha dado causa ao dano. É a partir da averiguação da existência de relação necessária entre o ato praticado pelo indivíduo e a lesão sofrida pela vítima que se configura a responsabilidade, assim, é imprescindível que se certifique que sem a ocorrência do fato não seria possível chegar ao resultado danoso.

### 1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS QUESTÕES EXTRAPATRIMONIAIS

A Constituição Federal consagrou, em seu artigo 5º, inciso X, um sistema bipartido de responsabilização civil ao assegurar o direito a indenização pelo dano material ou moral. Assim, qualquer dano que se pretenda reparar deve se enquadrar em uma dessas categorias para que seja possível a incidência da responsabilidade civil.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves<sup>14</sup> o dano moral é a lesão a um bem jurídico que integra os direitos da personalidade, deste modo, ofende a vítima dentro de sua esfera pessoal, não causando dano algum ao seu

---

<sup>12</sup> SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris, 1951. *Cours de droit civil*. 12. ed. Paris: LGDJ, 1949.

<sup>13</sup> MUIHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

<sup>14</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil* / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

patrimônio. Trata-se de lesão cujo conteúdo não pode ser comercialmente redutível a dinheiro, logo, refere-se a um dano de caráter extrapatrimonial.

Tendo em vista que a esfera patrimonial é apenas um dos aspectos que compõem a personalidade humana, a esfera existencial do ser humano deve também ser devidamente valorada pelo ordenamento jurídico, uma vez que o direito da vida é o valor central e a justificativa da existência de um sistema jurídico. Por esta razão é imprescindível a existência de um instituto que responsabilize as lesões cometidas contra os direitos da personalidade.

Importante esclarecer que o dano moral não é a dor suportada pelo ofendido, a responsabilização só pode ocorrer quando a ofensa fere um bem que seja juridicamente tutelado. Nesse sentido, o Conselho de Justiça Federal formulou, na V Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 445<sup>15</sup> que propõe que "o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento."

Fundado nesta compreensão, Rosenthal<sup>16</sup> aponta que para a identificação do dano moral não são analisados os aspectos subjetivos da vítima. Sendo a constatação do dano feita a partir da análise concreta e objetiva dos interesses contrapostos para se identificar a existência de um bem jurídico digno de uma tutela jurisdicional.

Conforme já exposto anteriormente, o propósito central da responsabilidade civil é a reparação do dano. Em um primeiro momento objetiva-se restituir ao estado em que se encontrava o indivíduo antes de sofrer o prejuízo, de modo a eliminar a lesão e suas consequências, nesses casos a responsabilidade possui natureza ressarcitória, uma vez que a indenização pecuniária busca equivalência a extensão do dano suportado.

Essa função indenizatória é facilmente aplicada ao dano material. No entanto, é impossível restituir ao estado anterior um dano a dignidade ou a honra pois não importa quão vultuoso seja o valor estabilizado para reparar o dano, o dinheiro não tem o condão de apagar o prejuízo ou desfazer os fatos que causaram dano a personalidade. Deste modo, no que tange ao dano moral, a responsabilidade civil não possui natureza ressarcitória.

---

<sup>15</sup> FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado 445. V. Jornada de Direito Civil.

<sup>16</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de Curso de direito civil: responsabilidade civil/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenthal/ Peixoto Braga Netto- 4. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

A responsabilização e conseqüente reparação pecuniária estabelecida em razão de um dano extrapatrimonial possui, na verdade, natureza compensatória. O quantum indenizatório a ser pago pelo infrator não se destina a compra de bens e satisfações materiais hábeis a eliminar o sofrimento decorrido do dano. As conseqüências dolorosas não se apagam uma vez que concretizada a responsabilização, apenas oferecem uma satisfação compensatória que visa minimizar os efeitos da conduta danosa.

Nesse sentido, Rosenvald aponta que:

Essa tão desejável volta ao estágio anterior, ainda que possível (em tese), para os danos patrimoniais, é absolutamente impossível para os danos morais. Muitos diriam que tal assertiva parte da premissa quanto à impossibilidade de se fixar um preço para as situações jurídicas da personalidade, eis que a dignidade não é reconduzível ao mundo dos valores [...] Por isso, o que definitivamente impede que se possa indenizar um dano extrapatrimonial é a completa inviabilidade de se resgatar uma situação de equivalência: em prol daquele que sofreu uma Lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. Em matéria de dano moral, o dinheiro cumpre uma função natureza satisfativa para a vítima. Não se trata de alcançar uma equivalência mais ou menos exata, própria das questões de índole patrimonial, mas de compensar o lesado, mesmo que de forma imperfeita, pois o valor estipulado não apaga o prejuízo, nem o faz desaparecer do mundo dos fatos, mas satisfaz a uma finalidade.<sup>17</sup>

A partir da impossibilidade de apagar completamente o dano existencial vivenciado, a doutrina busca modernizar o instituto da Responsabilidade Civil adotando uma finalidade preventiva. A prevenção ao dano é a proposta contemporânea da doutrina civilista e se apresenta como a mais efetiva função da Responsabilidade Civil, pois interfere no ordenamento jurídico antes mesmo da concretização do dano.

Tendo em vista a incapacidade de reparação integral do dano na tutela reparatória no que tange aos direitos da personalidade, a única tutela efetiva é a da Responsabilidade Civil Preventiva. Devendo a tutela repressiva ser apenas um instituto subsidiário para os casos em que não for possível evitar a ocorrência da lesão ao bem não-material.

---

<sup>17</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de Curso de direito civil: responsabilidade civil/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald/ Peixoto Braga Netto- 4. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

Para efetivação da função preventiva, Rosenvald propõe a tutela inibitória dos direitos da personalidade como um mecanismo de reação ao ato ilícito. Para tanto, é necessário o sopesamento entre os direitos em confronto, cabendo aos aplicadores da norma jurídica realizarem avaliação criteriosa entre a ameaça de dano moral ao ofendido e a liberdade do ofensor dentro de cada caso concreto. Uma vez verificada a necessidade de tolir a eventual liberdade do ofensor para proteção da seara existencial da vítima, faz-se necessária e legítima a tutela inibitória preventiva.

Outro debate doutrinário relevante e essencial a este estudo é a possibilidade de desmonetização do dano moral. Como a compensação financeira não é suficiente para reparar o dano existencial, Anderson Schreiber<sup>18</sup> aponta que a busca por formas não patrimoniais de compensação podem sanar de maneira mais eficiente as angustias suportadas pela vítima do dano existencial. Schreiber ressalva, ainda, que as medidas que não possuem caráter pecuniário não precisam substituir ou eliminar a indenização monetária, mas as duas medidas, em conjunto, tornariam mais efetivo o processo de reparação ao dano experimentado.

Elucidando sobre o tema Rosenvald disciplina que

Não sendo possível "apagar" um dano moral, mas tão somente minimizar as suas consequências na órbita existencial da vítima, os remédios desmonetizados, de reparação de danos extrapatrimoniais contribuirão para a satisfação do ofendido, sem que com isso substituam a tradicional condenação em dinheiro, mas a ela acrescendo, de forma a atender ao princípio da reparação integral.<sup>19</sup>

## 2 OS SENTIMENTOS COMO DIREITOS DA PERSONALIDADE

### 2.1 O LÓCUS DO SENTIMENTO NO DIREITO

O sentimento em sua compreensão geral é a sensação e conhecimento dos elementos afetivos. É a noção que se baseia em uma avaliação subjetiva

---

<sup>18</sup>SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *RTDC*, v. 22, p. 51, abr.jun. 2005.

<sup>19</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de Curso de direito civil: responsabilidade civil/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald,/ Peixoto Braga Netto- 4. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

que se move além dos limites racionais, trata-se, assim, de uma impressão sensitiva e não de um raciocínio lógico<sup>20</sup>.

Por se tratar de um elemento que afasta a percepção fática do racionalismo e do discernimento intelectual, é um impulso natural de diversos estudiosos e aplicadores do direito buscar afastar a ciência jurídica dos sentimentos. Pois espera-se que o Direito seja puramente técnico e impessoal, assim deve ser implacável, não podendo ser influenciado por emoções. Nesse sentido, o Direito atua como um agente controlador dos sentimentos humanos.

Não se busca relativizar a importância de um sistema jurídico imparcial. No entanto, desvincular o direito dos sentimentos humanos leva ao esvaziamento do ordenamento jurídico, pois este só existe para regular a vida dos homens integrados em sociedade e suas nuances. Os sentimentos são elementos inerentes a condição humana e um forte motivador do comportamento humano. Deste modo, o empenho em colocar os sentimentos e o direito em esferas oposta induz o sistema jurídico à ruína.

Neste sentido, Fernando Martins pondera que os

Sentimentos humanos são elementos da vida com pertencimento à centralidade axiológica do sujeito real de direito. Compõem a subjetividade da pessoa e concedem efetividade à fonte constitucional da dignidade humana. Não são meras elucubrações emotivas e nem desprezíveis exortações, senão comportam decisões e autonomias das pessoas na construção do projeto de vida, desde que mantida a unidade e coerência do sistema jurídico. O direito lhes confere promoção e tutela, conquanto não lhes dota de normatividade independente, sob pena de criar hipóteses sem limites e decisões lastreadas em juízos morais.<sup>21</sup>

Tamanha é a relevância dos sentimentos para o direito que é possível encontrar elementos relativos as emoções humanas em todos os segmentos jurídicos. O Direito Constitucional, por exemplo, dá notoriedade aos sentimentos ao colocar no centro do ordenamento a promoção da dignidade da pessoa

---

<sup>20</sup>LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; MAIA, Alexandre da; ESTEVES, Juliana Teixeira. Uma erótica jurídica: o lugar do sentimento na juridicidade e o nascimento do poeta-juiz. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 3., n. 3, p. 241-257, set./dez. 2016.

<sup>21</sup>MARTINS, Fernando Rodrigues. Discurso de ódio e tutela jurídica dos sentimentos no direito privado. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-dez-10/direito-civil-atual-discurso-odio-tutela-juridica-sentimentos-direito-privado#sdfootnote17sym> > Acessado em 09 de novembro de 2019.

humana, pois nos dizeres de Ayres Britto<sup>22</sup> os sentimentos são a linha de partida da dignidade da pessoa humana.

No Direito Penal o legislador teve grande cautela ao tratar dos sentimentos, buscou uma forma didática de abordar o tema, optando por dividi-lo em dois segmentos. O primeiro é a tipificação de condutas que ofendem a esfera afetiva do ser humano. Para garantir a proteção da esfera existencial da pessoa foi criado o Título V do Código Penal<sup>23</sup> dedicado especialmente aos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos e um capítulo que elenca os crimes contra a honra, assim fica clara a preocupação do direito penal em proteger os direitos da personalidade que serão estudados de modo aprofundado em seguida.

O segundo modo com que a legislação penal se ocupa com os sentimentos, é a partir do o exame das condições emocionais que circundavam o ofensor no momento em que cometeu o crime. A atenuante prevista no Artigo 65, inciso III, alínea C do Código Penal, leva em conta o estado de “violenta emoção” que acomete o ofensor para reduzir o quantum de pena que será atribuída a ele, isso porque, o Estado reconhece que as emoções são inerentes ao ser humano e possuem o condão de se sobrepor ao lado racional da pessoa. Sobre a atenuante da violenta emoção, Felipe Faoro Bertoni pondera que

[...] uma vez superado o destempero, o ânimo delituoso não mais persistiria. São crimes ocasionais, situacionais, encetados por um desatino, os quais poderiam, eventualmente, ser evitados por circunstâncias fáticas inibitórias. [...] Não se trata de diluir culpa ou responsabilidade criminal. Todavia, é imperioso compreender que o ser humano é extremamente complexo, dotado de uma miríade de sentimentos cuja domesticação nem sempre é possível<sup>24</sup>.

Um último campo do direito que muito se relaciona com os sentimentos e merece destaque é o Direito das Famílias. Sendo o afeto o elemento definidor do grupo familiar, todos os institutos e ações que derivam do direito de família devem se guiar pela compreensão de que o sentimento é a essencial da relação

---

<sup>22</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo Como Categoria Constitucional. 1. ed. 2. Reimpressão. Belo Horizonte, 2012.

<sup>23</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) >. Acessado em 10 de Novembro de 2019.

<sup>24</sup> BERTONI, Felipe Faoro. O crime e as emoções humanas. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/o-crime-e-as-emocoes-humanas/> > Acessado em 10 de novembro de 2019.

familiar, logo é a esfera existencial da pessoa que deve gozar da maior proteção jurídica<sup>25</sup>.

A partir de tal compreensão se fez possível a evolução de diversos elementos típicos do direito de família. Dentre as diversas inovações jurídicas que se originaram com a tutela aos sentimentos, merecem destaque a equiparação da união estável ao casamento como forma de constituir família, a configuração da paternidade socioafetiva, o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas e a impossibilidade de distinção entre filhos, sejam eles biológicos ou adotivos, concebidos dentro ou fora do casamento.

Nas palavras de Nevita Maria Luna, “o direito figura como prolongamento das paixões humanas”<sup>26</sup>, por esta razão, os sentimentos encontram-se enraizados em todo o ordenamento jurídico, de modo que é impossível conceber um direito que se reduz apenas a um texto normativo, meramente mecânico e automático. Sendo essencial a formatação do direito dentro de um aspecto mais sensível e humano<sup>27</sup>.

## 2.2 O QUE SÃO OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro ter como justificativa e figura central o ser humano como sujeito de direitos, o foco da legislação brasileira é historicamente centrado nos cuidados ao patrimônio, deixando de tutelar substancialmente as questões inerentes a personalidade humana. Prova disto é a íntima relação entre personalidade jurídica e a capacidade de titular direitos patrimoniais.

Nesse contexto, fundamenta-se a indignação de Paulo Otero pela omissão das universidades em estudar o Direito da Vida, pois negligenciar o tratamento a personalidade humana é negligenciar o

---

<sup>25</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes. O dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade. Cleide Aparecida Rodrigues Gomes Fermentão e Sarila Hali Kloster Lopes. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920> >. Acessado em 09 de novembro de 2019.

<sup>26</sup> LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; MAIA, Alexandre da; ESTEVES, Juliana Teixeira. Uma erótica jurídica: o lugar do sentimento na juridicidade e o nascimento do poeta-juiz. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 3., n. 3, p. 241-257, set./dez. 2016.

<sup>27</sup> LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; MAIA, Alexandre da; ESTEVES, Juliana Teixeira. Uma erótica jurídica: o lugar do sentimento na juridicidade e o nascimento do poeta-juiz. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 3., n. 3, p. 241-257, set./dez. 2016.

[...] princípio estruturante do respeito pela dignidade da pessoa humana, enquanto razão de ser do Estado e do Direito, e expressão de um verdadeiro “Estado de direitos fundamentais”: o estudo do Direito da Vida, procurando evidenciar um primado da pessoa sobre as coisas, pretende ser a expressão de um “Estado humano”. [...] ao tratamento jurídico da pessoa humana um relevo compatível com a sua dignidade, pois mostra-se incompreensível que o “direito proteja o homem naquilo que ele *tem*, e o abandone naquilo que ele *é*”<sup>28</sup>

Essa realidade somente começou a ser alterada com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 que colocam a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e tratam os direitos da personalidade como intransponíveis e irrenunciáveis.

Stolze<sup>29</sup> define os direitos da personalidade como a proteção aos atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa e suas projeções. É a tutela de um rol inesgotável de valores que não podem ser convertidos em um quantum monetário. A Constituição Federal e o Código Civil elencam o direito à vida, imagem, nome, honra, privacidade e a integridade física como exemplos de direitos da personalidade, no entanto é ilimitado o número de direitos da personalidade existentes, sendo impossível que a lei mencione todos os componentes da pessoa humana que se pretende proteger.

Para Francisco Amaral os direitos da personalidade são o “conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual”<sup>30</sup>. Nesse sentido, Miguel Reale destaca que “o importante é saber que cada direito da personalidade corresponde a um ‘valor fundamental’, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos”<sup>31</sup>.

Com o intento de concluir o desenvolvimento da compreensão acerca dos Direitos da Personalidade, é importante ressaltar que a personalidade não constitui um direito em si, deste modo, é equivocada a compreensão de que o indivíduo tem direito à personalidade. Assim, o entendimento correto é que da

---

<sup>28</sup> OTERO, Paulo Manuel da Costa. Direito da Vida: Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino. Coimbra. Livraria Almedina, 2004.

<sup>29</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>30</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

<sup>31</sup> REALE, Miguel. Política e direito: ensaios. São Paulo: Saraiva 2006.

personalidade se irradiam direitos, ou seja, a personalidade é o suporte para a existência dos direitos ligados a pessoa humana<sup>32</sup>.

Além do caráter extrapatrimonial, os direitos da personalidade têm características especiais que os colocam em um patamar de maior proteção jurídica. Paulo Otero<sup>33</sup> os classifica como universais porque acompanham toda e qualquer pessoa, simplesmente porque é uma pessoa. Como inatos em razão de terem nascido concomitantemente a natureza humana. E como absolutos ou incondicionais por não terem sua existência condicionada a nenhuma circunstância empírica. Por estas razões, segundo o autor, os direitos da personalidade se fazem “valer em todos os tempos, em todos os lugares, em todas as circunstâncias e contra todos”, ou seja, são indisponíveis.

Apesar de se tratarem de direitos inatos a pessoa humana, Giselda Hironaka<sup>34</sup> aponta que é ao longo da vida que os direitos da personalidade se desenvolvem, uma pessoa sente falta de algo essencial a sua vida e por isso busca ao Estado para reclamar ação que vise preencher este vazio. A partir desta compreensão é possível dizer que existem direitos da personalidade específicos que dependem de características específicas das pessoas a quem esses referidos direitos se atribuem.

A tutela jurídica dos direitos da personalidade é envolvida de um risco de banalização. Segundo Anderson Schreiber<sup>35</sup> a impossibilidade de enumerar taxativamente na legislação todo o rol de direitos da personalidade favorece a ocorrência do abuso à demanda judicial por danos morais. Esta banalização gera o efeito contrário ao que pretendeu o legislador ao deixar em aberto o rol de direitos a serem tutelados, mancha o instituto da responsabilidade civil por danos morais e deslegitima a proteção aos direitos da personalidade.

Por esta razão é essencial que em cada caso concreto o aplicador do direito se preocupe em fazer uma análise minuciosa para averiguar se fato encontra-se diante de um dano a personalidade que mereça reparação.

---

<sup>32</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>33</sup> OTERO, Paulo Manuel da Costa. Direito da Vida: Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino. Coimbra. Livraria Almedina, 2004.

<sup>34</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

<sup>35</sup> SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fe objetiva no direito de família. Família e Dignidade Humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM 2006.

### 2.3 A AFETIVIDADE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

O sentimento de afeto e a afetividade como princípio jurídico são dois elementos que não se confundem. Para Paulo Lôbo a afetividade, como emoção, corresponde ao “estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos”.<sup>36</sup> Este afeto é inerente a psique humana e não há como ser imposta ao indivíduo pela lei. Não se pode converter o sentimento em uma obrigação pois, segundo Otávio Luiz Rodrigues Junior<sup>37</sup>, esta imposição pode levar ao absurdo de uma pessoa forjar o afeto para livrar-se dos deveres jurídicos a ele vinculados.

O princípio da afetividade, por sua vez, é um dever jurídico que pode ser oponível nas relações familiares. Nesse sentido, a ausência de afeto ou sentimento entre familiares não é suficiente para presumir a ausência de afetividade jurídica. Ainda segundo Paulo Lôbo, independentemente dos sentimentos que sentem um pelo outro, o dever de afetividade entre parentes é permanente, apenas se extinguindo em situações excepcionais, quais sejam: o falecimento de um dos sujeitos ou a perda do poder familiar nas relações entre pais e filhos e, nas relações entre cônjuges ou companheiros, com o fim da afetividade real, preceito essencial da convivência.

Mesmo que não seja possível a sua imposição dentro das relações interpessoais, o afeto é o elemento agregador da própria família, sobrepondo-se a questões patrimoniais ou biológicas como fundamento do Direito das Famílias dentro da concepção doutrinária contemporânea. Consagrada pela legislação pátria, a afetividade está positivada de maneira implícita na Constituição Federal e no Código Civil quando tratam da proteção da dignidade da pessoa humana, mas é na Lei Maria da Penha<sup>38</sup> (Lei nº 11.340/06) que a afetividade ganha o devido destaque, pois a referida lei apresenta como definição de família a relação íntima de afeto.

A compreensão avançada e multifacetada sobre a família adotada atualmente por grande parte da doutrina brasileira é produto de uma lenta e

---

<sup>36</sup> LÔBO, Paulo. Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

<sup>37</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Família e Pessoa: uma questão de princípios / Coordenadoras: Regina Beatriz Tavares da Silva; Úrsula Cristina Basset. São Paulo: YK, 2018.

<sup>38</sup> BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

arduosa evolução histórica que buscou combater o perfil tradicionalista e arcaico de caráter patriarcalista, matrimonial e religioso, cujo objetivo central é perpetuar a procriação e transmissão de patrimônio dentro de uma linhagem biológica, uma vez adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, apesar da Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 terem buscado promover avanços neste âmbito do direito, a legislação brasileira encontra dificuldades em acompanhar o dinamismo e complexidade com que evoluem as concepções de família. Sobre o assunto, Maria Berenice Dias aponta que

A lei, como vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés **conservador**. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso, a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função - lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.<sup>39</sup>

Uma vez que impossível para a legislação acompanhar a mutabilidade das formas de organização familiar, coube aos estudiosos da área adotarem um elemento que caracterizasse a existência do vínculo familiar e justificasse a mutabilidade constante do conceito de família, sendo este elemento o sentimento. Assim, as compreensões contemporâneas de família partem da existência de laços afetivos, que decorrem da cumplicidade e solidariedade mútuas<sup>40</sup>.

A partir desta compreensão, o Direito de Família é uma matéria que apresenta grandes desafios ao judiciário, pois o papel de mero aplicador da lei mostra-se ineficaz frente a um campo do direito que não se consegue amoldar a vida à norma. Deste modo, a proteção aos sentimentos e a afetividade deve nortear a atuação do Poder Judiciário que tem o compromisso de promover a justiça mesmo quando o direito positivado encontra-se omissivo ou atrasado, pois a impossibilidade de prever e regulamentar todos os arranjos familiares

---

<sup>39</sup>DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias – 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>40</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes. O dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade. Cleide Aparecida Rodrigues Gomes Fermentão e Sarila Hali Kloster Lopes.

existentes não isenta o juiz de seu dever de julgar toda demanda que lhe é apresentada sem deixar de garantir a dignidade da pessoa humana<sup>41</sup>.

## 2.4 A JURIDICIZAÇÃO E PATRIMONIALIZAÇÃO DO SENTIMENTO

O ato de juridicizar um elemento, corresponde ao transporte de algo que se encontra na esfera extrajudicial para o mundo jurídico, em outras palavras, é o ato de atribuir caráter jurídico. Promover a juridicização de algo não significa meramente inseri-lo em uma ação judicial, na verdade, dá-se um tratamento valorativo sob o ponto de vista jurídico, ou seja, observa-se este elemento como objeto digno de tutela a partir dos parâmetros estabelecidos no ordenamento jurídico<sup>42</sup>.

A juridicização do sentimento decorre da transformação da sociedade e do próprio ordenamento. Uma vez que a pessoa humana foi colocada no centro do Direito e a promoção da dignidade da pessoa passou a ser tratada como dever prioritário do Estado foi um processo natural atribuir valor jurídico às esferas existenciais e subjetivas do ser humano.

Tradicionalmente as demandas apresentadas ao judiciário que envolviam as relações familiares versavam quase que exclusivamente sobre a prestação de alimentos e a herança ou partilha de bens. Ocorre que os sentimentos que anteriormente eram tratados como elementos inerentes a psique humana de pouca importância para o Direito, foram colocados como elementos centrais das relações interpessoais e como consequência a sociedade passou a requerer a sua tutela.

A busca pelo Poder Judiciário para solucionar lides envolvendo a esfera sentimental da pessoa criou o desafio de traçar contornos para identificação dos sentimentos que sejam objetivos e ao mesmo tempo que não sejam reducionistas. Para tanto a doutrina e a jurisprudência equiparam os sentimentos ao princípio-dever da afetividade, elemento já discutido neste estudo, para que seja possível extrair uma objetividade mínima necessária a atuação do judiciário.

Nesse sentido, Ricardo Calderón aponta que

---

<sup>41</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias – 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>42</sup> ASENSI, Felipe Dutra. Devemos pensar o Direito para além do Judiciário. Disponível em: <  
<http://www.institutodialogo.com.br/devemos-pensar-o-direito-para-alem-do-judiciario/>>  
Acessado em 14 de novembro de 2019.

[...] o princípio da afetividade jurídica possui duas dimensões: uma objetiva, que é retratada pela presença de eventos representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva; e outra subjetiva, que refere ao afeto anímico em si, o sentimento propriamente dito. A verificação dessa dimensão subjetiva certamente foge ao Direito e, portanto, será sempre presumida, o que permite dizer que, uma vez constatada a presença da dimensão objetiva da afetividade, restará desde logo presumida a sua dimensão subjetiva.<sup>43</sup>

A partir da atribuição de valor jurídico aos sentimentos e o crescimento do ajuizamento de ações judiciais demandando a tutela das relações de afeto surgiu a preocupação, por parte dos estudiosos da área, quanto a monetarização dos sentimentos. Atribuir valor pecuniário às relações familiares é um ponto de grande controvérsia na doutrina e jurisprudência brasileira pois reduzir a esfera afetiva de uma pessoa a um quantum econômico pode ser visto como um ato de grande contradição dentro de um ordenamento que busca colocar a personalidade humana acima das questões patrimoniais.

Nesse sentido, o autor manifestamente contrário à patrimonialização dos vínculos afetivos, Cesar Rosalino, questiona que a relação entre familiares que se dá apenas com propósito de evitar uma indenização pecuniária causaria maiores traumas emocionais do que a inexistência desta relação familiar<sup>44</sup>. Segundo este entendimento, o convívio e cuidado decorrentes de imposição legal não cumpre com o propósito de proteção aos sentimentos. Neste contexto, a parte da doutrina contrária a patrimonialização dos sentimentos consagra que “nem sempre a presença de alguém que efetivamente não queria estar ali será algo vantajoso”<sup>45</sup>.

Ocorre que esta construção doutrinária está permeada de equívocos pois atribuir valor econômico ao dano causado na esfera emocional não visa reduzir as relações familiares a um quantum pecuniário ou obrigar um convívio familiar não desejado. Na verdade, obrigar um indivíduo a indenizar outro por

---

<sup>43</sup> CALDERÓN, Ricardo Lucas. Afetividade e cuidado sob as lentes do direito. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/12/08/afetividade-e-cuidado-sob-lentes-direito/> > Acessado em 15 de novembro de 2019.

<sup>44</sup> ROSALINO, Cesar Augusto de Oliveira Queiroz. A gente não quer só dinheiro, a gente quer dinheiro e felicidade: como a patrimonialização do afeto pode interferir nas relações familiares. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/22080/a-gente-nao-quer-so-dinheiro-a-gente-quer-dinheiro-e-felicidade#ixzz3n2tZxScz> > Acessado em 15 de novembro de 2019.

<sup>45</sup> BENNESBY, Giulia Rabe. A Jurisdicização do afeto e a responsabilidade civil por abandono afetivo. Rio de Janeiro, 2015. Monografia de final de curso – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: < <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/25769/25769.PDF> > Acessado em 13 de novembro de 2019.

descumprir com os deveres de afetividade é um caminho que busca conscientizar que as obrigações que se originam a partir da existência dos laços familiares não são facultativas e garantir o cumprimento efetivo desses deveres.

Desta maneira, conforme já elucidado neste estudo, a figura do dano moral não tem como característica o propósito de apagar a ofensa causada. Em se tratando de lesão a um direito da personalidade não é possível alcançar o estado anterior à lesão, deste modo, a indenização por dano moral não pode reparar a ofensa, pode apenas oferecer uma compensação ao ofendido.

Sobre o tema, Sylvia Maria Mendonça do Amaral pondera que

Monetarizar não é impor preço ao relacionamento, ao afeto. Não é fazer do amor uma mercadoria e, sim, uma maneira de ensinar, mesmo que de forma a princípio assustadora, que as relações afetivas e familiares geram direitos e deveres para as pessoas nelas envolvidas e que essas relações têm que ser alvos de intensos cuidados<sup>46</sup>.

A partir desta compreensão, além do caráter compensatório, a patrimonialização do afeto atua de modo pedagógico ao impor a pessoa que descumpriu com seus deveres dentro das relações amorosas e familiares a obrigação de responder pelos danos que causou, pois gera um efeito preventivo, evitando que ocorra qualquer ofensa aos sentimentos dos familiares e conviventes.

Assim, diferente do apresentado por César Rosalino, a patrimonialização do sentimento não se mostra contraditória a primazia do afeto dentro do Direito de Família uma vez que não se busca substituir o vínculo familiar pela pecúnia, mas sim maximizar a proteção jurídica aos sentimentos a partir da noção de que a ausência de uma norma jurídica que positive a obrigação legal de amor ou afeto não exonera os deveres da família de cuidado e solidariedade estabelecidos no código civil.

### **3 AS PROJEÇÕES DO SENTIMENTO NA RESPONSABILIDADE AFETIVA FAMILIAR**

---

<sup>46</sup> DO AMARAL, Sylvia Maria Mendonça. Os sentimentos têm preço. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-53/os-sentimentos-tem-preco/> > Acessado em 16 de novembro de 2019.

### 3.1 A RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES CONJUGAIS E NAS RELAÇÕES PARENTAIS

São diversas as formas como as pessoas podem se organizar dentro de um laço familiar. A família tradicional composta por pai, mãe e filhos não é a mais a única reconhecida e tutelada pelo Direito. Cada forma de vínculo familiar tem respaldo e proteção jurídica, sendo inconstitucional qualquer tipo de discriminação.

Ocorre que o ordenamento jurídico se delongou em dois tipos de laços específicos, dando um tratamento mais detalhado para essas relações. São essas as relações entre pais e filhos e as relações conjugais, seja essa segunda relação decorrente de casamento ou união estável. É importante diferenciar esses dois vínculos pois os direitos e deveres que emanam de cada uma dessas relações são extremamente diferentes.

#### 3.1.1 Relações conjugais

A liberdade é o elemento que melhor caracteriza as relações conjugais. O laço familiar existe exclusivamente porque as partes emanaram espontaneamente sua vontade de constituir um vínculo familiar, motivados pelo afeto que nutrem um pelo outro. Deste modo, os conviventes optam por assumir os deveres e obrigações decorrentes dos laços familiares.

É o princípio da liberdade garante que os conviventes escolham quem serão seus parceiros, assegurando o direito ao matrimônio ou a formação de união estável sem impor restrições de cunho discriminatório, possibilitando as uniões homoafetivas. Os conviventes são livres, também, para optar quanto ao regime de bens que regerá a relação. Há liberdade, ainda, para dissolver o casamento e extinguir a união estável sem que se precise motivar o fim da conjugalidade<sup>47</sup>.

Outro princípio de fundamental importância para as relações conjugais contemporâneas é o princípio da igualdade. Tão grande a relevância deste princípio que a Constituição Federal não se limitou a dizer que “todos são iguais perante a lei”, o constituinte julgou necessário, enfatizar que “homens e mulheres

---

<sup>47</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias – 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

são iguais em direitos e obrigações”<sup>48</sup>, para que ficasse evidente que não há espaço dentro do ordenamento jurídico brasileiro para concepções que subordinam e oprimem as mulheres. Consagrar a isonomia entre homens e mulheres dentro da família foi um avanço necessário para a desconstrução da histórica subordinação feminina dentro das relações conjugais.

Uma vez que fruindo da liberdade de escolha e da isonomia jurídica, a opção por formar uma sociedade conjugal gera deveres recíprocos, como exemplo os deveres de solidariedade, de mútua colaboração e de fidelidade, característicos às relações familiares. Essas obrigações decorrem de um pacto de vontade e confiança entre as pares, desse modo, é natural que a quebra desses deveres gera ao ofendido o direito de requerer uma indenização por parte daquele que lhe causou dano.

Cumprir destacar que não cabe ao Direito regulamentar o amor, dentre as obrigações assumidas em uma relação conjugal não existe o dever de permanecer no relacionamento quando não existe mais sentimentos ou mesmo interesse em permanecer junto. Assim, não há que se falar em dano ou dever de indenizar pelo simples rompimento da relação, pois qualquer tentativa de impor o sentimento ou obrigar a continuidade da relação viria a lesar o princípio da liberdade<sup>49</sup>. Deste modo, para extinguir uma sociedade conjugal, o convivente não precisa apresentar um justo motivo, a simples vontade de não continuar na relação é suficiente para dissolvê-la.

No entanto, a forma como se encerra a relação pode ensejar grave dano ao cônjuge ou companheiro. Em casos como a quebra do dever de fidelidade ou a recusa em se casar manifestada apenas no dia da celebração do casamento fica evidenciada a dor e constrangimento decorrentes do rompimento.

O fim da relação por si só não gera humilhação a que se deva indenizar, mas a cuidadosa análise dentro de cada caso concreto faz-se necessária pois apesar de não existir um “dever de amar” para ser descumprido, o término da

---

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias – 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>49</sup> LUCAS, Douglas Cesar; GHISLENI, Pâmela Copetti. O amor e o direito pertencem a “idiomas” distintos: uma crítica à juridicização do afeto. **RBSD** – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 4, n. 3, set./dez. 2017.

relação pode estar associado a ruptura de obrigações conjugais, configurando assim um ato ilícito<sup>50</sup>.

Neste sentido, o que se busca tutelar dentro das relações conjugais não é a manutenção do vínculo familiar a todo custo, mas sim o efetivo cumprimento dos deveres da afetividade enquanto durar o relacionamento. Algumas dessas obrigações inclusive se estendem ao fim da relação, como exemplo o dever de respeito mútuo e principalmente o dever de sustento guarda e educação dos filhos.

### 3.1.2 Relações parentais

As relações parentais em muito se destoam das relações conjugais. O casamento que outrora foi o centro da família perdeu espaço para o cuidado dos filhos que hoje figuram como o maior enfoque do Direito das Famílias. Sendo o princípio do maior interesse do menor o norteador dessas relações.

Para tanto foi necessário superar a arcaica concepção de que os filhos estavam subjulgados ao poder do *paterfamilias*, poder este que concedia aos genitores autonomia absoluta sob a vida dos filhos, chegando ao extremo de dispor do “direito de vida e de morte, um direito de os vender e ainda um direito de os abandonar”<sup>51</sup>. A figura do poder do *paterfamilias* deu lugar ao poder familiar que foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 como um poder-dever que apenas existe para satisfazer as necessidades e anseios do filho.

Diferentemente das relações conjugais, nas relações entre pais e filhos não há que se falar em isonomia entre as partes e muito menos em escolha dos filhos em iniciar este vínculo familiar. Deste modo, fica evidente que os filhos são vulneráveis e dependentes nesta relação e por isso merecem máxima proteção do ordenamento jurídico.<sup>52</sup>

Cumprir destacar que a relação parental aqui tratada não se reduz ao vínculo genético, pois a paternidade biológica não supri o convívio diário

---

<sup>50</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Família e Pessoa: uma questão de princípios / Coordenadoras Regina Beatriz Tavares da Silva; Úrsula Cristina Basset – São Paulo: YK, 2018.

<sup>51</sup> OTERO, Paulo Manuel da Costa. Direito da Vida: Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino. Coimbra. Livraria Almedina, 2004.

<sup>52</sup> DE MORAES, Maria Celina Bodin. A responsabilidade e a reparação civil em Direito de Família. Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

constituidor do laço afetivo<sup>53</sup>. Fala-se em direito das famílias pois são plúrimas as formas de se configurar a relação familiar, sendo o afeto a característica essencial dessas relações. Deste modo, as proteções e responsabilidades aqui discutida se estendem para todo vínculo paternal independentemente de se originar de adoção, genética ou da socioafetividade. Este reconhecimento das formas diversas formas de paternidade visa ampliar o sistema de proteção aos interesses do menor.

Neste contexto, Giselda Hinoraka destaca que a criança não se divorcia dos seus pais, de modo que ao privar a criança do convívio, amparo afetivo, moral e psíquico de um de seus genitores configura-se uma grave violação a seus direitos da personalidade. Assim, a relação paterno-filial não é marcada de transitoriedade, pois a paternidade não é uma faculdade mas sim um dever que se descumprido causa profundos danos ao menor.<sup>54</sup>

A partir do exposto os pais são responsáveis por toda a esfera emocional dos filhos, de modo que não basta cumprirem com seu dever material de suprir as necessidades financeiras dos menores. Com base nos deveres de afetividade, inerentes aos laços familiares, os genitores devem zelar pelas condições biopsíquicas de seus filhos, pois a suas atitudes e omissões repercutem diretamente no campo emocional da criança que se encontra em situação de total dependência dos pais.

Por estas razões, as relações paterno-filiais são permeadas de situações que culminam na lesão dos sentimentos e conseqüentemente no dever de reparar, especialmente com o fim da relação conjugal dos genitores, pois a separação conjugal comumente se torna palco para alienação parental ou para o abandono afetivo. Fere-se assim o dever de convivência e de solidariedade causando nos filhos abalos psicológicos que por muitas vezes são irreparáveis.

Neste contexto, o ordenamento buscou formas de proteger os menores, não só lhes concedendo tratamento especial na Constituição Federal e no

---

<sup>53</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o>> Acessado em 16 de novembro de 2019.

<sup>54</sup> HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/289/Os+contornos+jur%C3%ADdicos+da+responsabilidade+afetiva>> Acessado em 16 de novembro de 2019.

Código Civil, como também dedicando um estatuto exclusivamente para resguardar os seus direitos, o ECA. Sendo a tutela jurídica do sentimento e a possibilidade de indenizar os pais pelos danos existenciais experimentados uma das formas que o Direito encontrou de assegurar o melhor interesse do menor.

Trata-se aqui de uma relação entre desiguais, a vulnerabilidade dos filhos menores frente ao seus pais torna os danos sofridos em decorrência da quebra dos deveres familiares extremamente gravosos. Diante disso, a expressão “responsabilidade” é precisa para descrever a natureza do laço paterno-filiar, pois existe nesta relação uma efetiva vulnerabilidade, uma vez que pais e filhos encontram-se em posições diferentes dentro deste um relacionamento que é evidentemente assimétrico<sup>55</sup>.

### 3.2 DA RUPTURA DOS DEVERES FAMILIARES E A INTERVENÇÃO ESTATAL

No âmbito das relações conjugais a intervenção estatal se reduz a tutela indenizatória uma vez comprovado o descumprimento dos deveres conjugais, a esfera patrimonial do casal é devidamente garantida a partir do regime de bens escolhido e os demais aspectos do relacionamento são regidos pelos princípios da liberdade e da afetividade dentro da esfera privada do casal. Deste modo a atuação estatal dentro de uma composição familiar em que inexistem filhos é extremamente restrita, permitindo que os conviventes delimitem os moldes de sua relação respeitando a sua intimidade.

Este cenário se altera significativamente quando existem menores diretamente envolvidos nessa relação familiar. Em se tratando da proteção à criança e ao adolescente, o Estado possui legitimidade e dever constitucional para adentrar e interferir no íntimo da vida familiar.

Ao mesmo tempo em que os pais cumprem um dever de afeto e cuidado com os seus filhos, o Estado cumpre um poder-dever de fiscalização da efetivação do melhor interesse do menor. Este dever de controle e fiscalização

---

<sup>55</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>> Acessado em 18 de novembro de 2019.

foi atribuído pela constituição não só ao Estado, como também à sociedade.<sup>56</sup>

Nesse sentido Paulo Otero apresenta importante reflexão de que

[...] o valor de uma constituição não está tanto naquilo que ela diz, antes reside no modo como ela é aplicada na prática: “de nada vale consignar na constituição as mais irrevogáveis imunidades e liberdades individuais, desde o momento em que as condições do meio social não as fortaleçam e protejam”<sup>57</sup>.

Deste modo, cabe ao Poder Público exercer função de vigilante, devendo reconhecer as situações em que os direitos fundamentais das crianças se encontram ameaçados em razão da impossibilidade dos pais em atender todas as necessidades dos filhos para suprir esta atuação paterna e prover aos menores os seus direitos fundamentais básicos. Para tanto, o Estado dispõe de diversos mecanismos de atuação, dentre eles destaca-se o Ministério Público que tem o dever de identificar quando os deveres familiares não estão sendo cumpridos pelos pais e de promover o efetivo cumprimento desses direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Em busca de promover a Responsabilidade Afetiva no âmbito familiar, o Estado tenta, também, atuar preventivamente para evitar situações que causem graves danos a esfera emocional dos menores. Nesta linha de atuação foi implementada a Lei da Igualdade Parental<sup>58</sup>, Lei nº 13.058 de 2014, que estabeleceu a guarda compartilhada como regra geral de convivência familiar.

Referida lei buscou garantir que a convivência dos filhos com seus pais ocorresse de forma equilibrada, independente de existir acordo dos pais nesse sentido<sup>59</sup>. A partir de uma perspectiva de proteção dos sentimentos do menor, a lei objetivou forçar os genitores a conviver com os filhos, uma vez que a convivência é também um direito dos filhos e não só dos pais, evitando assim que os menores vivenciem as dores de um abandono afetivo.

Outro propósito que se buscou alcançar com a difusão da guarda compartilhada foi o combate à alienação parental, pois uma vez que o contato

---

<sup>56</sup> BENNESBY, Giulia Rabe. A Jurisdicização do afeto e a responsabilidade civil por abandono afetivo. Rio de Janeiro, 2015. Monografia de final de curso – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: < <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/25769/25769.PDF> > Acessado em 17 de novembro de 2019.

<sup>57</sup> OTERO, Paulo Manuel da Costa. Direito da Vida: Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino. Coimbra. Livraria Almedina, 2004.

<sup>58</sup> BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm) >. Acessado em 19 de Novembro de 2019.

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias – 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

do menor com ambos os pais é equilibrado, as tentativas de um genitor em distorcer a imagem que a criança tem do outro seriam muito menos eficazes pois os laços de afeto e confiança criados com a criança não seriam facilmente abalados.

Quanto a alienação parental, a intervenção do Estado nas relações familiares para evitar que um pai comprometa o relacionamento do filho com o outro é bastante incisiva. Tendo em vista que os danos emocionais decorrentes de uma alienação parental são profundos e repercutem até a vida adulta, foi criada, também, uma lei especificamente para combater esta prática. A Lei da Alienação Parental<sup>60</sup>, Lei nº 12.318 de 2010, utiliza-se de conhecimentos interdisciplinares para proteção do menor e atribui punições ao genitor alienador que extrapolam o âmbito da indenização pecuniária, podendo até levar a destituição do poder familiar.

Não é possível esgotar neste estudo todas as formas de ruptura dos deveres familiares, pois as particularidades de cada arranjo familiar possibilitam a ocorrência de diferentes formas de ofender a seara sentimental dos familiares. Questões que extrapolam o direito civil como a violência contra a mulher, o *bulling*, o abuso sexual e os castigos físicos estão fortemente relacionadas com o Direito de Família e se apresentam como problemáticas de difícil solução para o Estado.

### 3.3 OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE TUTELAR O SENTIMENTO NA RELAÇÃO FAMILIAR

O instituto da Responsabilidade Civil apresenta grande efetividade para solucionar as mais variadas lides que a sociedade apresenta ao Poder Judiciário. A tutela indenizatória mostra-se eficaz para garantir a reparação dos danos nas relações civis, sejam esses danos decorrentes do descumprimento de um dever previamente pactuado entre as partes, ou de ato ilícito cometido por um indivíduo que feriu a esfera jurídica de outro sem que houvesse qualquer tipo de relação prévia entre eles.

---

<sup>60</sup> BRASIL. Lei da Alienação Parental (2010). Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acessado em 19 de Novembro de 2019.

O sucesso da responsabilidade civil nestes casos decorre do caráter pontual do conflito que envolve os litigantes. Quando o fato gerador do dano tem caráter transitório, a mera compensação monetária tem condão de extinguir o conflito entre as partes. O dano existencial sofrido em decorrência da matrícula em faculdade cujo curso superior não foi reconhecido pelo MEC, por exemplo, será alvo de indenização que mesmo que não se consiga reparar o dano vivenciado, proporcionará uma compensação a parte lesada e colocará fim a relação entre ofendido e ofensor.

Não se espera que após a solução da demanda por via judicial o aluno que foi enganado ainda mantenha algum vínculo com esta faculdade. Assim, além da reparação pecuniária, o fim da litigância oferece uma satisfação pessoal ao lesado por encerrar a relação que originou o dano. Dentro da esfera familiar a solução do conflito é mais delicada, uma vez que a relação não se extingue com o reconhecimento judicial do dever de indenizar.

O vínculo parental é permanente, não se deixa de ser pai ou filho após uma ofensa aos deveres familiares. Por esta razão o caminho apresentado pela responsabilidade civil para tutelar os sentimentos dentro das relações familiares nem sempre apresentará resultados positivos. Inserir uma relação afetiva já desgastada e marcada pela ofensa à esfera emocional dos envolvidos em um embate judicial tende a tornar a relação ainda mais debilitada, pois o processo judicial pode ser extenuante e doloroso para as partes em razão da exposição de sua vida íntima.

Neste contexto, o Direito busca apresentar formas alternativas para a solução de conflitos. Quando a pretensão do ofendido é a reparação pelos sofrimentos vivenciados em razão do dano existencial, a responsabilidade civil é o instituto jurídico que melhor poderá solucionar a demanda. Mas quando o objetivo do ofendido é reestabelecer os laços fragilizados em razão da conduta lesiva, o instituto da mediação se apresenta como meio mais eficaz para apaziguar o conflito.

A mediação é um meio alternativo para solução de conflitos que busca auxiliar as pessoas a desenvolverem a aptidão de solucionar seus próprios conflitos a partir de uma nova forma de se relacionar. Dentro das relações familiares esta capacidade de autogestão dos conflitos propicia um ambiente

favorável ao desenvolvimento emocional dos integrantes da família<sup>61</sup> e uma possível reconciliação.

Um dos aspectos negativos do processo judicial envolvendo familiares é que as partes são postas em lados opostos. Nas ações judiciais os interesses conflitantes são colocados de modo que os envolvidos se vejam como adversários, dessa forma o vínculo afetivo que une essas pessoas acaba sendo suprimido. Situação esta que não ocorre na mediação, pois segundo Adolfo Braga Neto, trata-se de uma técnica não-adversarial<sup>62</sup>, o que significa que as partes trabalham conjuntamente para solucionar a questão e não uma contra a outra.

A mediação não visa a realização de acordo e não leva a um vencedor, mas sim a comunicação entre os familiares, para que reconheçam reciprocamente os sentimentos que foram lesados. Com auxílio do mediador as partes estabelecem uma comunicação que visa amenizar os danos causados, de modo que se torne possível a superação do conflito e o reestabelecimento do vínculo afetivo<sup>63</sup>.

Nesse sentido, Hideliza Cabral aponta que

[...] a mediação familiar facilita a manutenção das relações continuadas, propondo uma verdadeira mudança de paradigma. Este processo incentiva as partes a observarem positivamente os conflitos, amenizando-os e entendendo-os como fatos naturais. A partir destas transformações, os parentes passam a conviver melhor, evitando novas contendas. [...] É na soberania de vontade que se encontra maior vantagem da mediação, pois, estando as partes dispostas a buscarem um consenso, já se pode vislumbrar, ao nível emocional, a resolução do conflito<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat, Vívian Boechat Cabral Carvalho, Carlos Henrique Medeiros de Souza e Michelle Dutra Peres. Mediação de Conflitos no Direito das Famílias. Disponível em: <  
[http://www.lex.com.br/doutrina\\_27073628\\_MEDIACAO\\_DE\\_CONFLITOS\\_NO\\_DIREITO\\_DA\\_S\\_FAMILIAS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27073628_MEDIACAO_DE_CONFLITOS_NO_DIREITO_DA_S_FAMILIAS.aspx) > Acessado em 18 de novembro de 2019.

<sup>62</sup> BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord). Mediação - métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, n. 1, 1999.

<sup>63</sup> TOALDO, Adriane Medianeira e Fernanda Rech de Oliveira. Mediação familiar: novo desafio do Direito de Família contemporâneo. Disponível em: <  
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-familiar-novo-desafio-do-direito-de-familia-contemporaneo/> >. Acessado em 19 de novembro de 2019.

<sup>64</sup> CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat, Vívian Boechat Cabral Carvalho, Carlos Henrique Medeiros de Souza e Michelle Dutra Peres. Mediação de Conflitos no Direito das Famílias. Disponível em: <  
[http://www.lex.com.br/doutrina\\_27073628\\_MEDIACAO\\_DE\\_CONFLITOS\\_NO\\_DIREITO\\_DA\\_S\\_FAMILIAS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27073628_MEDIACAO_DE_CONFLITOS_NO_DIREITO_DA_S_FAMILIAS.aspx) > Acessado em 18 de novembro de 2019.

Deste modo a mediação mostra-se como um meio alternativo de solução de conflitos que pode apresentar resultados positivos para os casos em que o que se busca alcançar não é a responsabilização civil, mas sim a efetiva fruição da afetividade dentro da relação familiar.

## CONCLUSÃO

A concepção de família sofreu diversas mudanças em razão da evolução humanidade. Essas evoluções resultaram na criação da Constituição Federal de 1988 que promoveu o reconhecimento de múltiplos formatos de família e resultou em uma configuração social em que a família é encarada como base da sociedade. Diante disso o tratamento jurídico ao sentimento passou a ser uma preocupação do ordenamento uma vez que o afeto é o elemento essencial da família. Para garantir a proteção da esfera sentimental do indivíduo, o afeto foi elevado a condição de princípio constitucional.

Neste contexto, os sentimentos se apresentam como figura essencial para a formação da personalidade no âmbito intelectual e psíquico a partir da observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Em decorrência disso, a figura da afetividade ganha destaque, pois neste cenário o afeto ganhou status de dever jurídico que deve ser observado dentro das relações parentais e conjugais.

Como se trata de uma obrigação jurídica, a ausência da afetividade dentro da vida familiar configura o rompimento de um dever, logo trata-se um ato ilícito que importa em dano moral. A partir deste paradigma a responsabilidade civil se apresenta como forma de tutelar o sentimento nas relações familiares e efetivar os direitos fundamentais dos membros desta família.

Para tanto buscou-se atribuir valor jurídico ao sentimento, em decorrência desta juridicização ocorreu a patrimonialização do sentimento que, apesar de se tratar de um tema controverso na doutrina, foi um processo necessário para garantir a efetivação da responsabilidade civil nos casos em que o dano se restringe a esfera emocional do ofendido.

Cuidou-se de diferenciar a natureza das relações conjugais e das relações entre pais e filhos. Mesmo que em ambas a figura do dever de afetividade esteja presente a forma como o Estado intervém e as possibilidades de incidir a responsabilidade civil são distintas. Em se tratando das relações conjugais o Estado permite uma maior autonomia e privacidade, vigoram os princípios da liberdade e isonomia entre os conviventes, cabendo ao Estado intervir apenas em casos pontuais em que houve um grave descumprimento dos deveres conjugais que acarretou em dano afetivo digno de tutela jurisdicional.

Quanto as relações entre pais e filhos, o Poder Público cumpre um papel mais atuante, pois é dever constitucional não só da família como também do Estado e da sociedade garantirem a observância de todos os direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Nesse sentido o princípio norteador das relações paterno-filiais é o do melhor interesse do menor. Neste contexto, a autonomia da vontade dá lugar ao dever de cuidado.

Diante do exposto, a responsabilidade civil se apresenta como forma de compensar os danos experimentados dentro das relações familiares, no entanto é característica intrínseca ao dano moral a impossibilidade de reestabelecer a situação do ofendido ao estado anterior ao dano. Assim, uma vez lesada a esfera sentimental do indivíduo, a tutela indenizatória fornece uma mera compensação.

Em razão das limitações do instituto da responsabilidade civil, buscou-se outros meios de tutelar os sentimentos. A formulação de leis como a lei da palmada e a lei da alienação parental que se destinam especificamente a intervir na relação familiar foi uma das formas que o direito encontrou para proteger os direitos da personalidade.

Por fim, um outro caminho apresentado para solucionar os conflitos entre familiares é o instituto da mediação. Este procedimento alternativo se afasta do embate e do litígio, cumprindo papel importante na superação do dano dentro da família com objetivo de se resguardar os vínculos afetivos dando protagonismo às partes, por meio do incentivo ao diálogo.

O presente trabalho buscou, portanto, discutir a relevância da proteção dos sentimentos, como direito inerente a personalidade, para o desenvolvimento pleno do indivíduo dentro da família seja por meio da convivência harmoniosa no seio familiar ou pela imposição legal dos deveres de cuidado e afeto.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ASENSI, Felipe Dutra. *Devemos pensar o Direito para além do Judiciário*. Disponível em: <http://www.institutodialogo.com.br/devemos-pensar-o-direito-para-alem-do-judiciario/>. Acesso em: 14 de nov. de 2019.

BENNESBY, Giulia Rabe. *A Jurisidicização do afeto e a responsabilidade civil por abandono afetivo*. Rio de Janeiro, 2015. Monografia de final de curso – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/25769/25769.PDF>. Acesso em: 13 de nov. de 2019.

BERTONI, Felipe Faoro. *O crime e as emoções humanas*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-crime-e-as-emocoes-humanas/>. Acesso em: 10 de nov. de 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>. Acesso em: 18 de nov. de 2019.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, n. 1, 1999.

BRASIL. *Código Civil* (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 08 de nov. de 2019.

\_\_\_\_\_. *Código Penal* (1940). Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 de nov. de 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 de nov de 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei da Alienação Parental* (2010). Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm). Acesso em: 19 de nov. de 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Maria da Penha* (2006). Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 08 de nov. de 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm). Acesso em: 19 de nov. de 2019.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo Como Categoria Constitucional*. 1. ed. 2. reimpressão. Belo Horizonte, 2012.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat, Vívian Boechat Cabral Carvalho, Carlos Henrique Medeiros de Souza e Michelle Dutra Peres. *Mediação de Conflitos no Direito das Famílias*. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_27073628\\_MEDIACAO\\_DE\\_CONFLITOS\\_NO\\_DIREITO\\_DAS\\_FAMILIAS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27073628_MEDIACAO_DE_CONFLITOS_NO_DIREITO_DAS_FAMILIAS.aspx). Acesso em: 18 de nov. de 2019.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Afetividade e cuidado sob as lentes do direito*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/12/08/afetividade-e-cuidado-sob-lentes-direito/>. Acesso em: 15 de nov. de 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

CRUZ, Gaston Fernandez. Responsabilità civile e tutela dei diritti. In: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*. Milano: Giuffrè, 2006. t. IV.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. *A responsabilidade e a reparação civil em Direito de Família*. In *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7.

DO AMARAL, Sylvia Maria Mendonça. *Os sentimentos têm preço*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-53/os-sentimentos-tem-preco/>. Acesso em: 16 de nov. de 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de (org). *Curso de direito civil: responsabilidade civil/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal,/ Peixoto Braga Netto*- 4. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado 445. V. *Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>. Acesso em: 04 de nov. de 2019.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes. *O dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade*. Cleide Aparecida Rodrigues Gomes Fermentão e Sarila Hali Kloster Lopes. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920>. Acesso em: 09 de nov. de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Manual de direito civil: volume único* (Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho) – São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil* (Carlos Roberto Gonçalves) – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/289/Os+contornos+jur%C3%ADdicos+da+responsabilidade+afetiva+>. Acesso em: 16 de nov. de 2019.

\_\_\_\_\_. O conceito de família e sua organização jurídica. In *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 16 de nov. de 2019.

\_\_\_\_\_. Direito de Família e os Princípios Constitucionais. In *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

LUCAS, Douglas Cesar; GHISLENI, Pâmela Copetti. *O amor e o direito pertencem a “idiomas” distintos: uma crítica à juridicização do afeto*. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 4, n. 3, set./dez. 2017.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; MAIA, Alexandre da; ESTEVES, Juliana Teixeira. *Uma erótica jurídica: o lugar do sentimento na juridicidade e o nascimento do poeta-juiz*. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 3., n. 3, p. 241-257, set./dez. 2016.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Discurso de ódio e tutela jurídica dos sentimentos no direito privado*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-10/direito-civil-atual-discurso-odio-tutela-juridica-sentimentos-direito-privado#sdfootnote17sym>. Acesso em: 09 de nov. de 2019.

MELLO, Marcos Bernades de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MUIHOIAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

OTERO, Paulo Manuel da Costa. *Direito da Vida*: Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino. Coimbra. Livraria Almedina, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil – v. I* (Atual. Maria Celina Bodin de Moraes) – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, Miguel. *Política e direito*: ensaios. São Paulo: Saraiva 2006.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Família e Pessoa*: uma questão de princípios (Coordenadoras Regina Beatriz Tavares da Silva; Úrsula Cristina Basset). São Paulo: YK, 2018.

ROSALINO, Cesar Augusto de Oliveira Queiroz. *A gente não quer só dinheiro, a gente quer dinheiro e felicidade*: como a patrimonialização do afeto pode interferir nas relações familiares. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/22080/a-gente-nao-quer-so-dinheiro-a-gente-quer-dinheiro-e-felicidade#ixzz3n2tZxScz>. Acesso em: 15 de nov. de 2019.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris, 1951. *Cours de droit civil*. 12. ed. Paris: LGDJ, 1949.

SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. *RTDC*, v. 22, p. 51, abr.jun. 2005.

\_\_\_\_\_. *O princípio da boa-fe objetiva no direito de família*. Família e Dignidade Humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM 2006.

TOALDO, Adriane Medianeira e Fernanda Rech de Oliveira. *Mediação familiar*: novo desafio do Direito de Família contemporâneo. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-familiar-novo-desafio-do-direito-de-familia-contemporaneo/>. Acesso em: 19 de nov. de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. V. 4.