

DIREITO CIVIL

ARTIGO

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA BRASILEIRA E A QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO AFETO

THE CIVIL RESPONSABILITY FOR AFFECTIVE ABANDONMENT: HISTORICAL EVOLUTION OF BRAZILIAN FAMILY AND THE MATTER OF THE AFFECTION JURIDICAL NATURE

ANA CAROLINA BARBOSA AMARAL

Advogada

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil

anacarol_barbosa@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar os avanços do Direito de Família, sobretudo em face dos impactos trazidos pela constitucionalização do Direito Civil e pela elevação do afeto ao posto de elemento caracterizador e fundamental das relações familiares. Com base nesta visão civil-constitucional, os deveres jurídicos dos pais em relação aos filhos ganharam novos nuances, tendo-se instalado discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica do afeto. Questiona-se se o afeto, por se tratar de um princípio jurídico, possui força normativa e pode ser imposto, ou se este sentimento cinge-se a um valor jurídico. Caso se mostre como um princípio, sua inobservância configuraria ilícito civil, ensejadora de responsabilidade civil pelos danos morais suportados pelo filho, em face do abandono perpetrado por qualquer de seus genitores. Com o intuito de defender a natureza jurídica do afeto como princípio, portanto, dotado de força normativa, apresentam-se argumentos jurídicos levantados pela doutrina especializada, bem como pela jurisprudência, ao julgar casos semelhantes à hipótese aqui narrada.

PALAVRAS-CHAVE: família; afetividade; responsabilidade civil; abandono afetivo; danos morais.

ABSTRACT: The present work has the purpose to analyze the progress occurred to family law, especially because of the impacts brought by the constitutionalization of civil law and by rising the affection to a post to be considered a characterizer factor and fundamental to family relationships. Based on this civil-constitutional view, the legal duties of the parents towards their children gained new nuances and a doctrine discussion and some jurisprudence about the legal nature of the affection has begun. There are some questions if the affection, since it is a legal principle, has normative force, and may be imposed, or if this feeling could be considered a legal value. If it is a principle, failure to comply would configure tort, reason of Civil Liability moral damages supported by the son, in face of abandonment perpetrated by any of its parents. In order to defend the legal nature of the affection as a principle, therefore, endowed with normative force, the legal arguments raised by the specialized doctrine, as the jurisprudence are shown, as well as the judgment of similar cases to the hypothesis here studied.

KEYWORDS: family; affection; liability; emotional neglect; emotional harm.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito das Famílias. 2.1. Breve histórico da família brasileira: do patriarcalismo à afetividade. 2.2. Conceito atual de família: o afeto como elemento estrutural da família contemporânea. 2.3. O conceito e as implicações do poder familiar. 3. A responsabilidade civil oriunda do abandono afetivo na relação paterno-filial. 3.1. A responsabilidade civil. 3.2. Os tipos de responsabilidade civil. 3.3. Requisitos para a configuração do dever de reparar civilmente. 3.4. A responsabilidade civil por abandono afetivo. 3.5. A natureza jurídica do afeto. 3.6. O dano moral por abandono afetivo à luz da jurisprudência brasileira. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A ideia de se dissertar sobre o presente tema nasceu de uma inquietude pessoal. Confesso que o primeiro contato com o assunto se

deu através de veículos de informação não especializados, que, na grande maioria das vezes, desnaturam o instituto, fornecendo-nos informações precipitadas. Obviamente, ninguém entenderia a linguagem jurídica, técnica, tão obscura e escorregadia até para nós, operadores do Direito.

A aplicação do instituto da responsabilidade civil às relações paterno-filiais é um reflexo das enormes transformações sofridas nos últimos anos pelo Direito Brasileiro, sobretudo o Direito Civil, uma vez que os institutos jurídicos até então apresentados não mais atendiam aos anseios da sociedade.

Modificações como a constitucionalização do Direito Civil ensejaram a migração de seus institutos fundamentais e de seus princípios vetores para as Constituições, o que trouxe ao Código Civil e às leis especiais uma unidade harmônica, com base na Constituição Federal de 1988 e na dignidade da pessoa humana, seu princípio basilar.

O Direito de Família foi o ramo que mais sofreu mudanças. Abriu-se espaço para a filosofia eudemonista da busca da felicidade. A base do ordenamento jurídico passou a fundamentar-se no ser humano e na sua dignidade. A função social alargou-se e alcançou diversos institutos jurídicos, dentre eles a família.

Uma das grandes novidades introduzidas no Direito de Família foi o afeto, fator considerado preponderante na conformação das entidades familiares. Tal sentimento tornou-se tão relevante que dois grandes grupos doutrinários se dividiram em posições contrárias, invocando argumentos de variadas ordens para justificar os seus posicionamentos.

Foi com o intuito de entender melhor a responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais que me dediquei nos últimos meses sobre toda e qualquer fonte segura que pudesse me acrescentar. Estudar um sentimento tão grandioso como o afeto na seara do Direito de Família é algo único, gratificante e transcendental.

Ouso por bem esclarecer que a expressão “paterno-filial” não diz respeito somente à figura masculina, ao pai, mas aos pais, biológicos ou

socioafetivos, englobando tanto a figura materna quanto a paterna, ainda que os casos de abandono afetivo pelo pai sejam mais corriqueiros.

Para a elucidação deste trabalho, será utilizado o método categórico-dedutivo, portanto, enfoque ou abordagem, bem como coleta de dados, através de análises documentais como livros, artigos científicos, jurisprudências, legislações brasileiras e *internet*. Encontrar-se-á nesta oportunidade o trabalho de grandes juristas em Direito de Família, dentre os quais cito Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Rodrigo da Cunha Pereira.

Objetiva-se, primordialmente, buscar a definição da natureza jurídica do afeto como condição para a caracterização da responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais. Aliás, é aqui que se encontra o cerne de toda a discussão, qual seja, saber se o afeto pode ser tratado como um princípio, possuindo verdadeiro conteúdo normativo impositivo, ou se se trataria apenas de um valor constitucionalmente assegurado, um ideal a ser buscado pelo Estado, pela sociedade e pelos pais, mas desprovido de conteúdo obrigatório.

Para tanto, descortina-se a evolução histórica da família brasileira, desde os seus primórdios onde se imperava o patriarcalismo, momento em que o casamento era tido como o único rótulo legitimador da família, até se chegar ao conceito de família aberto, inclusivo e não discriminatório que temos hoje na Constituição Federal de 1988.

Entendido o processo de crescimento e evolução pelo qual passou o instituto da família, estudar-se-ão as relações entre pais e filhos e os direitos e deveres decorrentes dessas, incluindo suas penalidades, ocasião em que surge a grande inovação jurídica objeto deste trabalho, no sentido de ser ou não a responsabilidade civil por abandono afetivo uma decorrência do poder familiar mal exercido, ou, melhor dizendo, não exercido.

O instituto da responsabilidade civil será inicialmente estudado de forma isolada, a fim de que suas muitas especificidades sejam clareadas e bem trabalhadas, para que, posteriormente, se possa aplicá-lo ao Direito de Família.

O presente artigo buscou trabalhar com a visão geral e interdisciplinar do Direito, preservando-se, entretanto, as especificidades e peculiaridades de cada área.

2. Direito das Famílias

2.1. Breve histórico da família brasileira: do patriarcalismo à afetividade

Entender o que a família representa em determinada sociedade é, especialmente, vislumbrar o seu papel em certo momento histórico. E, deste modo, dada a ligação que o termo “família” possui com a evolução vivida pelos povos, é possível dizer, ainda que de forma prematura, que aquele pode ser entendido como algo plástico – e não estático, de variadas formas, capaz de se reinventar, de se reestruturar, de agregar novos valores.

Indiscutivelmente, a família é um dos fatos sociais mais importantes do Direito (e aqui já não cabe mais a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado, o que se admite apenas para fins didáticos, pois a ciência do Direito deve ser entendida como um complexo único, em que todas as áreas se complementam), pois se aquele visa a solucionar, entre outros objetos, os conflitos existentes nas relações entre os indivíduos, é a partir da família que se dão as primeiras relações interindividuais, e, conseqüentemente, as primeiras desavenças.

Além disso, a família é o meio social no qual o indivíduo se desenvolve, cresce, discute ideias e experiências, divide os seus sonhos e anseios, aprende, fortalece-se, nutre relações de afeto, amizade, respeito, companheirismo, limites. E é em virtude de tais características que nunca se questionou o fato de que a família é considerada a base da sociedade, ainda que esta tenha tido diversas faces ao longo dos séculos.

Deixando de lado os fatores que deram origem à família, em seus primórdios – cumpre frisar que não se trata de dados menos relevantes, mas apenas para não cair no vício da superficialidade, respeitada a abordagem a que este trabalho se presta –, destaca-se, a partir de en-

tão, o início do instituto jurídico da família no Brasil, que, conforme se verá adiante, associa-se com a história do Direito Português.

As formas de famílias brasileiras refletem diferentes fundamentos, a depender de qual momento da história se analisa, e podem ser relacionados às condições e modelos sociais, morais e religiosos dominantes de determinada época.

Em conformidade com o que dispõe o ilustre doutrinador Paulo Lôbo:

Sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, demarcam-se três grandes períodos: I – do direito de família religioso, ou do direito canônico, que perdurou por quase quatrocentos anos, que abrange a Colônia e o Império (1500-1889), de predomínio do modelo patriarcal; II – do direito de família laico, instituído com o advento da República (1889) e que perdurou até a Constituição de 1988, de redução progressiva do modelo patriarcal; III – do direito de família igualitário e solidário, instituído pela Constituição de 1988. (LÔBO, 2011, p. 40).

O modelo inaugural foi, portanto, o patriarcal. Neste, observa-se a influência do homem sobre a mulher e sobre os filhos, legitimando aquilo que se consignou denominar poder marital e pátrio poder, respectivamente. A família não era solidificada em bases afetivas, mas sim patrimoniais. Estimulava-se a procriação, pois quanto maior fosse a família, maior seria a possibilidade de produção, e, portanto, de renda. A religião católica foi instituída como oficial tanto na Colônia quanto no Império e, por conta disso e da imposição das Ordenações do Reino (ordenamento jurídico proveniente de Portugal), a Igreja tornou-se responsável por regular as relações familiares.

Em outras palavras, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald descrevem que

[...] compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impos-

sibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 40).

Neste sentido, família era sinônimo de casamento, instituto visto na época como indissolúvel. A máxima pregada pelos católicos de que o que o Deus uniu, o homem não separa, era interpretada em seu sentido apenas literal. Todos os demais arranjos familiares formados à margem do casamento não eram reconhecidos pela Igreja, e, por óbvio, não recebiam qualquer proteção ou regulação estatal.

O patriarcalismo vivenciado pelo Brasil foi coincidente com o Estado Liberal, que imperava no mundo ocidental. Influenciado pelos ideais iluministas de liberdade e igualdade, pregava-se a limitação do poder político e a não intervenção nas relações privadas e no poder econômico.

No entanto, Paulo Lôbo pondera que:

[...] a liberdade era voltada à aquisição, domínio e transmissão da propriedade, e a igualdade ateu-se ao aspecto formal, ou seja, da igualdade formal de sujeitos abstraídos de suas condições materiais ou existenciais. Mas, a família, nas grandes codificações liberais burguesas, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque estavam à margem dos interesses patrimonializantes que passaram a determinar as relações civis. (LÔBO, 2011, p. 33).

As Constituições de 1824 e 1891 sofreram as influências do Estado Liberal, o que acabou por resultar na ausência de regulamentação no que tange às relações familiares.

Neste período histórico, cumpre acrescer que a mulher casada era tida como relativamente incapaz, necessitando da outorga marital para determinados atos da vida civil. Conforme dito alhures, em razão do pátrio poder exercido exclusivamente pelo pai, a opinião da mãe era relegada a segundo plano, somente aceita no caso de ausência do patriarca.

Como na época era absolutamente cabível e possível falar em filhos legítimos (frutos do casamento) e ilegítimos, restava aos primeiros apenas obedecer ao disposto por seu pai. Aos últimos, nada restava, pois não eram admitidos pelo ordenamento jurídico. Nem mesmo o direito de ver reconhecida a paternidade lhes era dado.

Em face do modelo de família conservador, matrimonial, patriarcal, patrimonial, indissolúvel e heterossexual, reconhecer filhos havidos fora do matrimônio significava repartir injustificadamente o patrimônio no momento da sucessão (VIEGAS; POLI, 2013, p. 72).

Com o passar dos anos, sobretudo em virtude da Revolução Industrial, o quadro familiar alterou-se, pois, com a crescente necessidade de mão de obra, a mulher viu surgir a oportunidade de ingressar no mercado de trabalho e se tornar “fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e a sua prole” (DIAS, 2011, p. 28).

Acompanhando as evoluções, as Constituições do Estado Social Brasileiro, de 1934 a 1988, cuidaram de tratar explicitamente da família. Em verdade, com o advento deste modelo de Estado, são consagrados nos textos constitucionais direitos não apenas sociais, mas econômicos e culturais. A preocupação com a família demonstrou a tendência vivida naquela época, qual seja, a preocupação com as instituições essenciais à sociedade, em termos gerais.

O surgimento destas novas ideias acabou por ocasionar a revelação de um novo conteúdo dos direitos fundamentais de 2ª dimensão, a saber, as garantias institucionais (BONAVIDES, 2013). A proteção dada a determinadas instituições, sejam elas de Direito Público ou de Direito Privado, possui como propósito principal assegurar a sua existência e a sua essência em face de qualquer tipo de lesão, principalmente aquela advinda do legislador.

As garantias institucionais, segundo Marcelo Novelino e Dirley da C. Júnior,

[...] embora consagradas nas Constituições, não se configuram como direitos subjetivos atribuídos diretamente ao indivíduo,

mas como normas protetivas de instituições enquanto realidades sociais objetivas, como é o caso da família. Por não garantirem aos particulares posições subjetivas autônomas, não lhes é aplicado o regime dos direitos fundamentais. (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO; 2013, p. 803).

Em termos concretos, este novo despertar trouxe à sociedade brasileira o reconhecimento de agrupamentos familiares até então não reconhecidos, como aqueles formados à margem do casamento. Características como o patriarcalismo e o patrimonialismo deram lugar a uma forma de família fundada na igualdade material entre os indivíduos, leia-se, igualdade entre filhos e entre homem e mulher.

A solidariedade e o afeto passaram a reger as relações familiares, ao passo que o Estado, que antes se ocupava da família como um mero instituto, passou a olhar mais para o indivíduo, considerado singularmente.

Por outro lado, em termos legislativos, os avanços se deram aos poucos, mas não menos importantes, carregados de grandes significados. Segundo os apontamentos de Lôbo:

A Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes. Na Constituição autoritária de 1937 a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição democrática de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência. (LÔBO, 2011, p. 345).

Se por um lado o Código Civil de 1916 é reconhecido por regular a família do “início do século passado” (DIAS, 2011, p. 30), por prever as características mais remotas, precárias e obsoletas da família, legislações extravagantes cuidaram de acelerar o processo evolutivo e transcendente pelo qual passou a família.

Dentre mencionados dispositivos legislativos destacam-se o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) e a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77). Nesta, concretiza-se expressamente a ideia de solubilidade do casamento, não cabendo mais sustentar a dependência patrimonial e moral existente entre aqueles que convivem, nada mais sendo primordial senão a união estabelecida entre laços afetivos. Naquele, observa-se o retorno da plena capacidade à mulher casada e o surgimento do direito de ter assegurada para si a propriedade exclusiva dos bens que adquiriu com o fruto de seu trabalho.

Mas nenhuma legislação extravagante foi capaz de agregar tanto quanto a Constituição da República de 1988, ordenamento jurídico inovador, exemplo em vários países, que trouxe à baila a reflexão e o fundamento para a constitucionalização do Direito Privado, do qual fazem parte o Direito Civil e, consequentemente, o Direito de Família.

Em verdade, o processo de constitucionalização não é exclusivo da Constituição da República de 1988, mas veio antes mesmo desta, ainda que a nível doutrinário. Porém, indiscutivelmente, o processo de constitucionalização do Direito Civil é consagrado pela CF/88.

Em termos simples e de forma resumida, a constitucionalização do Direito Privado operou a despatrimonialização do Direito Civil. A Constituição Federal de 1988 foi posta como centro de toda a órbita gravitacional legislativa. Todos os sistemas, como o Código Penal, o Código Civil, os Códigos de Processos Civil e Penal, entre outros, além dos microssistemas, como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Ambiental, o Estatuto do Idoso e demais leis infra-constitucionais, deverão ser interpretados à luz do ordenamento constitucional e de seu primado maior, princípio matriz de todos os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, a constitucionalização do Direito Civil é a imigração dos institutos fundamentais, básicos, dos princípios vetores do Direito Privado, como do contrato, da empresa, da propriedade, da família, para as constituições.

A possibilidade de aplicar as regras constitucionais às relações entre particulares encontra-se relacionada à eficácia horizontal (privada ou

externa) dos direitos fundamentais, visualizada especialmente em atividades privadas que tenham certo caráter público.

Nestas hipóteses, Pedro Lenza levanta a seguinte questão:

[...] poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (arts. 1º, IV, e 170, caput) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro. Diante dessa “colisão”, indispensável será a “ponderação de interesses” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer. (LENZA, 2012, p. 968-969).

Ressalta-se que não por acaso o Código Civil de 2002 não foi mencionado durante toda a explanação deste subcapítulo, o que causa certa estranheza, já que foi o primeiro grande conjunto de normas civis publicado após a constitucionalização do Direito Privado (11/01/2003), e, portanto, deveria também ser o primeiro a contemplar, pormenorizadamente, todos os avanços conquistados pela sociedade. Todavia, não foi isso o que ocorreu.

Apesar de contribuir com as grandes inovações do Direito de Família, o Código Civil de 2002 já nasceu velho. O seu projeto original é de 1975 e, em que pesem os esforços empreendidos na época de reedição para compatibilizar o seu texto às leis extravagantes e à CF/88, os maiores e mais importantes pontos foram relegados pelo legislador infraconstitucional.

A ausência de normas claras, válidas e eficazes sobre diversos institutos do Direito de Família acabou por tornar os princípios os principais nortes para a resolução de conflitos familiares. Essa ausência, combinada com todas as características atinentes à família, também acarretou a construção de um conceito de família aberto, exemplificativo, acolhedor, inclusivo e não discriminatório.

Atreve-se dizer que o conceito de família equipara-se ao coração de mãe: enquanto houver amor, sempre caberá mais um. Mais um indi-

víduo, mais um arranjo familiar, mais um sonho. No próximo subcapítulo, tratar-se-á das entidades familiares previstas nas legislações brasileiras, e daquelas não previstas também, além dos elementos que as integram.

2.2 Conceito atual de família: o afeto como elemento estrutural da família contemporânea

Conceituar é reunir os requisitos gerais de um instituto ou fenômeno e subsumi-lo a uma categoria. Entretanto, o legado decorrente das transformações na seara da família não permite afirmar que haja requisitos ou características pré-estabelecidas para que algo possa ser intitulado como família. Família não se parece com nada. Ela simplesmente é. Quando existente, não deixa dúvidas àqueles que dela fazem parte.

O que há, certamente, é o elemento justificador das relações humanas. Aquele motivo pelo qual as pessoas permanecem unidas, compartilhando os momentos mais importantes de suas vidas: o dia a dia, a conversa confortadora no final de uma jornada exaustiva de trabalho, as datas comemorativas, a troca de experiências, a comemoração de projetos realizados, a presença e o carinho nos momentos difíceis, o conselho orientador. Este algo deve propiciar a construção do porto seguro que a grande maioria dos indivíduos busca. Este elemento é o afeto.

Nos dias atuais, não há razão mais forte para se justificar a existência de uma família do que aquela de ser feliz. Se as pessoas decidem que querem estar juntas e assumem todos os percalços e delícias de se conviver entre os semelhantes e os diferentes, então, que seja para valer a pena, para acrescentar, agregar, auxiliar. Que seja para ser muito feliz.

Este contorno que se deu à família foi tão importante que a *Lex Fundamentalis* de 1988, em seu Capítulo VII do Título que trata da Ordem Social, dedicou-se à proteção da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Especialmente quanto à família, garantiu-lhe o papel de base da sociedade civil.

O artigo 226 inaugura este capítulo trazendo redação que contempla o que foi acima mencionado, bem como algumas formas de família, além de conter expressamente a preocupação estatal com cada indivíduo ocupante da família, singularmente considerado, e a igualdade entre o homem e a mulher.

A mencionada norma constitucional não esgota o norte que se pretende dar às interpretações que envolvem o Direito de Família. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social e a erradicação da pobreza (art. 3º) e a igualdade substancial (arts. 3º e 5º) unem-se para guiar o caminho daquele que interpreta e aplica o Direito, a fim de que injustiças sejam coibidas, dando à lei constitucional a importância que ela merece.

Não é demais salientar que num Estado Democrático de Direito, em que se busca garantir aos cidadãos não só direitos de cunho patrimonial e assistencialista, mas também de cunho moral, a preparação de um terreno fértil, onde sementes de respeito, solidariedade, amor, felicidade, doação, tolerância serão jogadas para que cresçam criaturas humanizadas, é de pleno interesse por parte do ente estatal e da sociedade. E este terreno, valiosíssimo, é a família.

Nisto encontra-se a função social da família. Descoberta a sua finalidade, “a aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a funcionalidade de seus institutos” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 155).

Ora, são estes seres evoluídos que o Estado procura cultivar para assumir funções importantes no país. Em verdade, os resultados provenientes desta estrutura serão inúmeros e se refletirão no poderio econômico da sociedade, nas estatísticas de criminalidade, analfabetismo, desemprego, dentre outros fatores. É como deveria ser.

A essência desta nova família,

[...] ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência e compreendida como estrutura socioafetiva. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 47).

Assim sendo, verifica-se que a *Lex Legum* não impôs o preenchimento de certos e determinados requisitos para que a reunião de indivíduos fosse encarada como família. Nesse passo, ilustra-se como família o que decorre do casamento ou não; se há diversidade de sexo ou não; se há diversidade de gerações ou não; se é biológica ou não. “A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca” (DIAS, 2011, p. 55).

Para exemplificar este novo formato da família brasileira, apontam-se três ocorrências jurídicas, quais sejam, o direito de visita concedido aos familiares, como avós (sobre estes há expressa previsão legal, contida no parágrafo único do art. 1.589 do Código Civil), tios, padrastos ou madrastas; a fixação de alimentos para garantir a manutenção dos integrantes da família, e a caracterização da união estável, mesmo quando um ou ambos os companheiros sejam casados, desde que separados de fato, conforme art. 1.723, § 1º, do Código Civil (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Acresça-se, ainda, a Lei nº 11.924/09, que possibilitou aos enteados incluir o sobrenome de seu padrasto, seguindo movimento jurisprudencial preexistente.

Assim, os modelos familiares trazidos expressamente pela Constituição Federal – matrimonial, união estável e monoparental – fazem parte de um rol exemplificativo, cujo termômetro será sempre sensível às relações baseadas na igualdade, no respeito mútuo e na lealdade, sem que haja uma razão suficientemente importante para que o Estado interfira na vida das pessoas e diga se determinada relação é ou não é família.

Dentre os exemplos de famílias apontados pela doutrina, além daqueles constitucionalmente reconhecidos, destacam-se as famílias informais, homoafetivas, parentais, pluriparentais ou mosaico, paralela e eudemonista. Em virtude da conexão existente com este trabalho, dedicar-se-ão breves considerações ao último modelo comentado.

A família eudemonista, por ter sido cunhada pela magnífica doutrinadora Maria Berenice Dias, não poderia ser mais bem explicada senão segundo as palavras dessa, para quem a família eudemonista é:

[...] essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo [...], que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido de proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito [...]. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar. (DIAS, 2011, p. 55).

Na tentativa de conceituar a família, andou bem a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, visando a impedir a violência doméstica e familiar contra a mulher, pois obedeceu às tendências cívico-constitucionais da atualidade, ao estabelecer:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Portanto, escancarada está a nova face da família brasileira. E outra não poderia ser, até mesmo em respeito ao princípio da vedação ao retrocesso, aplicável ao Direito de Família. É interessante observar que a peculiaridade da família já nasce na constituição de seu conceito. Neste, percebe-se a importância da atuação estatal, ora não intervencionista, ora garantidora. Entretanto, além do Estado, outras figuras surgem para garantir o bom funcionamento da família,

no intuito de que esta possa cumprir com suas funções. Dentre os vários personagens aptos a encenarem este papel, destacam-se os pais, cujos direitos e deveres serão tratados no subcapítulo a seguir.

2.3. O conceito e as implicações do poder familiar

A respeito do conceito de poder familiar, Paulo Lôbo assevera que este “é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos” (LÔBO, 2011, p. 295).

O poder familiar nada mais é do que uma decorrência do vínculo jurídico da filiação. Neste mesmo sentido, encontra-se o artigo 1.630 do Código Civil, que inaugura o Capítulo V, destinado a tratar do poder familiar.

O ordenamento civil também é o responsável por dirimir questões conflituosas acerca do exercício do poder familiar, quando, por exemplo, um dos pais estiver ausente ou impedido, ocasião em que o outro exercerá com exclusividade (*caput* do art. 1.631), ou quando houver divergência quanto à forma como o poder familiar será exercido, momento em que a seara judicial será consultada para dar fim ao impasse (parágrafo único do art. 1.631).

O legislador procurou abordar, de forma solar, a questão concernente à sobrevivência do poder familiar diante de divórcio ou dissolução da união estável pelos pais, uma vez que não importa a qualidade da relação entre os pais (art. 1.632 do Código Civil). O único detalhe que poderá ser alterado é o poder de guarda, a qual poderá ocorrer de forma unilateral, compartilhada ou alternada.

Em seu artigo 1.634, o Código Civil cuidou de expor os poderes atribuídos aos pais em decorrência do exercício da autoridade parental, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou

documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver; ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) não se olvidou da obrigação dos pais para com seus filhos, fazendo-a constar em todo o desenvolver de seu texto, do qual retiramos as seguintes redações, a título ilustrativo:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (BRASIL, 1990).

Demonstra-se, claramente, o papel primordial que os pais exercem na busca pela efetivação do direito de seus filhos, direitos como saúde (física e mental), educação, moradia, lazer, cultura, informação, privacidade, desenvolvimento digno, entre outros. Em verdade, para garanti-los, não basta que os pais cobrem tais garantias daqueles que as devam fornecer (sob pena de responderem por omissão), mas é necessária uma postura ativa, de construção de bases sólidas, aptas a prepararem a criança para receber todas as dificuldades e adversidades que surjam, em qualquer momento da vida.

Em virtude dessa enorme responsabilidade atribuída aos pais, caso seja observada qualquer atitude dolosa ou culposa deles, a qual venha a colocar em risco o melhor interesse da criança e o respeito à sua individualidade, o poder familiar poderá ser destituído, através de ação judicial onde será assegurado o contraditório, nos moldes dos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil, dentre os quais se descreve o último:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

O grau de reprovabilidade do abandono, seja material, seja intelectual, é tão grande que acabou por ensejar a atuação do Direito Penal, resultando na redação dos artigos 244 e 246 do Código Penal, os quais trataram de tipificar como crime as condutas referentes ao abandono.

O não cumprimento dos deveres impostos, que pode se caracterizar não só em razão da inobservância do artigo 1.634 do Código Civil, mas também de qualquer garantia constitucional ou infraconstitucional de função dos genitores, vem causando, cada vez mais, o aumento da possibilidade de responsabilizá-los civilmente, sobretudo em face da ampliação das garantias individuais advinda da releitura dada ao Direito Civil e a todos os microssistemas que o cercam, realizada sob a ótica constitucional.

3. A responsabilidade civil oriunda do abandono afetivo na relação paterno-filial

Inaugura-se este capítulo – o mais importante deste trabalho, pois que contém explicitamente o seu objeto – com um pequeno alerta ao leitor: os três primeiros subcapítulos tratarão do instituto da responsabilidade civil de uma forma ampla, genérica e ligeira, no intuito de situá-lo, a fim de que as informações expostas no ápice da discussão sejam mais bem absorvidas. Tratar-se-á, basicamente, de noções conceituais acerca do instituto.

Nos próximos subcapítulos, analisar-se-á o instituto da responsabilidade civil, bem como a sua aplicação e adequação ao Direito de Família, tanto sob a ótica da doutrina, quanto da legislação vigente, e também da dos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Superiores.

3.1. A responsabilidade civil

Dentre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, consagra como invioláveis a intimidade, a vida

privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X), além do direito de resposta, proporcional ao agravo, sem prejuízo de indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V).

Nesta esteira, observa-se que há um dever geral de cautela cuja observância é imposta a todos os indivíduos, a fim de que outros direitos fundamentais possam ser assegurados, como a liberdade e a dignidade. Esta previsão trazida pelo ordenamento jurídico, sem dúvida alguma, também se encontra ligada ao fato de que, uma vez que tais normas sejam infringidas, a vítima poderá valer-se do Poder Judiciário para ser ressarcida pelos prejuízos sofridos, na forma e esferas possíveis. Entre estas possibilidades, encontra-se a responsabilidade civil.

Nesta linha de pensamento, Marcos Ehrhardt Júnior e outros salientam:

Qualquer um tem o legítimo direito de responsabilizar aquele que interfere indevidamente em sua esfera jurídica, o que configura uma relação de ilícito absoluto, pois oposta em relação a sujeito passivo indeterminado. Dito de outro modo: não importa a ausência de relação jurídica prévia com o agente que causou um dano; existe um dever legal prévio, geral e abstrato de não causar danos (*neminem laedere*) oponível contra todos. (EHRHARDT JÚNIOR et al, 2013, p. 200).

De tais exposições observa-se, ainda que sutilmente, a existência de elementos caracterizadores da responsabilidade civil (não todos, mas apenas alguns deles), como o dano e o ato ilícito.

Entretanto, os estudos revelam que há diferentes espécies de responsabilidade civil, que exigem, por conseguinte, a presença de diferentes elementos para sua caracterização. Vejam-se a seguir.

3.2. Os tipos de responsabilidade civil

A primeira diferenciação entre as responsabilidades civis existentes em nosso ordenamento jurídico decorre de influências do Direito

Romano e já havia sido agraciada pelo Código Civil de 1916, sendo repetida futuramente no Código Civil de 2002.

A citada diferenciação decorre da origem da obrigação: se advier de uma relação obrigacional ou contratual, será classificada como responsabilidade civil contratual ou obrigacional; se advier da inobservância de um preceito normativo que regule a vida, será classificada como responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

Resumidamente, Flávio Tartuce apresenta a responsabilidade civil quanto à sua origem da seguinte forma:

Responsabilidade civil contratual ou negocial – nos casos de inadimplemento de uma obrigação, o que está fundado nos artigos 389, 390 e 391 do atual Código Civil. [...] o art. 389 trata do descumprimento da obrigação positiva (dar e fazer). O art. 390, do descumprimento da obrigação negativa (não fazer). O art. 391 do atual Código consagra o princípio da responsabilidade patrimonial, prevendo que pelo inadimplemento de uma obrigação respondem todos os bens do devedor. Repise-se, mais uma vez, que apesar da literalidade do último comando, deve ser feita a ressalva de que alguns bens estão protegidos pela impenhorabilidade, caso daqueles descritos no art. 649 do CPC. Cite-se o exemplo contemporâneo do bem de família, inclusive de pessoa solteira (súmula 364 do STJ). Responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana – pelo Código Civil de 1916 estava fundada no ato ilícito (art. 159). No Código Civil de 2002 está baseada no ato ilícito (art. 186) e no abuso de direito (TARTUCE, 2012, p. 416).

Atentando-se apenas para a responsabilidade extracontratual, que é a que interessa neste momento, percebe-se que ela se desmembra em outros dois pontos caracterizadores. Ora decorrerá do ato ilícito (penal, civil ou administrativo), ora do abuso de direito.

O artigo 186 do atual Código Civil é responsável por hospedar a responsabilidade civil extracontratual decorrente do ato ilícito, dispondo da seguinte redação: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Acerca do ato ilícito civil, a fim de complementar assunto já pincelado anteriormente, Gilbert Ronald Lopes Florêncio, comentando o artigo 186 do Código Civil, assim desenvolve:

Reputa-se ato ilícito o que, estando em desacordo com a ordem jurídica, viola direito subjetivo e causa dano, material ou moral, a alguém, [...]. O ato ilícito pode advir de ação ou omissão voluntária, isto é, situação no qual o agente tencionou (dolo) causar o dano, mediante ação ou pela omissão. Sucede-se também o ato ilícito em decorrência de negligência (omissão involuntária) ou imprudência (ação involuntária), situações nas quais o agente concorre para o dano, sem que tenha intenção causá-lo. (FLORÊNCIO, 2009, p. 177).

Verifica-se que a responsabilidade civil de que trata o artigo 186 do atual diploma civil exige, como um de seus elementos caracterizadores, a culpa por parte do agente, o que origina outro tipo de responsabilidade civil, baseada na culpa, conforme veremos mais à frente.

Também se classifica como responsabilidade civil extracontratual aquela decorrente do abuso de direito, prevista no artigo 187 do Código Civil, do qual se extrai a norma de que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002).

Apesar de fazer parte da responsabilidade civil extracontratual, o abuso de direito figura-se como uma inovação legislativa trazida pelo Código Civil de 2002 e também se caracteriza como um ato ilícito.

O interessante acerca da responsabilidade civil por abuso de direito é que o ato jurídico que a fundamenta possui como objeto algo lícito. No entanto, o destino desmedido, desproporcional e sem limites que se dá a este objeto é que o torna ilícito. Em outras palavras, o sujeito possui o direito, mas a forma como o exerce ultrapassa os contornos autorizados pelo ordenamento jurídico.

Em que pese a divergência doutrinária, ficou consignado que a responsabilidade civil extracontratual por abuso de direito é, ao contrário da-

quela por ato ilícito, objetiva, ou seja, dispensa o elemento culpa. Este entendimento adveio da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, com a aprovação do Enunciado nº 37, que conta com a seguinte redação: “Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico” (BRASIL, 2002).

Por fim, acerca das já comentadas responsabilidades subjetiva e objetiva, resta dizer que recebem tal designação em virtude da presença ou não do elemento culpa.

A responsabilidade civil subjetiva encontra-se presente na maior parte de nosso ordenamento jurídico, o que a torna regra geral. Portanto, na maioria dos casos, o elemento culpa deverá ficar configurado para que se possa falar em responsabilidade civil.

Essa culpa, considerada genericamente, “inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia)” (TARTUCE, 2012, p. 475).

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, não exige a análise da culpa por parte do agente causador do dano. Neste compasso está a redação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que diz que:

[...] haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

De forma simples e sucinta, era o que cabia dizer acerca dos tipos de responsabilidade civil. Em seguida, analisar-se-ão os elementos que compõem a responsabilidade civil.

3.3. Requisitos para a configuração do dever de reparar civilmente

Rebatendo aqueles que defendem a existência de três elementos, a doutrina majoritária destaca como elementos essenciais à caracteri-

zação da responsabilidade civil: a) conduta humana, comissiva ou omissiva; b) culpa genérica ou *lato sensu*, que engloba tanto o dolo quanto a culpa estrita, que consiste na imprudência, negligência ou imperícia; c) nexo de causalidade; d) dano ou prejuízo.

Explica sobre estes elementos o grande jurista Sílvio Rodrigues:

A) Ação ou omissão do agente: o ato ilícito pode advir não só de uma ação, mas também de uma omissão do agente. Em todo caso, decorre sempre de uma atitude sua, quer ativa, quer passiva, e que vai causar dano a terceiro. [...]. B) Relação de causalidade: mister se faz que, entre o comportamento do agente e o dano causado, se demonstre relação de causalidade. É possível que tenha havido ato ilícito e tenha havido dano, sem que um seja a causa do outro. Ainda é possível que a relação de causalidade não se estabeleça por se demonstrar que o dano foi provocado por agente externo ou por culpa exclusiva da vítima. [...]. C) Existência de dano [...]. Em rigor, se alguém atua culposa ou dolosamente, mas não infringe a norma penal nem causa dano a terceiros, seu ato não gera qualquer consequência, pois a questão da responsabilidade civil só se apresenta em termos de indenização e esta só é possível se ocorrer prejuízo. [...]. D) Dolo ou culpa do agente [...]. Age com dolo aquele que, intencionalmente, procura causar dano a outrem; ou ainda aquele que, consciente das consequências funestas de seu ato, assume o risco de provocar o evento danoso. Atua culposamente aquele que causa prejuízo a terceiro em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência. Aqui existe infração ao dever preexistente de atuar com prudência e negligência na vida social. (RODRIGUES, 2004, p. 310).

Deste modo, conforme transcrição de Sílvio Rodrigues, com a presença dos quatro elementos que compõem e possibilitam a responsabilidade civil, a vítima poderá se dirigir ao Poder Judiciário para requerer o ressarcimento dos prejuízos sofridos, sejam eles de ordem patrimonial ou material, moral, estético, coletivo, social ou por perda de uma chance.

Todavia, esse direito de que dispõe a vítima só prevalecerá caso inexistentes as hipóteses de exclusão do dever de indenizar, como a legítima defesa, o estado de necessidade ou remoção de perigo iminente, do

exercício regular de direito ou das próprias funções, das excludentes de nexo de causalidade, como culpa ou fato exclusivo da vítima ou de terceiro e caso fortuito ou força maior, e da cláusula de não indenizar (TARTUCE, 2012).

Entre as várias ocasiões em que a responsabilidade civil pode surgir, uma delas tem chamado bastante atenção dos doutrinadores e da jurisprudência, sobretudo porque se trata de uma possibilidade inovadora, que não encontra disposição legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, e por ter dividido os especialistas e estudiosos no assunto. Trata-se da responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

3.4. A responsabilidade civil por abandono afetivo

No Direito, todas as vezes que se eleva um assunto, elemento ou instituto ao papel de protagonista das relações e atos jurídicos, espera-se uma grande discussão. São redigidos volumes e volumes de artigos, textos, livros, comentários; os especialistas se movimentam na intenção de colaborar com o legado que será deixado a respeito daquele tema. E, claro, isso também se dá na tentativa de, ao expor sua ideia, convencer os seus leitores (estudantes, bancas organizadoras de concurso público, advogados, promotores, juízes, ministros e a sociedade) de que o seu entendimento é o que deve prevalecer.

Esse movimento intelectual é extremamente importante e agregador, porque permite a discussão e fomenta o surgimento de novas concepções, na medida em que a diferença enfrentada muitas vezes pela doutrina e pela jurisprudência, em que pese causar certa insegurança jurídica, acaba por manter o brilho e a especificidade da ciência jurídica.

Foi o que ocorreu com o afeto. No momento em que este foi colocado como o fundamento mais importante e caracterizador da família, percebeu-se que a sua ausência seria por demais danosa. Primeiro, porque poderia deixar de caracterizar como família uma relação estabelecida entre pessoas. Segundo, porque a sua função precípua e

fundamental é formar indivíduos amados, seguros, dignos, que se sintam preparados para enfrentar as adversidades.

O afeto traz consigo e permite que o indivíduo possua uma história, pois exige o relacionamento entre as pessoas; que se tenha alguém com quem possa contar; alguém que lhe agregue e auxilie no processo de amadurecimento; alguém que lhe sirva de exemplo e que exerça uma posição tão importante em sua vida que será eternizado na história, lembrado por várias gerações.

Poder-se-ia invocar diversas explicações dadas pela Psicologia para os resultados apresentados por um indivíduo que não recebeu afeto durante sua vida. São danos morais inimagináveis. O sentimento de rejeição é algo marcante e devastador. O vazio é imenso.

Neste sentido, repise-se aqui o que fora acima explicitado: é dever dos pais propiciar a seus filhos o direito à convivência familiar, de vigilância e de educação. E este dever exige presença, não somente física, mas aquela que se coaduna à ideia de participação, solidariedade, carinho e amor, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana.

Uma vez ausente, parcela da doutrina defende a possibilidade de responsabilizar os pais por abandonar afetivamente os seus filhos, ocasionando o dano moral e lançando por terra alguns dos deveres decorrentes do poder familiar.

Acompanhando os integrantes desta primeira corrente e tendo por fundamento que a afetividade seria um princípio do Direito de Família, derivado do princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana,

[...] surgiram provocações ao Poder Judiciário pleiteando indenização por dano moral em casos em que houve abandono afetivo de pais em relação aos seus filhos. Argumenta-se que, diante do presumido dano moral e psíquico sofrido em decorrência da ausência ou do desprezo do ascendente, a obrigação paterno-filial não se esgotaria no dever de sustento material, mas também no dever de afeto (VIEGAS; POLI, 2013).

Para Paulo Lôbo (2011, p. 311-312), adepto desta corrente, o afeto visto sob o prisma principiológico autorizaria a sua imposição, uma vez que relacionado aos deveres jurídicos de paternidade. Veja-se:

Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos ‘com absoluta prioridade’, oponíveis à família – inclusive ao pai separado –, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e a convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral. O poder familiar do pai separado não se esgota com a separação, salvo no que concerne à guarda, permanecendo os deveres de criação, educação e companhia (art. 1.634 do Código Civil), que não se subsumem na pensão alimentícia. Portanto, o ‘abandono afetivo’ nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. (LÔBO, 2011, p. 311-312).

Nesta linha de pensamento, a afetividade não se encontra relacionada somente com os deveres decorrentes do poder familiar e com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também com o princípio da paternidade responsável. Aplicando-se este às relações familiares, depreende-se que “a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele” (DIAS, 2011, p. 460).

Maria Berenice Dias, doutrinadora tida como referência em Direito de Família, relata de forma cuidadosa e completa os danos ocasionados aos filhos em decorrência do abandono afetivo proveniente de seus pais:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal,

dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes (DIAS, 2011, p. 460).

O festejado Flávio Tartuce (2009) apresenta outro argumento para a configuração da responsabilidade civil por abandono afetivo, qual seja, o enquadramento da conduta afetiva omissiva do (a) genitor (a) como ato ilícito, merecedora de reparação civil, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Ainda segundo este mesmo autor, a responsabilidade civil por abandono afetivo poderia se caracterizar não somente pela inobservância dos deveres decorrentes do poder familiar ou do princípio da afetividade, mas também pela ofensa aos direitos da personalidade. Justifica-se:

Não restam dúvidas de que tais atribuições são verdadeiros deveres jurídicos que, violados, geram o direito subjetivo a uma indenização pecuniária, muito além do que a simples perda do poder familiar, conforme consta do julgado do Superior Tribunal de Justiça no caso *Alexandre Fortes*. Pode-se falar, em reforço, da lesão a um direito da personalidade, nos termos do que dispõe o art. 12, caput, do atual Código Civil, particularmente na lesão à honra e à integridade físico-psíquica. (TARTUCE, 2009, p. 109).

Em sentido oposto, a segunda corrente defende a impossibilidade de fixação de indenização por danos morais, por entender que o afeto se trata apenas de um valor constitucionalmente assegurado, desqualificado de conteúdo impositivo e coercitivo.

Nesta linha de pensamento, Almeida e Rodrigues Júnior pontuam nos seguintes termos:

A entidade familiar deve se encaminhar para a consolidação de uma comunhão plena de vida, embasada em laços de amor. Entretanto, é extremamente provável que a imposição desse sentimento não irá cumprir seu papel no seio da família. No lugar de proporcionar união e respeito mútuos, a obrigatoriedade causará discórdia e sentimento de desamparo. A liberdade é pressuposto do afeto. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 586).

Corroborando esta linha de pensamento, Cláudia Viegas e Leonardo Poli apontam quatro argumentos contrários à possibilidade de responsabilizar civilmente os pais que abandonem afetivamente os seus filhos. Seguem-se abaixo os pontos levantados:

O ato ilícito passível de reparação é aquele contrário ao direito e, como não existe previsão normativa do alcance e do conteúdo mínimo da obrigação de dar afeto nem na Constituição Federal, nem em legislação infraconstitucional, não há como impor a responsabilidade civil parental por essa conduta. [...]. Outro aspecto que justifica a não configuração da responsabilidade civil por abandono moral: deduz-se que a conduta de quem não dá afeto ao filho seria omissiva e, considerando que a conduta omissiva configuradora do dano afetivo deve ser culposa, na modalidade de negligência, torna-se ademais subjetiva sua configuração. Ora, a falta de afeto pode em tese ser justificada por inúmeros fatores íntimos e até pela provocação da outra parte que detém a guarda do menor. Mostra-se temerária a atribuição de culpa exclusiva a alguém pela falta de amor, e a prova da conduta culposa configura-se de difícil ou impossível verificação. [...] Ainda em relação à conduta de abandono, precisar-se-ia ter muita atenção aos motivos que levaram ao afastamento paterno. Em muitos casos podem-se elencar inúmeras causas, tais como o desconhecimento da existência da prole, as necessidades do dia-a-dia, impossibilidades por questões adversas à própria vontade do pai, ou até mesmo podem ser imputadas causas àquele que detém a guarda física do menor. Na verdade, com a demanda, pode estar se buscando não a reparação do dano do menor, mas uma vingança pessoal. [...]. O terceiro ponto a ser enfrentado é a existência do dano moral em decorrência do abandono afetivo parental. O dano moral decorre de um ato ou uma conduta que provoca um ato ilícito ofensivo a direito da personalidade da vítima ou à sua própria dignidade, tendo a indenização função de trazer

satisfação ou paz de espírito ao ofendido, pelo reconhecimento judicial da ilicitude. Ocorre que o amor e o afeto são sentimentos humanos que não podem ser exigidos, de forma que o seu inadimplemento também não pode gerar direito à indenização. O quarto aspecto diz respeito ao nexo de causalidade entre a conduta do pai ou da mãe que nega afeto ao filho e o dano causado. Mesmo que, em tese, se admita o abalo psíquico, o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano mostrar-se-ia de improvável constatação, já que outros fatores poderiam ter concorrido para a ofensa, entre os quais pode ser citada a denominada alienação parental (VIEGAS; POLI, 2013).

Os últimos autores destacam ainda como empecilhos à responsabilidade civil por abandono afetivo a ausência tanto de previsão legal neste sentido, quanto do que seja afeto, assunto destinado a outras áreas, como a Psicologia e a Filosofia, bem como o fato de que, ao se interpretar teleologicamente o art. 1.638, II, do Código Civil, verifica-se que a consequência para aquele que abandona afetivamente o seu filho é a perda do poder familiar, e não o ressarcimento pecuniário.

Assim, existem duas correntes antagônicas quanto à possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil às relações paterno-filiais em caso de abandono afetivo, considerando-se o possível dano moral.

O cerne de discussão entre as mencionadas correntes cinge-se, especialmente, ao debate sobre a natureza jurídica do afeto, que, para a primeira corrente, é de princípio, possibilitando sua imposição e responsabilização em caso de descumprimento; já para a segunda corrente, trata-se de um valor juridicamente tutelado, mas ao qual não cabe vinculação, nem tampouco resultaria em consequências jurídicas no campo da responsabilidade civil.

No próximo subcapítulo, analisar-se-ão os argumentos expostos pela doutrina acerca da natureza jurídica do instituto do afeto.

3.5. A natureza jurídica do afeto

Tomando por base as duas correntes doutrinárias apresentadas anteriormente e o impasse entre elas, importa apresentar, preliminarmente, a diferença entre princípios e valores.

Princípios pertencem ao plano deôntico, cujo conceito principal é o *dever-ser*, o que induz a uma avaliação de lícito ou ilícito. Valores, por sua vez, pertencem ao âmbito da axiologia, cujo elementar conceito é o *bom* e suas respectivas avaliações atinem ao melhor ou pior. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 593).

A maior parte da doutrina é adepta do entendimento de que o abandono afetivo nas relações paterno-filiais configura um ilícito civil, pois o afeto seria um princípio que, uma vez violado, provocaria um dano moral reparável através de condenação ao pagamento de indenização, cuja natureza é pecuniária.

Dentre estes doutrinadores, destaca-se Paulo Lôbo, para quem:

[...] o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. (LÔBO, 2011, p. 71).

Maria Berenice Dias (2010, p. 72) também segue esta linha de entendimento, ao sustentar que “o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade”.

Minoritariamente, outra parcela da doutrina avalia o afeto como um simples sentimento, desprovido de caráter jurídico. Nessa, destacam-se Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald e Rolf Madaleno, para os quais, respectivamente:

Não se imagine, entretanto, que o afeto ganharia, no campo do Direito das Famílias, o status de princípio jurídico exigível. É que a afetividade tem característica de espontaneidade: quem oferece afeto a outra pessoa, o faz porque tem no coração, e quem não tem não pode ofertar o que não tem [...]. O afeto, destarte, é situação relevante para o Direito das Famílias, mas desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresente voluntariamente. (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 72-73).

A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco [...]. A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto. (MADALENO, 2009, p. 85).

Em face desta disparidade encontrada na doutrina e da ausência de qualquer previsão legal acerca do tema, é necessário observar como se encontra a atuação da jurisprudência brasileira nos Tribunais Estaduais e Superiores.

3.6. O dano moral por abandono afetivo à luz da jurisprudência brasileira

Não há dados seguros sobre o número de ações ajuizadas no país desde que se levantou a possibilidade de responsabilização dos pais pelo abandono afetivo de seus filhos. Mas não há dúvidas de que se trata de um número cada vez mais crescente.

A primeira ação sobre tema que chegou a julgamento em 2ª instância é do ano de 2004 e teve como advogado da parte autora Rodrigo da Cunha Pereira, atual presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), segundo o qual

[...] a afetividade pode se traduzir como fonte de obrigação jurídica porque significa atenção, imposição de limites, convivência e todos os cuidados necessários para o desenvolvimento saudável de uma criança ou adolescente (PEREIRA, 2012).

A mencionada ação, cujo julgamento ficou a cargo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, baseava-se no seguinte fato:

Até 6 anos, o autor – que ingressou com a ação após a maioridade – manteve contato regular com seu pai. Após o divórcio dos pais e o nascimento da irmã, fruto de novo relacionamento conjugal do pai, este se afastou definitivamente do filho, ainda que lhe pagando 20% de seus rendimentos líquidos, passando a

tratá-lo com ‘rejeição e frieza’, inclusive em datas simbolicamente importantes, como aniversários, formaturas e aprovação em vestibular (LÔBO, 2011, p. 311).

Diante de tal narrativa, o TJMG acolheu o pedido feito pelo filho em sede de apelação, reformando decisão contrária proferida em 1ª instância e condenando o pai ao pagamento de 200 salários mínimos a título de indenização por danos morais.

No entanto, o pai recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, que, reformando a anterior decisão concessiva, no REsp nº 757.411/MG, decidiu que “a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.” (BRASIL, 2005).

Nesta decisão, entendeu-se que a pena maior e mais grave para aquele que abandona afetivamente o seu filho é a perda do poder familiar.

Houve a interposição de recurso extraordinário por parte do autor, que foi rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal, por entender incabível a análise de indenização por danos morais.

Noticiou-se que existem decisões a conceder aos filhos o direito ao recebimento de indenização por danos morais em caso de abandono afetivo em tribunais como os de São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

Dentre as decisões concessivas, destaca-se a da Terceira Turma do STJ, REsp. nº 1.159.242/SP, em 24 de abril de 2012, que contrariou o entendimento da Quarta Turma, firmado anteriormente em julgado semelhante, que também julga o tema e, portanto, inovando o entendimento do tribunal mais importante em assuntos referentes à família, pois que derradeiro e decisivo.

Nesse julgamento, uma das frases ditas pela Ministra Relatora Nancy Andrighi no seu voto vencedor foi usada para ilustrar os principais meios de comunicação que publicavam a inovação jurisprudencial, até então inédita: “Amar é faculdade, cuidar é dever” (BRASIL, 2012).

No recurso especial, condenou-se o pai a pagar à filha indenização correspondente a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), ocasião em que a Ministra Relatora destacou que:

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social (BRASIL, 2012).

Deste modo, verifica-se que a mais recente decisão do STJ encontra-se em consonância com a corrente doutrinária majoritária e caracteriza um avanço sem precedentes no Direito de Família. Entretanto, é preciso que o Superior Tribunal de Justiça entre em consenso, pois as duas Turmas que julgam assuntos desta natureza se posicionaram de forma diversa quanto à possibilidade de aplicação da responsabilidade civil por abandono afetivo, impedindo a formação de jurisprudência e deixando aberta toda a discussão até aqui apresentada.

4. Conclusão

Falar de Direito de Família é estabelecer uma conexão direta entre a sociedade e o Direito. Este ramo do Direito Civil é tão próximo, que bate às portas de nossas casas, e com velocidade tão grande que às vezes invade sem pedir licença. É algo de que todos querem saber, como se se tratasse de uma informação obrigatória.

É tarefa extremamente difícil e delicada tratar somente da natureza jurídica do afeto quando, ao se estudar sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais, variados são os argumentos levantados, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, que escapam ao alcance deste trabalho.

Encontramo-nos em um momento em que a produção de conhecimento sobre o tema é muito grande, e cresce o número de ações ajuizadas envolvendo pedidos daquela natureza, o que é extremamente impor-

tante para dirimir o embate entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, conforme explicitado anteriormente.

O mergulho neste artigo foi tão profundo que o iniciei com um entendimento e o encerrei com outro. Confesso que inicialmente me deixei levar pelo senso comum. É que amar, gostar de alguém, estabelecer com este uma relação afetiva, é algo tão pessoal, forte e único, que soa incabível exigir a sua existência em qualquer relação, especialmente nas paterno-filiais.

Entretanto, esta não é correta leitura do tema.

A evolução do instituto da família aqui apresentada demonstra que muito se caminhou para chegar até aqui. Inúmeras injustiças foram ocasionadas, relações familiares não foram reconhecidas, omissões foram perpetradas no tempo até chegarem a um ponto que não poderiam mais ser aceitas pelo ordenamento jurídico.

Se olharmos para trás, verificaremos que o passo dado pelo Direito de Família foi enorme, e agora é impossível andar para trás. Aliás, é sobre isso que dispõe o princípio da vedação ao retrocesso. É preciso respeitar e garantir todos os avanços angariados ao longo dos séculos.

E foi dessa forma que ocorreu com a afetividade. O patamar atingido foi tão alto, que os deveres decorrentes do poder familiar ganharam novas interpretações. Por conta disto, não cabe falar que o princípio da afetividade, previsto implicitamente pela Constituição Federal de 1988, impõe aos genitores o dever de amar os seus filhos, porque não é isso.

A afetividade decorre do cumprimento de outros deveres paternos, como assistência, guarda, educação, garantia à saúde e ao lazer. Exige-se um comprometimento por parte dos pais em relação aos seus filhos, em decorrência do princípio da paternidade responsável. É preciso que as pessoas entendam que a decisão de gerar um filho tem de ser planejada e que, se assim não ocorrer, será possível arcar com todas as consequências advindas deste ato. Cuidar de um ser humano exige equilíbrio financeiro, mas principalmente emocional.

Em casos judiciais cujo pedido seja a condenação pecuniária por danos morais em virtude do abandono afetivo na relação entre pai e filho, exige-se uma sensibilidade aguçada do magistrado, que, como sempre no Direito de Família, deverá observar as peculiaridades do caso concreto, no intuito de encontrar o dano sofrido pela vítima e verificar se esta não busca somente as benesses trazidas pelo pagamento da indenização.

A possibilidade de se responsabilizar qualquer um dos pais por abandonar afetivamente os seus filhos, a meu sentir, exige a comprovação de dano e da conduta omissiva voluntária por parte daquele que praticou o abandono. O que poderá variar, conforme fundamentos expostos pela corrente doutrinária majoritária, é o tipo de ilícito praticado, ou seja, se por violação ao princípio da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade ou pela inobservância dos deveres decorrentes do poder familiar.

Portanto, como princípio jurídico que é, dúvidas não há de que a afetividade pode ser imposta, em decorrência do que preconiza o nosso ordenamento civil-constitucional. O que se busca é mais do que indenizar o filho abandonado, pois se sabe que a ação judicial não cessará o ilícito civil, que é o abandono, mas punirá o pai pela conduta contrária ao atual ordenamento jurídico, que busca, cada vez mais, realizar o que defende a família eudemonista.

5. Referências

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos

termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, REsp nº 757.411/MG, Rel.: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. *DJ*, 27 mar. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 2 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, REsp. nº 1.159.242/SP, Rel.: Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, 24 de abril de 2012. *DJ*, 10 maio 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901937019>>. Acesso em: 2 out. 2013.

CUNHA JÚNIOR; Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição federal para concursos*. 4. ed. rev., ampl. e atual. até a EC n. 71/2012. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Manual de direito das famílias*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

EHRHARDT JÚNIOR., Marcos et al. *Código civil para concursos*. 2. tir., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. *Direito das famílias*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. v. 6.

FLORENCIO, Gilberto Ronald Lopes. Dos atos ilícitos. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2. ed. Barueri: Manoele, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Gen e Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A afetividade como fonte de obrigação jurídica*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-26/rodrigo-cunha-pereira-afetividade-obrigacao-juridica>>. Acesso em: 30 out. 2013.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano 10, n. 7, p. 100-115, dez/jan. 2009.

_____. *Manual de direito civil*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solu-

ção de conflitos paterno-filiais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913>. Acesso em: 24 maio 2013.

Artigo recebido em: 17/03/2014.

Artigo aprovado em: 22/09/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150021