



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E O ABANDONO
AFETIVO EM RAZÃO DA SEXUALIDADE DA PROLE

Adriele Stefani Rosa

Rio de Janeiro
2019

ADRIELE STEFANI ROSA

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E O ABANDONO
AFETIVO EM RAZÃO DA SEXUALIDADE DA PROLE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E O ABANDONO AFETIVO EM RAZÃO DA SEXUALIDADE DA PROLE

Adriele Stefani Rosa

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – Ao elencar a dignidade da pessoa humana como macroprincípio, a Constituição Federal sedimentou os nortes a serem observados pelo Estado-Juiz. Na mesma oportunidade, o constituinte originário trouxe a família como base da sociedade, suscetível de proteção, discorrendo, ainda, os deveres e direitos dela decorrentes. Nesse passo, imperioso ocupar-se da responsabilidade civil aplicada na seara familiar, reconhecendo a árdua tarefa imposta ao Poder Judiciário, a quem compete pacificar os conflitos sociais. Assim, o trabalho pretende abordar a responsabilidade civil nas relações familiares, além das divergências encontradas na jurisprudência e doutrina, dando enfoque ao ponto mais sensível que permeia a responsabilidade civil: as relações paterno e materno-filiais e abandono afetivo.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito das Famílias. Responsabilidade civil. Dano Moral. Abandono afetivo. Orientação sexual. Prole.

Sumário – Introdução. 1. As relações familiares e o dano moral 2. A responsabilidade civil e o abandono afetivo 3. O abandono afetivo em razão da orientação sexual da prole. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a temática da responsabilidade civil nas relações familiares, propondo como enfoque o abandono afetivo dos filhos, em específico, quando esse abandono é motivado pela orientação sexual da prole.

O enfoque deve-se ao fato de, embora a doutrina e jurisprudência não se eximam de discorrer amplamente quanto ao dano moral nas relações conjugais e nas uniões estáveis, pouco adentram a temática em relação aos filhos.

Nesse passo, o primeiro capítulo do trabalho irá trabalhar desde a dignidade da pessoa humana, insculpida no corpo normativo da Constituição Federal como fundamento da República, como também perquirir sobre as repercussões advindas da família, igualmente erigida pela Carta Política como base da sociedade e entidade merecedora de especial proteção.

Consagrar o macroprincípio da dignidade da pessoa humana como vértice do ordenamento pátrio, impõe que o olhar dirigido à família observe cada um de seus membros, como todo e isoladamente, reconhecendo o valor inerente a cada ser. Sobretudo, deve a análise perpassar ainda as peculiaridades de tratamento chanceladas pela Constituição Federal, uma

vez que assegura a prioridade no resguardo dos direitos das crianças e adolescentes, em atenção à condição destes de pessoas em desenvolvimento.

Tendo isso em conta, o segundo capítulo aborda as dificuldades há muito enfrentadas pela doutrina quanto à responsabilidade civil na seara familiar, dado a natureza existencial dessa relação humana. Propõe-se, ainda, estabelecer um panorama das correntes doutrinárias e, a partir disso, delimitar quais condutas serão tidas como ilícitas e, portanto, hábeis a ensejar a reparação civil.

Modo igual, o segundo capítulo aborda também os receios da doutrina e Tribunais quanto à compensação por dano moral, já que, inegavelmente, imprime na análise da responsabilidade questões subjetivas, o que implica fazer a necessária distinção dos conceitos e repercussões do afeto e afetividade, essa última entendida como valor jurídico e, em certo ponto, sinônimo do dever de cuidado.

Postas essas questões e, com o intuito de contribuir para o debate acadêmico, o terceiro capítulo do trabalho propõe a análise do abandono afetivo sob a perspectiva do filho menor de idade e, portanto, sujeito ao poder familiar. E, como o Direito poucas vezes se ocupa de casos fáceis, é merecedor de capítulo específico o abandono afetivo perpetrado por pais em virtude da orientação sexual da prole.

No que concerne à técnica metodológica, foi utilizado o método dialético, de modo que serão trabalhadas as principais controvérsias postas pela doutrina e jurisprudência sobre o tema aqui tratado. Além disso, propõe-se deixar de lado a seara mais confortável da discussão da responsabilidade civil no âmbito familiar, isto é, aquela afeta ao matrimônio e da união estável, para abordar o lado mais vulnerável: os filhos. Ao final, será abordada a solução que melhor parece se adequar a atual conjectura social e com os preceitos do ordenamento pátrio.

O trabalho será norteado por obras doutrinárias e, além de utilizar a legislação pátria concernente ao tema, abarcará a jurisprudência correlata, qualificando a abordagem como qualitativa.

1. AS RELAÇÕES FAMILIARES E O DANO MORAL

De pronto, cabe esclarecer que é palco de celeumas a possibilidade de se reconhecer e, posteriormente, arbitrar a compensação por danos morais nas relações familiares.

A dificuldade encontrada pela doutrina e Tribunais tem início na própria natureza complexa dessas relações humanas, em especial, quando a relação entre particulares, além de

imputar efeitos jurídicos, é premida de laços de afetividade, cujo cerne é ora resultado da consanguinidade, ora pela vontade, tal como no caso da filiação por adoção, de vínculo auto imposto.

Razão para a hesitação dos Tribunais e livros quanto ao tema, é a própria topografia atribuída pelo ordenamento jurídico brasileiro à família. Conforme preceitua o caput do artigo 226 da Constituição Federal, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.¹

Não é demais lembrar que a Constituição da República, promulgada em 1988 e instituída sobre os preceitos kelsenianos, é a Lei Maior do ordenamento jurídico pátrio, a perfeita harmonia entre normas-regras e normas-princípios, cujo processo de alteração prescinde de procedimento rigoroso em virtude de sua superioridade sobre todos os demais atos normativos. É norma-parâmetro, primeira sobre qual o Estado deve se apoiar para nortear sua conduta.

Não por acaso, insculpir em seu corpo normativo que a família, além de base da sociedade, possui especial proteção do Estado significa impor aos três âmbitos do Poder Legislativo, Judiciário e Executivo o dever de zelar por sua promoção e consolidação, sempre pautada no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e norteada pelo objetivo de constituir uma sociedade livre, justa e solidária que, como nação, tem o dever-poder de promover o bem de todos, sem preconceitos de cor, sexo, origem e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, I e IV, CRFB/88)².

Bem cabe frisar a fundamentalidade da família que, nas palavras de Chaves e Rosenvald³, é ambientação primária na qual o “homem se distingue dos demais animais, pela suscetibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá a sua personalidade.”

Sucede que o dever constitucional de proteção da família merece ser ponderado a luz da função social e do princípio da autonomia privada, já que, atualmente, vige a intervenção mínima do Estado nas relações familiares.

Assim, a despeito da entidade familiar ser, predominantemente, regida pela autonomia, a atuação do Estado será considerada legítima sempre que vise efetivar a promoção dos direitos e garantias de seus membros. Nesse ponto, aliás, Rosenvald e Farias⁴ ensinam que:

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2019.

² Ibid.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*, 6 ed. rev. e atual. V. 6. Bahia: Juspodivm. 2014. p. 41.

⁴ Ibidem. p. 151-152.

É o fenômeno de privatização da família ou desinstitucionalização da família, impondo uma intervenção mínima do Estado nas relações afetivas, bem captado por Rodrigo da Cunha Pereira: “sob a nova roupagem e assumindo novo papel, a família contemporânea não admite mais ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros”, reconhecido “um notório processo de privatização das relações, com propagação da interferência mínima do Estado no âmbito das relações privadas.

Observada sob esses pilares, torna-se mais fácil compreender a árdua tarefa imposta, em especial, ao Judiciário, órgão ao qual compete como função precípua a pacificação dos conflitos sociais.

A atividade jurisdicional por não se subsumir à mera protelação de uma sentença, seja ela de mérito ou não, mas sim de verdadeira resolução de casos difíceis, depende da contextualização dos litígios, do estudo das tendências da sociedade e do próprio papel que o Judiciário precisa assumir, a depender do caso.

Nesse passo, vale lembrar que a constitucionalização do Direito Civil reestruturou a compreensão quanto aos meios de se restabelecer a ordem e equilíbrio das relações jurídicas, a começar pela despatrimonialização do direito. Frente ao valor maior da dignidade da pessoa humana, evitar e impedir a violação e o abuso de direito tomou novo significado, de modo a ultrapassar a mera imposição de cifras monetárias como modo de restauração do *status quo ante*.

A bem dizer, restou reconhecido que o abalo psíquico, a dor e o sofrimento humano não são passíveis de reparação propriamente dita. Em outras palavras: a dor emocional não é esquecida, porém, pode ser atenuada, compensada, por meio do sentimento pessoal de justiça advindo da condenação, bem como do *animus* de inibir que aquela situação se reitere, seja com a mesma pessoa ou outrem. De igual modo, reconhece-se o papel coercitivo de outras obrigações mandamentais, tais como a de fazer e não fazer, ganhando tanta proporção a retratação pública como a condenação monetária.

Entretanto, autores como Maria Berenice Dias⁵ alertam para o perigo de se acreditar, sem grandes ponderações e considerações, que toda e qualquer aparente situação de violação de direito na relação familiar é suscetível de compensação, sendo certo que tais generalizações são passíveis de sedimentar fenômenos como a industrialização do dano moral, além de provocar indevida intromissão do Estado no núcleo familiar e fragilizar laços de afetividade.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito da Famílias*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 94.

Assim, a análise do Judiciário ao tutelar a família, bem como os direitos e deveres daí advindos, seja como pessoas autônomas ou como núcleo social, significa adotar o preceito kantiano, a partir do qual as pessoas são reconhecidas como um fim em si mesmo e não como meios. De se dizer, portanto, não pode ser o Poder Judiciário esfera para discussão de aborrecimentos do cotidiano, suscetíveis de resolução no âmago familiar, tampouco pode haver a banalização do que se enquadra sob o amparo da responsabilidade civil.

Quaisquer sejam os métodos empregados, inequívoco que ao Judiciário não é possível se imiscuir de julgar as problemáticas postas, sobretudo, quando desenvolvidas no cerne da instituição social primária, a família.

Não surpreendentemente, é o Estado-Juiz instado inúmeras vezes para tratar sobre a temática, ora para sedimentar que o conceito de marido e mulher constante no texto constitucional no artigo 226, §3º, CRFB e reproduzido pelo Código Civil no artigo 1.723, deve ser interpretado sob o enfoque não reducionista, de modo a abarcar o conceito de entidade familiar e família sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano⁶; ora para reconhecer como modalidades de família qualquer composição humana regida pelo *intuito familiae* (ânimo de constituir família) e equalizar as repercussões jurídicas.

Ademais, no que concerne a impossibilidade do juiz se recusar a julgar uma causa por não saber como decidir sobre, inclusive, suscitando obscuridade ou omissão da lei, há de se memorar que a conduta está vedada pelo denominado princípio *non liquet*, disposto no artigo 126 do Código de Processo Civil⁷.

De modo igual, adianta-se aqui que, embora não exista legislação específica para tratar do dano moral nas entidades familiares, uníssonas são a doutrina e jurisprudência no sentido de que a responsabilidade civil oriunda da violação dos deveres diretos e anexos (quando se admite a possibilidade) às entidades familiares é regida pelas normas gerais de Direito Civil. Não há, portanto, motivos a justificarem a omissão do Judiciário, restando perquirir quanto às hipóteses de sua atuação.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ABANDONO AFETIVO

A responsabilidade civil é instituto do Direito Privado voltado à apuração da obrigação de reparar dano causado a outrem. Nada mais é do que a verificação, no caso concreto, do nexo de causalidade entre a conduta humana e o eventual dano dela advindo para, somente após, se determinar em que medida deve ocorrer a reparação.

Tal como o legislador não utiliza de expressões e termos desnecessários, cabe esclarecer aqui que deve ser entendida como conduta toda ação ou omissão, conscientemente dirigida a um fim e que pode ser abarcada como ato ilícito ou abuso de direito.

Por ato ilícito, o Código Civil em seu artigo 186⁸ entende como a ação ou omissão voluntária que viola direito de outrem, a ensejar reparação até mesmo de índole moral. Diz ainda o legislador ordinário que incorrerá em ato ilícito aquele que, por negligência ou imprudência, violar direito alheio.

Por seu turno, o abuso de direito, constante do artigo 187⁹ do mesmo diploma, também se insere como modalidade de ato ilícito. Todavia, distingue-se da primeira categoria no ponto em que é originado do excesso empregado no exercício de um direito.

Além disso, a verificação da responsabilidade depende da existência de liame, isto é, de um vínculo entre a conduta e resultado. Em outros dizeres, não se pode imputar a alguém a obrigação de reparar dano se de sua conduta – comissiva ou omissiva – não se pode concluir o resultado.

Estabelecidos esses pressupostos, não há dúvidas sobre a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil nas relações familiares. Não havendo um diploma específico tutelando a responsabilidade no âmbito do Direito das Famílias, deve o magistrado e os jurisdicionados se socorrerem das regras gerais inscritas no Código Civil.

Cabe, no entanto, a ressalva feita por Conrado Paulino da Silva, Dimas Messias de Carvalho e Douglas Philips Freitas¹⁰, segundo os quais, citando Rolf Madaleno, o direito da família ainda não tem nenhuma simpatia para com a doutrina da responsabilidade civil, e o Código Civil brasileiro mantém um conveniente silêncio acerca da responsabilidade civil nas relações familiares.

⁸BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 jul. 2019.

⁹ Ibid.

¹⁰ MADALENO apud SILVA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Philips. *Dano Moral & Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p. 42.

Inequívoca, no entanto, a controvérsia no ponto concernente ao alcance da ilicitude aplicada às relações familiares, ou, melhor dizendo, quanto à possibilidade de uma ampla caracterização ou não da responsabilidade civil nesse campo. Como bem anotado por Maria Berenice Dias¹¹:

É difícil vencer a controvérsia sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do direito das famílias, uma vez que a resposta deve levar em linha de conta inúmeros fatos de ordem jurídica e até moral. Cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, não podendo deixar de perceber que, na especialidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, por si, causa de indenização.

Nesse sentido, apresentam-se duas as correntes sobre o tema.

A primeira, capitaneada por autores como Regina Beatriz Tavares da Silva Papo dos Santos¹² e Inácio de Carvalho Neto¹³ consolida-se no sentido da responsabilização ampla. Isso significa dizer que, a obrigação de reparar poderá advir dos casos gerais de ilicitude, preceituados nos artigos 186 e 187 do Código Civil, além das hipóteses em que o legislador ordinário estabeleceu um dever jurídico específico.

Importa aqui transcrever a elucidação feita por Rosenvald e Farias, de acordo com os quais, “seria o exemplo da violação de um dos deveres matrimoniais previstos no art. 1.566 do Codex, como a prática do adultério ou a cessação da vida em comum.”¹⁴

Diversa é a posição defendida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵ e com a qual se afiliam Maria Berenice Dias¹⁶, Gustavo Tepedino¹⁷ e Aparecida Amarante¹⁸. De acordo com eles, o dever de indenizar surgirá atrelado ao conceito geral de ilicitude, presentes na parte primeira do Código Civil de 2002. Dessa forma, o dever de indenizar dependerá da caracterização dos pressupostos da cláusula geral de ilicitude.

Nesse sentido, não seria a mera violação de um dos deveres anexos a entidade familiar capaz de, isoladamente, implicar a obrigação de reparação do dano, sob pena de monetarização das relações afetivas. Necessário seria a constatação de – frise-se – efetiva prática de ato ilícito, ou seja, prova efetiva da repercussão da conduta violadora de um dos direitos da personalidade.

¹¹ DIAS, op. cit., p. 94.

¹² SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papo dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 153-175.

¹³ CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no Direito de Famílias*. 4. ed. Curitiba: Juruá. 2010. p. 253-284.

¹⁴ FARIAS, op. cit., p. 154.

¹⁵ Ibid., p. 154.

¹⁶ DIAS, op. cit., p. 95.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 367-388.

¹⁸ AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Ray. 1991. p. 35-36.

Assim, como hipótese de responsabilidade poder-se-ia pensar no caso de adultério em que o cônjuge traído é submetido à vexame e humilhação pública, não havendo dúvidas acerca da procedência do pedido indenizatório nesse caso.

Importa pontuar que os autores acima citados são unânimes ao tratar das relações conjugais, bem como as de união estável e da ausência do dever de afeto, de forma tal que não se pode impor o dever de indenizar por ausência desse fato psicológico. Assim, explica Maria Berenice Dias¹⁹ que:

Impositivo é distinguir a natureza do dano. Quando decorre da prática de ato ilícito, sempre gerará obrigação indenizatória. Comprovada a prática dolosa ou culposa de ato ilícito (CC 927), o infrator está sujeito a indenizar não só os danos físicos, mas também os psíquicos e os morais. O fato é que o descumprimento das promessas feitas no limiar da união não pode gerar obrigação ressarcitória. Impor tal espécie de obrigação constituiria verdadeiro obstáculo à liberdade de entrar e sair do casamento ou da união estável. A ninguém é lícito impor a permanência em relacionamento sob a alegação de que sua conduta importa violação à moral do consorte. Cônjuges e companheiros estariam impedidos de exercer direito constitucionalmente garantido. Dita limitação infringiria, além do direito à liberdade, o próprio princípio de respeito à dignidade da pessoa humana.

Conclui-se assim que a divergência doutrinária trata apenas da caracterização da ilicitude, isto é, se ela advém meramente da quebra de uma norma jurídica associada à entidade familiar ou, doutro turno, se depende da comprovação de efetivo dano – não há, para essa corrente, dano *in res ipsa*.

Conquanto se mostre mais adequada a segunda linha de pensamento, há temperamentos que deverão ser feitos quando o enfoque da responsabilidade civil no Direito da Família for direcionado para a relação entre pais e filhos, em especial, os menores de 18 (dezoito) anos e não emancipados.

Sob esse prisma, ganha destaque o estudo acerca do abandono afetivo nas relações paterno-filiais e o termo, com frequência, incute dúvidas em juristas e doutrinadores. Por isso, necessário que sejam realizadas, desde logo, as distinções entre afeto e princípio da afetividade, mostrando-se como melhor lição aquela trazida por Ricardo Lôbo²⁰:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

¹⁹ DIAS, op. cit.; p. 95.

²⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2011. p. 72.

A mais conhecida abordagem²¹ sobre o tema no mundo jurídico é proveniente do voto da Ministra Nancy Andriahi, relatora do Recurso Especial nº 1.557.978, de 2012²². Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o abandono afetivo e material sofrido, durante a infância e juventude, por uma filha em ação intentada contra seu genitor, cenário esse que acarretou o reconhecimento do pedido de indenização material e compensação por danos morais.

Nesse mesmo precedente, a Ministra Relatora foi responsável pela emblemática frase “amar é faculdade, cuidar é dever” que, sem sombra de dúvidas, escora-se na mesma distinção feita por Ricardo Lôbo no que tange afetividade e afeto, sendo necessária a única ressalva de que o princípio da afetividade – na ementa e no voto – tomou o mesmo contorno de cuidado, sendo inequívoco ainda que ambos são, reconhecidamente, valores jurídicos.

Além disso, ao alçar o cuidado à obrigação legal, esclareceu a Ministra:

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

Como se percebe, em momento algum, se pretendeu exigir amor e afeto como obrigações a serem judicialmente impostas, ainda que se trate de uma relação entre pais e filhos.

Por outro lado, não poderia o Estado-juiz deixar de reconhecer, assim como fez o constituinte originário nos artigos 226 e 227, CRFB²³ e o legislador ordinário, por meio da Lei 8.069/90, as consequências devastadoras provenientes da ausência do acompanhamento do

²¹ A primeira indenização a título de dano moral por abandono afetivo de que se tem notícia data do ano de 2003, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da ação nº 141/1030012032-0.

²² (...)O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242/São Paulo, Relatora Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 28 abr. 2019.

²³ BRASIL, op; cit. nota 1.

desenvolvimento sócio-psicológico da prole, razão pela qual se impõe alçar o cuidado e o princípio da afetividade como normas jurídicas, as quais os pais devem observância.

Para além da doutrina de proteção integral da criança e adolescente (artigo 227, *caput*, CRFB), que reconhece a estes a condição de pessoas em desenvolvimento e às quais devem ser prioritariamente dirigidas ações públicas e a tutela jurisdicional, são elencados na Carta Política brasileira a paternidade responsável e o dever solidário imposto à sociedade, à família e ao Estado de salvaguardar crianças e adolescente de qualquer tipo de negligência. Válido também reforçar que o abandono afetivo, a despeito das atuais decisões²⁴ do Superior Tribunal Federal, é cenário fático cuja configuração independe do desamparo material.

Aliás, as divergências que surgem sobre esse ponto nada mais são do que desdobramentos tristes da recalcitrância dos Tribunais e de parte da doutrina em reconhecer a responsabilidade civil aplicada às famílias. Isso porque, são crescentes os julgados²⁵ que estipulam que o abandono afetivo apenas ensejará compensação se, necessariamente, estiver associado ao descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação. Não haveria, portanto, o abandono afetivo por si só, nada obstante os danos psicológicos dele inerentes²⁶.

Buscando justificar esse dissídio jurisprudencial instaurado pela 4ª Turma, afirma Maria Aracy Menezes da Costa²⁷ que, “pagar pela falta de amor não faz surgir o amor, e tampouco, o restabelece; pagar pela falta de companhia, não tem o dom de substituir o prazer de conviver”.

Melhor postura para ser aquela explicitada por Rodrigo da Cunha Pereira que, com propriedade e pontualmente, salienta “não é monetarizar o afeto, mas punir aquele que descumpra essencial função da vida da prole”.²⁸

Sob pena de adentrar o campo da obviedade, reconhecer o dano decorrente do abandono afetivo, mas, por outro lado, afastar sua subsequente compensação é ignorar o dever constitucional de proteção da prole e da família. Mais do que isso, é tornar letra morta a proteção

²⁴ Nesse sentido, ressalta-se o Recurso Especial nº 1.557.978/DF, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, da Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, publicado no Diário de Justiça de 17/11/2015). Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2019

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.579.021*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73036217&num_registro=201600111968&data=20171129&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2019.

²⁶ Foi o que entendeu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.579.021; Proc. 2016/0011196-8; RS; Relatoria da Ministra Isabel Gallotti, publicado no Diário Oficial de 29/11/2017.

²⁷ COSTA, Maria Aracy Menezes da. *Responsabilidade civil no Direito de Família*. ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas, n.2, fev. 2005, p.157.

²⁸ IBDFAM. *Nem só de pão vive o homem: a responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.idbfam.org.br/?artigo&artigo=392>>. Acesso em: 6 mai. 2019.

prioritária despendida em favor de crianças e adolescentes, subjugando o cuidado devido para o desenvolvimento de sua vida mental e psíquica a último plano.

3. O ABANDONO AFETIVO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DA PROLE

Uma das principais formas de abandono afetivo é aquela calcada na intolerância dos pais, em virtude da orientação sexual da prole. Curiosamente, é essa também a razão do abandono afetivo que a doutrina e jurisprudência mais se mostram hesitantes de abordar.

Assim, de início, necessário evitar assertivas em tons absolutos que apontem a impossibilidade de se reconhecer o abandono afetivo dos pais em face dos filhos pautado em orientação sexual e, em igual grau, na intolerância religiosa. Deve esse tipo de afirmação causar, no mínimo, certo desconforto epistemológico que, aqui, será utilizado como fomento para o debate e diálogo. Dito isso, mostra-se imprescindível assentar premissas básicas, algumas de caráter universal, que permitem uma reflexão mais cuidadosa sobre o assunto.

A primeira delas é a condição de sujeitos de direito que crianças e adolescentes ostentam, como já enuncia o artigo 15²⁹ do Estatuto da Criança e Adolescente, em harmonia ao artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989). Olhar breve poderia fazer crer ser essa uma obviedade, mas não é demais memorar que, até o advento da Carta Política de 1988 e legislação específica, crianças e adolescentes eram tutelados sob o enfoque de objetos e não como sujeitos de direito, a luz do ultrapassado Código de Menores e da doutrina de situação irregular. A propósito, Dupret³⁰ assevera que a doutrina de situação irregular “abrange os casos de abandono, a prática de infração penal, desvio de conduta, falta de assistência ou representação legal. A lei de menores cuidava somente do conflito instalado e não da prevenção”.

Felizmente, a consagração da doutrina de proteção integral, firmou como corolário o reconhecimento da condição de pessoa em desenvolvimento, bem como o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, a nortear a interpretação e aplicação das normas jurídicas, como forma de assegurar que os direitos e garantias sejam gozados da melhor forma – e com a maior extensão – possível.

²⁹ A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

³⁰ DUPRET, Cristiane. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 2. ed. Belo Horizonte: Ius, 2012.

Sedimentadas essas premissas, impõe-se, igualmente, reconhecer que os interesses dos pais e filhos, por vezes, serão antagônicos. Talvez, melhor seja dizer, que os filhos, como indivíduos autônomos e livres, podem (e, frise-se, têm assegurado o direito de) ser norteados por seus próprios anseios e desejos, desenvolvendo projetos de vida e inclinações diversas de seus pais. Em outras palavras: é possível (e provável) que não exista correspondência entre as expectativas de comportamento, aspirações e desejos traçados pelo genitor e aqueles almejados pela prole.

Justamente em virtude desse embate, alguns ascendentes passam a negligenciar os deveres impostos pela Constituição Federal e pela legislação especial, notadamente, o dever de cuidado, corolário do princípio da afetividade.

Como já apresentado aqui, a afetividade nas relações paterno-filiais não alude ao sentimento metafísico de amor e afeto. No entanto, deve ser compreendida como “valor jurídico objetivo incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências”³¹. Nesse diapasão, Paulo Lôbo³² cita os dispositivos que permitem a constatação da afetividade como princípio constitucional implícita:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §5º e 6º); c) a comunidade formado por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 277).

Transportada para as relações familiares, a leitura da afetividade deve impor aos pais o dever de cuidado a partir da convivência harmônica e tolerante, na abstenção de condutas que impeçam o livre desenvolvimento, garantindo a saúde psíquica e mental da prole. É essa talvez, a maior concretização da paternidade e maternidade responsável, uma vez que compele o agir respeitoso e tolerante, a despeito do sentimento interno dos pais de inconformismo com os filhos por questões afetas à sexualidade.

Aliás, cumpre explicar que se utiliza propositalmente o termo sexualidade com o intuito de abarcar, para além das relações de afeto do indivíduo com pessoas do mesmo sexo

³¹ BRASIL, op. cit., nota 19.

³² LÔBO, op. cit., p. 48.

morfológico ou não (orientação sexual), também as matérias afetas à comportamento de gênero e identidade. Importa transcrever as distinções realizadas em estudo interdisciplinar por Francischetto e Trevizani³³ que destacam:

[...] pode-se depreender que, enquanto a definição de sexo está mais intimamente ligada aos padrões morfológicos, a de gênero relaciona-se mais aos parâmetros comportamentais característicos do modelo de homem e mulher. No que tange à identidade de gênero, esta, por sua vez, apresenta-se de maneira mais complexa, pois se interliga estreitamente à forma como o indivíduo enxerga-se.

Com efeito, aliar-se a uma interpretação que colige o abandono afetivo à uma necessária violação dos deveres de sustento e guarda significa restringir, de forma imensurável injustificadamente, a proteção dos filhos menores de dezoito anos, deixando de reconhecer sua vulnerabilidade.

Ademais, por mais que não seja difícil intuir que o abandono afetivo pode, potencialmente, se transmutar em privação de auxílio material, não devem haver descrenças quanto à existência do dano psicológico por sua mera configuração.

Isso se justifica pelo fato da violação do dever de cuidado se traduzir tanto na ausência da presença paterna e materna na vida filial, como também no assédio moral (quando não adentra as vias de fato), além da adoção de tratamento não isonômico entre os filhos.

É violação que se expressa na exacerbação da vulnerabilidade da prole, vez que, como pessoa em de desenvolvimento, lhe falta as mínimas bases de dignidade e respeito para que a criança e o adolescente se afirmem como sujeitos de direito. Com propriedade são os apanhados de Conrado Paulino da Silva, Dimas Messias de Carvalho e Douglas Philips Freitas³⁴:

Na persistência dos abandonos, com frequência abate-se sobre a criança um sentimento de decepção e auto desvalorização pelo rechaço paterno, por menores que sejam as queixas organizadas que consiga manifestar. As ideias de incapacidade, de não ter podido gratifica-lo, além de expor a criança a sentimento de tristeza, se traduzem em muitos casos pelas dificuldades de aprendizado e quadros psicossomáticos, que se não atendidos evoluem para as dificuldades adolescentes, justamente quando será inequívoco incluir o pai nos planos terapêuticos. Outras crianças respondem com manifestação de raiva com que fazem frente à autodepreciação, podendo ainda projetar sobre a mãe as responsabilidades pela ausência paterna.

Também é rigorosamente presumível o abalo que sente o filho ao ver que seu pai, mesmo sabendo-se seu pai, trata-o não como filho, mas como agregado, mero

³³ FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti; TREVIZANI, Karoline. *A violação do princípio da afetividade em função da orientação sexual da criança e do adolescente*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79128912.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

³⁴ SILVA, Conrado Paulinho da. FREITAS, Douglas Philips. CARVALHO, Dimas Messias de. *Dano Moral & Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p. 115-116.

destinatário de trastes de pouco ou nenhum valor, em total menoscabo à regra de isonomia entre os filhos.

Comprovadas as repercussões do abando afetivo, deve-se anotar que a sanção jamais pode ser aquela que suscetível de ser recebida de bom grado, como se prêmio fosse, pelo pai ou mãe que exercem seus deveres de forma irresponsável, por atentar contra a dignidade do filho. Faz-se necessária essa afirmação, já que, para ilidir sua condenação nos autos do Recurso Especial nº 1.159.242³⁵, o réu se defendeu no sentido de que, a única sanção possível pela violação do dever de cuidado seria a destituição do poder familiar.

Todavia, perfeita foi a colocação do Ministro Sidnei Beneti³⁶, de acordo com o qual:

Não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar (CC/2002, art. 1.38, II, c.c art. 1634, II), porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário seria impor ao lesado a perda de direito (indenização do dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).

Imprescindível assim, reconhecer a compensação por danos morais decorrente do abando afetivo como, senão a única, a melhor forma de, judicialmente, rechaçar a conduta daquele que viola os deveres inerentes ao poder familiar. Certo, ainda, que o *quantum* indenizatório deverá ser norteado a partir dos princípios da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Certo é que essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a dificuldade da doutrina e dos Tribunais de analisarem as relações familiares sob a perspectiva da responsabilidade civil.

Assim, foi primeiro tratada as razões dessa dificuldade, sendo pontuado que é a natureza existencial dessas relações o que incute no magistrado e em acadêmicos verdadeiro receio quanto à possibilidade de se estabelecer limites objetivos o suficiente para, ao mesmo tempo, impedir a violação de direitos e dotar a família e seus membros da proteção especial que

³⁵ BRASIL, op. cit. nota 19.

³⁶ Ibidem.

o ordenamento preconiza e, ainda, garantir que o Judiciário, quando instado a atuar, não adentre zona inviolável da dignidade da pessoa humana: a liberdade.

Foi, então, estudada de forma mais detalhada a responsabilidade civil, com a sua conceituação e transposição dos seus elementos – nexos, conduta e dano – para o âmbito do Direito das Famílias. Aproveitando-se desse panorama geral, foram salientadas as divergências doutrinárias quanto ao alcance da ilicitude, uma vez que, para parte da doutrina, haverá dever de reparação sempre que houver a violação de um dever jurídico. Nesse sentido, foi exemplificada a reparação civil pela simples violação do dever de fidelidade imposto ao matrimônio.

Com a devida vênia aos que são adeptos desse primeiro posicionamento, essa pesquisa evidenciou que o melhor posicionamento é o adotado pela jurisprudência, de modo que a responsabilidade civil aplicada às Famílias será aquela que atender aos pressupostos da cláusula geral de ilicitude.

Explica-se melhor. Filiar-se à essa segunda corrente implica compreender que não basta, por si só, a violação de uma norma jurídica, é necessário que da conduta se possa extrair verdadeiro dano.

Superado isso, foi abordado o abandono afetivo e suas repercussões no Direito da Família, já que é problemática afeta à responsabilidade civil. Por isso, foi necessário tratar do afeto e do princípio da afetividade, em especial, elencando as suas distinções para, finalmente, aplicá-lo no lado mais sensível e vulnerável da família: a prole.

Assim, coube trazer elucidacões sobre o tratamento especial atribuído aos filhos, em específico, às crianças e adolescente que, sob a perspectiva da Doutrina de Proteção Integral, são sujeitos de direitos e, como pessoas em desenvolvimento, devem ter tutelado os seus direitos da melhor forma possível.

Calcado nesses princípios balizares, conclui-se, ao fim do trabalho, a inequívoca necessidade de se reconhecer o abandono afetivo quando perpetrado em face da prole. Ressaltou-se, ainda, não se tratar aqui do afeto, como elemento anímico e fato psicológico, proveniente da vontade, mas do valor jurídico de cuidado, corolário do princípio da afetividade.

Como forma de não deixar dúvidas quanto à vulnerabilidade da prole, suscitou-se a mais drástica forma de abandono afetivo, qual seja, aquele que é norteadado pela orientação sexual dos filhos. Isso porque, nada mais contrário ao princípio da paternidade e maternidade responsável do que pais que, vendo contrariadas as suas expectativas de como seriam seus filhos, passam a negligenciá-los.

Nesse contexto, discorreu-se sobre as formas que essa negligência pode tomar, já que podem oscilar desde a mais completa ausência na vida do filho à manifestação do inconformismo pessoal dos ascendentes para com os filhos, por meio de palavras e ações, fazendo na prole, o sentimento de desvalor e auto depreciação.

Por toda a exposição, não era possível outra conclusão a não ser a necessidade de reconhecimento do abandono afetivo da prole, em especial, nas hipóteses que os pais invocam como desculpas para fazê-lo a orientação sexual dos filhos.

Por ao fim a pesquisa se direcionar à relação materno e paterno-filial, restou concluído que o abandono afetivo, nessa circunstância específica, deverá, por si só, ser hábil a ensejar a reparação civil, dada a repercussão moral e psicológica no desenvolvimento da pessoa humana.

De se frisar, ainda, não se dispensa por essa conclusão a comprovação do resultado danoso, mas dada vulnerabilidade da prole, a pesquisa se propõe a considerar o dano é, no mínimo, presumível.

Dessa forma, a despeito das divergências doutrinas e jurisprudenciais verificadas, evidencia-se como entendimento que melhor sintetiza e harmoniza os deveres e direitos inculpidos na Constituição Federal, a posição defendida pela Ministra Nancy Andrighi, por ocasião do julgamento e relatoria do Recurso Especial nº 1.159.242, momento em que, com sabedoria ímpar, pronunciou ser o amor uma faculdade e o cuidado, norma jurídica.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Ray. 1991.

BARBOSA, Valeria Koch; BOFF, Alexander Rogers. *A responsabilização civil dos genitores por abandono afetivo de filhos homossexuais*. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/22020/17540>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. *Código Civil*, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF>, Acesso em: 28 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.557.978*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 28 de abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.579.021*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73036217&num_registro=201600111968&data=20171129&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2019.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no Direito de Famílias*. 4. ed. Curitiba: Juruá. 2010.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. *Responsabilidade civil no Direito de Família*. ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas, n.2, fev. 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

DUPRET, Cristiane. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 2. ed. Belo Horizonte: Ius, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti; Trevizani, Karoline. *A violação do princípio da afetividade em função da orientação sexual da criança e do adolescente*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79128912.pdf>> Acesso em: 20 de abril de 2019.

GUERRA, Marcela Corete Rosa Maia; ROCHA, Francielle Lopes. *Do abandono afetivo em razão da orientação sexual: do exercício de uma paternidade irresponsável*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=273f5064dc00c682>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

IBDFAM. *Nem só de pão vive o homem: a responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.idbfam.org.br/?artigo&artigo=392>>. Acesso em: 6 mai. de 2019.

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

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papo dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva. 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar. 1999.