



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Falta de Afeto e a Responsabilidade Civil nas Relações Familiares

Markus Calado Schultz

Rio de Janeiro
2012

MARKUS CALADO SCHULTZ

A Falta de Afeto e a Responsabilidade Civil nas Relações Familiares

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2012

A FALTA DE AFETO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Markus Calado Schultz

Graduado em Direito pela
Universidade Candido Mendes.
Advogado.

Resumo: O dinamismo das relações sociais desafia a antiga forma pela qual as famílias estão estruturadas. Nesse contexto, será que a organização da sociedade em família é um fim em si mesmo ou serve como instrumento na busca de outros objetivos? A essência do trabalho é abordar as consequências jurídicas da ausência de afeto nas relações familiares, tomando como base a distinção entre dever jurídico e dever ético, direito e moral.

Palavras-Chave: Família. Dever jurídico. Ética. Afeto. Responsabilidade Civil.

Sumário: Introdução. 1. Direito e moral: o dever jurídico x o dever ético. 2. A proliferação dos direitos da personalidade. Os novos danos. 3. A disciplina das relações existenciais x relações patrimoniais. Afeto como dever jurídico? 4. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o abandono afetivo. 5. Responsabilidade civil, dano moral e sua incidência nas relações familiares ou parentais. 6. Precedente Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A evolução das relações pessoais não é alheia à realidade familiar. A forma pela qual as diversas pessoas de uma família se relacionam já não é a mesma. Tampouco são os mesmos os conflitos que decorrem dessa realidade.

Com o passar do turbilhão das mudanças e novas formas de cultivar a família emerge a singular questão de saber se o abandono afetivo no âmbito familiar enseja compensação financeira.

Na medida em que se consagra um conjunto de novas estruturas da família, tem relevância aferir se remanescem os antigos deveres de sustento, educação, guarda e afetividade.

Especificamente em relação à afetividade, é importante investigar se este dever está inserido apenas no campo da moral, portanto, incoercível; ou se o afeto toca ao direito, o que permitiria exigí-lo em juízo.

Tendo em vista que se avolumam as demandas que discutem a responsabilidade civil, é inegável a importância do tema na atualidade. Igualmente inequívoco é notar que a resolução da equação que representa o tema tem consequências práticas e relevância social.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e jurisprudencial, qualitativa e parcialmente exploratória.

1. DIREITO E MORAL: O DEVER JURÍDICO X O DEVER ÉTICO

O instituto da responsabilidade civil é explicado pela lógica dos deveres jurídicos. Segundo a referida lógica, no ordenamento jurídico gravitam diversos deveres jurídicos, como a boa-fé e o dever de segurança. Estes deveres jurídicos são chamados de deveres jurídicos primários ou originários. A inobservância do dever jurídico primário enseja o surgimento de outra categoria de dever: o dever jurídico secundário, que nada mais é que o dever de reparação ou responsabilidade civil.

Portanto, aplicação das normas de responsabilidade civil só tem lugar quando violado determinado interesse ou direito de outrem (dever jurídico originário). Assim, a discussão acerca da responsabilidade civil nas relações familiares ou parentais, nas hipóteses de clara falta de afeto, depende da identificação de um interesse ou direito violado.

Ademais, tal discussão perpassa, também, pela análise da natureza do interesse supostamente violado. Desta forma, há que responder a três perguntas centrais: Nas relações parentais em que falta o afeto, há a violação de algum interesse? Tal interesse é tutelado pelo direito? O afeto pode ser compreendido como um dever jurídico, ou tão somente como dever ético?

Nesta esteira, a abordagem do tema, invariavelmente, passa pelo exame das relações existentes entre o Direito e a Moral, ou entre o dever jurídico e o dever ético. Há que se examinar tais conceitos, com a recomendação de que “a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las”¹.

É preciso notar que, embora tais conceitos não se confundam, certamente o direito e a moral se imbricam e possuem entre si alguns pontos de contato que fazem com que não sejam completamente dissonantes.

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

Evidente que uma análise mais profunda sobre o tema foge dos estritos limites deste trabalho, razão pela qual a mesma será feita apenas na medida em que se revele essencial para o deslinde da controvérsia.

Inicialmente, a relação entre o Direito e a moral era explicada através da teoria do mínimo ético defendida entre outros por Georg Jellinek. De acordo com esta teoria, o direito representaria apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade pudesse sobreviver².

Assim, o direito não seria algo diverso da moral, mas apenas uma parte desta. Confirmam-se os apontamentos do Professor Miguel Reale acerca de tal teoria:

A teoria do “mínimo ético” pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral e o menor o do Direito. Haveria, portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem que tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico.³

A sistematização da ideia apresentada conduz a conclusão de que todas as normas jurídicas estão contidas no âmbito da moral. No entanto, tal entendimento não se revela suficiente para explicar a relação entre o Direito e a Moral, haja vista, por exemplo, que fora do âmbito da Moral existe não só o imoral como também o amoral, ou seja, aquilo que é indiferente a moral.

Diversas regras (leis de efeito concreto, normas de trânsito, prazos processuais, prazos prescricionais) embora revestidas de conteúdo jurídico, são absolutamente indiferentes ao conceito de moral, ou seja, podem ser alteradas por imperativos técnicos sem que se identifique por isso qualquer influência no campo da Moral.

Não obstante, para além das regras jurídicas indiferentes à moral, existem as regras jurídicas que contrariam a moral individual, porquanto subjetiva. Por exemplo: via de regra as decisões judiciais transitadas em julgado são imutáveis, pelo que se diz que o trânsito em julgado é o momento no qual a justiça cede lugar à segurança jurídica, mesmo que a decisão transitada não seja a que melhor atenda aos reclames da moral ou a mais justa para o caso concreto.

Há, nesta esteira, um campo da moral que não se confunde com o campo jurídico, pois há neste um campo que, se não é imoral, é pelo menos amoral, pelo que se

² Ibid., p. 41.

³ Ibid., p. 42.

refuta a representação do Direito e da Moral como círculos concêntricos, no qual o Direito estaria inserido na Moral.

A representação da relação entre o Direito e a Moral até aqui apresentada parece dizer respeito à concepção ideal do direito, segundo o qual o mesmo só tutelaria aquilo que fosse moral.

A concepção mais próxima da realidade fática exemplifica a relação entre o Direito e a Moral como se tais conceitos representassem círculos secantes. Desta feita haveria um campo exclusivo destinado as normas morais, um campo exclusivo destinado as normas jurídicas e um campo onde as normas morais e jurídicas se confundem. No ponto de intersecção entre os campos, a moral seria o fundo de validade das normas jurídicas.

Embora a problemática de tal discussão aparente ser eminentemente teórica, é possível perceber que tais apontamentos contribuem para a solução de impasses como o que se apresenta.

Com efeito, a questão a ser respondida diz respeito à natureza do dever de oferecer carinho e afeto nas relações parentais ou familiares. Trata-se de dever jurídico ou de dever ético e, portanto, exclusivamente moral?

Uma vez reconhecida a existência de um dever de afeto, tal dever estaria situado exclusivamente no campo da moral, no campo do direito ou na intersecção entre os dois?

Por hora, há que se esclarecer tão somente que a moral e o direito não se confundem, nem são sinônimos, havendo entre eles pontos de contato. Por tal razão, pode-se cogitar a existência de deveres estritamente jurídicos, deveres morais e deveres jurídicos cujo fundo de validade sejam normas morais.

2. A PROLIFERAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. OS NOVOS DANOS

Como cediço, a Constituição da República de 1988 inaugurou nova era na proteção da pessoa humana, erigindo o princípio da dignidade da pessoa humana ao posto de fundamento do estado democrático de direito. Tal princípio, nos dizeres de

Daniel Sarmiento “além de conferir unidade de sentido e de valor, legitima nossa ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana”⁴.

Como consequência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, passa-se a reconhecer a prevalência da proteção da personalidade humana sobre o patrimônio ou, em outras palavras, uma prevalência das relações existenciais sobre as relações meramente patrimoniais.

A mudança da perspectiva constitucional, que coloca o ordenamento jurídico a serviço da pessoa humana tornando-a titular do direito e não objeto do direito, impõe, além das consequências já mencionadas, uma abordagem funcional dos institutos em detrimento da abordagem meramente estrutural. Assim, preocupa-se com a função do instituto e não mais com a estrutura do mesmo.

Exemplo eloquente dos efeitos da mudança de paradigma antes mencionada é o “substancial aumento das restrições estruturais impostas à vontade individual pelo Código (Civil) de 2002, através, por exemplo, das noções de abuso do direito, dos princípios da boa-fé, da confiança e da função social do contrato e da propriedade, solidificando a já existente compressão da autonomia privada patrimonial.”⁵

No entanto, o Código Civil de 2002 não acompanhou as inovações trazidas pela Constituição de 1988 no que toca a proteção da pessoa humana, chegando-se a afirmar que “no que se refere às relações extrapatrimoniais, o Código Civil, à luz de interpretação constitucionalizada, possivelmente regrediu”⁶.

Como se sabe, a redação do capítulo referente aos direitos da personalidade é de vinte e cinco anos antes da consagração da Carta Constitucional de 1988, o que, por si só, não é a principal crítica que se faz ao texto. Confira-se:

Seu problema mais grave é fazer crer que o vasto movimento mundial que ao longo do último quartel do século XX, se dedicou a orientar o direito no sentido de uma integral e irrestrita proteção da pessoa humana em sua dignidade se limita, para o civilista, a um rol de tímidas enunciações do legislador ordinário, reduzidas em número e presas à categoria dos direitos subjetivos.⁷

A despeito das objeções lançadas contra a disciplina da proteção da pessoa humana no Código Civil de 2002, é inóvel que o momento atual é caracterizado

⁴ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 107-111.

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. in *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p 124.

⁶ Ibid., p. 124.

⁷ Ibid., p. 126.

por uma expansão da tutela dos direitos da personalidade. Vale dizer, se a codificação restringe a proteção da pessoa humana “a um rol de tímidas enunciações do legislador ordinário”, a jurisprudência tem expandido a tutela da personalidade humana reconhecendo direitos não previstos pelo legislador ordinário.

Constata-se, como consequência do que se afirma, uma inundação de novos direitos (e novos danos, por conseguinte) na esfera da personalidade. Evidentemente que a expansão da tutela da pessoa humana (que se contrapõe as tímidas previsões legislativas) acompanha a constante evolução técnica e científica experimentada pela sociedade contemporânea.

Nesta esteira, confira-se a lição da Professora Maria Celina Bodin de Moraes para quem:

[...] um de seus (direitos da personalidade) mais interessantes – e problemáticos – consiste no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que estes interesses precisam ser encarados como um categoria aberta. De fato, oposta a uma identificação taxativa dos direitos dos direitos da personalidade encontra-se a consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – configura um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma cláusula geral a consagrar a proteção integral da sua personalidade, isto é, a pessoa globalmente considerada. O conceito torna-se, então, elástico, abrangendo um número ilimitado de hipóteses, e somente encontra os limites postos na tutela do interesse de outras personalidades.⁸

Com efeito, não se pode cogitar uma disciplina fechada dos direitos da personalidade, sob pena de se negar vigência ao princípio da dignidade da pessoa humana, que ostenta, simultaneamente, o posto de valor e fundamento da República.

Acerca da expansão da tutela deferida aos direitos da personalidade, não se pode deixar de considerar que a cada dia deságuam no judiciário um sem número de ações onde se pleiteia a compensação por danos morais em decorrência da violação de algum direito da personalidade.

Aliado aos novos danos há a radical transformação da responsabilidade civil, cujos corolários passam a ser a plena reparação do dano moral, o ocaso da culpa e o alargamento do nexu causal, como fatores que conduziram a uma explosão das hipóteses de indenização por lesão de direitos da personalidade.

⁸ Ibid., p. 127.

Tal realidade já foi precisamente identificada por Anderson Schreiber⁹ ao perceber o fenômeno da “expansão do dano ressarcível”, alertando para a necessidade de seleção dos interesses merecedores de tutela e os limites a serem impostos aos *novos danos*:

A expansão do dano ressarcível, terceira tendência que pode ser indicada, é, a rigor, a consequência necessária das anteriores. Evidente que, como resultado direto da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil e da queda de barreiras processuais, um número maior de pretensões indenizatórias vem acolhido pelo Poder Judiciário. À parte essa expansão quantitativa, pode-se identificar, também, uma expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial, passam a ser considerados pelas cortes como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em um novo dano ressarcível.

(...)

De fato, além do dano à privacidade, já são plenamente reconhecidos, no Brasil, o dano à imagem, o dano estético, e o dano à integridade psico-física. A estas figuras mais comuns vêm se somando outras, de surgimento mais recente e de classificação ainda um tanto assistemática, mas que já vão ganhando espaço nas cortes pátrias, sob maior ou menor influência estrangeira. Fala-se hoje em dano à vida sexual, dano por nascimento indesejado, dano à identidade pessoal, dano hedonístico, dano de mobbing, dano de mass media, dano de férias arruinadas, dano de brincadeiras cruéis e assim por diante.

Esta avalanche de novas espécies de dano, se, por um lado, revela a maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, por outro, faz nascer, em toda parte, um certo temor, antecipado por Stefano Rodotà, de que “a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência” (Stefano Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 23.). Tal temor é relevante, sobretudo diante de casos em que se tem lesão a um interesse cujo merecimento de tutela revela-se discutível, mesmo sob a ótica da dignidade humana.¹⁰

Dentro dessa concepção, proliferam os processos no judiciário onde se postula a compensação por danos morais em razão dos mais diversos acontecimentos, dentre os quais se destaca a ausência de afeto e carinho nas relações parentais ou familiares.

Pretende-se nestas demandas, o reconhecimento do afeto, da atenção, do amor, carinho e outros sentimentos a estes semelhantes, como se tratando de um dever jurídico, cuja violação pela não prestação geraria o direito a compensação pelo dano moral que daí decorreria.

Como é natural, o surgimento de novos danos passíveis de proteção desperta na doutrina certo temor. A Professora Maria Celina Bodin de Moraes salienta que a explosão de hipóteses de indenização traz consigo risco considerável a própria proteção da dignidade da pessoa humana. Confira-se:

⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed.. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁰ *Ibid.*, p. 119-184.

Este movimento, todavia, não veio acompanhado da correlata evolução doutrinária capaz de prover rigor científico a este novo paradigma de direitos dos danos e assim garantir a necessária segurança jurídica.¹¹

Prossegue a autora alertando que “embora as intenções jurisprudenciais tenham sido sempre as melhores, a ausência de uma dogmática, tanto conceitual quanto procedimental, e da sua momentânea (em virtude da transição ao pós-positivismo) e aparente desnecessidade, de modo a garantir a racionalidade da decisão, provavelmente impedirá que a tutela se mantenha.”¹²

Assim, embora elogiável o alargamento da proteção dada à pessoa humana, imperioso reconhecer que a ausência de critérios objetivos quanto ao exame dos “novos danos”, a seleção dos interesses merecedores de tutela e a aplicação dos institutos de responsabilidade civil nestes casos, podem colocar em risco a tutela integral da pessoa humana, na medida em que ao incluir nela toda sorte de direitos e interesses passíveis de violação, acabe-se a esvaziando.

Nesta esteira, a lição de Anderson Schreiber:

A discussão, portanto, não deve ser de limites, mas de função. O que parece essencial, em outras palavras, não é refletir sobre tetos indenizatórios ou áreas imunes à responsabilidade civil, mas sobre critérios que permitam a seleção dos interesses tutelados pela responsabilidade civil à luz dos valores constitucionais. A tarefa de selecionar os interesses dignos de tutela, embora relevantíssima, permanece, hoje, exclusivamente a cargo do magistrado, que opera, à falta de subsídios da doutrina, uma seleção in concreto, muitas vezes sem referência a qualquer dado normativo, solução esta que, além de desconfortável em sistemas romano-germânicos, implica em inevitável incoerência e insegurança no tratamento dos jurisdicionados, trazendo o risco, mais grave e cruel, de soluções que impliquem a restrição ou negação de tutela à pessoa humana. Urge, em vista disso, a elaboração de critérios de seleção dos interesses merecedores de tutela reparatória, em consonância com os valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Tal seleção mostra-se imprescindível para evitar que interesses não-patrimoniais, mesmo os mais insignificantes, venham a ser associados à dignidade da pessoa humana com intuítos exclusivamente indenizatórios e, portanto, patrimoniais, o que representaria a verdadeira inversão da axiologia constitucional e traria, em última análise, o risco de sua negação.¹³

É neste contexto que se insere a discussão acerca da possibilidade de compensação por danos morais nas hipóteses de ausência de afeto nas relações parentais ou familiares: na harmonização entre a inegável expansão dos direitos merecedores de

¹¹ MORAES, op. cit., p. 146.

¹² Ibid., p. 147.

¹³ SCHREIBER, op. cit., p. 121-122.

proteção da ordem jurídica e a criação de critérios capazes de evidenciar quais são os novos danos passíveis de abrigo do direito.

3. A DISCIPLINA DAS RELAÇÕES EXISTENCIAIS X RELAÇÕES PATRIMONIAIS. AFETO COMO DEVER JURÍDICO?

O reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a Democracia levado a efeito pela promulgação da Carta Constitucional de 1988, com a inclusão da dignidade da pessoa humana como valor e fundamento da República, inaugurou um novo projeto, o projeto constitucional do ser.

Nas palavras de Pietro Perlingieri a ordem social pode ser analisada sob dois perfis que em certas ocasiões se contrapõem. *In verbis*:

[...] o ter, que pertence à estrutura econômica e produtiva, ao aspecto patrimonial e mercantil da organização social; o ser, que resguarda o aspecto existencial da pessoa com seus direitos e deveres. A primeira categoria inclui a problemática da propriedade, da iniciativa econômica privada e da empresa e, em parte, do trabalho como elemento da produção; a outra, a problemática dos direitos fundamentais da pessoa: direito ao trabalho, à educação, a uma vida livre e digna, à igualdade substancial frente aos outros cidadãos, ao respeito da própria dignidade. A resposta dos ordenamentos ao contraste entre as duas categorias tem privilegiado, nas diversas épocas históricas, ora a modalidade do ter, ora aquela do ser.¹⁴

O projeto constitucional inaugurado pela Carta de 1988, ao erigir a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento-valor da República, optou por privilegiar o “ser” em detrimento do “ter”. A partir de então, o ser humano vale por sua condição de ser humano e não pelos bens que titulariza, passando a figurar, deste modo, como sujeito de direitos e não objeto do direito.

No sentido da preocupação do constituinte em maximizar a tutela da personalidade e tornar fértil o desenvolvimento do “ser”, vozes há que advogam a tese do cuidado como valor jurídico merecedor de tutela no campo da responsabilidade civil, como elemento de importância ineludível ao desenvolvimento da pessoa em formação.

Nesta trilha de pensamento, o afeto é determinante para a higidez psicológica do adulto em formação.

¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional* – tradução Maria Cristina De Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 177.

Ora, se o afeto é um dever, e como não existem deveres sem destinatários que lhe conferem efetividade, é de cogitar o destinatário do dever de afeto. Neste campo, é possível perceber que os pais assumem obrigações de direito em relação aos seus filhos, pela concepção ou adoção.

Não se nega o dever de manutenção básico. O que tem relevo é notar que outras necessidades merecem especial atenção dos pais. Aqui vige a ideia de que a pessoa humana requer não apenas o mínimo para a sua subsistência, como alimentação, vestuário, habitação. Outros fatores não materiais são imprescindíveis ao seu desenvolvimento, tais como a recreação, o amparo em momentos difíceis, o aconselhamento.

É neste sentido que aponta o pensamento de Tânia da Silva Pereira, que preleciona¹⁵:

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

Continua a autora, sublinhando que¹⁶:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar. *op. cit.* pp 311-312 - sem destaques no original).

Do entendimento preciso da autora é possível extrair que o cuidado não pode ser visto se simples detalhe fosse no processo de desenvolvimento da pessoa. Não se nega que o afeto ostenta a qualidade de protagonista no papel de autodeterminação da pessoa,

¹⁵ Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309.

¹⁶ *Ibid.*, p 311/312.

elemento indispensável à inteligência das mais mezinhas regras de trato familiar às mais complexas normas que regem a inteligência acerca do comportamento com a sociedade e de seus limites.

Em relação ao papel de destaque do afeto no desenvolvimento da pessoa, eis o escólio do psicanalista Winnicott¹⁷:

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

Não é demasiado extensivo afirmar que o legislador constitucional imprimiu com tintas de dever jurídico o afeto no bojo das relações familiares quando afirma, no comando inserto no *caput* do art. 227, que é dever da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à dignidade e respeito.

Pelo exposto até este momento é permitido afirmar que, com aparo nas palavras da Eminente Ministra Nancy Andrichi, em seu voto proferido no Recurso Especial 1.159.242 – SP, julgado em 24 de março de 2012:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

A consagração do afeto como dever jurídico representa a superação da barreira que impedia o acolhimento da pretensão de compensação pelo dano moral decorrente da falta de afeto. Em detrimento dos ditos *novos danos*, vezes advogavam que a teoria da responsabilidade civil pela falta de cuidado carecia de fundamento, pois aos seus olhos não é permitido ao judiciário obrigar alguém a amar.

Alheio á problemática da coerção dos sentimentos mais íntimos que pode abrigar o homem, a temática ganha novos foros quando o afeto representa matiz de dever

¹⁷ WINNICOTT, D.W. *A criança e o seu mundo*. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 129.

jurídico. Em outros termos, à baila não é convocado o amar, e, sim, o dever de cuidar e transmitir afeto consagrado na lei.

Questões ligadas à liberdade íntima da pessoa não se sujeitam à coerção do Estado. Logo, não seria admissível condenar alguém a amar o seu próprio filho, ainda que tenha obrigação de mantê-lo. Por outro lado, como a máxima jurídica salienta que a responsabilidade é a sombra da obrigação, é de merecedor acolhimento o pleito de um filho que, a um só tempo e voz, clama por afeto e exige a observância de um dever legal.

Confira-se, nesta esteira, a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald acerca do afeto nas relações familiares:

(...) o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade da pessoa humana, assegurada constitucionalmente. E mais: o afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos.¹⁸

Por estas e outras razões a tendência atual da responsabilidade civil, neste particular, mais que lançar ao mundo jurídico novos conceitos, promoveu espécie de sanatória sobre o assunto, que abrigava entendimentos em flagrante desvio de perspectiva, como se nota em parcela da doutrina quando afirma que “não se imagine, porém, que o afeto seja exigível juridicamente, uma vez que o seu caráter espontâneo impedirá qualquer provocação judicial para impor a alguém dedicar afeto (amor) a outra pessoa.”¹⁹

O que se infere das lições anteriormente transcritas é que sobre o afeto recai o signo do dever jurídico, pelo que a discussão em tela não passa pelo dever de amar, toma outra vereda, aquela que conduz à conclusão segundo a qual as necessidades exigidas pela pessoa em desenvolvimento não são apenas matérias. Há carências imateriais igualmente indispensáveis, como o cuidado e orientação.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos das Famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2011, p 107.

¹⁹ *Ibid.*, p. 108.

4. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A O ABANDONO AFETIVO

Tendo em vista que a Constituição da República é o fundamento de validade de todas as outras espécies normativas, a abordagem jurídica em referência a qualquer tema tem como premissa básica o texto constitucional. Essa lógica não é alterada na tarefa de aferir a eventual responsabilidade civil no âmbito das relações familiares.

A Carta Magna trata do tema em estudo a partir do art. 226, dedicando um capítulo específico para tratar da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Nesse passo, o art. 227 outorga à criança e ao adolescente o direito à educação e à convivência familiar.

Ainda que a discussão acerca do dever de prestar afeto remeta à distinção entre direito e moral, à luz do art. 227 da Constituição da República tem relevo notar que os pais têm o dever de oferecer aos filhos educação e convivência familiar.

O art. 227 da Carta Magna não gravita sozinho na tarefa de assegurar aos menores o direito à educação e convivência familiar. Isto porque na trilha da proteção das pessoas em desenvolvimento caminha o Estatuto da Criança e do Adolescente, que ratifica e especializa o comando constitucional.

Com o advento do Estatuto dos Menores é possível falar sobre a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente como um conjunto de mecanismos voltados à especial condição de vulnerabilidade dos menores.

Ora, como os menores merecem nada aquém da proteção integral, outra opção não resta à família, senão oferecer às crianças e aos adolescentes todos os meios que oportunizam o pleno desenvolvimento moral, como a prestação de afeto.

O desenvolvimento da pessoa passa pela entrega de meios materiais à subsistência, é verdade. Porém, igualmente verdadeiro é afirmar que há outras carências que exigem satisfação. Este é o caso da prestação de afeto.

Tem-se como premissa básica, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito dos menores à educação no âmbito familiar.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL, DANO MORAL E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES FAMILIARES OU PARENTAIS

Assentado que o afeto pode ser compreendido como dever jurídico, passível de ser exigido judicialmente, bem como que se trata de dever ético que permeia não apenas o campo da Moral, mas, sobretudo, o do Direito, resta debater a questão da responsabilidade civil decorrente da não prestação do afeto.

Em outras palavras, a questão proposta é: Reconhecida a relevância do afeto nas relações familiares (mormente nas parentais), diante da possibilidade de que se exija judicialmente que alguém dedique afeto a outrem, resta saber se os danos que decorrem da não prestação (de afeto) podem ser compensados na seara da responsabilidade civil.

De acordo com San Tiago Dantas²⁰ o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito²¹. Para que se alcance tal objetivo, “a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se até em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*.”²²

Desta forma, a violação de um dever jurídico representará um ilícito, que por sua vez gera outro dever, a saber: o dever jurídico de reparar o dano. Nas palavras do Professor Sérgio Cavalieri “há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário que é o de indenizar o prejuízo”²³.

Como se percebe, a reparação é dever decorrente da violação de um dever jurídico. Ou seja, só é obrigado a reparar aquele que era obrigado a não violar o dever que lhe inquinava (quer seja uma obrigação positiva quer seja negativa).

Esta é a dinâmica da responsabilidade civil: reparar o dano com a tentativa de trazer a situação ao *status quo ante*.

Indiscutível a aplicação da responsabilidade civil na seara do direito de família, sempre que se estiver diante de ato ilícito. A discussão na verdade “cinge-se em saber se

²⁰ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito civil*, v.1, ed. Rio. p. 341.

²¹ Ao que parece o autor não reconhece a função promocional do direito, não a incluindo entre os objetivos da ordem jurídica.

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1.

²³ *Ibid.*, p. 2.

a violação de algum dever específico de Direito das Famílias, por si só, seria suficiente para ensejar o dever de indenizar que caracteriza a responsabilidade civil.”²⁴

Neste ponto, interessa projetar a falta de afeto sobre os elementos da responsabilidade civil, a fim de extrair conclusões relevantes sobre o tema.

Sabe-se que a responsabilidade civil está classicamente assentada sobre três elementos: dano, nexa causal e culpa.

Sabe-se que a conduta do agente pode ferir os direitos da personalidade, hipótese em que haverá dano moral, vertente que se discute aqui. A conduta omissiva dos familiares pode gerar no filho profunda amargura e tristeza, é inegável. O desenvolvimento humano é potencializado quando ocorre com o amparo dos familiares mais próximos. A criança que percebe que os seus genitores negam o afeto esperado entre os familiares pode sofrer abalo psíquico que a acompanhará o resto da vida. Neste ponto reside o dano, consistente no abalo moral representado pela rejeição de que se esperava amor.

A negativa de outorga de afeto revela a ação omissiva permeada pela marca da negligência. Assim, é cristalina a culpa do responsável que não defere carinho. Aliado à culpa, o nexa causal entre a omissão e o dano pode ser facilmente verificado através da elaboração de laudos elaborados por especialistas da área social a indicar os sentimentos de mágoa e sofrimento.

Poder-se-ia argumentar a inaplicabilidade da lógica clássica da responsabilidade civil aos casos de negativa de afeto. Ocorre que não seria viável pensar dessa forma, pois, como foi visto acima, tem plena aplicação ao tema as lições clássicas da responsabilidade civil a fim de permitir eventual condenação do agente que deferiu o cuidado legal necessário a compensar os danos morais padecidos.

Nesse sentido parece caminhar a jurisprudência, como será visto adiante.

6. DO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Embora a procedência do pedido de compensação pelos danos morais suportados em virtude do abandono afetivo ainda desperte controvérsia no âmbito da doutrina e jurisprudência, o entendimento das cortes parece apontar a viabilidade do

²⁴ FARIAS, op. cit., p. 116.

pleito. Nesse sentido, é paradigmática a decisão do Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso Especial n. 1159242/ MG.

O Recurso Especial em comento veiculou o inconformismo de um pai condenado pelo Tribunal de justiça do Estado de São Paulo ao pagamento de compensação pelos danos morais padecidos pela autora da demanda, sua filha.

O julgamento do recurso abrigou a tese da viabilidade do pedido de compensação em decorrência do abandono afetivo. Pela riqueza e contundência de argumentos, a decisão representa verdadeiro marco jurisprudencial sobre o tema, pelo que merece ser melhor estudada.

O entendimento esposado no Recurso Especial n. 1159242/ MG está centrado sobre três pilares, a partir de agora tratados.

A procedência do pedido de condenação em danos morais em razão do abandono afetivo sempre encontrou barreira justamente na peculiaridade da relação familiar. Para os defensores da inviabilidade de censura pelo instituto da responsabilidade civil a presença de elementos carregados de notas afetivas e sentimentais afasta a incidência da disciplina da responsabilidade civil como resposta jurídica.

No citado Recurso Especial n. 1159242/ MG decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a peculiaridade da relação familiar não impede a condenação em danos morais. Isto porque não existe restrição legal que permita inibir o pleito. A singularidade das relações familiares é inequívoca, mas não serve para afastar a censura que se pede na demanda indenizatória.

Em segundo lugar, vozes há que defendem que a omissão afetiva dos genitores tem consequência jurídica assentada no direito de família e não na responsabilidade civil. Para essa linha de pensamento, o abandono dos pais acarreta a sanção tratada pelo art. 1638, II, do Código Civil. Segundo esse disposto, o abandono do filho tem como consequência a perda do poder familiar. Logo, seria inadequado reprimir o abandono com o dever de reparação.

Ainda que respeitável a tese que defende apenas a aplicação dos institutos do direito de família ao tema, adotou o Superior Tribunal de Justiça posição diversa. Para a corte federal, a disposição de instrumentos assentados no direito de família não afasta o influxo das regras da responsabilidade civil. Assim, nada impede a existência simultânea da disciplina da perda do poder familiar e da responsabilidade civil.

Por fim, tem destaque sublinhar que a existência de elementos subjetivos subjacentes às relações intrafamiliares sempre tornou tortuosa a tarefa de reunir os clássicos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: dano, culpa e nexo causal. Assim, sentimentos como o afeto, o amor e a mágoa representam verdadeiro desafio ao julgador, pois reúnem em um mesmo contexto fático fatores relacionados a um só tempo à moral e ao direito.

A questão sempre foi limitada à distinção entre moral e direito, como se se exigisse a opção entre um e a exclusão do outro. Afinal, como seria possível condenar alguém a amar o seu próprio filho se o amor é incoercível?

A discussão em torno do tema foi apurada e no já citado Recurso Especial foi finalmente estabelecida de forma mais robusta. Como resposta a essas vetustas indagações, o Superior Tribunal de Justiça convidou o intérprete a distinguir os elementos subjetivos dos objetivos contidos nas relações familiares. Nos termos da decisão, não se nega que os elementos subjetivos singularizam a espécie de relação. O amor e a afetividade, enquanto elementos subjetivos, não afastam a existência de elementos objetivos subjacentes ao tema.

Ao lado das notas subjetivas do amor é possível visualizar vínculo objetivo entre pais e filhos, calcado no fato biológico que atribui aos pais obrigações mínimas em face dos filhos. Significa dizer que do ato volitivo de gerar o filho emergem naturais responsabilidades aos pais, que não são afastadas pelas notas subjetivas que decorrem desta mesma relação.

Portanto, a figura de protagonismo quando se discute a responsabilidade civil familiar é o vínculo objetivo conferido pela lei entre pais e filhos. Quando o vínculo afetivo é diminuto a ponto de não existir motivo que fundamente a proximidade entre pais e filhos o liame legal ganha luzes para imputar aos pais os deveres mínimos de manutenção da sua prole.

A visão do ordenamento como um sistema perfeito exige do intérprete a leitura dos institutos próprios a um determinado ramo do direito em conjunto com as disposições de outras parcelas da ciência jurídica. Assim, a omissão dos pais em prover o sustento dos filhos em sua plenitude, dispensando não apenas elementos materiais, mas, sobretudo, a parcela imaterial do sustento, pode gerar consequências jurídicas no plano do direito de família, como a destituição do poder familiar e, ao mesmo tempo ou isoladamente, imputar aos pais o dever de compensar o dano moral padecido pelos filhos.

A incidência da disciplina da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares parece ser o entendimento a ser trilhado nas cortes de justiça pátrias, como aponta o acórdão aqui colacionado, muito embora se tenha notícias de julgados em sentido diverso²⁵:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.²⁶

CONCLUSÃO

Do que restou exposto, pode-se concluir que a inovação da ordem jurídica de que é consequência a expansão da tutela da pessoa humana é fenômeno elogiável e, longe de dúvidas, representa conquista histórica do ordenamento jurídico pátrio.

Trata-se de conceber os direitos da personalidade como categoria aberta, mutável e não restrita ao rol de enunciados legislativos. Em síntese, é elogiável que se admitam novos interesses como mercedores de tutela, na medida em que a própria sociedade está em franca evolução, tornando possível que novas espécies de danos se consumem.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242/ MG. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, turma, julgamento em 29/11/2005, DO, p. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 01/12/2012.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, turma, julgamento em 24/04/2012, DO, p. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 01/12/2012STJ.

É neste sentido que se apresenta o tema da responsabilidade civil pela falta de afeto no âmbito das relações familiares.

Sem negar a distinção entre a moral e o direito, certo é que nada impede seja a falta de afeto a causa de pedir numa demanda que veicula pretensão de compensação pelos danos morais.

Vige no direito a lógica dos deveres jurídicos. Diversos deveres jurídicos gravitam na ordem jurídica, tais como a segurança, a proteção e a boa-fé. Estes deveres jurídicos são chamados de originários. A violação dos deveres primários enseja o surgimento de outros deveres, ditos secundário, de reparação.

A falta de afeto não é matéria afeta apenas ao campo moral. Em verdade, é dever que permeia o direito, logo, dever jurídico e, como tal, reclama observância. Em outros termos, o afeto é dever jurídico originário que acarreta o dever de reparação ou compensação, se inobservado.

O afeto enquanto dever jurídico relacionado ao pleno desenvolvimento da pessoa tem assento na Carta Magna e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não se trata de acolher a demanda de ressarcimento para condenar o agente familiar a amar ou ter sentimento similar em relação ao filho carecedor de afeto; cuida-se de reconhecer que o afeto, quando não outorgado, pode gerar danos aos filhos, e o direito não pode estar alheio a esta realidade.

O reconhecimento da omissão dos familiares na prestação de afeto acarreta dano de ordem moral que enseja o dever de compensação.

Neste sentido caminha a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer o afeto como dever jurídico, motivo determinante a fundamentar a diversas demandas que tem como pedido de destaque a compensação pelos danos morais padecidos em razão da carência de afeto no âmbito das relações familiares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito civil*, v.1, ed. Rio, 1978.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. 3. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. in *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010;

_____ *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009;

_____ *Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil*, in T. da Silva Pereira e R. da Cunha Pereira (coords.), *A ética da convivência familiar: Sua efetividade no cotidiano dos tribunais*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional* – tradução Maria Cristina De Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011;

_____ *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011;

_____ Anderson Schreiber, *Tendências atuais da responsabilidade civil*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 22, abr./jun. 2005.

WINNICOTT, D.W. *A criança e o seu mundo*. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.