

# A judicialização dos conflitos afetivos

**Fernando Antonio de Souza e Silva<sup>1</sup>**

A família, entendida como indivíduos unidos pelo parentesco, é forma de agrupamento historicamente consagrada, desde tempos imemoriais. Chegou aos nossos tempos um conceito tradicional de família, de raízes greco-romanas, facilmente verificável na família europeia ocidental do início do século XIX. Todavia, nos séculos XIX e XX, o conceito tradicional de família e o prestígio social a ele agregado sofreram intensas transformações.

A família patriarcal tradicional do século XIX, em que a mulher era oficialmente coadjuvante, em que os filhos eram integralmente submissos à autoridade paterna e em que não havia espaço para homossexuais, uniões informais ou prole extraconjugal, viu surgir novas formas de agrupamento, as quais ganharam reconhecimento social e jurídico, sem que isto fizesse desaparecer, por completo, o modelo tradicional, que persiste, ainda que irremediavelmente alterado.

A ascensão da mulher, de coadjuvante a coprotagonista da dinâmica familiar, foi o primeiro e mais importante movimento de legitimação de novos sujeitos de direito, ainda dentro da família tradicional.

Uma vez titular de direitos dentro da família, naturalmente passou a mulher a reivindicar seus direitos fora do contexto familiar, fazendo-o no campo profissional e no dos direitos políticos.

Não demorou muito para que o reconhecimento da dignidade feminina intrínseca fosse estendido àquelas mulheres que, por quaisquer motivos, mantivessem uniões informais.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 3ª Vara de Família de Duque de Caxias.

Verificou-se, portanto, que a mulher passou a fazer valer seus direitos, tanto dentro como fora do ambiente doméstico e do conceito tradicional de família.

Dignificada a mulher, dignificou-se a prole. Em um primeiro momento, passaram os filhos a ter reconhecidos como legítimos os seus anseios e interesses, deixando a posição de objetos de direito para assumir a posição de sujeitos de direito, ainda que naturalmente submissos à autoridade, a qual não era mais apenas paterna, mas conjugal.

Consequência natural da dignidade filial dita legítima foi o fim da clandestinidade outrora destinada à prole dita ilegítima. Os filhos havidos fora do casamento passaram a ter os mesmos direitos que os filhos do convívio conjugal formalmente estabelecido.

Mais recentemente, ganharam proteção jurídica várias formas de organização familiar, como as uniões entre homossexuais, as famílias socioafetivas e as famílias monoparentais, que já existiam como fatos sociais, mas careciam de legitimação estatal. Hoje já se discute a existência de polifamílias (famílias onde não há casal, mas tríade ou grupo ainda maior), dentre outras possibilidades.

Todos estes fenômenos jurídico-sociais são a prova de que, em um curto período de tempo - praticamente dois séculos -, o conceito tradicional de família modificou-se em dois níveis: a) dentro da família tradicional, diminuiu-se a autoridade paterna, com atribuição de autoridade à mãe e de direitos aos filhos; b) fora da família tradicional, atribuíram-se direitos a outras formas de organização familiar e a outras formas de filiação.

Em qualquer destes modelos, seja o da família do século XIX, seja o da família do século XXI, não há muito interesse jurídico quando a dinâmica funcional daquela organização funciona a contento e todos os envolvidos estão razoavelmente satisfeitos. Interessam ao direito os casos em que há insatisfação, porque isto levará à lide, entendida como um conflito de interesses, uma pretensão resistida.

Na família tradicional do século XIX, as frustrações geradas dentro do espaço doméstico eram ali resolvidas, encontravam válvulas de escape

em alguma atividade fora da família ou transformavam-se em neuroses. Em qualquer hipótese, não chegavam a envolver o Estado, que não era chamado a intervir no âmbito doméstico, em regra. Tratava-se de um problema da esfera privada.

Na família do final do século XX e do século XXI, houve um notável aumento dos direitos e de seus titulares. Ocorreu a atribuição, por parte do Estado-legislador, de mais direitos a mais pessoas, sempre de forma vaga e tendente à expansão. Isto gerou expectativas difíceis de atender, por parte daqueles que detêm a autoridade familiar, seja em um só lar, seja em lares separados. Infelizmente, não se atribuiu a estes novos sujeitos de direito quase nenhum dever correlato, de modo a dar algum caráter sinalagmático às obrigações.

O resultado desta colisão entre as legítimas expectativas dos novos sujeitos de direito e as igualmente legítimas resistências e perplexidades dos titulares do poder familiar foi o surgimento de uma incrível demanda pelo reconhecimento judicial dos novos direitos.

Nada há de novo neste fenômeno, já que é natural que uma aspiração transforme-se em direito, após mobilização social e ação legislativa, e que o reconhecimento legislativo sofra resistências iniciais, que são levadas ao Poder Judiciário, que passa a reconhecê-lo, até que o novo direito seja sedimentado e passe a ser menos questionado.

Entretanto, o Poder Judiciário não pode ceder à tentação de substituir-se à família, como local de solução de conflitos, quando estes conflitos, apesar de envoltos em arcabouço jurídico, são essencialmente conflitos emocionais naturais, nos quais as condutas de alguns envolvidos, embora firam sentimentos e pretensões de outros envolvidos, nada têm de ilícito. Ou, pelo menos, não deveriam ter sido taxadas, pelo Poder Legislativo, de ilícitas.

A família é o espaço civilizacional primário, no qual as figuras paterna e materna irão impor restrições aos impulsos egocêntricos dos filhos, servindo como e apontando exemplos positivos e negativos, ajudando-os a preparar-se para a vida adulta, a aceitar vitórias e derrotas, satisfações e frustrações. Em uma palavra, a amadurecer.

A realização deste amadurecimento, por parte de todos os envolvidos, não tem como resultado um círculo perfeito, mas uma construção assimétrica, imperfeita, inacabada e cheia de arestas. As frustrações da vida familiar são, muitas vezes, fonte de fortaleza na vida adulta.

Quando as frustrações inerentes à vida familiar, como os conflitos afetivos e suas insatisfações insolúveis, são levados ao Poder Judiciário e este aceita intervir, enfraquece-se a família, que fica suprimida e ultrapassada, como local natural para o desenvolvimento desta dinâmica.

Enfraquecendo-se a família, criam-se indivíduos menos civilizados, com menos experiência em lidar com limites, perdas e insatisfações. Some-se isto à cultura de massa hedonista e superficial hoje predominante, e teremos um quadro generalizado de intolerância à frustração. Estes adultos infantilizados serão mais propensos ao abuso de drogas e à delinquência, satisfazendo o impulso destrutivo primário, em contraposição à negação da satisfação do seu impulso egocêntrico primário.

Não existem famílias perfeitas, nem famílias-tipo, ideais. Existe, todavia, um mínimo que se espera de cada um dos membros de uma família. É apenas para garantir este mínimo que deve o Poder Judiciário aceitar intervir em uma relação familiar. Indo além do mínimo, estará usurpando funções alheias e, embora sob justificativa de valorizar a família, desvalorizando-a e desacreditando-a como espaço civilizacional primário.

Passando ao caso concreto, veja-se a recente tendência de ajuizamento de ações de reparação de dano moral decorrente de negação de afeto. Trata-se de tema difícil, em relação ao qual já há duas correntes distintas, podendo-se delas extrair uma posição média, condizente com os termos deste trabalho.

O primeiro posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de negar a possibilidade de indenizar o abandono afetivo, por ausência de previsão legal. É exemplo deste entendimento o acórdão abaixo ( REsp 514.350-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28/4/2009):

## **ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.**

*Trata-se de ação de investigação de paternidade em que o ora recorrente teve o reconhecimento da filiação, mas o Tribunal a quo excluiu os danos morais resultantes do abandono moral e afetivo obtidos no primeiro grau. A Turma entendeu que não pode o Judiciário compelir alguém a um relacionamento afetivo e nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Assim, por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do CC/1916 (pressupõe prática de ato ilícito), não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação. Logo a Turma não conheceu do recurso especial. Precedente citado: REsp 757.411-MG, DJ 27/3/2006.*

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça julgou em sentido contrário, entendendo que há previsão legal de deveres paternos que, descumpridos, dão direito à indenização por ato ilícito. O acórdão abaixo exemplifica este novo entendimento (REsp 1.159.242 –SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/04/2012):

## **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 conseqüente 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, exsurgindo, 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.*

Analisando-se a divergência jurisprudencial verificada acima, nota-se, inicialmente, que, dentre duas posições extremadas – negação da possibilidade jurídica de reparação de dano moral e ampla admissibilidade da referida reparação – existe uma posição mediana, mais apta a respeitar todos os valores envolvidos.

É verdade que uma relação afetiva não pode ser imposta e a negação do afeto é fenômeno que pertence ao universo emocional, devendo ser analisado e eventualmente solucionado na esfera psíquica, com ou sem auxílio de terceiros.

Todavia, a maternidade e a paternidade são fatos biológicos e fatos jurídicos, gerando, para os seus titulares, deveres claramente previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, a Constituição da República erigiu como princípio a paternidade responsável. Logo, ser pai ou mãe traz responsabilidades inafastáveis, algumas previstas no próprio texto constitucional, como o de garantir ao filho o direito à convivência familiar, assistindo-o, criando-o e educando-o.

A legislação infraconstitucional prevê como deveres dos pais dirigir a criação e educação dos filhos, tendo-os em sua companhia e guarda, punindo qualquer descumprimento destes deveres, ainda que por omissão ou negligência.

Sendo assim, a mera negação do afeto permanece insuscetível de judicialização, mas o descumprimento destes deveres concretos, explicitamente previstos no ordenamento jurídico, é ato ilícito e enseja reparação de dano, conforme a mais recente jurisprudência do STJ. ♦