

Da afetividade à responsabilidade: o pretenso “princípio jurídico da afetividade” no Direito de Família frente ao princípio da reparação integral

From affectivity to Liability: the Alleged “Legal Principle of Affection” Versus the “Principle of the Integral Repair” in Family Law

Bruno Torquato de Oliveira Naves*
Iara Antunes de Souza**

Resumo

A concepção de família trazida pela Constituição da República de 1988 – um núcleo que deve proporcionar condições para o pleno desenvolvimento da personalidade – trouxe a valorização do afeto. Sabendo-se que o poder familiar é um dever que se exerce em função do filho, surge a problemática da ilicitude do exercício desse poder e de sua reparação civil. Por consequência, é necessário avaliar a natureza jurídica do afeto e perquirir se ele deve estar contido no rol de deveres paternos. Analisam-se, pois, tais pressupostos para, ao fim, compreender a aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família.

Palavras-chave: Afetividade. Família. Responsabilidade civil. Dano moral. Reparação integral.

* Bruno Torquato de Oliveira Naves: Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas; professor nos cursos de Graduação e de Especialização em Direito da PUC Minas e na Graduação e no Mestrado em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara; pesquisador do CEBID – Centro de Estudos em Biodireito. Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil. Email: brunotorquato@hotmail.com

** Iara Antunes de Souza: Mestre em Direito Privado pela PUC Minas; doutoranda em Direito Privado pela PUC Minas; professora de Direito na Universidade Federal de Ouro Preto-MG; pesquisadora do CEBID – Centro de Estudos em Biodireito. Ouro Preto – Minas Gerais – Brasil; Email: iasbhz@gmail.com

Abstract

The concept of the family brought by the Brazilian Constitution of 1988 – as a nucleus that shall provide for the full development of personality – values the affection’s function. Knowing that the parental authority is a duty that is exercised according to the child, there is the issue of illegality of the exercise of this authority and its repair. Consequently, it is necessary to evaluate the legal nature of the affection and if it should be contained in the list of parental duties. Thus, we examine these assumptions to understand the application of Tort Law in the family.

Keywords: *Affectivity. Family. Tort law. Moral damage. Integral repair.*

Introdução

O Direito das Famílias, junto à Constituição da República de 1988, angariou seu aspecto eudemonista, em face da repersonalização do Direito. Isso significou a quebra de dogmas e o surgimento de novos paradigmas, que deixaram para trás velhos conceitos naturalizados acerca da patrimonialização e da hierarquia dos entes familiares.

A família é a comunidade junto da qual o ser humano desenvolverá livremente sua personalidade. Não obstante, as relações familiares, compostas de situações jurídicas, são regidas por normas jurídicas, junto ao sistema aberto de normas, de forma que o ordenamento jurídico como um todo lhe dá respaldo, garantias e imposição de direitos e deveres.

Todas essas alterações no conteúdo jurídico da instituição familiar têm trazido situações controvertidas, nas quais há dúvidas sobre em quais momentos deve o Estado intervir nesse espaço privado. Quais os limites do poder familiar? Como exercê-lo tendo em vista a autonomia privada e a proteção integral à criança e ao adolescente?

No passo da discussão desses limites do poder familiar surgirão situações que o Direito classificará de ilícitas, pois contrárias a suas prescrições. Mas será que de todo ilícito decorrerá mesmo uma

indenização? Qual o âmbito dessa ilicitude, tendo em vista que a família deve se formar em bases de afeto, mas ele nem sempre está presente?

Objetiva-se, pois, uma sucinta análise do exercício do poder familiar frente às questões de afeto e sua indenizabilidade.

Para tanto, inicialmente, apresenta-se sucinta exposição acerca da teoria geral da responsabilidade civil e a possibilidade de sua aplicação junto ao Direito das Famílias. Posteriormente, analisa-se a questão do afeto nas relações familiares e a sua natureza jurídica. Por fim, agregam-se os institutos ao poder familiar, visando concluir acerca da aplicação ou não da responsabilidade civil na relação paterno-filial, tendo como fundamento a falta de afeto.

1 Responsabilidade civil

Responsabilidade é o dever de assumir as consequências de uma ação ou omissão, realizada pessoalmente ou por pessoa que esteja sob seu poder, ou, ainda, em razão de um fato da coisa de que lhe caiba a guarda. Trata-se de instituto sancionador, sendo sua incidência dependente da imposição jurídica da responsabilidade. É consequência de uma conduta danosa.

A situação danosa pode se originar da ação ou da omissão, por descumprimento de uma norma jurídica, legal ou contratual; ou por imputação objetiva, independente de ilicitude.

Ademais, recentemente, a teoria do risco trouxe modificações ao conceito de responsabilidade ao imputar responsabilização àquele que coloca a sociedade diante de perigos ou riscos inerentes à sua atividade. O agente obtém vantagens da atividade que explora, mas, ainda que a faça com toda a diligência, há um risco inerente à sua atuação, devendo indenizar os danos causados, independentemente de culpa.

Hodiernamente, verifica-se o deslocamento do fundamento da responsabilidade, que outrora se encontrava junto à culpa do agente, e aproxima-se o direito de reparação da vítima, que muitas vezes foi

prejudicada sem ter o ofensor praticado qualquer ato culposo. Por essa razão, a culpa, antes elemento essencial, agora é tratada como elemento acidental da responsabilidade civil.

1.1 Teoria dos ilícitos civis

Lembrando a classificação clássica dos fatos jurídicos, temos que ato ilícito é todo comportamento humano, omissivo ou comissivo, contrário ao Direito, que produza consequências jurídicas. Resultam ou de ações proibidas ou na não observância de um dever prescrito.

A ilicitude civil não resulta apenas do descumprimento de uma norma expressa, mas também de normas implícitas.

Discutia-se antigamente se a classificação ilícita da conduta impediria de considerá-la entre os atos jurídicos. O Código Civil de 2002 se filiou à corrente majoritária ao colocar o título “Dos Atos Ilícitos” dentro do livro “Dos Fatos Jurídicos”. Assim, pode-se dizer “ato jurídico ilícito”, sem cair em *contraditio in terminis*, pois a qualificação “jurídico” indica tão somente a capacidade de o ato produzir efeitos jurídicos, sejam eles desejáveis ou não.

José de Oliveira Ascensão (2003, p. 24) afirma que “nem toda acção desconforme é ilícita”. Acontecimentos naturais (fatos jurídicos *stricto sensu*) também podem ser desconformes ao Direito. É o caso da responsabilidade estabelecida pelo art. 399 do Código Civil, no qual, em razão da mora do devedor, há o dever de indenizar pela impossibilidade da prestação, mesmo que tal impossibilidade tenha ocorrido em virtude de fato natural. Ascensão continua estabelecendo uma íntima relação entre ilicitude e vontade do agente. Somente o acontecimento que dependa de uma vontade poderá ser considerado ilícito; os demais seriam casos de desconformidade, não de ilicitude.

Opinião diversa tem Pontes de Miranda (1972), ao propor a classificação de fatos ilícitos e não atos ilícitos. Mesmo fatos decorrentes da natureza ou de animais também podem ser contrários ao Direito.

Importante salientar que um ato não pode ser considerado ilícito para o Direito Civil e não o ser em outro ramo do Direito. A ilicitude é unitária no ordenamento jurídico. No entanto, pode a sanção restringir-se a uma esfera apenas, até mesmo porque as finalidades da consequência atribuída pelo Direito podem diferenciar-se nos seus vários ramos.

Dessa forma, como afirmam os doutrinadores, o Direito Penal é o remédio último, atribuindo sanções a situações mais gravosas. Por razões de política criminal, pode ocorrer, então, que um ilícito civil não seja punível na esfera penal sem que isso atribua licitude à conduta.

Pode-se dizer que a responsabilidade civil é um dos efeitos atribuídos ao ilícito. Todavia, não há nenhum liame necessário entre eles, pois ao ilícito pode o ordenamento imputar outras sanções, como a invalidade de um ato ou a perda de um direito.

Segundo Leonardo Macedo Poli (2009, p. 572-573), ato antijurídico é ato ilícito em sentido amplo, que tem como espécies o ato ilícito em sentido estrito (subjeto) e o abuso de direito ou ilícito funcional (objetivo). Esses dois geram a obrigação de indenizar.

Em relação à origem do ilícito, têm-se dois tipos: o absoluto, que gera a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana; e o relativo, oriunda do contrato. Mas, apesar de terem causas distintas, as duas espécies podem levar ao mesmo efeito, qual seja, a obrigação de indenizar. Felipe Braga Netto (2003, p. 101), baseado em Pontes de Miranda, classifica os ilícitos segundo a eficácia destes:

a) Ilícito indenizante: é todo ilícito cujo efeito é o dever de indenizar. Não importa o ato que está como pressuposto normativo. Se o efeito é reparar, *in natura* ou *in pecunia*, o ato ilícito praticado, estaremos diante de um ilícito indenizante.

b) Ilícito caducificante: é todo ilícito cujo efeito é a perda de um direito. Também aqui não importa os dados de fatos aos quais o legislador imputou eficácia. Importa, para os termos presentes, que se tenha a perda de um direito como efeito de um ato ilícito. Sendo assim, teremos um ilícito caducificante.

c) Ilícito invalidante: é todo ilícito cujo efeito é a invalidade. Se o ordenamento dispôs que a reação pelo ato ilícito se daria através da negação dos efeitos que o ato normalmente produziria, em virtude da invalidade, o ato é invalidante, que engloba tanto a nulidade quanto a anulabilidade.

d) Ilícito autorizante: é todo ilícito cujo efeito é uma autorização. Assim, em razão do ato ilícito, o sistema autoriza que a parte prejudicada pratique determinado ato, geralmente em detrimento do ofensor.

Percebe-se a desvinculação entre ilícito e responsabilidade, por exemplo, do casamento de viúvo(a) antes do inventário e partilha de bens do cônjuge falecido. Embora o art. 1.523, inciso I do Código Civil, prescreva que não pode o cônjuge supérstite se casar, ocorrendo o casamento (ilícito), a sanção cominada é o regime obrigatório de separação de bens (art. 1.641, I, CC).

Pode mesmo ocorrer responsabilização sem ato ilícito. A responsabilidade decorre de uma imputação legal, não necessariamente de uma conduta ilícita. Atos lícitos como o estado de necessidade e a legítima defesa (art. 188, CC) podem acarretar o dever de reparar. Também na responsabilidade objetiva difícil é procedermos à análise da licitude ou ilicitude do fato, cuja reparação advém tão somente da imputação normativa.

1.2 Funções da responsabilidade civil: o princípio da reparação integral

O instituto da responsabilidade civil exerce função de grande importância no Direito pós-moderno. Diz-se mesmo que a própria dignidade humana encontra garantia na possibilidade de pleno ressarcimento dos prejuízos injustamente suportados, sejam eles físicos (estéticos), patrimoniais ou morais. Não é à toa que o elemento basilar da responsabilidade civil seja o princípio da reparação integral.

A doutrina costuma expor três funções da responsabilidade civil, quais sejam, a reparatória ou compensatória, a educativa ou pedagógica, e a repressiva, punitiva ou retributiva. De fato, a responsabilidade

civil visa, primeiramente, a reparação do dano, com retorno *ao status quo ante*. Como em muitas situações a reparação se torna inviável, a responsabilidade assume a compensação da vítima como forma de reequilibrar a relação social, estabelecendo, assim, a função reparatória ou compensatória.

Ademais, a responsabilidade civil pretende desencorajar novos atos ilícitos. Desempenha, pois, função preventiva em relação à sociedade (prevenção geral) e em relação ao ofensor (prevenção específica), consubstanciando sua função educativa ou pedagógica.

Por fim, a função repressiva, punitiva ou retributiva se apresenta diante do fato da responsabilidade recair sobre o agente como uma sanção, reprimindo seu comportamento antijurídico, devendo ele arcar com as consequências de seu ato.

A divisão é tão somente didática, sendo difícil distinguir as fronteiras entre a função punitiva e a função pedagógica. É discutível a assunção da função punitiva no sistema jurídico romano-germânico da responsabilidade civil. Países de *common law* fixam na condenação do ofensor um valor a título de *punitive damages*. A jurisprudência brasileira, via de regra, afasta a condenação punitiva em danos materiais, mas a admite em danos morais.

1.3 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva: entre a culpa e o risco

A responsabilidade subjetiva é aquela que decorre de atividade culposa ou dolosa do agente. Essa é a regra da responsabilização.

Até o Código Civil de 2002, essa regra só seria afastada se a lei dispensasse expressamente o elemento “culpa”, hipótese em que se configuraria a responsabilidade objetiva. Era exceção e exigia menção normativa expressa. No entanto, com o advento do Código Civil, o parágrafo único do art. 927 estabeleceu uma cláusula geral em relação a essa modalidade de responsabilidade, desde que o dano

tenha decorrido de atividade normalmente desenvolvida pelo autor e que apresente risco por sua própria natureza.

Assim, na responsabilidade subjetiva, temos o aspecto psicológico do sujeito como determinante. Diante das situações em que a lei a prescreva, a responsabilização só será possível se se provar que o agente provocou o dano em razão de dolo, negligência, imprudência ou imperícia, isto é, culpa em sentido amplo. O aspecto interno do sujeito é considerado se a ação não se revestiu de intencionalidade ou de previsibilidade objetiva que permitiria afastar o prejuízo.

Em regra, na responsabilidade subjetiva, cabe ao prejudicado o ônus de provar a culpa do réu. Há, no entanto, casos em que a lei inverte o ônus da prova, presumindo a culpa. A presunção da culpa é relativa ou *iuris tantum*, cabendo ao ofensor provar que o dano causado não adveio de ato culposo.

Nessa linha, a culpa ainda é elemento central, apesar de presumida. Têm-se, dessa forma, duas espécies de responsabilidade subjetiva: a responsabilidade subjetiva simples, na qual a prova da culpa cabe à vítima; e a responsabilidade subjetiva com culpa presumida, na qual o ônus de se provar a inexistência da culpa foi transferida ao ofensor. Também é conhecida como “responsabilidade objetiva imprópria”, mas a expressão induz a uma falsa noção de que a culpa é irrelevante.

É o artigo 186 do Código Civil a expressar a Teoria da Culpa na prática dos atos ilícitos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

O importante para configuração da culpa é a previsibilidade do resultado danoso. Logo, o comportamento reprovável deveria ser previsível pelo homem médio, mesmo que não tenha sido previsto no caso em questão.

Já a responsabilidade objetiva é aquela que abre mão do elemento culpa para caracterização da responsabilidade. Basta o comportamento do agente, o dano e o nexo de causalidade entre dano e comportamento.

O ordenamento jurídico reconhece que há atividades em que há grande previsibilidade de dano, facilitando à vítima a reparação, já que a libera da prova de culpa, que não será sequer discutida.

O fundamento da responsabilidade objetiva reside na Teoria do Risco, que, sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. Advoga-se que o desenvolvimento de atividade de risco, em que se auferem determinado proveito, deve ser acompanhada de maior ônus. A atividade que apresenta maior probabilidade de dano, desempenhada com finalidade lucrativa, não pode transferir a terceiros seu risco inerente. Logo, quem auferem o benefício deve arcar com o risco. Ou, dito de outra forma, quem auferem os cômodos (ou lucros) deve suportar os incômodos (ou riscos).

A doutrina do risco sustenta a noção de seguridade geral, para que prejuízos decorrentes de acidentes de transporte e de consumo, bem como atividades estatais ou que causem danos ao meio ambiente, entre outras, possam ser indenizados e reparados.

O Código Civil de 2002 inovou ao trazer, no parágrafo único do artigo 927, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, fundamentada em um risco inerente à atividade.

1.4 Elementos da responsabilidade civil

A doutrina moderna traz como elementos caracterizadores da responsabilização civil a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade. A conduta humana, na responsabilidade civil, é a ação ou omissão humana que provoca o prejuízo.

Nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, é necessário que o comportamento seja evitável. Por isso, alguns colocam que a conduta deve ser voluntária, ainda que o resultado não seja o desejado pelo praticante.

A ilicitude não é necessária na conduta danosa que resulta em responsabilidade civil. Não se exige que o comportamento seja ilícito,

basta a previsão legal de indenização, como se confirma por algumas hipóteses de responsabilidade por atos lícitos, previstas no art. 188 c/c art. 929 e 930; e no §3º do art. 1.313, todos do Código Civil.

O dano ou prejuízo é a lesão a um bem jurídico, tangível ou intangível.

Em relação às características do dano, para que nasça o direito à indenização, deve haver a violação de um bem patrimonial ou extrapatrimonial e a sua certeza. Não basta a hipótese de dano, sua existência concreta deve ser comprovada. Não basta que a conduta seja antijurídica, deve haver prejuízo. Logo, a certeza diz respeito à sua existência e não a seu *quantum*. Ademais, é necessário que haja a subsistência do dano no momento de sua cobrança em juízo. Assim, se o dano já foi reparado, não há como se requerer indenização.

A reparação do dano deve abranger tanto o que se perdeu efetivamente com a conduta lesiva quanto o que se deixou de lucrar. O dano pode ser, ainda, material ou moral, conforme será exposto a seguir.

O terceiro e último elemento da responsabilização civil é o nexos de causalidade, cujo estudo vem ganhando destaque com o desenvolvimento da responsabilidade objetiva. Há não muito tempo, ao se levantar o tema da responsabilidade civil, vinha à mente, quase instantaneamente, a ideia de culpa, pois era essa a característica central da responsabilidade, eminentemente subjetiva. Com o número cada vez maior de situações fundadas no risco, o problema da responsabilidade se deslocou da culpa para o nexos causal.

Embora de fácil conceituação, o nexos causal traz sérios entraves para sua comprovação no caso concreto, especialmente nos casos em que várias situações concorrem para o dano.

Nexos de causalidade é o liame que une a conduta do agente ao resultado danoso; ou a conduta de pessoa pela qual se é responsável ao prejuízo suportado; ou, enfim, o fato de coisas que seja detentor

do evento danoso. Assim, a causa de um dano é o que efetivamente contribuiu para sua ocorrência ou que concorreu para agravá-lo.

Em regra, tanto a responsabilidade subjetiva quanto a objetiva requerem, para sua caracterização, o elemento causal. Portanto, sem nexos de causalidade, em princípio, não há responsabilização.

O que se observa hoje é a erosão dos filtros da responsabilidade civil, ou seja, da culpa e do nexo causal. (SCHREIBER, 2005, p. 47) Atualmente, o instituto é visto como ato de solidarismo social, de forma que o foco de atenção sai da pessoa causadora do dano, perquirindo-se culpa etc. e se atém à busca da vítima, do menor número de irressarcibilidade, reparação integral. Essa mudança tem fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e na personalização do direito. (FIUZA, 2009, p. 568)

Portanto, o que se leva em conta para a verificação da responsabilidade é, primordialmente, a existência de um dano.

1.5 Dano material e moral

Dano material ou patrimonial é aquele que atinge bens de natureza patrimonial. Pode ainda decorrer da lesão a bens não patrimoniais, desde que, uma vez atingidos, produzam consequências de cunho patrimonial. A reparabilidade do dano material objetiva a restituição pecuniária e o *status quo*.

Quanto ao dano moral, insta ressaltar que o Código Civil de 1916 não fez menção expressa ao instituto. E, embora Clóvis Beviláqua o propugnasse, grande foi a resistência acerca da reparação do dano moral.

Inicialmente, nossos tribunais restringiam a reparação do dano moral ao dano reflexo, isto é, apenas o prejuízo moral que repercutisse na esfera patrimonial ensejaria indenização. Não se reparava o dano moral por si só (dano moral puro), mas tão somente aquele que trouxesse prejuízos econômicos.

Na década de 1960, a situação começou a se modificar, admitindo o ressarcimento por dano exclusivamente moral. Sobrevieram, também, algumas leis, como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62), Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65), Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) e a antiga Lei de Direitos Autorais (Lei n. 5.988/73).

A Constituição de 1988 acolheu expressamente a reparação por dano moral, nos incisos V e X do art. 5º, obscurecendo o argumento de que “é impossível e mesmo imoral o ressarcimento de danos morais”.

Falava-se que a imoralidade da indenização estava no fato de se fixar um preço para a dor (*pretio doloris*) e aí se localizou o maior erro quanto à responsabilidade por dano moral – conceituá-lo como indenização pela “dor moral” infligida.

Dano moral não é a dor moral ou psicológica; esta é tão somente a consequência do dano, que foi gerado pela ofensa a um direito pessoal em sentido estrito, isto é, o direito de personalidade ou direito de família puro (NAVES; LIMA, 2010, p. 343-375).

Dessa forma, a dor é um dos efeitos que geralmente advêm da lesão a direitos de personalidade ou direitos de família puros, mas podem não advir. Se vincularmos o dano moral a um estado psicológico da vítima, a violação de um mesmo bem de diferentes titulares pode ser sancionada em certa situação e não o ser em outra idêntica, em que a vítima não sentiu o sofrimento psíquico. Configurar-se-ia uma situação esdrúxula, pois ficaríamos à mercê da sensibilidade do titular do direito de personalidade violado: se muito sensível a vítima, grande seria o dano e, conseqüentemente, a indenização; mas se a vítima for indiferente a certas ofensas, não haveria que se falar em dano moral. “Juridicamente, o dano moral decorre de uma violação a uma situação jurídica – e não apenas fática – mais especificamente a situações subjetivas de direitos de personalidade e de direitos de família puros” (NAVES; LIMA, 2010, p. 370).

1.6 A responsabilidade civil no direito das famílias

A família hodierna é o núcleo que deve possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros. Mas se pode falar de responsabilidade quando o *dever ser* não se configura?

Ora, presente uma ação ou omissão que gere uma violação a um direito de personalidade no âmbito familiar ou a um direito de família puro, resultará configurada a responsabilidade civil do agente causador. Portanto, é plenamente cabível a responsabilidade civil junto ao Direito das Famílias.

Nesse passo, o que se indaga é o fundamento ligado à falta de afeto junto às relações parentais, como sucedâneo da responsabilidade civil. Seria o afeto uma norma jurídica, na espécie princípio jurídico, que, ao ser violada, ensejaria a responsabilidade civil? É o que se pretende averiguar.

2 A família eudemonista

O conceito de família vem se alterando com o passar do tempo, pois o seu próprio sentido, antes atrelado aos anseios patrimoniais burgueses, hoje se volta para o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Nesse sentido, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 25) afirmam que o conceito de família é histórico, não sendo possível uma definição aplicável a todas as épocas e povos indistintamente.

Entretanto, pode-se afirmar que a família contemporânea se constrói em torno da formação ampla e saudável de seus membros. É uma comunidade constituída para o pleno desenvolvimento da personalidade daqueles que a compõem.

Por essa razão, é certo que o afeto constitui a diretriz *ética* da família contemporânea. Assim, fala-se em família eudemonista.

Carolina Ananias Junqueira Ferraz (2009, p. 171) aduz que “este novo modelo pressupõe a pluralidade das entidades familiares, a igualdade entre os filhos e a liberdade para o planejamento familiar”. Isso não significa dizer que o Direito trabalha o afeto como norma.

Para o Direito, não há conteúdo prescritivo no afeto, mas sua importância no rol de valores sociais é tamanha que o Direito procura objetivá-lo de várias maneiras. Assim, o valor é absorvido pela norma. A aplicação normativa se faz de maneira diferente dos valores, que não integram o Direito autonomamente. Interessantes as palavras de Juliana de Sousa Gomes Lage (2008, p. 488-489) sobre a nova concepção de família:

Nesse conceito de família solidarista, torna-se de suma importância a convivência entre seus membros. Alteridade e reciprocidade são palavras-chave nessa nova relação. É de suma importância o papel do outro na formação da personalidade e dignidade de seus membros, uma vez que deve tratar os interesses do outro como trataria de seus próprios interesses.

A proteção constitucional da família não é proteção da família *de per si*, mas sim o amparo no interesse da realização existencial das pessoas, uma vez que hoje é tida como o *locus* indispensável de concretização e desenvolvimento da pessoa humana.

Se o afeto é importante para essa nova concepção de família, podemos falar em “princípio jurídico da afetividade”?

3 O afeto no direito de família

A discussão da indenizabilidade das lesões no interior das relações familiares é frequentemente colocada fora de foco. Como já exposto, para haver responsabilização civil, deve o prejudicado provar: um comportamento comissivo ou omissivo do agente; um dano material ou moral; nexos de causalidade, comprovando que o prejuízo suportado foi causado pela conduta do agente; e, por fim, a culpa, elemento constante apenas das espécies de responsabilidade subjetiva.

Embora a culpa não seja um elemento da responsabilidade civil como um todo, mas apenas de sua espécie subjetiva, no Direito das Famílias, ela será constantemente invocada, pois raras são as hipóteses de responsabilidade civil por ato próprio que independem de culpa.

O descumprimento de uma norma jurídica que cause dano a outrem dá origem à responsabilidade civil. Assim, tanto o descumprimento de uma regra clara, colocada expressamente em um enunciado normativo, como a desobediência a um princípio jurídico, explícito ou implícito, desde que acarrete dano, faz nascer o dever de reparar.

Afinal, o sistema normativo é aberto.

Quanto ao afeto, ele possui acepções filosóficas e psicológicas, mas, conforme conclui Breno Mendes Forel Muniz Vianna (2008, p. 467), “quando trazido para o Direito, nada mais é senão um valor.”

Sendo assim, a violação de um valor pode ensejar reparação civil?

Certo é que norma e valor estão em constante tensão. Por essa razão, é preciso estabelecer a devida diferenciação, qual seja, que as normas jurídicas são de cunho deontológico, enquanto o valor é de cunho axiológico. De fato,

O Direito, como ordem pragmática de solução de conflitos, pode ser investigado por uma perspectiva dogmática. Já a Moral atua no universo jurídico como ordem normativa auxiliar, fornece subsídios para a formulação e aplicação do direito, sem, no entanto, com ele se confundir. (SÁ; NAVES, 2009, p. 6)

Portanto, princípios jurídicos e valores não são sinônimos, em que pese, no plano da justificação, os princípios conterem valores, assim como as regras. Por essa razão, conclui-se que:

A norma jurídica, em sua elaboração, recebe a influência de múltiplos valores, mas isso não a faz um valor, nem permite que sua aplicação siga o mesmo método dos valores. Daí a necessidade de distinguir-se o plano da justificação do plano da aplicação normativa.

No Estado Democrático de Direito, as diversas forças sociais devem ter acesso à elaboração legislativa, por meio da mídia, dos grupos de pressão, de seus representantes eleitos e outros meios. Neste momento, a diversidade de opiniões e valores deve ser levada em conta. No momento da aplicação, entretanto, permite-se que apenas os elementos normativos incidam. (NAVES; SÁ, 2008, p. 325-326)

O afeto é um valor, isto é, uma consideração ética de como a família deve ser. Não há imperatividade jurídica nesse elemento, mas diretriz moral de grande relevância. Logo, o afeto não pode ser utilizado isoladamente pelo Direito ou ser considerado vinculante para o genitor. Ninguém tem obrigação de amar e o Direito não tem como impô-lo.

Isso não significa que o afeto não tenha lugar no Direito. Como dito, a norma contém valores que devem ser considerados. Assim, defender o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva não é o mesmo que defender o afeto como valor jurídico. O Direito não pode encampar valores sociais *como* normas, mas deve encampá-los *nas* normas, que são coisas bastante distintas.

4 Poder familiar e responsabilidade civil

O poder familiar é uma situação jurídica especial que compreende vários deveres a serem exercidos em função de outrem (filhos), mas que, ao mesmo tempo, confere uma esfera de liberdade no seu desempenho.

Seu titular, no caso, os pais, não tem “opção” de exercê-lo, mas o dever de desempenhar a competência recebida. Essa é a principal diferença entre “poder” e “direito”, pois ao titular do direito subjetivo ou do direito potestativo cabe a opção de exercê-lo ou não.

Apesar de surgir como uma situação de proeminência ou vantagem sobre os filhos, seu exercício é obrigatório e não há uma obrigação correlata, nem uma pretensão em benefício do titular. Asensio Sánchez (2006, p. 57-58) faz uma feliz conceituação ao colocá-lo como função, o que bem caracteriza o aspecto dúplice dessa situação jurídica:

El carácter de función de la patria potestad supone una doble vertiente de deber/derecho, teniendo en cuenta que el derecho se concede, exclusivamente, para facilitar el cumplimiento del deber. El deber que impone la patria potestad a sus titulares consiste en su ejercicio ‘en beneficio del hijo de acuerdo con su personalidad’ (art. 154 CC [de España]), es decir, teniendo en cuenta el interés del menor. A su vez, la faceta de derecho, la menos importante por tener un carácter funcional subordinado al cumplimiento del deber, supone la facultad de los progenitores de ejercitar dicha potestad en relación con sus hijos (art. 154 CC [de España]).

Assim, a competência deferida aos pais pelo art. 1.634 do Código Civil é dever que se tem para o filho menor e, por ser exercida no seu interesse, atua como função indelegável, mesmo após a separação ou o divórcio.

O descumprimento dessas competências que compõem o poder familiar, se causarem dano ao menor, tornar-se-á passível de reparação civil, entre outras sanções aplicáveis. Entretanto, não poderá ser admitida como fundamento justificador a “ausência de afeto”, como ensejador do dano moral nas relações paterno-filiais.

Isso porque, como já exposto, o dano moral é ofensa ao direito de personalidade, e o afeto, apesar de ser importante valor, não é direito de personalidade, pois extrapola os aspectos da pessoa em si mesma para abarcar aspectos da pessoa em relação a outrem. Não há um dever jurídico de afeto, mas um relevante dever moral. Por essa razão, não é outra a conclusão de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010, p. 590):

Assim, não se afasta do campo do direito de família, e mais especificamente das relações paterno-filiais, o instituto da responsabilidade civil. Há, sem dúvida, obrigação de reparar o dano caso possam ser verificados e individualizados os elementos integrantes da responsabilidade civil extracontratual subjetiva: ato ilícito (culpa), dano e nexo de causalidade entre este e aquele. Exemplos, infelizmente,

não faltam: violência física, castigo imoderado, violência sexual, entre outros. Tais atos, além de caracterizar hipóteses de perda do poder familiar, sem dúvida, geram a obrigação de reparar o dano sofrido (material e moral), pois presentes os pressupostos da responsabilidade civil.

Entretanto, por tudo o que já foi exposto, não se recomenda a responsabilização civil dos pais que não expressam amor pelo filho, por não ser essa a maneira adequada de solucionar impasses decorrentes da complexa relação entre filhos e pais. A falta de afeto, infelizmente, o Direito não é capaz de resolver.

Logo, é possível o requerimento de dano moral pautado no descumprimento de uma norma jurídica. Dessa forma, os casos levados a julgamento sob o fundamento do “abandono afetivo” não devem ser considerados sob o enfoque do afeto, mas do descumprimento de uma norma jurídica, em especial aquela que determina os poderes-deveres constituintes do poder familiar e funcionalizados em prol do filho menor. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2008, p. 76) assim se posicionam:

[...] não se pode admitir que a pura e simples violação de *afeto* enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracteriza-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes.

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais do que o *ser*.

Em caso paradigmático julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, verifica-se do relatório firmado pelo desembargador relator que o pai deixou de visitar o filho requerente após o nascimento de sua

outra filha, quebrando a expectativa de visita gerada (MINAS GERAIS. Apelação n. 2.0000.00.408550-5/000(1). Relator Desembargador Unias Silva. Data do Julgamento: 01/04/2004)

O descumprimento das competências dispostas no art. 1.634 do Código Civil compõe um ato ilícito de repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais e, no caso em tela, tal descumprimento causou danos ao menor, comprovados pelos pareceres médicos e psiquiátricos.

Assim, nesse caso, estão presentes os requisitos para a indenização por dano extrapatrimonial, ou dano moral em sentido amplo. Há um descumprimento normativo, caracterizado pela conduta negligente do pai, que originou danos extrapatrimoniais. Há, pois, o dever de reparação civil.

A questão posta, entretanto, é que a fundamentação da decisão judicial restou no “princípio da afetividade”. Como já exposto, afeto não é norma, é valor, portanto, não tem o condão de fundamentar a imposição da responsabilidade civil junto às relações paterno-filiais. Ademais, valores são de cunho pessoal e os aplicadores do direito podem fazer valer seus axiomas pessoais. A concretização do Direito deve ser deontológica.

Ademais, a falta de afeto, o abandono afetivo, gera outras consequências jurídicas, tais como a destituição do poder familiar ou a obrigação de prestar alimentos, mas não um dano moral compensável. Portanto, encontra resguardo junto ao sistema jurídico no plano da justificação, mas não no da aplicação.

Conclusão

Os fatos da vida devem encontrar guarida no ordenamento jurídico, por meio de um processo hermenêutico junto ao sistema normativo aberto. Não sendo fechado em si mesmo, o sistema é capaz de abarcar as mutações das concepções de seus institutos, de acordo com o que a história e a sociedade anseiam.

É esse o caso da família, que, com o tempo, teve seu instituto alterado da patrimonialização e hierarquização para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e do afeto.

Contudo, a afetividade calcada à família eudemonista hodierna não é fundamento de cunho normativo, mas apenas valorativo. Sendo assim, não tem o condão de subsidiar um ilícito para conformação da responsabilidade civil no âmbito familiar, junto à reconstrução argumentativa.

Portanto, a responsabilidade civil é aplicável ao Direito das Famílias, desde que haja o preenchimento de seus requisitos e um ilícito, com a violação de normas jurídicas. Não se admitindo a utilização de valores, como a afetividade, para fundamentar a imposição de responsabilidade.

Afinal, enquanto valores são impostos por outros ramos da Ciência Social, ao Direito cabe apenas a imposição de normas jurídicas, não sendo cabível ao aplicador do Direito fazer prevalecer valores que variam de pessoa para pessoa. Isso acarretaria, sem dúvida, na destruição da autonomia ínsita ao Estado Democrático de Direito, que reconhece a diversidade e impede que o Judiciário determine o que é bom para todos.

Referências

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral: ações e fatos jurídicos Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. v. 2.

ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel. **La patria potestad y la libertad de conciencia del menor**: el interés del menor a la libre formación de su conciencia. Madrid: Tecnos, 2006.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRASIL. **Código civil**: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 ago. 2008.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.285, de 25 de outubro de 2007**. Dispõe sobre o estatuto das famílias. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/517043.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. O princípio jurídico da afetividade: mito ou realidade? In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil**: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. v. 3. p. 159-176.

FIUZA, César. Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade e do ilícito. In: FIUZA, César (Org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 559-568.

LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Responsabilidade civil nas relações conjugais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brocado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008. p. 485-508.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação n. 2.0000.00.408550-5/000(1)**. Relator Desembargador Unias Silva. Data do Julgamento: 01/04/2004. Data da Publicação: 29/04/2004. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&omrCodigo=0&ano=0&txt_processo=408550&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=afetividade&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 2/ 3.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; LIMA, Taisa Maria Macena de. Direito à reparação civil do nascituro por morte do genitor em acidente de trabalho: dano moral e personalidade do nascituro. In: NAVES, Bruno

Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil**: atualidades IV: teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. v. 4. p. 343-375.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Concorrência de direitos fundamentais em direito de família: conflito entre a intimidade genética do menor e interesses familiares e conflito referente à liberdade religiosa no seio familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e solidariedade**: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2008. p. 311-330.

POLI, Leonardo Macedo. Ato ilícito. In: FIUZA, César (Org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 569-585.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Porto Alegre, ano 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 453-484.

Recebido em: 27/02/2012

Aprovado em: 20/04/2012