

A responsabilidade civil no âmbito do Direito da Família e abandono afetivo parental

<http://jus.com.br/revista/texto/23457>

Publicado em 01/2013

Karoline Fontinele | Marina Coêlho

Acadêmicas do Curso de Direito na Universidade Federal do Piauí (UFPI).

A omissão ou a negligência de um pai frente à criação de um filho (com o dever de cuidar e não só de suprir as necessidades básicas) constitui ilícito legal, cabendo a compensação ou indenização da vítima.

Resumo: O presente artigo visa fazer uma abordagem crítica sobre o tema abandono afetivo parental. O vínculo familiar é também um vínculo legal, implicando em obrigações jurídicas dos genitores para com seus filhos. Nesse sentido, a omissão ou a negligência de um pai frente à criação de um filho (com o dever de cuidar e não só de suprir as necessidades básicas) constitui sim um ilícito legal, cabendo, portanto, a compensação ou indenização da vítima em questão. Como argumentação, o artigo utilizará não só a análise e interpretação de alguns pontos da Constituição, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, como também a ideia de alguns teóricos positivistas dogmáticos e contemporâneos.

Palavras-Chave: abandono afetivo parental, responsabilidade civil, dano moral, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da afetividade.

1 - Descrição do Caso

Em decisão inédita, o STJ condenou um pai a pagar indenização de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para a filha pelos danos morais causados por abandono afetivo. L.N.O. afirmou que procurou o pai diversas vezes durante a infância, mas que ele nunca cedeu às tentativas de aproximação. Ela afirma que não recebeu o devido suporte afetivo do pai durante a infância e adolescência, além de ter sido tratada de forma diferente em relação aos outros filhos.

O processo, originado em 2000, foi julgado improcedente em primeira instância. O juiz em questão afirmou que não cabia indenização por danos morais nas relações familiares e alegou também que o fundamento do distanciamento entre pai e filha deveu-se ao comportamento agressivo da mãe após o rompimento do relacionamento entre os genitores, além disso, para o mesmo, o pai já arcava com as suas funções paternas ao pagar a pensão alimentícia. O Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu o abandono afetivo e fixou a compensação por danos morais no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). No STJ o valor foi reduzido. A ministra Nancy Andrighi, relatora do processo, afirmou que o caso não discutia o amor do pai pela filha, mas sim o seu dever jurídico. De acordo com as suas palavras, “amar é faculdade, cuidar é dever”.

A vida contemporânea está marcada pelo aumento das modificações nas relações familiares. Com o aumento da separação do vínculo conjugal, tornam-se cada vez mais comuns casos em que filhos do casal são furtados do sentimento natural de afeto constante nas relações parentais. O vínculo familiar, entretanto, também é vínculo legal, implicando em deveres inerentes ao poder familiar, como o dever de convívio, de educação, etc., necessários ao desenvolvimento sócio-psicológico da criança e do adolescente. Nesse sentido, o cuidado é fundamental para o desenvolvimento do menor.

Em relação à interpretação dos fatos, verifica-se que houve a transgressão de princípios constitucionais, como o princípio da dignidade humana, da afetividade, da proteção da criança e do adolescente. Além também da transgressão de normas do Código Civil, da responsabilidade civil.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. É o princípio constitucional de maior valor axiológico e serve de base para o ordenamento. Dessa forma, ao trazê-lo para o âmbito do direito da família, o que objetiva-se é a formação de uma família mais humanitária, que consiga apoiar e sustentar todos os seus membros.

A responsabilidade dos pais precisa ser pautada no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade humana. Os deveres dos pais em relação aos filhos podem ser encontrados em diversos dispositivos do ordenamento. O artigo 227 da Constituição Federal dispõe que:

Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê no seu artigo 3º que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. No artigo 22, o referido Estatuto imputa aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Deveres esses que são reforçados no artigo 1556, inciso IV do Código Civil.

Além disso, nas entrelinhas da Constituição, pode-se afirmar que o afeto é um princípio constitucional. A família atual, por exemplo, é uma construção social fundada necessariamente no critério de afetividade. Não se pode mais identificar a família com os aspectos biológicos e patrimoniais, mas sim através do seu vínculo afetivo. Nesse sentido, as relações entre pais e filhos também são cobertas pelo princípio da afetividade.

Devido justamente os aspectos singulares das relações familiares – sentimentos, emoções e afeto – muitos negam a possibilidade de compensação dos danos decorrentes do descumprimento dos deveres parentais. Entretanto, não existe restrição legal que impossibilite a aplicação das regras de responsabilidade civil, e a consequente indenização, no âmbito do Direito da Família. Ao contrário, os textos legais que tratam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02), abordam o tema de maneira ampla e irrestrita.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A Responsabilidade Civil consiste na obrigação imposta ao ofensor, de reparar os danos causados por sua conduta ou atividade a outrem. Na responsabilidade civil clássica, é necessário que haja uma conduta, um dano, um nexo de causalidade e uma culpa comprovada. Assim, o artigo 186 do Código Civil dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Trazendo para o Direito da Família, e especificamente para os casos de abandono afetivo, observa-se que os pais possuem obrigações jurídicas em relação à sua prole que vão além do suprimento das necessidades básicas, como já relatado acima no artigo 227 da Constituição. Sendo assim, a omissão dos pais na criação dos filhos e a negligência em relação ao dever de cuidar constituem um ilícito civil.

2. Análise Teórica

As relações familiares são vistas por muitos como singulares pelo fato da presença de sentimentos e emoções. Todavia, intrincadas nessas relações, preconiza-se a presença constitucional e legal referente às obrigações mínimas.

Não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. Como já citado, os textos legais que regulam a matéria (art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas. Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Desse modo, utilizando-se das concepções de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, por terem correspondentes normativos, as obrigações parentais são passíveis de sanção, quando as mesmas não forem cumpridas. Contudo, é importante ressaltar a diferenciação entre esses dois autores.

De acordo com Hans Kelsen, a ciência jurídica descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que não de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através destas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados. As proposições jurídicas ou os enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas (juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem os pressupostos fixados no ordenamento), ser distinguidas das normas jurídicas (que são enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento, produzidas por órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito).

As normas são mandamentos, e como tais, comandos imperativos. Mas não apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. O Direito só se torna Direito no momento da obrigação, a coerção é um elemento essencial do Direito, então as normas estipulam um ato coercitivo, uma sanção. O processo de aplicação normativa é um simples processo de subsunção, onde para cada ação existe uma consequência imputável e essa consequência efetivamente será uma sanção. Justamente nesse mínimo de interpretação e subsunção que se encontraria a segurança jurídica.

Enquanto para Kelsen a sanção é o fim do direito, ou seja, as forças regulamentam as normas jurídicas, para Norberto Bobbio a sanção é um meio. Sendo assim, para este autor, a força é o instrumento utilizado pelo direito para garantir o seu fim, que seja a resolução de conflitos. Nesse caso, define a norma jurídica através da sanção, e a sanção jurídica através

dos aspectos de exterioridade e de institucionalização, donde a definição de norma jurídica é aquela norma “cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada” (BOBBIO, 2006, pag. 27). Se sanção jurídica é só a institucionalizada, isso significa que, para que haja Direito é necessário que haja uma organização, isto é, um completo sistema normativo. Nesse sentido, a força é um instrumento necessário do poder, ou seja, a força é necessária para exercer o poder, mas não para justificá-lo.

Porém, antes de uma análise jurídica, o caso estudado, que impõe como sanção uma indenização material à filha que sofreu abandono moral, é uma questão que sucinta uma discussão: qual o âmbito do direito? Até que ponto o Estado pode intervir? As respostas muitas vezes ultrapassam o âmbito jurídico, sendo importante fazer uma diferenciação entre os sistemas do direito e da moral.

A muito se busca diferenciar o direito da moral, tentando distinguir o lícito do ilícito, do justo e do injusto. Nessa busca, os positivistas tradicionais, como os já citados Kelsen e Bobbio, elucidam uma completa separação entre esses dois conceitos. Em Kelsen, a norma jurídica é a base de um julgamento específico de valor qualificando a conduta do órgão ou do sujeito como lícita (legal, certa) ou ilícita (ilegal, errada), sendo estes os julgamentos de valor especificamente jurídicos. Outros julgamentos de valor dizem respeito à lei em si ou à atividade do legislador e de seu produto. A atividade do juiz também é considerada justa ou injusta, mas apenas na medida em que ele funciona na condição de criador de lei, uma vez que a decisão tomada por um juiz processualmente é uma norma que obriga as partes envolvidas. Na medida em que apenas aplica a lei, sua conduta é considerada lícita ou ilícita exatamente como a conduta dos que estão sujeitos à lei.

Os predicados de valor envolvidos nos julgamentos que declaram certa conduta lícita ou ilícita são os “Valores do Direito”, ao passo que aqueles envolvidos nos julgamentos quanto à justiça ou injustiça de uma ordem jurídica são chamados de “Valores de Justiça”.

Os Valores de Direito são julgamentos objetivos de valor. Se certa conduta é lícita ou ilícita é uma asserção de uma relação positiva ou negativa entre a conduta e uma norma jurídica, cuja existência é presumida pela pessoa que faz o julgamento, ou seja, implica a afirmação da existência de uma norma jurídica.

Os Valores de Justiça são julgamentos de valor subjetivo. As normas efetivamente usadas como padrões de Justiça variam de indivíduo para indivíduo, e são, muitas vezes, mutuamente irreconciliáveis, algo é justo ou injusto apenas para o indivíduo que acredita na existência da norma de justiça apropriada, e essa norma existe apenas para os que, por um motivo ou outro, desejam o que a norma prescreve. Os valores de justiça não consistem, na realidade, numa relação com um interesse, mas numa relação com uma norma. Essa norma, porém, depende de um interesse subjetivo. Não existe apenas um padrão de justiça, mas vários padrões, diferente dos valores do direito, que é condicionado ao Direito positivo.

Os julgamentos morais e políticos são da mesma natureza que os julgamentos de justiça, eles pressupõem uma norma objetivamente válida, mas a existência e o conteúdo dessa norma não podem ser verificados por fatos, ela é determinada apenas por um desejo subjetivo do sujeito que faz o julgamento. Os julgamentos de valor morais e políticos e, em particular, os julgamentos de justiça, baseiam-se em ideologias que não são como os julgamentos jurídicos de valor, paralelos a uma realidade social definida.

Seguindo esse mesmo posicionamento de separação de direito e moral, Bobbio define o Direito como um conjunto de regras com eficácia reforçada, não coincidindo com o de justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da mesma seja justo só pelo fato de ser vontade do

poder originário. Ela dá legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes fossem também os mais justos.

Os positivistas contemporâneos, por sua vez, vislumbram uma maior aproximação entre o direito – como um sistema objetivo – e a moral – como uma complementação. Jürgen Habermas elucida a moral como sendo pós-tradicional, ou seja, como um saber universal, além de ser uma forma crítica sobre a ação e o modo de agir, propondo uma complementação entre o direito, que também é um saber e possui força vinculativa de ação. Nesse sentido, os dois sistemas se completam – seja porque o direito completa a moral com a sua força vinculativa, seja porque o conteúdo da moral racional chega ao âmbito do direito. Niklas Luhman, no mesmo sentido da teoria de Habermas, vê a moral como um sistema que ambientalmente se relaciona com o direito em sua auto-poiese, sendo reconhecido apenas quando o julgador vislumbra possibilidades de decisões que nas quais pode utilizar-se de valores morais, porém somente após passarem por um processo de flexibilidade, ou seja, serem analisados sobre a visão jurídica. Assim, seguindo a ideia dos dois autores, não importa qual seja a origem do abandono afetivo, visto que direito e moral são co-originários. E em Robert Alexy nota-se a preocupação com o senso de justiça ao utilizar a técnica da ponderação na busca de uma resposta adequada. O caso em análise não busca discutir a mensuração do intangível, o amor, mas a verificação do cumprimento ou não, de uma obrigação legal: o cuidar, onde as respostas podem ser encontradas não só no direito, como também na moral a partir da escala de valores e da avaliação das consequências das decisões.

A decisão judicial dada pela Ministra Nancy Andrighi caracterizando como dano moral compensável o abandono afetivo sofrido por Luciane (a requerente), utilizou-se da concepção de única resposta correta, apresentada teoricamente por Ronald Dworkin, na medida em que foi fundamentada a partir do caso concreto, na busca pela equidade e integridade na sua decisão final. Visto que, apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado do pai em relação à filha, não pode o juiz esquecer-se de que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor, que passa além do mero cumprimento da lei, garantindo aos filhos pelo menos a afetividade e as condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

Assim, apesar de ser uma decisão inédita no STJ, a decisão não foi contra a integridade e o sistema de romance em cadeia defendido pelo teórico na medida em que fundamentou sua decisão nas mudanças ambientais em que os jovens se inserem na contemporaneidade e que os mesmos precisam ter na base familiar um ponto de apoio. Dworkin sugere uma interpretação, no direito como integridade, considerando-o como um romance em cadeia. Assim, as decisões tomadas por juízes (autores) diferentes deveriam ser proferidas tendo como base o romance em cadeia. Nesse caso, cada decisão (capítulo) chegaria ao fim do processo como partes de um mesmo romance. A ideia do romance em cadeia traduz uma continuidade das decisões judiciais. Tal continuidade garantiria a segurança jurídica. É importante destacar que nessa teoria, o juiz possui a função de atualizar a Constituição frente às modificações sociais, podendo nesse caso proferir uma inovação judicial sem ferir a segurança jurídica, como ocorreu no caso concreto de abandono afetivo julgado pelo STJ. Para isso, faz-se necessário que a decisão seja devidamente fundamentada e bem argumentada.

A percepção do cuidado como tendo valor jurídico está incorporada no ordenamento, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas implicações, todas, porém, no sentido de estabelecerem os deveres da família, da sociedade e do Estado para com as crianças. E a elucidação desse valor jurídico no caso em

análise pode ser visto sob o ponto de vista normativo e valorativo. Normativo na medida em que comporta o uso da subsunção, por ter os princípios constitucionais um valor normativo, ou seja, obrigatoriedade legal devendo ser-lhe atribuído (imputado) uma sanção correspondente, e valorativo, como foi o enfoque mais apontado pela Ministra relatora, ao se utilizar da ponderação na solução do conflito.

A ponderação nesse caso seria entre o princípio da liberdade, na medida em que uma pessoa age dentro de sua liberdade ele não estaria causando dano a outrem, ou seja, o pai não seria obrigado civilmente a estabelecer vínculos afetivos com a filha que foi reconhecida forçadamente e a qual já havia pagado a pensão alimentícia regularmente até a maioridade, e o princípio de proteção ao menor e adolescente, que tem como dispositivo básico colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, evidenciada no caso pela omissão por parte do pai da prática de fração dos deveres parentais, com a falta de atenção, o distanciamento, a diferença de tratamento dispensado aos outros irmãos, entre outros. O mecanismo da ponderação consiste em analisar se o cumprimento de um princípio estaria acarretando um grande prejuízo do outro princípio tomado como comparação, e ao por em confrontação esses dois princípios, percebeu-se que a elevação do princípio de liberdade, que nesse caso tomaria apenas proporções civis, acarretaria uma profunda vulnerabilidade dos direitos dispensados às crianças e adolescentes, que já são por natureza vulneráveis. Assim prevaleceu a aplicação jurídica da proteção aos danos sofridos em decorrência do abandono material e afetivo na infância e na juventude de Luciene por parte de seu pai.

Entretanto, após toda uma gama de fundamentação apresentada, um ponto logo é posto em evidência: a segurança jurídica. Até mesmo no Recurso Especial apresentado pelo requerido, pai de Luciene, argumentou que o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo divergia do entendimento do Superior Tribunal de Justiça para a matéria, ou seja, para um caso semelhante, caracterizando uma divergência jurisprudencial. Com tudo isso, esse argumento não vale prosperar, visto que a sentença (voto) elaborada pela Ministra se blindou de diversas maneiras. Do ponto de vista normativo, ou seja, da correlação da decisão com o dispositivo normativo defendido por H. Kelsen e N. Bobbio, ela encontra-se apoiada no artigo 227 da Constituição Federal, em relação a ser escolhida como única resposta correta, mesmo não sendo o mesmo segmento aplicado em decisões passadas, baseou-se na interferência de tal decisão na formação psicológica e na inserção social das crianças e adolescentes visando consequências futuras, como a conscientização por parte dos pais da sua participação na formação intelectual dos filhos, assim não contradiz o “romance em cadeia” de Dworkin por apresentar fundamentação espelhada no futuro e deixando em aberto para continuidade. Além de respeitar a autopoiese do direito, ao tratar o caso por meio de uma interpretação técnica e sistêmica do direito, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares, como defende N. Luhman.

Desse modo, a procedência do caso, atribuindo uma compensação por danos morais no valor de R\$ 200.000,00 funda-se na existência de ter havido negligência do pai no tocante ao cuidado com a filha, sendo caracterizado legalmente como um ato ilícito e inconstitucional.

3 - Considerações Finais

Diante da análise exposta, conclui-se que é possível admitir a indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo. Isso porque, interpretando o Direito como integridade, de acordo com a teoria de Dworkin, a responsabilidade civil encontra-se

presente no Direito como um todo, podendo ser aplicada no âmbito das relações familiares – já que tal vínculo também é legal e implica em obrigações jurídicas.

Além disso, os princípios presentes na Constituição, que garantem a dignidade da pessoa humana e a afetividade nas relações familiares, também possuem a sua devida importância para a interpretação do caso de abandono afetivo parental analisado. Dessa forma, seja interpretando os princípios como normas jurídicas (de acordo com a concepção do Dworkin), ou interpretando-os como valores e buscando através da ponderação a melhor resposta para o caso concreto (Robert Alexy), os princípios são de suma importância para a argumentação e defesa da reparação por danos morais aos filhos abandonados afetivamente pelos pais.

4 – Referências

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e racionalidade**. In: Revista de Direito Privado nº 24, out/dez. RT: São Paulo, 2005. pp. 335-344.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Editora UnB: Brasília, 1999. pp. 19-70

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial número 1.159.242 – SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi da Terceira Turma, decisão publicada em 24 de abril de 2012. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>>

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 271-331.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume 1. 2ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. pp. 62-68.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro, 1985, pág. 7-42.

Abstract: This article aims to make a critical approach on the topic affective parental abandonment. The family bond is also a legally binding, implying legal obligation of parents to their children. In this sense, the omission or the negligence of a parent facing the creation of a child (with a duty of care not only meet basic needs) is rather an illegal legal, fitting, therefore, compensation or indemnity of the victim in question. As arguments, the article uses not only the analysis and interpretation of some points of the Constitution, the Civil Code and the Statute of Children and Adolescents, as well as the idea of some dogmatic positivists and contemporary theorists.

Keywords: parental emotional abandonment, liability, damage moral principle of human dignity, the principle of affection.

Autores

- **Karoline Fontinele e Marina Coêlho**

Acadêmicas do Curso de Direito na Universidade Federal do Piauí (UFPI).

Como citar este texto (NBR 6023:2002 ABNT):

FONTINELE, Karoline; COÊLHO, Marina. A responsabilidade civil no âmbito do Direito da Família e abandono afetivo parental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3485, 15 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23457>>. Acesso em: 18 fev. 2013.