

RESPONSABILIDADE CIVIL E DEVER DE CUIDADO: UMA LEITURA A PARTIR DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CIVIL RESPONSIBILITY AND THE DUTY OF CARE: A READING FROM THE CONSTITUTIONAL CIVIL LAW

Fernando Moreira Freitas da Silva¹
Tatiana Facchini da Silva²

Resumo: O presente artigo tem por objetivo realizar uma leitura do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares – especificamente nas relações paterno/materno filiais – a partir da lente teórico-metodológica do Direito Civil Constitucional. Utilizando-se do método dedutivo, a partir da revisão bibliográfica da literatura especializada, busca-se evidenciar, em um primeiro momento, como a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou uma virada paradigmática no modo como o ordenamento jurídico enxerga e tutela o Direito das Famílias. Na sequência, voltando-se os olhos à aplicação do instituto da responsabilidade civil ao fenômeno que se convencionou chamar de abandono afetivo, realiza-se a diferenciação entre os conceitos de amor, de afeto e de dever de cuidado, determinante para a correta aplicação do instituto em questão. Por fim, demonstra-se como o Direito Civil Constitucional oferece subsídios teórico-metodológicos importantes para a leitura de tal fenômeno, a partir da constatação de que eventual indenização por danos morais, advindos do “abandono afetivo”, decorre, em realidade, da quebra do dever legal de cuidado, derivado da incidência direta dos princípios constitucionais às relações familiares.

Palavras-chave: Famílias. Princípios constitucionais. Afeto. Dever de cuidado.

Abstract: This article aims to conduct an analysis of the institute of civil liability in family relationships – specifically in parent-child relationships – from the theoretical-methodological perspective of constitutional civil law. Using a deductive method and based on a review of specialized literature, it will seek to demonstrate, initially, how the enactment of the 1988 Federal Constitution represented a paradigm shift in how the legal system perceives and safeguards family rights. Subsequently, focusing on the application of the institute of civil liability to the phenomenon commonly referred to as "emotional abandonment," the necessary distinction between the concepts of love, affection, and duty of care will be established, which is crucial for the accurate application of the institute in question. Finally, it is demonstrated how constitutional civil law provides important theoretical-methodological foundations for interpreting this phenomenon, based on

¹ Pós-doutorado em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso do Sul. Professor.

² Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (PR) (2013-2017), Especialista em Direito Processual Civil pelo Damásio Educacional (2018-2019), Especialista em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pela PUC-RS (2020-2022).

the observation that any compensation for moral damages resulting from "emotional abandonment" actually arises from a breach of the legal duty of care, derived from the direct application of key constitutional principles to family relationships.

Keywords: Families. Constitutional principles. Affection. Duty of care.

Recebido em: 01/06/2024

Aceito em: 25/06/2024

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil ao que se convencionou chamar, nos últimos anos, de “abandono afetivo”, trata-se de temática progressivamente recorrente nos estudos acadêmicos e na jurisprudência recente. Tem se tornado cada vez mais comum o ajuizamento de ações buscando a indenização por danos morais decorrentes de disfunções nos relacionamentos paterno/materno-filiais e, da mesma forma, tem se intensificado a discussão envolvendo os limites da atuação do Estado e do Poder Judiciário em relações que, em um primeiro olhar, são próprias à esfera privada dos indivíduos.

No centro de tais discussões, encontra-se, muitas vezes, o emprego de conceitos como “afeto” e “amor”, sentimentos que, por sua inerente ambivalência e subjetividade, não poderiam ser impostos a qualquer pessoa e, conseqüentemente, submetê-los à apreciação do Poder Judiciário, sob pena de mercantilização das relações familiares. Sendo essa a conclusão chegada em discussões de tal natureza, é comum que o debate fique aí interditado, não sobrando espaço para que se aprofunde a reflexão acerca de feridas estruturais e intergeracionais que permeiam tais demandas, emergindo a possibilidade de perquirir se o ordenamento jurídico possui instrumentos legítimos para resolver as controvérsias que, por meio delas, se instalam.

Em outra ponta do discurso, tem crescido o entendimento de que é a omissão do dever jurídico de cuidado, inerente ao exercício do poder familiar e decorrente de princípios constitucionais aplicáveis às relações familiares – tais como a solidariedade familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a convivência familiar – que justifica a intervenção estatal em demandas judiciais dessa natureza e, conseqüentemente, possibilita a incidência dos elementos próprios ao instituto da responsabilidade civil, a saber: a conduta, o dano a culpa e o nexa causal. É a essa segunda corrente que o presente estudo se afilia e, para tanto, utiliza como fio condutor e como referencial teórico-metodológico a doutrina do Direito Civil Constitucional, pela qual se proclama a eficácia normativa dos princípios e normas

constitucionais e sua necessária irradiação para todo o ordenamento jurídico para solução de controvérsias à luz dos casos concretos.

O artigo é dividido essencialmente em três eixos: o primeiro voltado a uma breve retomada histórico-normativa do tratamento dispensado às relações familiares, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, acerca da compatibilidade entre referido campo de análise e a metodologia civil-constitucional; o segundo eixo tem por objetivo demonstrar como a doutrina do Direito Civil Constitucional oferece subsídios suficientes para que o debate acadêmico e jurisprudencial se afaste da expressão “abandono afetivo” e passe a analisar demandas de tais natureza sob o prisma do descumprimento de deveres constitucionalmente instituídos e consagrados pelo ordenamento; por fim, realiza a necessária diferenciação entre os conceitos de “afeto” e “dever de cuidado”, refletindo – a partir de tal diferenciação – quando é possível verificar a ocorrência dos elementos da responsabilidade civil e, conseqüentemente, a ocorrência de danos indenizáveis.

Ao final, serão tecidas breves considerações finais, pelas quais se buscará sintetizar as conclusões chegadas, a partir do presente estudo, para um debate mais qualificado.

2 FAMÍLIAS, CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito das Famílias, assim como a sociedade na qual está situado, passa por diversas mudanças que acompanham – ou, ao menos, pressupõe-se que acompanhariam – as alterações ou permanências sociais.

O modelo “tradicional” de família que perdurou durante boa parte do século XX, calcado no matrimônio e na estrutura patriarcal da sociedade, sofreu substanciais mudanças nas últimas décadas. Sob a égide do Código Civil de 1916, imperava a estrutura familiar centrada na hierarquia e na rigidez, sendo a preocupação do ordenamento jurídico diretamente voltada à proteção do patrimônio familiar e à

preservação da “instituição” família, em detrimento à efetiva tutela de cada um dos membros familiares (Matos; Teixeira, 2021).

As alterações sociais advindas no decorrer do século XX, especialmente aquelas relacionadas à revolução feminista e aos diferentes papéis assumidos pela mulher na sociedade – com sua inserção no mercado de trabalho e ganho de relativa autonomia – ocasionaram também um “descompasso” na estrutura que até o momento era hegemônica, trazendo os homens também para dentro da vida familiar, especialmente para a criação dos filhos (Matos; Teixeira, 2021). Concomitantemente – e como resultado desse processo – destaca-se a promulgação da Lei do Divórcio, em 1977, que, ao instituir a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial, relegou a conjugalidade a um lugar de menor centralidade em detrimento de outros aspectos das relações familiares, como a filiação (Moraes, 2006).

Tudo isso ocasionou uma “crise” no modelo familiar previamente existente, sendo necessário que o Direito continuasse a acompanhar as alterações pelas quais passavam as relações familiares e, conseqüentemente, pudesse oferecer uma tutela efetiva e contemporânea àquela que é uma das bases da sociedade.

Foi, então, com a promulgação da Constituição de 1988, que muitas das mudanças sociais que há décadas vinham alterando a configuração das estruturas familiares foram finalmente reconhecidas e chanceladas pelo ordenamento jurídico brasileiro. A partir dela, inaugurou-se uma nova forma de família – ou novas formas – caracterizadas “pelo perfil funcional instrumental e promocional do desenvolvimento da personalidade dos seus membros” (Pimentel; Ciríaco; Farias, 2022, p. 18).

Destacam-se, nesse sentido, as contribuições oferecidas pelos artigos 226 a 230 do texto constitucional, que trouxeram: a) o reconhecimento das famílias monoparentais e a união estável como entidades familiares; b) a igualdade de exercício de direitos e deveres entre homens e mulheres no contexto conjugal; c) a ausência de diferenciação entre filhos havidos dentro ou fora do casamento, ou por adoção, e, ainda, d) a absoluta prioridade que deve ser assegurada pela família, pelo

Estado e pela sociedade para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, entendidos como sujeitos de direitos (Brasil, 1988).

Como resultado dessas alterações, nota-se que a centralidade conferida ao casamento e à patrimonialização das relações que imperava anteriormente no cenário normativo – especificamente no Código Civil de 1916 – não “sobreviveu” à oxigenação humanizadora e democrática fornecida pela Constituição de 1988 (Lobo, 2019). Os princípios e os valores constitucionais permitiram uma releitura dos antigos institutos jurídicos sob um novo olhar, mais humano, solidário, plural, participativo e inclusivo.

Nesse sentido, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, trazido para a Constituição Federal de 1988 como o próprio fundamento da República Federativa do Brasil. Na busca de seu substrato material, Maria Celina Bodin de Moraes apresenta os quatro postulados da dignidade:

[...] i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado (Moraes, 2003, p. 14).

Para Fabíola Albuquerque Lobo, a dignidade da pessoa humana, no contexto das relações privadas, é “a manifestação concreta da repersonalização em detrimento da patrimonialização das relações jurídicas” (LOBO, 2019, p. 2), recolocando a pessoa humana como o centro do ordenamento jurídico em oposição ao patrimonialismo do Código Civil de 1916. Tal princípio atuou (e atua) como elemento basilar da conjuntura constitucional e orienta a aplicação dos demais princípios, como uma espécie de fio condutor, pelo qual todas as relações humanas devem ser conformadas (LOBO, 2019).

Desse modo, a irradiação da dignidade da pessoa humana se estende também – e de forma quase simbiótica – às relações familiares, de modo que os demais princípios constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias decorrem necessariamente da aplicação do princípio da dignidade da pessoa. Desse modo,

Na construção da família constitucionalizada, admite-se que o conteúdo material do princípio em análise assenta-se em 4 bases (corolários): reconhecimento que cada membro tem existência pautada na igualdade em relação aos demais; proteção e promoção da integridade biopsicofísica; liberdade para autodeterminar-se como pessoa única assumindo a responsabilidade por suas escolhas; e pertencimento ao núcleo social familiar e necessária contribuição para desenvolvimento dos demais participantes de grupo (Pimentel; Ciríaco; Farias, 2022, p. 24).

Também como princípios constitucionais diretamente aplicáveis às relações de família – e especialmente relevantes para a reflexão que se busca fazer por meio do presente estudo – destacam-se (i) a afetividade; (ii) a solidariedade familiar; (iii) o melhor interesse da criança e do adolescente e (iv) à parentalidade responsável. Para tratar de cada um deles, serão dedicadas as próximas linhas.

Em relação ao princípio da afetividade, paralelamente à diminuição da importância conferida aos vínculos biológico, patrimonial e registral, foi possível observar uma genuína mudança de paradigma nas famílias brasileiras na contemporaneidade, que passaram a ser orientadas pelo vetor da afetividade (Calderón, 2011). Maria Berenice Dias escreve que os laços de afeto são oriundos da convivência familiar, e não de vínculos biológicos, de modo que o conceito atual de família se centra justamente no afeto como elemento agregador (Dias, 2017). Paulo Lôbo, nessa mesma perspectiva, explica que, apesar de a afetividade não estar explicitamente prevista no texto constitucional, há diversas passagens na Constituição que demonstram a importância de tal elemento, definido por ele como princípio (Lôbo, 2011).

É viável afirmar que o elemento afetivo, ao longo da história ganhou cada vez mais importância no âmbito das relações familiares, de modo que, atualmente, ocupa lugar de extrema relevância dentro do Direito das Famílias, sendo definido, inclusive, como o princípio que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico” (Lôbo, 2011, p. 70).

A solidariedade familiar, por sua vez, detém um caráter de reciprocidade e pode ser entendida como o dever de assistência moral e material mútua entre os membros familiares, decorrente não apenas dos laços sanguíneos, mas também de afetividade, que, por sua vez, gera responsabilidades. Nesse sentido, a adoção de crianças e de adolescentes é, per si, a materialização do princípio da solidariedade familiar, já que “adotar é visualizar a existência de dignidade em outra pessoa, vulnerável socialmente, tomando a decisão de juntos constituírem uma nova família, unidos pelo afeto, para a consecução de um projeto de vida em comum” (Silva, 2022, p. 61).

Ainda sob a conjuntura constitucional está localizado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, oriundo da doutrina da proteção integral, instituída pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989) e essencial para compreensão do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990). Por meio de tal princípio, as crianças e adolescentes são reconhecidos como pessoa humana e membros individualizados da família que, por se encontrarem em fase de desenvolvimento físico e psicossocial, necessitam receber proteção e cuidados especiais.

O reconhecimento do melhor interesse da criança e do adolescente – ou superior interesse da criança, conforme opção do legislador brasileiro para o ECA – é essencial para a resolução de problemas concretos em que estejam em conflito dois ou mais direitos. Assim, nas situações em que houver divergência entre os interesses de crianças e adolescentes e outros indivíduos, devem prevalecer os interesses daqueles em detrimento dos demais. Nessa tarefa, não basta ao jurista resolver o caso concreto munido apenas de sua concepção acerca do melhor interesse, mas garantir a efetiva participação da criança na tomada de decisão que diga respeito à sua própria vida (Bruñol, 2016, p. 108-116).

Também nas relações de parentalidade, tal princípio – aliado ao direito à convivência familiar (artigos 227, CF/88, e 19, ECA) – ganha especial relevância, já que

No que pertine às relações de parentalidade, uma vez que a escolha seja pela criação de filhos, a liberdade será menor que a responsabilidade, e esta se destina, principalmente, à realização do melhor interesse da Criança e do Adolescente, que, em razão do momento da vida, ainda se encontra construindo sua personalidade e, para tanto, depende do pai e da mãe para auxiliá-lo a se tornar um adulto capaz de exercer sua própria autonomia, convivendo saudavelmente em sociedade (Oliveira, 2019a, p. 302).

Como consectário lógico dos princípios previamente anunciados e diretamente relacionado com o modelo constitucional, tem-se, ainda, o princípio da paternidade (ou parentalidade) responsável, expressamente instituído pelo art. 226, §6º, da Constituição Federal e que deriva da conclusão de que o exercício do poder familiar (ou, em outros termos, da autoridade parental) de forma responsável está diretamente ligado ao pleno e sadio desenvolvimento dos filhos, especialmente porque são pessoas em processo de formação (Lobo, 2019).

A parentalidade responsável, como se verá adiante, está diretamente relacionada ao dever de cuidado, que não deve ser confundido com o ato de amar ou com o afeto. Isso significa que, independentemente de os pais amarem ou nutrirem afeto, ou não, pelos filhos em uma perspectiva subjetiva (o que será melhor explorado na sequência), interessa ao direito a perspectiva objetiva, ou seja, a verificação das condutas concretas que materializam o dever jurídico de cuidado. Nessa perspectiva, a afetividade adquire contornos de responsabilidade (Oliveira, 2019b).

Como se pode observar, a promulgação da Constituição de 1988 – inspirada pelas mudanças sociais que já vinham há décadas alterando o cenário das famílias brasileiras – representou uma mudança de paradigma na tutela dispensada pelo Estado às relações familiares, que passaram a ostentar – ao menos em nível formal – uma característica instrumental e voltada à proteção e ao desenvolvimento de seus membros, consideradas suas especificidades e, especialmente, suas vulnerabilidades.

Além disso, o caráter dinâmico das relações familiares, que não permanecem estanques e estão em constante mutação, compatibiliza-se muito com uma visão do cenário constitucional que privilegia a aplicação direta dos princípios constitucionais

para solucionar os casos concretos. Evidencia-se, portanto, que os princípios constitucionais se irradiam sobre as relações concretas que, no momento de sua aplicação, devem estar alinhadas com a legalidade constitucional (Pimentel; Ciríaco; Farias, 2022).

Por esses motivos, adota-se como referencial teórico-metodológico do presente estudo a doutrina do Direito Civil Constitucional, que se mostra como uma alternativa muito eficaz para pensar em questões não necessariamente abarcadas pelo arcabouço normativo, mas que podem ser pensadas e solucionadas a partir da órbita constitucional e da principiologia axiológica da Constituição (Lobo, 2019).

Em linhas gerais, a doutrina do Direito Civil Constitucional tem por objetivo principal realizar uma leitura do Direito Civil que seja próxima à realidade, buscando aproximar as normas jurídicas dos fatos sociais e dos casos concretos (Lobo, 2019). Os estudos que se baseiam em tal doutrina sempre terão consciência da complexidade do sistema jurídico e a condição de que a solução das lacunas dos casos concretos apenas se mostra possível a partir do prisma axiológico apresentado pela Constituição (Souza, 2021).

Tal referencial teórico se apresenta como ferramenta eficaz para análise das relações familiares, já que permite a apreciação de institutos historicamente entendidos como de Direito Privado à luz da Constituição, buscando “identificar o entrelaçamento entre o perfil funcional de tais institutos com os valores da justiça assinalados pela Constituição da República, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico” (Pimentel; Ciríaco; Farias, 2022, p. 20).

Como se demonstrará de modo mais aprofundado na sequência, o presente artigo aborda, precisamente, uma dessas lacunas normativas (até o momento), que tem gerado grande repercussão na doutrina e na jurisprudência, qual seja: a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil às relações existenciais familiares, especialmente no que se convencionou chamar de “abandono afetivo” parental. O estudo de tal temática pode se beneficiar de uma análise a partir da metodologia civil constitucional, a partir da aplicação direta dos princípios constitucionais acima evidenciados.

3 A VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO ANALISADA SOB A LENTE DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Neste momento, passa-se a refletir sobre a importância que a lente teórico-metodológica do Direito Civil constitucional pode representar na análise dos fenômenos aqui analisados.

A construção dessa metodologia somente foi possível a partir da concepção acerca da norma constitucional como fonte irradiadora de efeitos sobre as demais normas do ordenamento graças aos estudos de Hans Kelsen, ao admiti-la como norma hipotética fundamental, malgrado não admitisse o estudo do Direito com o fato, a realidade social e os problemas concretos, conforme defendido em sua Teoria Pura do Direito (Kelsen, 1979).

Além de Kelsen, não se pode descurar da influência dos estudos de Konrad Hesse, ao afirmar a força normativa da constituição, demonstrando que a constituição é norma jurídica, dotada de efetividade, e não uma mera folha de papel, como preconizava Lassalle (Hesse, 1991).

A partir das influências supracitadas, nasceu a teoria do Direito Civil na Legalidade Constitucional, desenvolvida na Itália, por Pietro Perlingieri, encontrando terreno fértil em nosso país, ao sustentar a aproximação entre Direito, fato, realidade social e os problemas concretos, exigindo do jurista uma cultura ampla, conhecimento global do ordenamento, de modo a realizar uma minuciosa análise do fato, respeitando a hierarquia das fontes e ciente dos perigos de conhecimentos meramente setoriais, de modo a construir a normativa aplicável a cada caso concreto (Perlingieri, 2008, p. 12).

Aliás, sabe-se que, em muitas vezes, os casos concretos oferecem lacunas que não são passíveis de solução pela mera técnica da subsunção, seja pela ausência de normas infraconstitucionais, seja por eventuais conflitos de normas. É necessário, nesses casos, uma tarefa hermenêutica que leve em consideração o sistema normativo como um todo, respeitando os valores e os princípios constitucionais, a

fim de se chegar à melhor solução para as controvérsias que se instalam na realidade social (Perlingieri, 2008, p. 221-223).

É justamente nesse contexto que se insere a importância da aplicação da lente do Direito Civil Constitucional para o presente estudo. A abstração dos princípios e a possibilidade de sua aplicação direta às relações familiares são cruciais para a análise dos casos concretos, ponderando-se qual a melhor solução para as lacunas legislativas que se apresentam no dia a dia, especialmente no âmbito de relações dinâmicas e que estão em constante mutação, como é o caso das relações familiares.

Especificamente na temática que se propõe analisar no presente artigo, a relevância de tal doutrina é ainda maior. A partir dela, é possível realizar uma leitura da autoridade parental à luz da principiologia constitucional, especialmente sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que estão previstos nos arts. 1.º, III, e 3.º, I, da Constituição Federal (Teixeira, 2022). Ainda, a partir da leitura sistemática das regras de responsabilidade civil, aliadas aos princípios constitucionais aplicáveis às famílias, é possível a aplicação de tal instituto no âmbito das relações familiares – mesmo diante da ausência de lei específica para tanto.

É possível, ainda, analisar o fenômeno comumente entendido como “abandono afetivo”, não a partir de conceitos voláteis e subjetivos como “amor” e “afeto”, mas, sim, como desdobramento direto de violações aos princípios constitucionais acima expostos, originados do princípio da dignidade da pessoa humana, com desdobramentos nos princípios específicos da parentalidade responsável, do melhor interesse da criança e do adolescente e da convivência familiar e comunitária, chegando à conclusão de que a conduta dos pais e/ou responsáveis que violem tais princípios deve ser reconhecida e responsabilizada pelo Estado (Amarilla, 2019, p. 160).

Como se pode observar, a tutela do Estado às relações familiares precisa acompanhar as inúmeras alterações sociais e intersubjetivas próprias a essas dinâmicas. Assim, mostra-se crucial ponderar sobre a distinção entre amor e afeto, assim como cuidado, visto que essa dissociação de conceitos influenciou por

bastante tempo a interpretação jurisprudencial, dificultando sua aplicação apropriada no contexto de compensações legais.

É essencial compreender que a compensação por "abandono afetivo" não se origina dos sentimentos subjetivos de amor ou afeto, os quais não podem ser efetivamente avaliados pelo sistema judicial. Em contrapartida, ela decorre da negligência do dever de cuidado, que tem sua origem nos princípios constitucionais previamente mencionados. É justamente por esse motivo que a abordagem metodológica do Direito Civil Constitucional desempenha um papel tão significativo nesse cenário.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES: AMOR, AFETO OU DEVER DE CUIDADO?

A discussão acerca da possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil às relações familiares não é necessariamente nova, porém está longe de ser pacificada e isenta de conflitos. No período que antecedeu à promulgação da Constituição de 1988, era comum o posicionamento jurisprudencial que afastava a possibilidade de compensação por danos extrapatrimoniais de qualquer natureza, sob a concepção de que não seria possível monetizar sentimentos. Assim,

[...] confundia-se a violação do direito – fundamento do dever de indenizar – com suas consequências, como por exemplo dor, constrangimento, vexame, indústria. Tal confusão nos pressupostos do dever de indenizar ainda não foi totalmente superada, a despeito da expressa previsão no texto constitucional da possibilidade de indenização por danos exclusivamente morais, vale dizer, de cunho extrapatrimonial (art. 5.º, incisos V e X, CF/88)". (Ehrhardt Junior, 2019, p. 383).

O advento da Constituição Federal de 1988 também representou uma grande mudança quanto a esse ponto em específico, já que, em linhas gerais, trouxe expressamente a possibilidade de indenização por danos morais (art. 5.º, V). Não obstante, os contornos acerca da definição de quais danos são passíveis de

indenização ainda não foram completamente definidos e seguem sendo objeto de debates acadêmicos e jurisprudenciais.

No âmbito do Direito das Famílias, sem surpresas, tais discussões ganham ainda mais força e posições antagônicas. Maria Celina Bodin de Moraes, já em 2004, refletindo sobre a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil às relações familiares, ponderou sobre a necessidade de diferenciação entre os danos advindos das relações conjugais – pautadas na igualdade e na liberdade – e das relações materno/paterno-filiais – pautadas na responsabilidade e na vulnerabilidade -, ainda que ambas derivem diretamente do princípio da solidariedade familiar. Nessa perspectiva,

[...] os dois tipos de relação – conjugal e filial – se diferenciam em muito, tanto estrutural quanto funcionalmente; donde será mais trivial encontrar fundamentos de responsabilização por dano moral nesse segundo caso. Onde um tem seus fundamentos, como analisei, na liberdade e na igualdade, o outro fundamenta-se na responsabilidade. Ambos se remetem, por óbvio, à solidariedade familiar, mas de maneira muito particular. Além disso, observa-se que a questão não pode ser debatida sem que se atente para a vulnerabilidade das partes, e este é um ponto fundamental de distinção quando o foco são filhos menores, pessoas em desenvolvimento, a quem o ordenamento deve a máxima proteção (Moraes, 2004, p. 414).

É justamente na esteira da aplicação da responsabilidade civil às relações paterno/materno filiais que se encontra a discussão do presente artigo, especificamente na temática que se convencionou chamar de “abandono afetivo”. Nessa perspectiva, não nos parece a terminologia adequada para a compreensão de tal categoria – a qual está muito mais voltada, essencialmente, à omissão dos deveres de cuidado inerentes ao exercício da paternidade responsável, diretamente derivados dos princípios constitucionais acima expostos.

Na jurisprudência, tal temática se fez presente nas últimas décadas, com especial destaque para os casos que chegaram à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Os primeiros recursos a serem analisados pela Corte (REsp n. 757.411-MG, julgado em 29.11.2005 e REsp 514.350-SP, julgado em 28.04.2009) tiveram

afastadas suas pretensões de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo, em ambos os casos paterno.

No primeiro caso, julgado pela 4.^a turma do STJ, inclusive, a possibilidade de indenização foi afastada por maioria dos votos, sob o fundamento principal de que tal questão possuiria remédio específico dentro do âmbito do direito de família: a perda do poder familiar (Castro, 2022).

Além disso, os julgamentos se fundamentaram nas premissas de que, em tais ocasiões, não competiria ao Judiciário “[...] obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo” (Brasil, 2005) e que “[...] o deferimento do pedido não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia” (Brasil, 2009).

Contudo, o julgamento do REsp n. 1.159.242-SP (Brasil, 2012), aos 24.04.2012, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi (incluído no Informativo de Jurisprudência n. 502 do STJ), representou uma mudança radical de entendimento acerca do tema. Refutando os fundamentos anteriormente defendidos pela Corte, consignou a relatora que não haveria que se falar em “obrigação de amar”, mas sim na “imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos”.

Para além disso, realizou-se a necessária diferenciação entre a destituição do poder familiar, voltada à preservação da integridade física e psicossocial da criança e/ou do adolescente, e a reparação civil, cujo objetivo é a compensação dos prejuízos advindos da violação do dever de cuidado (Castro, 2022).

Assim, dando parcial provimento ao recurso, entendeu o STJ que a omissão do dever de cuidado se trata de elemento suficiente para que seja caracterizado o dano moral passível de reparação e que não há restrições legais que impeçam a fixação de danos morais em matéria de Direito das Famílias.

Não há como negar a relevância e a repercussão advindas da adoção de tal posicionamento pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, a indenização por danos morais decorrentes do “abandono afetivo” ou, em outras palavras, da quebra do dever de cuidado pode se consubstanciar em ferramenta de grande importância e

relevância para a construção de um Direito das Famílias “mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares” (Dias, 2017, p. 409).

No entanto, não há como se afirmar que tal temática se encontra pacificada no âmbito jurisprudencial, já que, mesmo diante dos paradigmáticos entendimentos acima expostos, ainda existe grande divergência acerca dos limites da intervenção do Estado, aqui representado pelo Poder Judiciário, no âmbito das relações familiares.

Ao destinar atenção a essa mesma problemática, Silmara Domingues Araújo Amarilla, em minuciosa análise de julgados que envolvem o pleito de indenização pelo chamado “abandono afetivo”, observou – especificamente em exame ao acórdão proferido pelo TJMG (Apelação Cível n. 1.0628.13.001301-2/001) – quais terminologias foram consideradas como “juridicamente apreciáveis” e, conseqüentemente, merecedoras de proteção pelo ordenamento jurídico. A autora chegou à conclusão de que os conceitos de “amor”, “afeto” e “cuidado” são comumente confundidos, na medida em que

[...] confundem o dever de cuidado com sua expressão material, retratam o amor e o afeto como equivalentes conceituais, negam repercussão jurídica à negligência afetiva em decorrência da voluntariedade do vínculo amoroso e reconhecem a ilicitude da omissão parental como mecanismo legítimo para a repreensão moral” (Amarilla, 2020, p. 143).

Advém daí a necessidade de se perscrutar e diferenciar os conceitos acima mencionados, especialmente buscando entender quais deles são, de fato, juridicamente relevantes, e devem ser considerados em demandas de tal natureza, a fim de se buscar a melhor solução para os respectivos casos concretos.

Em primeiro lugar, não há dúvidas quanto à necessidade de que crianças e adolescentes sejam amados por seus pais e/ou responsáveis, já que tais relações impactam diretamente em seu desenvolvimento físico e emocional, criando condições para que eles se desenvolvam com maiores condições de se tornar adultos emocionalmente competentes (Amarilla, 2020). Isso não significa, contudo, que a

incidência da responsabilidade civil às relações paterno-filiais deva considerar o “amor” como elemento juridicamente relevante, dada a conotação subjetiva e eminentemente particular própria de tal sentimento.

O mesmo se observa quando do emprego do termo “afeto”, pois, apesar de ser uma das concepções mais comumente utilizadas em demandas de tal natureza, trata-se de sentimento notadamente ambivalente e que “abriga simultaneamente conteúdos positivos e negativos, cunhados como faces de uma mesma moeda, manifestações de um mesmo fenômeno” (Amarilla, 2020, p. 135).

Partindo de tais premissas – e buscando-se evitar o emprego dos referidos conceitos – qual seria a maneira mais adequada de se analisar tais situações na prática? Existem elementos objetivos que podem ser apreciados pelo ordenamento jurídico a fim de verificar a possível incidência do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares?

Segundo Amarilla (2020, p. 140), “são situações de carência ou privação dos cuidados parentais junto à prole – ocorridas, portanto, no plano da prática da parentalidade – que renderão ensejo à responsabilização civil”. O ilícito jurídico, portanto, advém justamente a partir da verificação de que os agentes parentais vulneram, de forma comissiva ou omissiva, os deveres jurídicos de educação, criação e guarda da prole – em suma, os deveres de cuidado (Amarilla, 2019).

Tal entendimento vai ao encontro da tese fixada no REsp 1.159.242-SP, na qual se entendeu expressamente que o ato ilícito restaria configurado pelo descumprimento do dever de cuidado, na medida em que os pais, ao optarem por ter filhos, assumem obrigações em relação à sua prole que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*. É justamente nesse ponto que o amor, de natureza subjetiva, difere do cuidado, que devem ser avaliados por critérios objetivos e por ações concretadas cotidianas, tais como “presença, contato (presencial e virtual), aconselhamento e orientação” (Castro, 2022, p. 705).

Em suma, é possível observar como a mais recente literatura sobre o tema tem demonstrado a necessidade de revisão de conceitos que, por muitas vezes, são empregados de forma equivocada. Também fica evidente a necessidade de que o

Poder Judiciário tenha em mente as complexidades que envolvem as relações familiares, especialmente aquelas que são merecedoras de intervenção estatal direcionada a evitar e/ou indenizar a violação de direitos de pessoas vulneráveis.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo demonstrou a importância que a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou para a compreensão das relações familiares, especialmente diante da possibilidade de incidência direta dos princípios constitucionais às relações privadas, notadamente às relações familiares.

Demonstrou-se como o instituto da responsabilidade civil veio sendo aplicado ao longo das últimas décadas ao Direito das Famílias, especialmente no que diz respeito às relações materno/paterno filiais. Evidenciou-se como tal temática se fez presente nas discussões jurisprudenciais dos últimos anos por meio do que se convencionou chamar de “abandono afetivo” e como os tribunais alteraram a sua compreensão de tal fenômeno – passando da impossibilidade de “precificação” das relações familiares para o conceito, mais acurado teoricamente, ao nosso ver, da violação do “dever jurídico de cuidado”.

Apresentou-se como a lente teórico-metodológica do Direito Civil Constitucional pode auxiliar na compreensão de situações como a presente, que carecem de aporte legislativo específico sobre o tema, a fim de possibilitar uma leitura sistemática do ordenamento jurídico, a partir da aplicação direta dos princípios constitucionais, ofertando subsídios teóricos para a solução dos casos concretos.

Por fim, utilizando perspectivas interdisciplinares e buscando realizar uma distinção conceitual entre as ideias de “amor”, de “afeto” e de “cuidado”, sustentou-se como elas ainda são utilizadas de maneira equivalente, impedindo, assim, que o Poder Judiciário reconheça a violação de direitos-deveres constitucionalmente reconhecidos e, por conseguinte, ofereça a efetiva tutela jurídica já garantida pelo ordenamento jurídico, a partir da perspectiva da metodologia do Direito Civil Constitucional.

REFERÊNCIAS

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. **Parentalidade sustentável: o ilícito parental e a precificação do (des)afeto nas estruturas familiares contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 25 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1159242**. 3ª Turma, Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. em 24.04.2012. Disponível: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=HTML. Acesso em: 25 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 757411**. 4ª Turma, Relator: Min. Fernando Gonçalves, j. em 29.11.2005. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0269.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

BRUÑOL, Miguel Cillero. **La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo**. In: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.). **Tratado del menor: la protección jurídica a la infancia y la adolescencia**. Pamplona: Aranzadi, 2016.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

CASTRO, Isabella Silveira de. **Abandono Afetivo: Reflexões críticas a partir dos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça**. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. Indaiatuba, SP: Foco, 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Breves notas sobre a responsabilidade civil no direito das famílias. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; ANDRADE, Gustavo (coord.). **Direito das Relações Familiares Contemporâneas: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LOBO, Fabíola Albuquerque. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de famílias. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO; Fabíola Albuquerque; ANDRADE, Gustavo (coord.). **Direito das relações familiares contemporâneas: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATOS, Ana Carolina Hermatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. Pacto Antenupcial na hermenêutica civil-constitucional. *In*: MEZENES, Joyceane Bezerra de; DE CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). **Direito Civil na legalidade constitucional: algumas aplicações**. Indaiatuba, SP: Foco, 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. Disponível em: <https://www.jur.puc-rio.br/wp-content/uploads/2022/08/Texto-3.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2024.

OLIVEIRA, Catarina. **Poder familiar na perspectiva do Direito Civil-Constitucional e a necessária interferência da sociedade e do estado para o melhor interesse de Crianças e adolescentes**. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; ANDRADE, Gustavo (Coord.). *Direito das*

Relações Familiares Contemporâneas: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Belo Horizonte: Fórum, 2019a.

OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. **Cuidado como valor jurídico: crítica aos direitos da infância a partir do feminismo.** 2019. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019b.

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

PIMENTEL, Ana Beatriz; CIRÍACO, Patrícia K. de Deus; FARIAS, Andressa de Figueiredo. A força normativa dos princípios constitucionais como moduladores das novas famílias. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). **Direito das famílias por juristas brasileiras.** Indaiatuba, SP: Foco, 2022.

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. **Adoção: um diálogo entre os direitos fundamentais e a realidade dos acolhimentos institucionais.** Londrina: Thoth, 2022.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Critérios distintivos do intérprete civil-constitucional. **Direito civil na legalidade constitucional: algumas aplicações.** Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental e o aspecto finalístico de promover o desenvolvimento e bem estar da criança e do adolescente. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). **Direito das famílias por juristas brasileiras.** Indaiatuba, SP: Foco, 2022.