

A IMPOSIÇÃO DO AFETO COMO DEVER LEGAL SOB A ÉGIDE DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: O INGRESSO DO ESTADO NA ESFERA SENTIMENTAL

BONFANT, Heloisa¹
JOHANN, Marcia F. C. R²

RESUMO:

Tratar-se-á neste artigo acerca de um método de esquadramento da viabilidade do princípio da afetividade e sua aplicação por parte do judiciário, propondo uma reconfiguração do mesmo. A partir de elementos da ciência hermenêutica, como regras e princípios, analisar-se-á a adequação de referido princípio no Direito de Família, levantando a discussão sobre como se dá o tratamento do afeto no ordenamento jurídico pátrio, bem como, se deve o direito intervir em ações e relações íntimas de cada sujeito, as quais pressupõem uma manifestação sensível e a intenção autônoma e sincera do agente. Ainda, discorrerá sobre a possibilidade de existir um espaço no qual a intervenção do Direito não seja viável, pela impossibilidade de solução dos conflitos e pela necessidade de preservação da autonomia. Como critérios metodológicos, a pesquisa foi baseada em bibliografia especializada e na jurisprudência dos Tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Civil-Constitucional, Afeto, Princípio da afetividade, Judiciário, Responsabilidade Civil.

THE IMPOSITION OF AFFECTION AS A LEGAL DUTY UNDER THE AEGIS OF THE PRINCIPLE OF AFFECTIVITY: THE ENTRY OF THE STATE INTO THE SENTIMENTAL SPHERE

ABSTRACT:

This essay is a method of scanning the feasibility of the principle of affectivity, and its application by the judiciary, proposing a reconfiguration of it. From elements of hermeneutic science, such as rules and principles, we analyze the adequacy of this principle in Family Law, raise a discussion about how the treatment of affection occurs in the legal system, as well as whether the right should intervene in actions and intimate relationships of each person, which presuppose a sensory manifestation and the autonomous and sincere intention of the agent. I was also discussed the possibility of having a space in which the intervention of law is not feasible, due to the impossibility of resolving conflicts and the need to preserve autonomy. As methodological criteria, the research was based on specialized bibliography and the jurisprudence of the Courts.

KEYWORDS: Civil-Constitutional Hermeneutics, Affection, Principle of Affectivity, Judiciary, Civil Liability.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: heloisabonfant@gmail.com

² Docente orientadora do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: mferjohann@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O assunto do presente artigo versa sobre a Responsabilidade Civil por abandono afetivo. O tema, no que lhe concerne, aborda a intervenção do Judiciário na imposição do afeto como um dever legal, sob a ótica do Princípio da Afetividade, a relevância deste como fonte geradora de ilícito civil na forma de omissão, e a obrigação de reparar o dano.

A Responsabilidade Civil, frequentemente impulsionada pela evolução da sociedade, projetou-se para além do direito contratual ou real, adentrando também relações pertinentes ao Direito de Família. Como exemplo de uma situação que isso ocorre, verifica-se a Responsabilidade Civil por abandono afetivo ou teoria do desamor, atualmente fruto de muitos debates.

Os debates sobre possibilidade de indenização por abandono afetivo, permanecem intensos, tanto na doutrina quanto nos entendimentos jurisprudenciais. Portanto, cumpre aqui analisar a regulação por parte do direito, em tratar afetividade como um valor jurídico, o uso de princípios que são equiparados à norma, e o argumento de que o afeto é um dever jurídico que está implícito na Constituição.

Encontra-se aí o cerne da questão, a discussão de que se pode por meio da dimensão coercitiva do direito imputar a obrigação jurídica que exija o cumprimento de atitudes afetivas em ações e relações humanas, as quais pressupõem manifestação sensitiva e a intenção autônoma e sincera do agente, como é o caso do amor, carinho e atenção, de modo a impor sanções por descumprimento, e se o Princípio da Afetividade deveria ser equiparado à norma devendo o afeto ser tratado como um dever jurídico.

Não obstante, a grande questão que será versada neste artigo é se o Estado deve ou não intervir nas práticas afetivas, esquadrinhando, o tratamento do Princípio da Afetividade pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, registra-se, inclusive, que a discussão já foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio do REsp 1.159.242 – SP.

Assim, vislumbra-se que o tema aqui discutido é de grande relevância, não só porque a questão é polêmica, mas também porque pretende após elucidação estimular uma segurança jurídica para que se encontre um viés a ser seguido, preenchendo a lacuna causada pela omissão legislativa de caracterizar o desamor como ato ilícito, assim como, em razão de que a partir de uma decisão sobre o assunto, pode-se chegar a uma solução acerca da separação entre o amor e o dever de cuidar.

Os meios metodológicos, por sua vez, empregados ao longo do artigo são: pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e na internet (especificamente artigos científicos).

A partir disso, destacam-se os seguintes objetivos específicos: analisar a origem, viabilidade e tratamento do Princípio da Afetividade e seu valor normativo; Identificar os principais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da pretensão de reparação por prejuízos em caso de abandono afetivo; Compreender se o direito deve intervir em ações e relações humanas, as quais pressupõem manifestação sensível e a intenção autônoma e sincera do agente; Investigar se o efeito coativo do ingresso judicial na esfera sentimental das pessoas pode acarretar segurança jurídica e a proteção de direitos fundamentais.

Nesses termos, o objeto geral do artigo se pauta no sentido de se constatar se o afeto é moral e íntimo de cada sujeito, se poderia ser tutelada pelo sistema jurídico, se há qualquer disciplina legal que caracterize o desamor como ato ilícito, a fim de impor práticas afetivas, e se é cabível a pretensão de reparação por prejuízos em caso de abandono afetivo.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E A EXACERBADA EXIGÊNCIA DO ESTADO EM APLICAR PRINCÍPIOS GERAIS ÀS RELAÇÕES PARTICULARES

2.1 PONDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A FAMÍLIA NA PERSPECTIVA DE INSTITUIÇÃO

A compreensão de “família” se modificou intensamente ao longo dos anos com a evolução histórica. O conceito grego antigo de família consistia em “aquilo que está junto de um lar”, chamado *epíston*, e ainda, os componentes da família eram designados por palavra com o significado de “alimentados do mesmo leite”, trazendo uma significância ao matriarcado (SEMY, 2005).

Por conseguinte, o direito romano trouxe a família como uma instituição hierarquizada e patriarcal, em que o princípio da autoridade era o qual regia, pois, havia um Pater que detinha o supremo poder sobre todos os seus descendentes, sua esposa, e mulheres casadas com seus descendentes.

Nesta época, a família independia da consanguinidade e do afeto, e tinha como fim a procriação, sendo embasada por laços patrimoniais. Somente a partir da queda do império romano foi possível pensar na mulher como possuidora de autonomia, em decorrência da ausência dos homens causada pelas guerras.

Neste contexto, surgiu a necessidade de mudança do conceito de família, adaptando-se à realidade da sociedade, passou a ter um conteúdo contratual, nos quais os vínculos afetivos, em sociedades conservadoras, deviam ser aprovados mediante matrimônio para obterem a devida aceitação social e reconhecimento jurídico (DIAS, 2011).

A industrialização e o ingresso da mulher no mercado de trabalho trouxeram uma nova concepção de família, deixando o vínculo afetivo em uma situação mais prestigiada, em que surgem novos valores, como a afetividade na sociedade conjugal, sendo ou não matrimonializada, rompendo com a outrora concepção tradicional de família patrimonializada.

Já durante a idade média, tais relações foram disciplinadas pelo direito canônico, que pregava que o casamento era como um sacramento, apesar de já ser tratado como um contrato. O afeto à essa época não constituía fator de união, pois a mulher tinha como sua única função a de procriação e cuidados com a família.

Sendo assim, tendo o direito romano um modelo de unidade política, religiosa e jurídica, projetou-se como influência para o Código Civil brasileiro de 1916 que manteve o patriarcalismo conservador das Ordenações.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, reconhecendo como entidade familiar a união estável e a família monoparental, consagrando o direito ao planejamento familiar no § 7º do art. 226, atrelado ao princípio da paternidade responsável, determinando que fosse respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) nas relações familiares.

Assim, a Constituição Federal de 1988 legitimou a afetividade como elemento nuclear e definidor da união familiar, o que em 2002 foi ratificado pelo atual Código Civil.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Surge o fenômeno chamado Constitucionalização das relações privadas, que ganhou maior visibilidade, fazendo a interpretação hermenêutica das normas cíveis conforme a Constituição ante a sua supremacia hierárquica, bem como a supervalorizar princípios constitucionais e sua força normativa (CAVALCANTI, 2007).

Deste modo, essa nova interpretação do Código Civil é feita à luz da Constituição de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, como dito anteriormente, é um fenômeno recente, sendo capaz de promover a passagem do Estado brasileiro de um regime intolerante e autoritário, para um Estado Democrático de Direito, dando prioridade absoluta ao sujeito, respeitado os valores de justiça social.

O tema é fruto de divergências entre doutrinadores, como exemplo:

Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse

“neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo (grifo nosso) (STRECK, 2011, p.36).

Nesse contexto, proliferaram-se os chamados “microssistemas” autônomos, que passaram a tutelar matérias de várias ramificações do direito, inclusive o privado, com temas como alimentos, divórcio, filiação, locação e etc., visto que a Constituição passa a ser um modo de olhar e interpretar como uma espécie de filtragem constitucional, no qual todo o ordenamento jurídico deve ser lido e apreendido sob as lentes da Constituição. Conforme Barroso:

O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição (BARROSO, 2005, p.04).

Nesse processo de democratização da família, a Constituição adequou a norma à realidade existente, sofrendo o Direito de Família notória influência, pois o judiciário passou a lidar com relações mais íntimas do sujeito, como é o caso do afeto, destacando-se mais uma vez o princípio da afetividade, que alcançou superioridade no processo de interpretação e aplicação do direito.

Tal tendência foi consagrada no próprio Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que determina “a formação de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

Por tratar de assuntos mais íntimos, indaga-se se a intervenção estatal na esfera privada-familiar impõe atitudes humanas que pressupõem a manifestação sensitiva e sincera do indivíduo, valendo-se de sua dimensão coercitiva aplicando sanções, como é o caso da reparação por abandono afetivo, punindo o desamor.

2.3 O AFETO: ESTADO DA ALMA ADEQUADO PELO DIREITO COMO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SEU VALOR NORMATIVO

O afeto, traduzido do latim “*affectus*”, consiste em um estado da alma que é produzido por influência exterior, um sentimento como amor, a indignação, ressentimento, entre outros. Resumidamente, o afeto pode ser interpretado como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano, que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos.

É possível extrair do texto de Spinoza (2009) que o afeto pode ser compreendido como qualquer alteração patológica do corpo, das quais a potência de agir é estimulada ou refreada, diminuída ou aumentada, assim como as ideias dessas alterações.

Com o advento do cristianismo, o afeto foi sacralizado no evangelho de Mateus (22:37): “Amarás a teu próximo como a ti mesmo”, estabelecendo preceitos sacros quanto ao afeto.

No que tange a família, ela é considerada uma união natural, sendo o núcleo social primário mais importante para o ser humano, antecedendo o próprio Estado. Teve como fator preponderante, o biológico, vez que fundado na mera procriação. No decorrer da história, como já visto alhures, a família deixou de ter seu caráter patriarcal para tornar-se nuclear baseada no afeto e na igualdade de seus membros.

No entanto, juridicamente falando, é impossível conceitualizar o que é o afeto, pois há certa abstração e neutralidade por parte da visão normativista, porém é inerente ao Direito evoluir junto com as relações sociais, disciplinando-as quando necessário, ou quando a sociedade clamar por isso, como é o caso da relação homoafetiva, que elevou o afeto à condição de princípio jurídico, sendo invocado judicialmente para reconhecerem-se novos modelos de família.

Sendo assim, para que o afeto possa ter um tratamento jurídico, é imperioso lembrar que o que une uma família não é um afeto qualquer, e sim, é aquele que une intimamente duas pessoas ou mais para a finalidade de uma vida em comum. Se fosse simples afeto, qualquer amizade seria entendida como conceito de família.

Conforme dita Spinoza:

Os modos do pensar tais como o amor, o desejo, ou qualquer outro que se designa pelo nome de afeto do ânimo, não podem existir se não existir, no mesmo indivíduo, a ideia da coisa amada, desejada, etc. Uma ideia, em troca, pode existir ainda que não exista qualquer outro modo do pensar (SPINOZA, 2009).

Com as variações sofridas ao longo dos anos, aprovou-se o Código Civil de 2002, que passou a tratar o afeto como um fato jurídico, pois permite o estabelecimento de relações intersubjetivas entre as pessoas, com uma maior responsabilidade quanto à paternidade e a assunção de uma realidade calcada nos vínculos de afeto, sobrepondo-se a verdade biológica, tendo o afeto esse poder e força, capaz de superar até mesmo o vínculo genético.

Sendo o afeto admitido como princípio, sua força é maior do que se fosse positivado, pois tem-se que é por meio dos princípios que se chega à correta interpretação da norma jurídica, pois como o afeto é estruturante da entidade familiar, como já visto, merece proteção do Estado.

Contudo, há uma linha tênue entre dever de cuidar e o afeto, pois para aferir o real significado e importância do afeto, necessitaria de um longo e inócuo estudo investigativo da alma humana.

2.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A HERMENÊUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Diante das constantes mutações vivenciadas na sociedade, e o impacto dessas transformações nos núcleos familiares, exigiram a alterações de leis e percepções das leis que se amoldassem e passasse a regular diferentes formatações familiares.

Os princípios do direito de família hoje existentes foram legitimados pela Constituição Federal de 1988, desvinculando-se da ideia do poder familiar vindo do pai, que era considerado o chefe da sociedade conjugal. Há historicidade contida no princípio da afetividade que aponta que o princípio é adequado ao constitucionalismo contemporâneo, sob uma tradição trazida pela Constituição Cidadã.

A atual constituição visa o desenvolvimento do indivíduo e sua realização dentro do âmbito familiar, e não o desenvolvimento primeiramente da família em detrimento do indivíduo como outrora vigorava, pois atualmente, visa-se o crescimento pessoal e a realização individual de seus integrantes, também por fora do grupo familiar.

Segundo Fachin (2006), a despatrimonialização do direito civil brasileiro, transformou o direito em algo cada vez mais pessoalizado, no mesmo sentido em que passou a priorizar os aspectos subjetivos e interpessoais de cada sujeito, surgindo daí o “princípio da afetividade”, buscando um apoio no conceito de dignidade humana.

A Constituição Federal ampliou seu reconhecimento de entidade familiar, abrangendo qualquer entidade que preenchesse os requisitos de ostensividade, estabilidade e afetividade (LOBO, 2000).

Isto posto, observa-se que a proteção à entidade familiar ocorre mesmo que não estejam expressamente elencadas no texto constitucional, pois de acordo com concepção eudemonista da família, sua manutenção deve voltar-se para o desenvolvimento pessoal dos sujeitos pertencentes, em busca da felicidade de cada um. Assim, o que caracteriza uma unidade como família não é sua previsão legal, mas o afeto, que é sua força nuclear e que lhe concede o status de família perante a comunidade.

Com a constitucionalização do Direito de Família e a valorização do vínculo afetivo, quaisquer atos cometidos em detrimento uns dos outros geram responsabilidade civil por eventuais danos. A possibilidade ou não de uma reparação por abandono afetivo gera, ainda, diversos debates no ordenamento jurídico brasileiro, pois, mesmo que o afeto seja reconhecido como um princípio jurídico brasileiro, como é o caso do Princípio da Afetividade, que surgiu mais de dez anos após a vigência da Constituição de 1988, sendo inerente ao Direito de Família, a incerteza está em volta do cabimento ou não de danos morais indenizáveis em caso de não manifestação afeto-emocional.

Na esfera do direito de família, inúmeras questões são solucionadas com base em pareceres jurisprudenciais e doutrinários, mesmo que ainda não adotadas pela legislação vigente, visto que o poder judiciário e os juristas não podem deixar de analisar, amparar e reconhecer as relações existentes, ainda que as mesmas não sejam tuteladas expressamente pelo ordenamento jurídico.

As legislações rígidas e os conceitos obsoletos passam a perder suas forças no direito de família, posto que para as regras terem aplicabilidade prática, precisam também se amoldar ao novo contexto social.

No cenário atual, há divergências doutrinárias no que tange o termo “afeto”, e se este estaria ou não embutido no texto constitucional. Há posicionamentos de que estaria implícito, como no artigo 227, §6º, que trata da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem, pautando a adoção como escolha afetiva, bem como, no artigo 226, §4º, resta apregoadado que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes é constitucionalmente protegida, possuindo idêntica dignidade a de qualquer outro modelo familiar, ou ainda, no artigo 227 que coloca a convivência familiar como direito a ser garantido com prioridade absoluta a crianças e adolescentes (CALDERÓN, 2013).

Nesse sentido, e de acordo com essa corrente, hoje seria este princípio, o norteador de soluções para os conflitos surgidos na família, pois com as modificações sofridas, intensificaram-se as relações entre seus membros, valorizando as funções afetivas da família. Em decorrência dessa aguda evolução social da família brasileira, uma nova ordem jurídica foi instalada, atribuindo-se valor jurídico ao afeto.

Por outro lado, parte da doutrina acredita na inviabilidade do princípio da afetividade, em que a criação de normas principiológicas causam a abertura e fragilização do direito, faltando técnica e sobrando motivação ideológica, acreditando que a doutrina que julga a *afecctio* como norma, apela à “interpretação extensiva” ou “conforme à Constituição”, além da alegação de que está implícito, levando a uma mutação constitucional para afirmar sua presença no sistema (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012).

Nesse ponto de vista, há clara discordância se existe a presença jurídica do princípio da afetividade nas relações de família. Como disserta Pereira Junior (2009), ao discorrer sobre o artigo 226 da Carta Magna, em Comentários à Constituição Federal de 1988, afirmou que em momento algum, as normas constitucionais apresentam o afeto como sendo fator fundamental de relações familiares, não sendo o afeto, então, um elemento de suporte das entidades familiares, não pela perspectiva do direito, por não ser considerado um valor jurídico.

Ante exposto, não há consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre a sua delimitação e aplicação, a análise dos diversos posicionamentos se torna necessária, pois parte do Judiciário utiliza-o em decisões, na imposição de indenização por “abandono afetivo” que, de rigor, seria falta da conduta de cuidado, ou seja, algo objetivo e externo, antes que um sentimento, evento subjetivo e interno.

Hodiernamente, pode-se dizer que o afeto tem vencido e ocupado um lugar de quase-norma, como visto, o contexto histórico levou o afeto a uma posição mais elevada, em que ele é mais valorizado entre as pessoas, e que a partir dele é que as relações de fato se formam, tal qual o caso da família substituta ou monoparental.

Por outro lado, caberia ainda o questionamento sobre as delimitações à sua aplicabilidade. A crítica se posiciona no que tange o status de princípio jurídico, pois o direito primária pela dimensão objetiva das relações, e não as subjetivas, como é o caso do afeto, elemento da interioridade de cada sujeito, movimentos da sensibilidade involuntários, deste modo, essa corrente doutrinária dispõe que os afetos não podem ser associados à dignidade humana, por se tratar muitas vezes de movimentos contrários a ela.

Conforme o exposto, o princípio da afetividade é proveniente da hermenêutica civil-constitucional feita pelos juristas e doutrinadores, não sendo considerada uma norma inquestionável, estando presente no ordenamento jurídico por outras fontes do Direito, tais como doutrina e jurisprudência, sem status constitucional.

A crítica circunda justamente em cima da tendência a supervalorizar e inventar princípios como este em detrimento de regras, em que o judiciário estaria adentrando no âmbito movediço que

são os sentimentos, a fim de imputar deveres perduráveis como são os familiares (PEREIRA JUNIOR e OLIVEIRA NETO, 2016).

Com dito alhures, a referida hermenêutica civil-constitucional trouxe um novo “Estado Principiológico”, que acaba por exaltar a relevância dos princípios, reduzindo o valor das normas, fragilizando o direito, acabando por prejudicar a eficiência da norma. Este imbróglio Lenio Streck conceitua como sendo “principiolatria” ou “panprincipiologismo”, acabando por criar uma fragilidade e incerteza jurídica pela abusiva discricionariedade judicial, atingindo da mesma forma, o princípio da afetividade, por conseguinte, a reparação por abandono afetivo (STRECK, 2006).

Essa debatida hermenêutica civil-constitucional instituiu supostos princípios, ocasionando uma instabilidade jurídica, porém como visto, permanece a confusão acerca do princípio da afetividade, sua insegurança jurídica, e sua fragilidade e superficialidade de ficar em dimensões de argumentos sentimentais, de que a dimensão afetiva do indivíduo integra a sua dignidade.

Logo, o afeto tem repercussão nos tribunais em dois campos: responsabilidade civil por abandono afetivo e a criação de vínculos familiares.

2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO AMBITO FAMILIAR

A Responsabilidade Civil na esfera familiar despertou após a Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º, incisos V e X, que reconheceu a possibilidade de danos extrapatrimoniais por meio do reconhecimento do dano moral, inclusive com a confirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio basilar constitucional. Nessa acepção, Gama (2008) entende que a dignidade da pessoa humana deve ser promovida pelos integrantes da entidade familiar, de modo que se propicie uma existência digna para todos os conviventes.

O simples pertencimento a uma família inclui o indivíduo em diversas relações nas quais possui interesse direto, como é o caso da obrigação alimentar, o casamento, união estável, parentesco. Destarte, passou a incidir a responsabilidade civil nas questões pessoais dos referidos laços familiares, bem como nas questões patrimoniais decorrentes de tais.

Nesta continuidade, Dias (2010) entende que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra no âmbito familiar uma base propícia para florescer, permitindo que cada um dos indivíduos que a ela pertencem, possam se desenvolver com base em ideais de solidariedade, de humanidade e empatia.

Seguindo a lógica, a responsabilidade civil consiste na obrigação do indivíduo em reparar o dano a partir de violação de um dever jurídico. Deste modo, quem incorre na prática ou omissão que resulte em fato danoso, deve sujeitar-se às devidas consequências.

Há inúmeras hipóteses de condutas praticadas por indivíduos integrantes de uma relação familiar que resultam em lesões passíveis de reparação, de ordem pessoal ou material, levando diversas lides familiares ao judiciário, criando uma certa tendência de recorrer a ele para resolver impasses diários, tornando-o uma espécie de superego da sociedade.

Esses impasses começaram a ser debatidos nos mais diversos segmentos jurídicos, por serem caracterizados por laços afetivos e envolverem uma gama de aspectos sentimentais entre seus membros, ocorre inúmeras situações em que são desrespeitados os deveres familiares, como bem aponta Karow (2012), as demandas de indenização por quebrantamento de promessa de casamento, abandono no altar, difamação do parceiro(a) nas redes sociais, e até mesmo por transmissão do vírus HIV, batem a portas do judiciário.

O referido tema no âmbito da família é muito delicado, pois envolve sentimentos como o afeto, o amor, a indignação, o ressentimento, sentimentos íntimos de cada pessoa. Nesse sentido, Karow (2012), entende que a responsabilidade no âmbito familiar é o tipo de responsabilidade mais delicada de ser estudada, pois há o choque de dois princípios muito próximos em sua concepção, aquele que coloca a dignidade do membro sobre qualquer circunstância e aquele que dispõe sobre a limitação da intervenção estatal.

Sendo assim, a Responsabilidade Civil surge a partir do descumprimento de uma obrigação, seja contratual ou de inobservância normativa, e que tem três funções, punir, compensar e desmotivar a conduta lesiva.

Todavia, convém assinalar a polêmica existente em saber se uma violação de qualquer dever do Direito de Família, por si só, bastaria para haver o dever de indenizar, caracterizador da Responsabilidade Civil, pois os entendimentos são divididos em dois aspectos: o que entende pela caracterização nos termos da previsão genérica (em lei, como no caso do artigo 186 e 187 do Código Civil), inexistindo dever de indenizar sem a caracterização da cláusula geral de ilicitude. E por outro lado, o que compreende a ampla possibilidade da Responsabilidade Civil na esfera familiar, tanto nos casos gerais (genéricos) de ilicitude, como em casos específicos de transgressão de deveres familiares, sobrevivendo dever de indenizar em consequência da violação do dever posto pela norma legal (FARIAS e ROSENVALD, 2008).

Evidencia-se que cada vez mais é ampliado o instituto da responsabilização civil, cuja a essência se desloca do elemento fato ilícito, para cada vez mais, empenhar-se com a reparação do

dano injusto, qualquer que seja a sua natureza e o ambiente onde ocorra, o que facilita o deferimento do pedido de indenização, como é o caso da problemática levantada anteriormente, se tudo que é moralmente incorreto acarreta em um fato jurídico (AGUIAR JÚNIOR, 2005).

Em relação ao abandono afetivo, há o alerta doutrinário sobre eventual medo da justiça que a imposição do dever de amar geraria, criando um efeito não desejado de falso afeto e relação forçada (CASTRO, 2007).

Como visto, ainda há dúvidas em torno de até que ponto poderia o direito intervir impondo o afeto, cuidado e carinho, por tratar-se de questões subjetivas, nas quais o aplicador do direito teria que lidar com a situação de maneira sensível, delicada.

2.6 DIREITO E MORAL: APLICAÇÃO DE SANÇÕES ÀS CONDUTAS MORAIS E PESSOAIS

Preliminarmente, para entender-se o cerne da questão no que tange às decisões judiciais, as quais serão debatidas noutro tópico, é necessário inferir o que baseou o modo de sociedade existente atualmente.

Neste contexto, importa evocar o início das sociedades e como os seres humanos se agruparam em comunidades. Inicialmente, pode-se destacar que as sociedades surgiram com a essência de determinar regras para o convívio e comum, de modo que são criadas normas regulamentadoras gerais, frente a positividade que tais normas possuem perante as pessoas, no qual é estabelecido um nexo de bilateralidade, vez que no descumprimento de tais leis, há punição por parte do Estado para repor a ordem social.

Em contraponto, coexistem as normas de cunho moral, que não possuem uma impositividade externa, e sim interna, dependendo da consciência dos homens que vivem em sociedade, o encargo de obedecê-la (KELSEN, 1998).

Para Kelsen, o direito só se distingue da moral quando se apresenta como uma regra de coerção, ligando a conduta humana a uma sanção pré-estipulada pelo Estado, demonstrando o nexo de bilateralidade anteriormente citado. Já a moral, não tem qualquer tipo de sanção desse tipo, e sim à uma desaprovação dessa conduta contrária as normas de convívio pleno em sociedade, então a moral não prescreve ao indivíduo nada além de que ele deve na sua conduta, reprimir inclinações e não se entregar a seus interesses egoísticos (KELSEN, 1998).

Dessa forma, surge a problemática da relação entre Direito e Moral, de qual a relação de fato existe entre elas, e qual a relação que realmente deve existir entre as duas espécies de sistemas. O

direito tem em sua essência a moral, já que em seu conteúdo, as condutas prescritas e proibidas pelas normas jurídicas, também o são pelas normas da moral.

De acordo com a teoria da separação entre o Direito e a Moral de Hans Kelsen, o Direito é autônomo, portanto, não está sujeito às normas morais para seu funcionamento, portanto não há qualquer ponto de contato necessário entre ambos. Isso significa que a ciência do Direito está desvinculada de qualquer padrão moral, pois, vez que as regras de convívio comum se tornam juridicamente vinculantes, o Direito seria capaz de fornecer razões para agir que o sujeito já não tivesse anteriormente em sua intimidade moral. Ademais, observa-se que, embora o direito não precise de normas morais para ser válido, isso não significa dizer que não há nenhum tipo de moralidade dentro de um sistema normativo.

A moral usada erroneamente para justificar coisas mezinhas levanta a preocupação para a Teoria do Direito, pois ao remeter a validade de uma norma à apreciação de opinião de um ponto de vista moral, estará deixando o direito refém de uma divergência entre opiniões morais, pois o que é certo ou errado dependerá de cada um.

Portanto, na democracia em um contexto geral, não deveria ser a moral que deve filtrar o direito, mas sim, o direito que deve filtrar os juízos morais, não podendo a moral corrigir o direito, pois ao chegar no ponto de o Direito ser corrigido pela moral, o ideal seria acabar com as normas jurídicas, pois não mais serviria para o seu propósito (STRECK, 2018).

2. 7 A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NA ESFERA SENTIMENTAL NA PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já citado, ainda restam dúvidas em torno de até que ponto pode o direito intervir, ao impor práticas afetivas, cuidado e carinho, por tratar-se de questões subjetivas, nas quais o aplicador do direito teria que lidar com a situação de maneira sensível, delicada.

O direito, a moral e a ética são assuntos que são constantemente discutidos desde a formação das sociedades, esses conceitos se confundem de modo a não se saber separá-los e diferenciá-los, nem saber onde começa um e termina o outro. Para Streck (2015), a relação da lei e do direito, e a noção de justiça, atravessou milênios, acompanhando as transformações no campo filosófico, com isso, a modernidade instaurou-se a partir da filosofia, no momento que o homem começa a averiguar os porquês do mundo ser como é, passando a pensar em si.

A partir disso, observa-se a figura do juiz, que constrói hermeneuticamente seus posicionamentos perante seus julgados. Deste modo, o papel do juiz dentro do processo de julgamento

não se desvencilha de sua humanidade, vez que está intrínseca nele. Em suma, demonstra-se que a imparcialidade, ou essa confusão de conceitos entre moral e direito, encontra-se arraigada em um dos sujeitos mais importantes da relação processual jurisdicional: o juiz.

Este, por sua vez, é considerado o principal intérprete em razão de seu poder de império, pois sua decisão receberá a força da coercibilidade por parte do Estado. Em relação à pertinência ao sistema jurídico pátrio, no caso em comento, ao afeto, convém notar que o “princípio da afetividade” não está expresso na Constituição Federal de 1988, tampouco no Código Civil de 2002, como já demasiado discorrido.

Dessa maneira, cabe ao juiz o papel de recorrer à “interpretação extensiva” para afirmar sua presença no sistema e mascarar seus posicionamentos solipsistas, isto porque, o direito não é moral, não é filosofia, não é sociologia, e sim um conceito interpretativo que encontra resposta nas leis, não na vontade individual do aplicador.

Neste íterim, deve ser vedado qualquer rastro de individualidades e pessoalidades nas decisões emanadas pelo judiciário, de qualquer sentimentalismo que possa contaminar sua decisão.

Resta a extrema dificuldade em se diferenciar uma *quaestio juris* de uma *quaestio facti*, levando em consideração que direito, em sua essência, incide quando uma norma reflete sobre fatos.

Traz-se a baila o REsp 1.159.242 – SP, de abril de 2012, que teve como relatora a ministra Nancy Andrighi. O presente Recurso Especial levantou a discussão no âmbito jurídico sobre a possibilidade ou não de se pleitear indenização civil em decorrência do abandono exclusivamente afetivo paterno-filial.

O voto proferido por Nancy Andrighi, ministra relatora no julgamento do caso em comento, dividiu-se em três partes: a primeira, diz respeito a existência do dano moral nas relações familiares, em que a ministra afirmou ser possível a caracterização do dano moral nas relações familiares, fundamentado no fato de não existir no ordenamento jurídico pátrio restrição à aplicação das regras da responsabilidade civil às questões familiares. A segunda, são os elementos necessários à caracterização do dano moral, a ministra utilizou tais razões para demonstrar a ilicitude e a culpabilidade da conduta do pai; existência de uma obrigação legal de “cuidar” e caracterização de ato ilícito quando não há afeto.

Segundo a ministra relatora:

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos (BRASIL, 2012).

No entanto, ainda que o genitor tenha cumprido com o seu dever de prover a subsistência do filho, no sentido material, abriu-se a partir daí a possibilidade de condená-lo à reparação civil pela ausência de afeto ao longo do crescimento da criança, todavia, como já discutido anteriormente, uma das características latentes em relação ao afeto é a sua espontaneidade, isto é, um sentimento que se manifesta pela vontade íntima do sujeito.

Apesar de se estar de acordo em ser o afeto inerente às relações familiares – portanto um direito fundamental, merecedor de proteção estatal – deve-se questionar: é o afeto um princípio jurídico?

Segundo Rodotà (2010) existe uma “*law-saturated society*” que acaba por produzir distorções em um direito que se apresenta em alguns âmbitos e, às vezes, ausente nos lugares em que seria necessário.

A partir da caracterização do afeto como um sentimento espontâneo, não há como se enquadrar o afeto como princípio jurídico, justamente por sua natureza de sentimento humano. Ao tratar a afetividade como um comando principiológico seria considerá-lo obrigação imposta a toda a sociedade. Trata-se o afeto como um valor a ser agregado às unidades familiares, como ele o é, não um dever nas relações (XAVIER, 2012).

Dessarte, ao atribuir ao Direito a responsabilidade por solucionar problemas da vida cotidiana faz com que os sentimentos do âmago de cada indivíduo fiquem à mercê de uma política de princípios, ou condicionada por um unilateralismo ideológico religioso ou econômico, que esconde as razões da vida (RODOTÀ, 2010).

Da análise do REsp 1.159.242 – SP, chegou-se à conclusão de que a solução encontrada no julgamento não atende aos anseios sociais e não resolve a questão particular, além de abrir margem a uma série de outras questões que não podem ser solucionadas pelo Direito. É necessária e legítima a busca de respeito por uma esfera de liberdade e autonomia que marque o “até aqui e não mais além do direito” (RODOTÀ, 2010).

Demonstra-se assim, o porquê a atividade interpretativa por parte do juiz só terá efetivamente um caráter de cumpridor da ordem jurídica quando não estiver corrompida por influências, sejam externas ou internas, no momento de exteriorizar sua decisão. Pois, mesmo quando o juiz se encontrar diante de uma obrigação interpretativa, deverá se atentar para que vise realmente o intuito do legislador.

O que vicia a segurança jurídica e a certeza do direito, é essa decisão pautada única e exclusivamente em questões puramente ideológicas e emocionais.

No julgado estudado, a solução jurídica em nada resguardou a dignidade da recorrida/filha, e não se reverteu eventual situação de dor ou angústia experimentada em razão da ausência da figura paterna, tendo o Judiciário contribuído para a precificação de insatisfações, tornando afeto, um objeto quantificável monetariamente.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo trouxe à baila a noção de família legítima, a qual era pautada em relações matrimonializadas, sendo o homem, o destaque hierárquico. A este, era incumbido o papel de prover e gerir a família. Para a mulher, os afazeres domésticos. Com a constituição, adveio um epicentro, Dignidade da pessoa humana, a qual ampliou o campo de entidades familiares, o que ultrapassou o estigma unitário de outrora, trazendo a personalização e despatrimonialização das relações familiares.

No período pós-Constituição de 1988 surgiu a nova hermenêutica constitucional e o neoconstitucionalismo, que propiciaram o surgimento de um novo direito civil, dessa vez, à luz da Constituição. Essa Constitucionalização do Direito civil veio lembrar que a eficácia dos direitos fundamentais tem aplicação tanto no Direito Público, como no Direito Privado. Diante deste código, instituiu-se princípios, ocasionando certa supervalorização deles em detrimento de regras. Nessa perspectiva, favoreceu-se certa insegurança jurídica e uma instabilidade no ordenamento jurídico pátrio, e dentro desse contexto, ascendeu-se o “princípio da afetividade” e discussões sobre sua aplicabilidade.

Este artigo, por sua vez, mostrou com base na decisão do STJ, que permanece a confusão acerca de seu entendimento, além disso, evidenciou sua fragilidade doutrinária, pois a própria defesa se dá com uma dimensão de argumentos meramente sentimentais, sendo insuficientes para alçar à melhor técnica jurídica.

Considerando o que foi constatado e objetivamente demonstrado no presente artigo, entende-se não se tratar o afeto ou a afetividade de um princípio jurídico, mas sim, um valor moral, o qual tem por principal característica a espontaneidade, não havendo como falar em um dever de afeto, justamente por se tratar de um fenômeno íntimo e psíquico do sujeito, não havendo ato ilícito no caso supracitado, uma vez que não revelado o ato ilícito, não está presente um dos elementos que caracterizam a responsabilidade civil.

No caso, seria melhor e mais correto dizer que se trata de uma “omissão de conduta familiar” do que usar a palavra afetividade ou afeto, pois apenas confunde o objeto imediato o qual a norma

incide, pois é um comportamento, uma conduta, não um sentimento. Assim, é dito erroneamente “abandono afetivo” quando na verdade se deveria utilizar de “omissão do dever de cuidado”

Questionou-se ainda, o papel do direito na solução de litígios que muitas vezes são íntimos, qual seria o limite para o uso de autoridade e violência legítima, que caracteriza o direito nos tempos atuais. É sabido que o direito valoriza a dignidade, liberdade e o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, mas diante do exposto, chega-se à conclusão de que se deve reconhecer que a ciência não é capaz de oferecer soluções para todos os problemas, pois tem-se uma sociedade plural, na qual os valores de cada qual são divergentes, sendo quase impossível incumbir ao direito o papel de solucionador de tais conflitos.

Sendo assim, é necessário delimitar uma fronteira para a atuação do direito, para evitar que o direito seja reivindicado para regular solucionar problemas pessoas cotidianos, fazendo com que as pessoas recorram ao judiciário, buscando soluções que por muitas vezes vão além do que seria possível para o direito. Ao judiciar relações que anteriormente eram mediadas pela igreja ou pela própria família, destaca-se uma perda de espaço de decisão dessas instituições, sofrendo o risco de haver uma invasão da esfera privada de cada um, impactando diretamente a liberdade e a autonomia dos indivíduos.

Ainda, salienta-se que a busca por indenização com justificativa na falta de afeto resultante da ausência de um dos pais reproduz a tentativa de precificação desse sentimento, que é espontâneo e individual.

Portanto, diante de todo o exposto, concebe-se o entendimento de que seja importante alterar o que se chama “princípio da afetividade”, para “princípio da solidariedade familiar”, para se falar em “omissão do dever de cuidado” que seria mais adequada para se referir a fonte dos deveres jurídicos.

Em conclusão, os deveres jurídicos devem tratar de uma situação objetiva, não de um sentimento subjetivo, mesmo que este esteja presente na base factual de onde sucede o dever, com isso, “o princípio da afetividade”, de modo reconfigurado, seria aplicado de forma a alcançar máxima realização sem gerar instabilidade no ordenamento ou insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil no Direito de Família**. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** " *Bol. Fac. Direito U. Coimbra* 81, 2005: 04. Disponível em:
http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242** – SP. Relator: Min. Nancy Andrighi. Ementa: civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. Julgamento em 24 abr. 2012, publicação em 10 maio 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 28 mai. 2020.

CALDERÓN, Rodrigo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 239.

CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1607, 25 nov. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10696/precedente-perigoso>. Acesso em: 01 nov. 2019.

CAVALCANTI, André Cleófas Uchôa. **Família, dignidade e afeto: possibilidades e limites jurídicos para o estabelecimento de múltiplos laços parentais**. 2007. 224f. Tese (Doutorado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 88.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p. 64.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 48-49.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson de. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 75

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08**. São Paulo: Atlas, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6, p. 31.

KAROW, Aline B. S. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 207.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (tradução de João Batista Machado). 6. ed. São Paulo: Martins fontes. 1998. p. 68, 71.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>. Acesso em: 01 nov. 2019

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Art. 226. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walter de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2375.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; OLIVEIRA NETO, Jose Weidson de. **(In) viabilidade do princípio da afetividade**. Universitas Jus, v. 27, n. 2, 2016. p. 122 Disponível em: <https://www.cienciasaude.uniceub.br> DOI: 10.5102/unijus.v27i2.4170. Acesso em: 30 set.2019.

RODOTÀ, Stefano. **La vida y las reglas**. Entre el derecho y el no derecho. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 14, 25, 49.

SEMY, Glanz. **A família mutante – sociologia e direito comparado**: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 18.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 282.

SPINOZA, Benedictus de. **Ética (Tradução e notas de Tomaz Tadeu)**. Belo Horizonte, Autêntica Editora (2009).

STRECK, Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam. **Os Modelos de Juiz**: Ensaios de Direito e Literatura. 2015. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p. 230-254.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Saraiva Educação SA, 2011. p. 36, 475-496.

_____. **Precisamos falar sobre direito e moral**: Os problemas da interpretação e da decisão judicial. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p. 11

XAVIER, Lucas Bittencourt e. **Da (im)possibilidade de responsabilização civil por dano moral no abandono afetivo:** uma abordagem da natureza jurídica da afetividade. Fevereiro, 2012. 150 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p.84.