

Nova Ética Familiar: Aplicação do Princípio Responsabilidade como Fundamento da Imputação Civil dos Danos no Direito de Famílias

New Family Ethic: Application of Responsibility Principle as the Foundation of Civil Imputation of Damage on Family Rights

Celina Kazuko Fujioka Mologni^{a*}

^aUniversidade Norte do Paraná e Universidade Estadual de Londrina.

*E-mail: celina@uel.br

Resumo

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares causadoras de danos afetivos, morais e materiais. Para atingir o objetivo investiga valores e técnicas atualizantes do direito privado, em relação à eticidade, socialidade e operabilidade, juntamente com o sistema das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que permitem a flexibilização, mobilidade e preenchimento das normas na construção normativa do tema responsabilidade civil familiar, para o qual são transportados artigos que disciplinam a responsabilidade civil do Direito das Obrigações. Utiliza como método de abordagem, o racional dedutivo, a partir da análise dos princípios constitucionais da dignidade humana, da solidariedade e da afetividade para abordagem do princípio responsabilidade, destacando a Constituição Federal em sua função interpretativa e integrativa das lacunas no ordenamento jurídico. Os resultados apontam que o afeto decorre da valorização da dignidade da pessoa humana. Assim, erro de conduta de desafeto no âmbito familiar pode violar a dignidade humana capaz de produzir danos morais e ou materiais passíveis de reparação. A imposição de indenização decorre do princípio responsabilidade, valorizado pela ética, pelo agir humano do poder que o homem tem sobre suas condutas, prevenindo danos para posteridade. Assim, a indenização deve exercer não só a função reparatória ou punitiva de fatos do passado, mas, pedagógica e persuasória a fim de evitar danos futuros para consagrar a vida humana com dignidade às futuras gerações.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Familiar. Princípio Responsabilidade. Dignidade Humana. Afeto. Dano Afetivo.

Abstract

This paper aims to analyze the possibility of civil responsibility application on family relationships that cause affective, moral and material damage. In order to achieve that goal, it investigates values and updaters techniques of private law, related to ethics, sociality and operability, along with the system of general terms and undetermined legal concepts, that allow the relaxation, mobility and fulfillment of terms at the normative construction of family civil role, to which are transferred articles that guide the civil responsibility of Obligation Rights. This research uses the deductive rational as its method of approach, departing from the analysis of constitutional principles of human dignity, solidarity, and affectivity to approach the responsibility principle, highlighting the Federal Constitution in its interpretative and integrative function of the gaps on the legal planning. The results show that affection is caused due to the valorization of the human being dignity. Accordingly, the misconduct of disaffection within the family scope may violate human dignity which is capable to lead to material and/or moral damages that are liable for reparation. The imposition of indemnity is due to the responsibility principle, valued by ethics, human acting of the power that mankind has on their actions, preventing damages for posterity. Therefore, the indemnity must exert not only its reparative or punitive function, but also the pedagogic and persuasive function, in order to avoid future damage and preserve human life with dignity for future generations.

Key-words: Family Civil Responsibility. Responsibility Principle. Human Dignity. Affection. Affective Damage.

1 Introdução

O ser humano nasce naturalmente integrado numa família, independentemente do estado civil de seus pais. É nesse núcleo que se consolidam as relações jurídicas pessoais e patrimoniais, envolvendo sentimentos de amor ou de desamor.

A Constituição Federal tem como objetivo fundamental a consagração de sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I), com fundamento na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), cuja concretização requer responsabilidade, como aptidão dos sujeitos em suas condutas, sobretudo, no grupo familiar, demonstrando que sem responsabilidade não se pode realizar a promoção da dignidade da pessoa humana, nem da solidariedade (BRASIL, 1988).

No cenário da atual sociedade, os fatos sociais são caracterizados pela incerteza do futuro, diante da ocorrência

de catástrofes da natureza, assim como de criminalidades cometidas pelo homem contra o próximo, ameaçando a segurança e a própria sobrevivência humana. Neste contexto, as ações humanas também têm se modificado, voltando-se mais ao presente, ao imediatismo, ao consumismo, ao narcisismo e ao hedonismo, enfraquecendo o sentido da crença na posterioridade e na continuidade da história da humanidade.

Diante deste quadro de efemeridade, verificam-se a fragmentação e a desconstrução de princípios e conceitos éticos antes impostos ao ser humano. O comportamento entre os membros familiares de seriedade, de comprometimento e de responsabilidade vem se afrouxando com abrandamento da moral no recinto familiar, cujos reflexos são sentidos nos relacionamentos sociais.

Contudo, a pretexto de mudanças de valores, o que não se pode deixar de refletir é em relação às consequências danosas causadas pelos comportamentos humanos característicos da pós-modernidade, no relacionamento familiar. A hipótese de relacionamento amoroso fugaz e descomprometido do qual resulta o nascimento de um filho, cuja paternidade o pai se recusa a reconhecer; no divórcio entre os pais, em que a guarda do filho permanece com a mãe e o pai apenas paga, ou às vezes, nem paga a pensão alimentícia, negando-lhe assistência moral e afetiva, caracterizando falta de responsabilidade no desempenho do papel de pai, causadora de prejuízos materiais, morais e afetivos à prole.

Para evidenciar a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil no âmbito familiar, analisam-se, inicialmente, os valores e as técnicas dos eixos estruturantes do Código Civil: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Na sequência, abordam-se sobre a feição da atual família e a importância do princípio da responsabilidade na plenitude da consagração da dignidade da pessoa humana, analisando as teses favoráveis e contrárias à indenização por violação do dever jurídico decorrente da relação familiar.

Investiga-se a ética da responsabilidade do filósofo alemão Hans Jonas, e, finalmente, a sua aplicabilidade no contexto da responsabilidade familiar, como meio de se prevenir a prática de condutas irresponsáveis no reduto doméstico.

2 Valores e Técnicas Atualizantes do Direito Privado: a Eticidade, a Socialidade e a Operabilidade

A complexidade e a dinâmica da vida atual exigem análise de aspectos valorativos para dar solução e efetividade aos conflitos de situações juridicamente relevantes, pois é impossível ao Estado positivizar normas às quais possam subsumir, de modo abrangente, os fatos decorrentes das relações intersubjetivas privadas, sobretudo, no âmbito do Direito de Família.

Por isso, ao contrário do Código Civil de 1916, que se regulamentava num sistema fechado e rígido, o atual é marcado por ordem filosófica, enunciando valores, bem como de ordem metodológica, apresentando técnicas de interpretação. Por isso, não se disciplinam temas de modo fechado, como o de responsabilidade civil nas relações familiares, pois o novo modelo normativo permite projeção para o futuro, numa noção prospectiva, no contexto de sistema aberto.

Antes, havia previsão da casuística e o caso concreto se resolvia com a aplicação das normas do Código Civil. Se o direito subjetivo reclamado estava previsto legalmente, aplicava-se a solução ditada pela norma. Caso contrário, não era reconhecido qualquer direito, por mais que a situação exigisse solução por equidade.

Diante da insatisfação da ausência de respostas normativas, concebeu-se o novo Código Civil, em vigor, dentro de um espírito de ideias fundamentais, isto é, de valores axiológicos, em torno dos quais as normas se entrelaçam para dar solução aos conflitos

não previstos casuisticamente, o que exige esforço hermenêutico do julgador, assim como dos profissionais de Direito.

A respeito desta nova dimensão normativa civilista, afirma Reale (*apud* FERREIRA, 2003, p.33-34)

O novo Código, por conseguinte, confere ao Juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto. Como se vê, ao elaborar o projeto, não nos apegamos ao rigorismo normativo, pretendendo tudo prever detalhada e obrigatoriamente, como se na experiência jurídica imperasse o princípio de causalidade própria das ciências naturais, nas quais, aliás, se reconhece cada vez mais o valor do problemático e do conjectural.

Assim, na orientação dos institutos do Direito Privado, o atual Código Civil apresenta três princípios basilares: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

A eticidade está vinculada à ética que é a ciência que trata do comportamento moral dos homens na vida social, a moral é o objeto, a matéria prima da ética. “Ou melhor, a ética é a ciência dos costumes. Já a moral não é ciência, senão objeto da ciência. Como ciência a ética procura extrair dos fatos morais os princípios gerais a eles aplicáveis NALINI, 2001, p. (36) Desta forma, o fundamento ético confere legitimidade à produção das normas jurídicas, pois se relaciona com padrões de condutas humanas desejadas e admitidas em um determinado espaço social e de tempo.

No atual Código Civil, a ética ganha novo dimensionamento com a boa fé objetiva, deixando o plano das intenções (boa fé subjetiva) para ingressar no campo dos atos e das práticas de lealdade. A moral está ligada às convicções e pensamentos de cada indivíduo, que determina o seu modo de agir. Contudo, não se pode dizer que dependendo do seu comportamento, seja uma conduta ética, por exemplo, no caso de pai separado da mãe, pagar somente a pensão alimentícia, sem proporcionar afeto e cuidados ao filho, pois o padrão de conduta ética esperada de um pai é de responsabilidade no agir, na proteção, no desenvolvimento e na formação de sua prole. Assim, na perspectiva inclusive da socialidade, a eticidade implica na conexão entre o dever de determinada conduta humana, que possibilite a realização não só pessoal, mas, também, do bem comum, dentro dos padrões normais do costume e do valor desta conduta, como assim expõe Nalini (2001, p.37):

O complexo de normas éticas se alicerça em valores, normalmente designados **valores do bom**. Há conexão indissolúvel entre o **dever** e o **valioso**. Pois a pergunta – **O que devemos fazer?** - só se poderá responder depois de saber a resposta à indagação - **O que é valioso na vida?** Toda norma pressupõe uma valoração, permitindo surgir o conceito do bom – correspondente ao valioso – e do mau – no sentido de desvalioso. E **norma é regra de conduta que postula dever**. Todo juízo normativo é regra de conduta, mas nem toda regra de conduta é uma norma.

Transportando-se a ética ao ambiente familiar, afirma Pereira (*apud* GURGEL, 2009, p.89):

Isso nos permite dizer que a ética aliada ao direito de família dá origem ao dever de se respeitar a dignidade dos sujeitos em todos os seus aspectos, o dever de se buscar um ambiente sustentado por vínculos afetivos, o dever de se preservar a confiança e o respeito no grupo familiar, mesmo depois da eventual dissolução do vínculo conjugal ou da união estável e o dever de se garantir o melhor interesse da criança e do adolescente. O cumprimento de tais deveres éticos é capaz de construir um conceito de família acima de qualquer valor moralista, de qualquer tempo e lugar.

Trata-se de construção de regras de condutas de dimensão existencial individual do ser humano, enquanto pessoa, mas de pessoa humana, que se relaciona com a comunidade, em suas relações com os bens da vida, como patrimoniais e existenciais, no formato do ter, do ser e do agir consigo próprio e com os demais membros da família e da sociedade.

A tendência atual do direito, no campo dos relacionamentos interpessoais, após a experiência das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, privilegia o compromisso ético “com o objetivo de garantir, em última instância, valores universais voltados à defesa da vida e da dignidade humana nos seus diversos aspectos” (GURGEL, 2009, p.82).

Nos relacionamentos familiares, nem sempre o que é ético está de acordo com os valores morais vigentes, se imiscuídos de preconceitos e discriminações, e pelo mesmo fundamento, nem tudo que é moral é aceitável como conduta ética.

Este ponto de vista decorre da visão da socialidade, que rompe com noções individualistas e egoísticas, prestigiando a indagação – o que é valioso na vida? Na esfera familiar, a resposta conduz à obrigação entre seus membros, à responsabilidade na proteção da pessoa humana.

O individualismo, que marcou o Código Civil de 1916, foi substituído pelo princípio da socialidade, criando novos paradigmas dos principais personagens do direito privado, com a ideia de prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, como explicam Martins-Costa e Branco (2002, p. 49):

A socialização dos modelos jurídicos é uma das características mais marcantes do novo Código e o seu significado é o da prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, e da revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional: ‘o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador’.

Assim, o interesse individual cede espaço à socialidade, isto é, à coletividade, num ambiente de afirmação da dignidade da pessoa humana e humanização do direito. “A reciprocidade é a tônica dos deveres fundamentais, pois cada pessoa humana é responsável pela outra, e ela é também responsável das outras” (LÔBO, 2010, p.19).

Observa-se esse quadro no relacionamento dos membros da família, que é o local onde o ser humano se identifica, se forma e desenvolve a sua personalidade.

O princípio da operabilidade proporciona a realização do direito na consagração da justiça e no cumprimento da sua função social. Por isso, precisa ser executado, ser operado, de

maneira mais simples, de modo que atenda as necessidades do caso em concreto, na busca de solução justa e humana.

De acordo com tema responsabilidade civil familiar, como não mereceu disciplina própria, é através do princípio da operabilidade que se busca a sua relevância prática e real. E para alcançar sua efetividade são utilizadas as ferramentas do sistema das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados adotados pelo Código Civil, que permitem a flexibilização, a mobilidade e o preenchimento das normas na construção normativa pelo julgador na análise de casos específicos:

Ao juiz se concede poderes que dão lugar à argumentação e à dialética das partes no processo, para que o conflito se solucione da forma mais harmoniosa possível. É o sistema jurídico operando de forma a permitir solução eficaz para problemas que surgem, encontrando soluções para eles e viabilizando, até mesmo, objetivos fundamentais da República, como, por exemplo, os que estão esculpidos na CF 3°. (NERY JUNIOR; NERY, 2007, p.181).

Por isso, exige-se a contribuição da doutrina e da jurisprudência para completar a força normativa das regras, que nem sempre são casuísticas, como afirma Reale (*apud FERREIRA 2003, p.33*):

Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa.

Segundo Reale (*apud FERREIRA 2003, p. 37*) a concreção jurídica é a realização do Direito:

Concretidade, o que significa? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa.

A cláusula geral, como técnica legislativa, tem função de integração e de sistematização das demais normas, como explica Martins-Costa (1999, p.274):

É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.

Por sua vez, definem Nery Junior; Andrade e Nery (2007, p.176) a respeito dos conceitos jurídicos, denominados legais indeterminados:

Conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a *hipótese de fato posta em causa*. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Preenchido o conceito legal indeterminado (*umbestimm Gesetzbegriffe*), a solução

já está pré-estabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma outra função criadora. [...] A lei enuncia o conceito indeterminado e dá as consequências dele advindas.

Dessa forma, para a utilização desses elementos integradores do sistema normativo exige-se do intérprete mentalidade aberta, consciência e percepção do seu papel construtivo da normatividade.

Exemplos de cláusula geral e de conceito jurídico indeterminado podem ser verificados nos artigos 186 e 187 do Código Civil, que podem ser adaptados à violação do dever da responsabilidade familiar, no trato conjugal ou paterno-filial, por violar direito e causar dano a outro membro familiar e exceder os limites impostos pelo fim social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

Assim, sob a perspectiva valorativa acerca da responsabilidade parental, por exemplo, por abandono afetivo, conduz o intérprete à formação do juízo de caracterização do ato ilícito, segundo os valores do respeito à dignidade da pessoa humana do filho que foi colocado no mundo por ato dos pais, e não por vontade própria. E, uma vez caracterizado o ato ilícito, o conceito jurídico indeterminado exerce a sua função de determinabilidade, trazendo a solução preestabelecida para o caso, isto é, a prevista no artigo 927 do Código Civil, que cuida da obrigação de reparar os danos pelo ofensor à vítima.

Caso não haja previsão legal das consequências, ainda assim, a utilização das cláusulas gerais permite ao juiz construir a solução que lhe parecer mais adequada para o caso concreto, no exercício da função integrativa e criadora, proferindo sentença determinativa (NERY JUNIOR; NERY, 2007).

Os valores que norteiam o conteúdo das cláusulas gerais estão presentes nos princípios constitucionais do direito privado, os quais mantêm a atualização normativa, que permite solucionar casos presentes e futuros, criando modelos que conservam a vocação prospectiva, “agregando a experiência do passado, mas estando abertos para o que está por vir” (MARTINS-COSTA, BRANCO, 2002, p. 32).

A interpretação das leis infraconstitucionais deve seguir as diretrizes e os comandos constitucionais e os pressupostos que inspiraram a atual Constituição Federal, com ênfase na dignidade, na liberdade, na solidariedade, na segurança, na igualdade e na justiça social, entre outros, o que levou, inclusive, o legislador a formatar a moderna estruturação do atual Código Civil.

Analisa-se, a seguir, a feição da família na atualidade, que conquistou a liberdade na sua formatação e está ligada diretamente à ética da responsabilidade.

3 A Ética dos Bens, Família Eudemonista e Hedonista

Na classificação da ética existe a ética de bens, ao lado da empírica, formal e valorativa, cuja doutrina é apresentada por Máynez (*apud* NALINI, 2001, p. 49).

O presente estudo enfatiza a ética do bem, por envolver o eudemonismo como retrato do pensamento ocidental na constituição familiar em busca da felicidade, que é o fim almejado por aqueles que formam a família como bem supremo da vida, entre outros bens, na hierarquia dos fins existenciais.

É o caso específico exemplificado por Nalini (2001, p. 49):

Casa-se para constituir família, para viver em plenitude o amor conjugal e para gerar uma prole perpetuadora da espécie. E, assim, é a totalidade da existência. O supremo bem da vida consistirá na realização do fim próprio da criatura humana. Esse, na hierarquia dos bens, é o bem supremo.

E, entre as manifestações da ética dos bens ou ética dos fins está o eudemonismo:

Eudemonismo deriva de eudemonia, em grego, felicidade. Incluem-se nessa ramificação as doutrinas que fazem da ventura o valor supremo. Para elas, a tendência à felicidade é inata ao homem, e, segundo Aristóteles, ela é o bem supremo, pois constitui um fim que já não possui o caráter de meio. Todos os outros bens da vida podem ser meios para a obtenção daquele que é eternamente apetecível em si, insuscetível de se converter em meio para finalidade ainda superior (NALINI, 2001, p. 50).

A família eudemonista é a nova tendência para identificar a união formada por envolvimento afetivo. Atualmente, forma-se a família porque os pares se amam, porque têm projetos de vida em comum e porque desejam desfrutar da felicidade em plena comunhão de vida.

Assim é que afirma Dias (2010, p. 55):

É a afetividade e não a vontade o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, da supremacia do amor e da vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador. Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade.

O eudemonismo dotou a família de função instrumental para a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros, no clima de pluralismo familiar, em arranjos diversos do casamento.

A consciência da cidadania se ampliou com o resgate da mulher, esposa, companheira e filhos gerados ou não fora do casamento, como sujeitos de direito e detentores da dignidade da pessoa humana, ao comando ao artigo 1º, III, e 226 § 3º e § 4º da Constituição Federal.

Antes, o conceito de família identificava-se com o casamento, pois só a família formada pelo casamento merecia proteção do Estado:

O novo modelo da família fundamenta-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção do Estado. [...] As novas famílias buscam construir uma história em comum, na qual existe comunhão afetiva e cuja ausência implica a falência do projeto de vida. [...] Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra que lhe pareça mais atrativa e gratificante (DIAS, 2010, p.43-44).

Assim, com a democratização nas escolhas em formar famílias, no empenho de ser feliz, de dar e receber amor houve, também, facilidade em extinguir a união conjugal, através do divórcio com a Emenda Constitucional nº 66, publicada em 14 de julho de 2010, que eliminou a separação judicial, com a seguinte redação dada ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Essa facilidade do divórcio seria o reflexo da pós-modernidade em sua característica do hedonismo?

Entre as manifestações da ética dos bens, além do eudemonismo, cita-se o “hedonismo (do grego *hedonê*, que significa prazer) é uma teoria ou doutrina filosófico-moral que afirma ser o prazer supremo bem da vida humana” (HEDONISMO, 2010, p.1), e que caracteriza a sociedade pós-moderna como sociedade hedonista.

O hedonismo pode se misturar com o próprio eudemonismo:

Já para o hedonismo, a felicidade está no prazer. Seja ele o prazer sensual, seja a fruição da tranquilidade extraída do deleite, no exercício de atividade intelectual ou artística. [...] O eudemonismo hedonista elegeu a felicidade como fim, mas o prazer como meio (NALINI, 2001, p.50).

Assim, a promulgação do novo divórcio parece definir a família atual como eudemonista hedonista, pois se o casal se uniu é porque quer ser feliz, mas para alcançar essa felicidade, a vida conjugal tem que ser prazerosa. A partir do momento em que se extingue esse sentimento dissolve-se a união.

Como se vê, o afeto no atual modelo familiar é prestigiado como valor jurídico com aptidão para produzir efeitos jurídicos.

O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal destaca a dignidade da pessoa humana como exigência nata do ser humano e que o diferencia dos demais seres vivos. Isso é perceptível pelos sentimentos humanos captados nas relações com outras pessoas, em ambiente de afeto e de respeito. Se a pessoa é amada e respeitada e se está sendo tratada com dignidade:

Frise-se que o *afeto* tem sido apontado, por juristas, doutrinadores e estudiosos do Direito de Família, como o principal fundamento das relações familiares e, embora a palavra *afeto* não conste na Constituição como direito fundamental, pode-se afirmar que o *afeto* decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2008, p.230).

Assim, o afeto mereceu tutela jurídica constitucional nas relações familiares, cujo descumprimento serve de fundamento à responsabilidade civil, como se analisará na sequência.

4 A Afetividade nas Relações Existenciais de Família como Fundamento da Responsabilidade Civil

A afetividade é pressuposto necessário que sustenta as relações familiares, seja na parentalidade, na conjugalidade ou no companheirismo heterossexual ou homossexual. Na relação paterno-filial debatem-se teses de abandono afetivo, abandono paterno-filial ou teoria do desamor, por descumprimento do dever de afeto, permitindo-se condenação por danos afetivos ou danos morais, independentemente da assistência material alimentar que o pai esteja proporcionado ao filho. Na dissolução do casamento ou de união estável, em cuja categoria foi incluída a união homoafetiva, pode ocorrer prática de atos ilícitos no ambiente doméstico ou por ocasião da dissolução da união.

A afetividade sustenta a vida da cláusula geral da boa fé objetiva que pulsa no organismo familiar como força vital da dinâmica dos relacionamentos que fluem na promoção da dignidade da pessoa humana, em ambiente de confiança, de solidariedade, de cooperação, de lealdade e de convivência, garantindo a tutela de questões existenciais de seus membros.

Esta força vital do afeto é que dá mobilidade ao tema responsabilidade civil nas relações familiares, com base no princípio da boa fé objetiva, que sugere duas ideias, como observa Chaves (*apud* GURGEL, 2009, p. 207): a confiança e a responsabilidade:

Nessa ordem de ideias, a afetividade traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e no imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos.

É neste ponto que se observa o caráter instrumental da família como meio pelo qual os seus membros desenvolvem e formam sua personalidade, cuja base é o afeto, que constrói o cidadão sadio e equilibrado, física, emocional e espiritualmente. Na sua falta, pode dar causa à responsabilidade civil, pois o afeto é um fato juridicamente qualificado ao qual a norma jurídica atribuiu determinadas consequências, configurando-o e tipificando-o objetivamente (REALE, 1995, p.198).

O afeto está juridicamente qualificado pelo direito, como se vê nas disposições do artigo 28º, parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente ao tratar da colocação da criança e do adolescente em família substituída: “Na apreciação do

pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida“ (BRASIL, 1990).

Igualmente, em relação aos pressupostos da responsabilidade civil na proteção da mulher, outorgada pela Lei Maria da Penha de nº 11340/2006, em seu artigo 5º: Para efeitos desta lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Num espaço familiar em que não há lugar para os preceitos éticos e jurídicos que envolvem a afetividade, que implica em falta de responsabilidade em contribuir com a felicidade de outro membro familiar, faz-se necessária a intervenção protecionista estatal da família (*caput* do artigo 226 da Constituição Federal), nos exatos termos do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir violência no âmbito de suas relações”.

Em relação à criança e ao adolescente, é exigido o cuidado como ser humano em desenvolvimento, de acordo com o art. 227 da Constituição Federal que menciona os seguintes direitos fundamentais:

É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar as crianças 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 (BRASIL, 1988).

Por outro lado, pelo princípio da liberdade de fazer ou deixar de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não é em virtude da lei, ninguém é obrigado a fazer e ter filhos, cuja existência é fruto da livre decisão de quem os concebe, por relacionamento sexual ou por inseminação artificial, nos termos do artigo 226 § 7º da Constituição Federal, que trata da liberdade do planejamento familiar, fundada nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável:

Aceitar a paternidade responsável não pode resultar de modismo ou de vaidade, ou de vontade de se perpetuar. Se existe uma vocação à fecundidade de todo ser humano, casado ou não, esta não deve realizar-se senão por meios eticamente corretos. O corpo do outro não é um produto de consumo. [...] O compromisso da paternidade é assumida com a concepção e, a partir de então, dele ninguém mais se libera (NALINI, 2001, p.113).

Da mesma forma, em relação à livre decisão em formar família, seja pelo matrimônio, seja pela união estável ou mesmo pela monoparentalidade, como base da sociedade, com proteção especial do Estado, ao comando do artigo 226 *caput* da Constituição Federal.

Assim, como afirma Silva (2009, p.130), com o advento da Lei Maria da Penha “os problemas familiares não se

resolvem apenas pela separação e pelo divórcio, pelo pedido de alimentos, pela guarda dos filhos, pelo retorno ao uso do nome de solteiro ou de solteira, ou pelo perdão.” A relação interpessoal familiar exige mais – a promoção da dignidade da pessoa humana, como consequência da afetividade. Não bastam ao filho os alimentos materiais proporcionados pelo pai; ele necessita de atenção, de afeto e de cuidados na construção da personalidade com dignidade. Aos cônjuges ou companheiros não bastam a dissolução do vínculo e a partilha de bens, resolvendo apenas as questões pessoais e patrimoniais; exige-se que durante a união e na hora da dissolução esteja presente o respeito mútuo, sem ofensas aos direitos de personalidade dos envolvidos.

Na plena consagração da dignidade humana, preconceitos devem ser superados, vencendo as barreiras do conformismo, reclamando o membro familiar satisfação de seu “ser”, humano que é, e não apenas o “ter”. Assim é que conclui Silva (2009, p.131):

O fato é que, pela análise da LMP, conclui-se que se venceu a barreira do conformismo e da entrega do caso a Deus ou à vida, esperando-se a cura das feridas deixadas pela vida familiar pelo passar do tempo. Venceu-se o pensamento de alguns para quem não era possível, sendo considerada absurda a reparação de danos na família. A LMP, por seu turno, em conjunto com os ditames da responsabilidade civil, tanto na Constituição Federal, quanto no Código civil, demonstra que a resolução das ações danosas cometidas nas relações familiares, seja ela qual for (marido e mulher, pais e filhos, irmãos, avós e netos etc.) pode ir bem além das fronteiras do conformismo.

Tanto que a jurisprudência destaca a função paterna, incluindo, além da obrigação alimentar, sob o aspecto material, a obrigação de amar os filhos, como ingrediente de formação e de desenvolvimento do ser humano, como fundamentou a sentença de Dr. Mario Romano Maggioni, de 15 de setembro de 2003, transcrita por Costa (2005, p.69):

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribuiu aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho. (Sentença proferida em Capão da Canoa, 2ª Vara, 15 de setembro de 2003. Proc. nº 141/1030012032-0, Ação Indenizatória)

Por outro lado, reforça-se a tese do valor jurídico do afeto, transportando-o ao Código Civil, cujos princípios são inspirados na Constituição Federal, daí a denominação do direito civil constitucional:

Significa dar coerência e unidade ao ordenamento, sistematizando-o. Significa também conferir coesão, proporcionando uma relação entre as regras jurídicas. Significa informar o ordenamento jurídico, corrigindo ou retificando as consequências da aplicação rigorosa das

regras. Os princípios têm, desta forma, a função de conferir estabilidade ao sistema jurídico, embora aludida estabilidade não seja estática, mas dinâmica, tendo em vista a própria natureza do direito, que se encontra em permanente ebulição e evolução (MOTTA, 2007, p. 155-156).

Assim, princípios e normas constitucionais são aplicados para solução de casos de esfera civil, desempenhando a Constituição Federal a sua função interpretativa e integrativa das lacunas na lei em busca da harmonia do sistema jurídico nacional, como é a função do princípio da afetividade.

4.1 A responsabilidade civil no relacionamento familiar

A teoria tradicional da responsabilidade civil, seguindo o modelo subjetivo, com enfoque individualista, apresentava como seus pressupostos o dano, a culpa, em suas modalidades, negligência, imprudência e imperícia, e o nexo de causalidade. Contudo, com o advento da revolução industrial, houve “grande dificuldade em identificar uma ‘culpa’ na origem do dano e, até mesmo, o causador do dano” (VAZ, 2009, p. 32).

Assim é que, segundo os pilares constitucionais na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3, inciso I da Constituição Federal), a atual teoria da responsabilidade civil é voltada à tendência objetiva e coletiva, sobretudo, quanto ao aspecto da solidariedade e da fraternidade, na proteção de direitos de grupos coletivos e difusos, afastando-se da análise subjetiva da culpa, como pressuposto do dever indenizatório individual do agente.

Está, assim, ocorrendo a flexibilização da culpa, frente às transformações sociais e econômicas, e “Gradativamente, foi perdendo espaço a concepção da culpa como *stato d’animo* do agente” (SCHREIBER, 2009, p.34) para transportar-se na noção da culpa objetiva, entendida como “erro de conduta”:

Preocupações com a consciência da lesão ao direito alheio, com a previsibilidade do dano e com a reprovabilidade moral da conduta praticada esmoreceram diante das dificuldades de concreta demonstração destes aspectos, culminando com a consagração da chamada *culpa objetiva*. Sob tal designação, a culpa passou a ser entendida como “erro de conduta”, apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma *objetiva* comparação com um modelo geral de comportamento. A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune aos aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão *culpa objetiva*, sem confundi-la com a responsabilidade objetiva, que prescinde de culpa. Para evitar confusões, contudo, parte da doutrina passou a reservar a tal concepção a denominação de *culpa normativa*, por fundar-se em juízo normativo entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento (SCHREIBER, 2009, p.34).

No direito de família, é possível a aplicação da referida culpa normativa, na análise da conduta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento, sobretudo, em caso de violação da dignidade humana, cujos postulados são apresentados por Moraes (*apud* SCHREIBER, 2009, p.175):

O substrato material da dignidade assim entendida por ser desdobrada em quatro postulados: 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. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica- da liberdade e da solidariedade.

No relacionamento familiar, onde há forte envolvimento de sentimentos, o erro de conduta de um pode afetar a dignidade humana e direito da personalidade do outro capaz de produzir danos morais ou materiais. Pense-se, por exemplo, na prática de violência doméstica, psíquica e física, alienação parental, omissão e recusa de pensionamento alimentar, abandono de recém-nascido, recusa em reconhecer a paternidade e ou maternidade, a quebra do dever de fidelidade entre cônjuges e companheiros, a inexistência de paternidade alegada por meros indícios nos alimentos gravídicos prestados pelo réu que não era pai, entre outros fatos que atentam a dignidade da pessoa, enquanto ser humano, que demonstram desafeto e descaso.

O tema desenvolvido não está pacificado nos tribunais, e ainda o Supremo Tribunal Federal não apreciou o mérito da questão. Há dois posicionamentos antagônicos, especialmente em relação à questão da reparação civil pelo abandono afetivo na relação paterno-filial:

Os partidários da tese defendem a ideia de uma paternidade/maternidade responsável, em que a negativa de afeto, gerando diversas sequelas psicológicas, caracterizaria um ato contrário ao ordenamento jurídico e, por isso, sancionável no campo da responsabilidade civil. Já aqueles que se contrapõem à tese sustentam, em síntese, que a sua adoção importaria em uma indevida *monetização do afeto*, com desvirtuamento da sua essência, bem como a impossibilidade de se aferir quantidade e qualidade do amor dedicado por alguém a outrem, que deve ser sempre algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 730).

Os defensores da tese invocam o princípio da afetividade, com base no princípio da dignidade humana como fundamento de condenações em ações de responsabilidade civil proposta pelos filhos contra os pais, por abandono efetivo, como se vê do acórdão, abaixo, proferido pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em que atuou como Relator Unias Silva, em apelação cível nº 408.550-5, de 1º de abril de 2004, Sétima Câmara Cível:

Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude de abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (COSTA, 2005, p. 70).

Assim, o pai que tem a seu dispor livre opção do planejamento familiar, segundo a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, põe um filho no mundo e o abandona, não

se importando com a sua sobrevivência e formação da sua personalidade, comete erro de conduta, pois viola o modelo abstrato de comportamento tipificado nos artigos 227 e 229 da Constituição Federal, bem como no artigo 1634, inciso I do Código Civil, no artigo 4º da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, caracterizando, dessa forma, a culpa normativa, que afasta a investigação psicológica das intenções do citado pai em sua conduta reprovável, tanto na esfera moral, como na ética.

A jurisprudência internacional igualmente tem se deparado com diversos e diferentes pedidos de indenização em decorrência de relações familiares, como se vê dos exemplos transcritos por Schreiber (2009, p. 91):

O Tribunal de Milão já reconheceu que a mulher abandonada no dia seguinte à notícia de sua gravidez sofre um dano ressarcível representada pela ‘modificação prejudicial da sua esfera pessoal de sujeito, entendida como complexo de atividades, mas também de experiências afetivas, emocionais e relacionais, em que o sujeito explica sua própria personalidade, bem mais grave que o mero deságio normalmente resultante da ruptura da união conjugal.’ (Tribunal de Milão, 7.3.2002, in *Danno e Responsabilità*), n. 6, 2003, p. 644-651). O aludido Tribunal ressaltou, ainda, que a conduta do cônjuge que deixa a mulher grávida representa violação dos deveres matrimoniais, cuja gravidade se torna ainda mais intensa diante das condições de ‘particular fragilidade e necessidade de assistência e suporte moral e afetivo’ que decorrem do estado da gravidez.

Decisão controversa é a que trata da ausência de amor e de carinho, como causas de reparação de dano moral. Há decisões favoráveis neste sentido:

[...] pedido neste sentido foi julgado procedente pelo Tribunal de Minas Gerais em ação movida pelo autor contra seu pai, ao argumento de que, embora pagasse regularmente pensão alimentícia equivalente a 20% dos seus rendimentos, o genitor deixara de comparecer a eventos importantes da vida do filho, como aniversários e festas escolares, adotando uma postura geral de frieza e abandono (SCHREIBER, 2009, p.96).

Há decisões contrárias à reparação, como cita Souza (2010):

O abandono paterno atém-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. (TJMG – AC. 1.0145.05.219641-0/001(1) – 12ª C. Cív. – Rel. Des. Domingos Coelho – DJMG – 15.12.2006).

É o caso do “filho italiano do ex-jogador de futebol Diego Maradona, que está denunciando o pai por falta de atenção familiar, difamação e danos morais” (SARMENTO, 2008, p.236).

Nesse sentido o autor complementa

Em uma edição de seu programa *A Noite dos 10*, exibido pela televisão argentina, Maradona disse que um juiz o obrigou a dar dinheiro a seu filho. E enfatizou: ‘Mas esse juiz não pode me obrigar a sentir amor por ele’. A frase do ex-jogador

resume a limitação da lei. É o caso típico de quem paga a pensão alimentícia, mas não supre as lacunas sentimentais de seus filhos. Numa época em que o afeto constitui a base das relações familiares, admitir que cabe aos pais somente a obrigação de suprir as necessidades materiais dos filhos sem se preocuparem com seu desenvolvimento moral e afetivo é, no mínimo, uma grande insensatez e incompatível com os direitos humanos da modernidade (SARMENTO, 2008, p.236).

Na análise da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, o foco não estaria no dever de amar ou não o filho, e sim no dever de educar e criar seus filhos, em cujo exercício é que naturalmente vai se manifestar a afetividade, porque só educa e cria seus filhos, quem ama. O bem jurídico protegido do filho é o de ser educado e criado pelos pais, consagrando-se, assim, o direito fundamental à convivência familiar.

Em no relacionamento da conjugalidade e da união estável o bem jurídico protegido é o direito de ser respeitado pelo outro, e não o rompimento, por cessação ou falta de amor, porque se permite romper relacionamento amoroso, seja pelo divórcio, seja pela dissolução da união estável. O que não pode ocorrer é “a extinção de forma escandalosa ou agressiva a direitos de personalidade da outra parte se enquadraria no conceito legal de abuso de direito, previsto no art. 187, CC-02, gerando o dever de indenizar” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.744).

O posicionamento contrário ao pedido de indenização por dano afetivo, por supor a monetarização do afeto e o perigo do mercantilismo em se resolvendo o abandono afetivo em pecúnia no relacionamento paterno-filial, sob o fundamento de que nesse caso já há a sanção por destituição do poder familiar do pai, não parece ser decisão justa, pois seria premiar a conduta faltosa do pai. Tanto que, no plano fático, se o pai já é ausente e negligente com o filho, e por causa dessa conduta é destituído do poder familiar, é conceder-lhe prêmio pela sua conduta ilícita. Neste caso, seria necessária uma medida sancionatória e pedagógica de chamá-lo à responsabilidade paterna através de indenização pecuniária, ainda que dinheiro algum possa reparar ou compensar a dor da alma do filho rejeitado pelo pai.

A indenização teria função reparatória, compensatória, dissuasória e punitiva da responsabilidade civil, pois com sentenças com carga pedagógica, atingiria esfera de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, melhor distribuindo a justiça e chamando a atenção e reflexão do infrator em sua postura para que evite causar outros danos da mesma natureza no futuro.

A prevenção dos danos sugere a necessidade de se construir a ética do princípio de responsabilidade familiar, como adiante se analisará, com fundamento na teoria de Hans Jonas, pois não basta cuidar dos efeitos danosos de uma conduta humana, porque o dano já se consumou, é fato do passado, e muitas vezes, é até irreparável, sendo melhor solução prevenir que tal dano ocorra, fato do futuro, o que é possível através da conscientização do ser humano em suas condutas.

5 A Ética do Princípio Responsabilidade Familiar de Hans Jonas

A família é núcleo fundamental para perpetuidade do ser humano. Desde o nascimento, o ser humano está inserido em uma família, seja matrimonializada, seja união estável ou monoparental, e requer cuidados da mãe e ou do pai para sua sobrevivência. Igualmente, para manter a integridade da família requer assistência e mútuo respeito entre marido e mulher, companheiro e companheira. Exige-se responsabilidade dos seus membros para a própria sobrevivência da família, enquanto instituição ou instrumento de realização pessoal.

Nesse contexto, a lesão a um bem jurídico individual passível de ressarcimento, a dignidade da pessoa, na esfera da responsabilidade civil, exige a análise dos fundamentos éticos e sociais que dão origem à responsabilização.

Entretanto, nunca foi tão necessário, como hoje se mostra, reabilitar a **ÉTICA**. A crise da Humanidade é uma crise moral. Os descaminhos da criatura humana, refletidos na violência, no egoísmo e na indiferença pela sorte do semelhante, assentam-se na perda de valores morais. De nada vale reconhecer a **dignidade da pessoa**, se a conduta pessoal não se pautar por ela. Se vier a ser recomposto o referencial de valores básicos de orientação do comportamento, será viável a formulação de um futuro mais promissor para a Humanidade ainda envolvida no drama da insuperação das angústias primárias. Esse é o papel da **ÉTICA** no limar do terceiro milênio (NALINI, 2001, p.36)

O primeiro dever ético em relação à família é reafirmá-la como célula insubstituível. É o *habitat* natural ao ser humano e nenhuma outra forma alternativa poderá desempenhar o seu papel de conferir equilíbrio ao futuro cidadão (NALINI, 2001, p.104).

No presente tópico, analisa-se a teoria da responsabilidade do filósofo alemão Hans Jonas “construída em torno das categorias do bem, de dever e de ser, e encontraria na relação pais-filhos seu arquétipo primordial” (JONAS, 2006, p.19), deslocando a responsabilidade para o centro da ética.

A ética tradicional é antropocêntrica, isto é, tem o homem como centro e fim do universo, servindo a natureza como meio de exploração e destruição pelo homem, sem comprometimento com o futuro, nem com as gerações futuras. “A significação ética dizia respeito ao relacionamento direto de homem com homem, inclusive o de cada homem consigo mesmo; toda ética tradicional é antropocêntrica” (JONAS, 2006, p.35).

E a noção tradicional da responsabilidade é reparatória, é voltada para o passado, pois tem que ocorrer o dano para se cogitar da responsabilidade.

Hans Jonas propugna outra noção de responsabilidade, não voltada ao dano que foi produzido “mas à determinação do que se tem a fazer; uma noção em virtude da qual eu me sinto responsável, em primeiro lugar, não por minha conduta e suas consequências, mas pelo objeto que reivindica meu agir”

(JONAS, 2006, p.167). Assim, sob sua ótica, a responsabilidade deve estar voltada para o futuro para evitar danos, e não para o passado, depois que o dano já foi produzido.

Jonas (2006, p.36) sugere as seguintes máximas coletivas:

‘Ama o teu próximo como a ti mesmo’; ‘Faze aos outros o que gostarias que eles fizessem a ti’; ‘Instrui teu filho no caminho da verdade’; ‘Almeja excelência por meio do desenvolvimento e da realização das melhores possibilidades da tua existência como homem’; ‘Submete o teu bem pessoal ao bem comum’; ‘Nunca trate seus semelhantes como simples meios, mas sempre como fins em si mesmos’; e, assim por diante.

Reconhece Jonas que essas e outras máximas da justiça, da misericórdia, da honradez, entre outras, são ainda válidas na interação humana e individual e mais próxima. Mas, diante do domínio do fazer coletivo com reflexos na coletividade “impõe à ética, pela enormidade de suas forças, uma nova dimensão, nunca antes sonhada, de responsabilidade” (JONAS, 2006, p.39).

Assim, o agir humano individual, porém efetivado de modo coletivo, produz alterações, por exemplo, na natureza, no meio ambiente, pela intervenção técnica do homem da sociedade de massa, o que fez despertar a ciência da ecologia e voltar-se à previsão dos efeitos do comportamento humano a dimensões do futuro.

Observa-se que a nova ética apresentada por Jonas ultrapassa os limites das consequências do comportamento individual produzindo efeitos nas dimensões da existência da espécie humana da posteridade. A sua teoria tem preocupação do existir do futuro, como resultado daquele agir do aqui e agora imediatos, isto é, do momento presente, de tal forma que a ação violadora do presente tende a repercutir no futuro, influenciando na condição global da vida humana e da própria espécie humana.

Neste padrão de comportamento, se o homem tem o poder, como, por exemplo, de pôr um filho no mundo, ou contrair união, tem que assumir deveres com os mesmos para agir com responsabilidade, pois se considerar só o poder sem se observar o dever, constitui agir com irresponsabilidade. Portanto, a dicotomia poder x dever é indissociável e sustenta a ética da responsabilidade. “Assim, aquilo que liga a vontade ao dever, o poder, é justamente o que desloca a responsabilidade para o centro da moral” (JONAS, 2006, p.217).

Pense-se, transportando-se tal teoria ao direito de família, por exemplo, no relacionamento paterno-filial no contexto de uma nova concepção de poderes e deveres, fundamentos do princípio responsabilidade de Jonas: se os pais têm poderes pela existência de um filho têm o dever de prever que o mesmo necessita de todos os cuidados materiais, afetivos e espirituais para formação da sua personalidade para o futuro, a fim de que seja um cidadão de bem na coletividade, para assim, perpetuar a espécie humana, de forma saudável e civilizada.

Tanto que afirma Jonas (2006, p.41):

O hiato entre a força da previsão e o poder do agir produz um novo problema ético. Reconhecer a ignorância torna-se, então, o outro lado da obrigação do saber, e com isso torna-se uma parte da ética que deve instruir o autocontrole, cada vez mais necessário, sobre o nosso excessivo poder. Nenhuma ética anterior vira-se obrigada a considerar a condição global da vida humana e o futuro distante, inclusive a existência da espécie. O fato de que hoje eles estejam em jogo exige, numa palavra, uma nova concepção de direitos e deveres, para a qual nenhuma ética e metafísica antiga pode sequer oferecer os princípios, quanto mais uma doutrina acabada.

Nota-se, assim, a necessidade da tomada de consciência individual, com o despertar ontológico do que é a responsabilidade do agir individual imediato, de saber onde, quando, com quem, a quem e como se deve fazer o quê, e por que, e como isto vai refletir na coletividade da existência humana da posteridade, como condição do ser e dever da espécie humana em sua perpetuidade na biosfera sustentável. Neste aspecto, afirma Jonas (2006, p. 91):

No que se refere à dedução ética a partir da idéia de direitos e deveres, ela poderia ser enunciada assim: já que de qualquer modo haverá futuramente homens, essa sua existência, que terá sido independentemente de sua vontade, lhes dará o direito de nos acusar, seus antecessores, de sermos a causa de sua infelicidade, caso lhes tivermos arruinado o mundo ou a constituição humana com uma ação descuidada ou imprudente. Eles só poderiam considerar os seus progenitores diretos como responsáveis por sua existência (e mesmo assim só teriam direitos à queixa se houvesse motivos específicos que pusessem em questão o direito dos seus progenitores à procriação), mas poderiam considerar os seus ancestrais distantes como responsáveis pelas condições de sua existência ou, de maneira geral, como os causadores iniciais dessas condições.

Conclui o autor quanto à existência de previsibilidade da responsabilidade em relação à procriação:

Portanto, para nós, contemporâneos, em decorrência do direito daqueles que virão e cuja existência podemos desde já antecipar, existe um dever como agentes causais, graças ao qual nós assumimos para com eles a responsabilidade por nossos atos cujas dimensões impliquem repercussões de longo prazo (JONAS, 2006, p. 91-92).

A responsabilidade e obrigação elementares para com os filhos tendem a ser decorrentes da própria natureza, até de forma instintiva, como se vê nos animais, pois “para a responsabilidade reconhecida para com eles, que, ao contrário, é incondicional. Essa é a única classe de comportamento inteiramente altruísta fornecida pela natureza” (JONAS, 2006, p. 89).

Contudo, mesmo que seja da natureza o instinto de proteção desinteressada e incondicional dos pais em relação aos filhos, muitos pais são compelidos a prestarem alimentos, judicialmente, como se verificam nas ações de alimentos, propostas pelos filhos contra os pais e até contra os avós, por irresponsabilidade dos pais. Seria o medo de assumir responsabilidade do papel paterno?

Afirma Jonas que o medo pertence à responsabilidade, isto é, medo do objeto da responsabilidade, tanto quanto

a esperança, e isso convida ao agir e não ao não agir com irresponsabilidade, fundamentando que:

Com efeito, é uma das condições da ação responsável não se deixar deter por esse tipo de incerteza, assumindo-se, ao contrário, a responsabilidade pelo desconhecido, dado o caráter incerto da esperança; isso é o que chamamos de “coragem para assumir a responsabilidade.” O medo que faz parte da responsabilidade não é aquele que nos aconselha a não agir, mas aquele que nos convida a agir. Trata-se de um medo que tem a ver com o objeto da responsabilidade (JONAS, 2006, p. 351).

Prossegue ainda o mesmo autor afirmando que:

A responsabilidade é o cuidado reconhecido como obrigação em relação a outro ser, que se torna “preocupação” quando há uma ameaça à sua vulnerabilidade. Mas o medo está presente na questão original, com a qual podemos imaginar que se inicie qualquer responsabilidade ativa: o que pode acontecer a ele, se eu não assumir a responsabilidade por ele? Quanto mais obscura a resposta maior se delinea a responsabilidade. Quanto mais no futuro longínquo situa-se aquilo que se teme, quanto mais distante do nosso bem-estar ou mal-estar, quanto menos familiar for o seu gênero, mais necessitam ser diligentemente mobilizadas a lucidez da imaginação e a sensibilidade dos sentidos (JONAS, 2006, p.352).

Assim, o medo (não a covardia) e a esperança (no sentido de evitar o mal) são componentes preliminares da ética da responsabilidade, tanto que:

[...] precisamos recuperar esse respeito a partir do medo, e recuperar a visão positiva do que foi e do que é o homem a partir da representação negativa, recuando de horror diante do que ele poderia tornar-se, ao encarmos fixamente essa possibilidade no futuro imaginado. Somente o respeito, na medida em que ele nos revela um algo “sagrado”, que não deveria ser afetado em nenhuma hipótese (o que podemos vislumbrar, mesmo sem uma religião positiva), nos protegeria de desonrar o presente em nome do futuro, de querer comprar este último ao preço do primeiro (JONAS, 2006, p.353).

São, portanto, bases de uma ética, da ética da responsabilidade o respeito ao algo “sagrado”, saber o que está em jogo – o que obriga ao temor, ao medo - “heurística do medo e ao respeito, isto é, antevendo que a liberdade da conduta humana em suas escolhas comportamentais tecnológicas e antropológicas não prejudiquem o seu mundo, nem o homem, em sua essência, permanecendo viva a esperança para a posteridade e que a sua ação esteja fazendo o bem no presente e para o futuro. Propõe Jonas, assim, um novo imperativo: “Age de tal maneira que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica”, ou, formulado negativamente, “não ponhas em perigo a continuidade indefinida da humanidade na Terra” (JONAS, 2006, p. 18).

O princípio responsabilidade é dever do homem, valorizado pela ética, ou seja, pelo agir humano, impulsionado pelo poder que o homem tem sobre si, sobre suas condutas, prevendo desde já os efeitos que delas surgirão no futuro.

Um agir responsável tende a produzir resultados positivos, o que não acontece com o agir negativo de irresponsabilidade,

que tende a produzir resultados negativos. Este último quadro é visível nas ações das Varas de Família, onde se pede a prestação jurisdicional para cuidar das consequências de atos irresponsáveis que, muitas vezes, podem ser providências tardias e irreversíveis, pelo mal já consumado, como nas ações de alimentos, de investigação de paternidade, de alteração de guardas e tantas outras que tratam diretamente da violação da dignidade da pessoa humana envolvida no conflito.

A noção de responsabilidade de Hans Jonas ultrapassa esse quadro tradicional de reparar o mal causado no passado e persistente no presente, projetando-se nos interesses futuros do que se tem a fazer, como obrigação de fazer, para prevenir danos às gerações futuras, partindo-se da premissa de que se tenho poder sobre o objeto, tenho igualmente deveres com ele, inclusive, de conhecê-lo e prever circunstâncias a seu respeito, caracterizando-se, assim, um agir com responsabilidade.

6 Conclusão

A responsabilidade civil decorrente de relação familiar não está prevista textualmente no Direito de Família. Contudo, é possível e relevante a sua aplicação transportando noções do direito das obrigações nas relações jurídicas entre os membros familiares, amoldando-se na seara da responsabilidade civil por ato ilícito, como pressuposto do dever de reparar danos morais e ou materiais.

Os bens jurídicos protegidos nas relações jurídicas familiares estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana de cada membro.

Os pais concebem os filhos pela liberdade do planejamento familiar. As famílias plurais são formadas por opção de casais heterossexuais ou homossexuais, ou individualmente, na modalidade de família monoparental.

O filho em relação aos pais tem o direito fundamental à convivência familiar, o que implica em ser educado, criado e formado pelos genitores, que devem cumprir o seu papel amando a sua prole, porque quem ama educa e cria.

Os cônjuges e os companheiros têm o direito de serem respeitados em sua dignidade na vida em comum, bem como por ocasião do divórcio ou da dissolução da união estável. Assim, cada membro da família deve assumir suas funções com responsabilidade, cujo princípio consagra a solidariedade e a liberdade, deslocando-se para o centro da ética.

Em havendo violação dos citados bens jurídicos que protegem os integrantes da família, ferindo a dignidade humana da vítima, é possível a aplicação da responsabilidade civil no relacionamento familiar visando à reparação dos danos causados pelo ofensor, pois se a ninguém é dado violar direito de outrem, em sociedade, tal regra deve ser observada com maior rigor no aconchego do lar, que é onde cada um forma, e desenvolve a sua personalidade humana para promoção de comportamentos socialmente adequados dos adultos e para a boa formação das crianças e dos adolescentes para definir a sua competência social e funcionamento psicossocial.

Conclui-se que a indenização imposta em ações de responsabilidade civil nos tratos familiares deve exercer não só a função reparatória ou punitiva, de fatos do passado, mas acima de tudo, pedagógica e persuasória para se prevenirem danos futuros, como apregoa Hans Jonas, com vistas à permanência da vida humana com dignidade às futuras gerações.

Referências

- BRASIL. Constituição Federal. 1988. Brasília, DF, 1988.
- _____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990.
- COSTA, M.I.P. Família: do autoritarismo ao afeto; como e a quem indenizá-lo? Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v.1 mar./abr.2005. Disponível em: http://www.fiscolex.com.br/doc_6221489_FAMILIA_DO_AUTORITARISMO_AO_AFETO_COMO_E_A_QUEM_INDENIZA_LO.aspx
- DIAS, M.B. Manual de direito das famílias. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERREIRA, A.H. O novo código civil discutido por juristas brasileiros. Campinas: Bookseller, 2003.
- GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R. Novo curso de direito civil. Direito de família. as famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GURGEL, F.P.A. Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva. Curitiba: Juruá, 2009.
- HEDONISMO e o conflito entre a vontade e a ética. Disponível em: <http://www.e-familynet.com/phpbb/viewtopic.php?t=388498>. Acesso em: 15 out. 2010.
- JONAS, H. O Princípio responsabilidade. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.
- LÔBO, P.L.N. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: PEREIRA, R.C. (Coord.). Família e responsabilidade. Porto Alegre: Magister/ IBDFAM, 2010.
- MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G.L.C. Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS-COSTA, A. Boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MOTTA, C.D. Direito matrimonial e seus princípios jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NALINI, J.R. Ética geral e profissional. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NERY JUNIOR, N.; NERY, R.M.A. Código civil comentado. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- REALE, M. Lições preliminares de direito. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SARMENTO, R.S. Pais irresponsáveis, filhos abandonados: responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo de seus filhos menores. In: BASTOS, E.F.; LUZ, A.F. (Coord.). Família e jurisdição II. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- SCHREIBER, A. Novos paradigmas da responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, M.M. A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável. Florianópolis: Conceito, 2009.
- SOUZA, I.M. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=572>. Acesso em: 15 jun. 2010.
- VAZ, C. Funções da responsabilidade civil. Da reparação à punição e dissuasão - Os *punitive damages* no Direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

