

**O AFETO (OU SUA FALTA) NA FORMAÇÃO DOS FILHOS: DO DEVER À
REPONSABILIDADE**

*THE AFFECTION (OR THE LACK OF) IN THE FORMATION OF CHILDREN: FROM
DUTY TO RESPONSABILITY*

Gilberto Haddad Jabur

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professor de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Presidente da Cátedra da Família da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Membro do Conselho Científico da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Membro da *Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas*. Professor do CEU LAW School. Professor na Escola Superior de Advocacia da OABSP, São Paulo (Brasil).

E-mail: gilberto@ghj.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9759823600809680>.

Submissão: 22.07.2019.

Aprovação: 25.11.2019.

RESUMO

O dever de afeto é um dos imperativos do poder familiar sem o qual não se promove o integral desenvolvimento da personalidade humana. Suficientemente por isso, o direito ao afeto se insere entre os designados *direitos personalíssimos*, embora não seja vitalício, porque cessa com a maioridade civil, ao contrário dos demais direitos de igual *status*, que são permanentes. O dever de afeto é exclusivo dos pais ou daqueles que os substituam, cabendo à sociedade e ao Estado promover meios que facilitem seu exercício, especialmente mediante proteção da família, seu *locus* apropriado. O descumprimento desse magnífico dever pode justificar a reparação civil pelos danos causados não apenas ao menor, mas também sobre o outro genitor por ele também atingido e, em casos mais graves, estabelecidos por lei, pode provocar a própria extinção do poder familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Afeto. Dever. Direito personalíssimo. Família. Responsabilidade.

ABSTRACT

The duty of affection is one of the imperatives of family power without which the integral development of the human personality is not promoted. Sufficiently for this reason, the right to affection falls within the so-called rights of a strict personal nature, although not lifelong, because it ceases with the age of civil majority, unlike the other rights of equal status, which are permanent. The duty of affection is exclusive to the parents or their parent substitutes, and it is up to society and the State to provide the means to facilitate its exercise, especially by protecting the family, its appropriate locus. Failure to comply with this magnificent duty may justify civil compensation for damages caused not only to the minor, but also to the other parent who has been affected by noncompliance with the duty of affection and, in more serious cases, as established by law, may lead to the extinction of family power.

KEYWORDS: *Affection. Duty. Right of a strict personal nature. Family. Responsibility.*

1. INTRODUÇÃO: FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO *DEVER DE (E DO DIREITO AO) AFETO*

O dever de afeto é o primeiro e maior dever que o direito natural comete aos pais em favor dos e por amor aos filhos. Esse dever converte-se em simultâneo *direito* (do menor) *ao afeto*, do qual depende o sadio e desejável desenvolvimento emocional e psicológico da prole. Trata-se de genuíno dever dos pais e direito da prole que se pode considerar inserto entre aqueles que derivam do poder familiar, até a aquisição da maioridade civil (aos 18 anos ordinariamente). O dever de afeto compete aos pais (ou aos responsáveis) durante a “criação e educação” dos filhos (CC, art. 1.634, I). Às crianças (até 12 anos) e aos adolescentes (de 12 a 18 anos incompletos) assegura-se cuidadosa e integral proteção ao seu adequado “desenvolvimento físico, moral, e espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 2º e 3º).

Não nos ocuparemos do afeto que residia no âmbito coloquial das relações humanas e foi subitamente alçado, por alguns Tribunais, a princípio jurídico plenipotenciário para o alicerce de uniões (ditas *afetivas*) entre pessoas. Trataremos aqui das elementares manifestações de cuidado e segurança inerentes ao irrenunciável exercício do poder familiar, daquele princípio imperativo que, embora e lamentavelmente possa não decorrer *di cuore*, há de emergir de um conjunto de ações exigíveis dos pais pelos filhos, que, de uma maneira ou de outra, espelhem o que a ordem natural das coisas está a nos dizer irrefragavelmente: o zelo e a segurança, a atenção e a proteção, que podem se aproximar ou não da ternura, são deveres imanes ao estado de filiação, pouco importando sua origem, segundo o art. 1.593 do Código Civil¹. É conhecida a posição do Supremo Tribunal Federal, que, em 21.09.2016, reconheceu a coexistência da dupla paternidade, biológica e *socioafetiva*, que, contudo, não exime a responsabilidade do pai biológico, independentemente do vínculo com o pai dito *socioafetivo*, segundo o Tribunal (RE, com repercussão geral, 898.060). A posse do estado de filho, produzida pela paternidade socioafetiva, com amparo no art. 1.593 do Código Civil, é também evidente produtora do dever de afeto. *Tollitur quaestio*.

¹ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade *ou outra origem*.
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 20, N. 3, pp. 1.107-1.120, Set.-Dez. 2019. 1108

Embora o legislador não tenha se servido do vocábulo *afeto*, sua implícita consideração, potência e necessidade na criação e educação da prole parece-nos irremediavelmente inerente à própria natureza do exercício do poder familiar. Tomando em conta a suprema tutela dos menores, recorda-nos o Estatuto da Criança e do Adolescente que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência [...]” (art. 5º). E não se perca de vista, de acordo com o mesmo Estatuto, que, “na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (art. 6º).

No seio da dignidade humana — que alicerça a promoção de todos os direitos e que, por isso, também sustém, como pilar inflexível, nosso Estado Democrático e de Direito (CF, art. 1º, III) — tem assento um conjunto de valores fundamentais, irremediáveis e intransferíveis, irrenunciáveis e indisponíveis, além de essenciais ao pleno e saudável desenvolvimento da personalidade humana (*direitos da personalidade*, entre nós, ou, *direitos personalíssimos*, entre alguns, ou *de personalidade*, para outros). São direitos inatos, àqueles que se vinculam à *doutrina natalista*, ou inerentes à própria concepção (*doutrina concepcionista*). De acordo com o Código Civil brasileiro, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; *mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*” (art. 2º). Na segunda parte deste dispositivo enxergamos a mais louvável e feliz *contradictio in terminis* instalada no Código: não se concedeu personalidade ao *conceptus*, mas se lhe conferiu a tutela dos direitos que lhe são essenciais ao seu pleno desenvolvimento.

Parece-nos que o legislador, ao dispor francamente sobre o início da vida humana no ventre materno, embora tenha pretendido aderir à doutrina natalista, acabou por se enfileirar entre os *concepcionistas*, porque assegurou ao nascituro, e o fez com sobra de razões, todos os direitos que lhe tocam. E não são poucos: o direito à vida e à integridade física, o direito à honra e, aqui incluímos (sem exclusão de outros), o *direito ao afeto*, como conjunto de ações por meio das quais se materializam sua proteção e os cuidados que lhe são inerentes, tanto para a preservação de sua inteireza somática e biológica, como para as demais necessidades de natureza imaterial bem apontadas e explicadas pelos *experts* para o saudável desenvolvimento de sua estrutura biospsíquica.

Se, entre nós, houve opção por uma *doutrina natalista*, mas *imperfeita porque atributiva de direitos antes do nascimento*, entre os argentinos, aptou-se pelo inverso. De acordo com o art. 19 do Código Civil y Comercial de la Nación, “[I]a existencia de la persona

humana comienza con la Concepción”, mas somente el nacimiento con vida atribuiu a personalidade jurídica, conforme enuncia a segunda parte do art. 21, *verbis*: “Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”. Ou seja, a personalidade se reconhece desde o ventre materno, mas será considerada inexistente se não houver o nascimento com vida, o que parece encampar a opção pela *doutrina concepcionista condicionada ao nascimento com vida*. Em Portugal, a solução corresponderia a um *tertium genus*. Eis a redação do art. 66º do Código Civil português: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”. Atribuiu-se, em Portugal, a personalidade apenas com o nascimento com vida, reconheceram-se os direitos do nascituro, contanto que nasça com vida, no que se diferencia do irrestrito reconhecimento dos direitos do nascituro pelo Código Civil brasileiro, que não o condicionou ao nascimento com vida, pelo que nos quer parecer que o legislador português teria adotado a *doutrina natalista*, mas também *imperfeita porque condicionada ao nascimento com vida*.

O Código Civil brasileiro, a exemplo que do Código Civil português, proibiu qualquer limitação voluntária a direitos da personalidade (CC, art. 11²), consoante se extrai do que previu o codificador português ao direito de personalidade (Código Civil português, art. 81º³), cuja tutela contra qualquer ameaça ou lesão recebeu austera previsão em Portugal (Código Civil português, art. 70º⁴) e no Brasil, a exemplo do modelo português (CC, art. 12⁵). Ao tratar dos *Derechos y actos personalísimos*, o legislador argentino também encampou a impossibilidade de limitação mesmo que voluntária desses direitos de elevadíssima envergadura (Código Civil y Comercial, art. 55⁶).

Tudo isso para afiançar que tais e superlativos direitos, que, na feliz expressão de Santos Cifuentes, estabelece uma “íntima adesão ao sujeito”. (CIFUENTES, 1995, p.196) —

² Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

³ ARTIGO 70º (Tutela geral da personalidade) 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

⁴ ARTIGO 70º (Tutela geral da personalidade) 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

⁵ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

⁶ ARTICULO 55.- Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

daí o apropriado emprego do superlativo absoluto sintético *personalísimo*, preconizado por Rotondi, Pugliati, Corbellini e Chiovenda —, contêm as potências e projeções humanas essenciais ao integral desenvolvimento da *personalidade* humana. E o afeto é uma delas, embora, com a maioridade civil, cesse o correlato dever dos pais, razão pela qual o *direito ao afeto* que os filhos esperam e podem deles exigir é direito personalíssimo excepcionalmente não-vitalício, porque fenece com o advento da maioridade civil.

A promoção do afeto não deriva do mero sentimento moral fundado na entrega de carinho e na manifestação de ternura simplesmente. Mas, reescreva-se, num conjunto de ações centradas na adequada manifestação de atenção a partir das primárias necessidades pueris que exalam, como natural consequência, sobreditas projeções de amor: da fralda bem trocada ao banho com água bem temperatura, do zelo em torno da alimentação adequada àquela pelo sono apropriado; dos cuidados com o vestuário às preocupações com os deveres escolares; do monitoramento de amizades e companhias aos cuidados com os locais frequentados; do diálogo para que tudo isso evolua bem à repreensão necessária e proporcional, razoável e firme, mirando o aprendizado e a distinção entre o certo e o errado. O ambiente familiar nos mostra, e os entendidos no-lo confirmam, que as crianças agem com menos (ou sem) resistência quando entendem a razão e a utilidade do que se lhes pede. Essa compreensão passa a substituir a imposição autoritária naturalmente. Ao servir em família e à família, em favor da qual a criança já nota o resultado a que se ajunta a gratidão de todos no lar, os pequeninhos se convencem de que agir em benefício do próximo é bom e digno de merecimento, além de favorecer a própria e necessária autoestima, consoante também nos revela a experiência no lar.

São plenas de sentido as palavras do sociólogo belga Jacques Leclerq a respeito da influência dos pais: “Assim como está fisicamente ligado à mãe enquanto esta o traz em seu seio, assim se encontra *moralmente ligado aos pais enquanto não alcançar o uso da razão*. O filho só lentamente se separa dos pais. É como uma parcela deles mesmos que se separa progressivamente para formar uma entidade distinta, mas enquanto essa evolução não estiver concluída, continua de certo modo a formar parte de seus pais. É justo, portanto, que enquanto não atingir o uso da razão, considere a vontade dos pais com a sua própria vontade”. LECLERQ, 1968, p. 320).

O afeto a que filhos têm direito, para bem crescerem e serem formados adequadamente, não corresponde a uma coleção de mimos ou a uma periódica saraivada de carícias, tampouco sorrisos de vez em quando, muito menos um “eu te amo, meu filho(!)”.

Tudo isso é bom e desejável por muitos filhos e pais, mas, na ordem jurídica, o direito ao afeto da prole vai muito além, centrando-se no poder familiar atribuído aos pais *ex vi legis* (CC, art. 1.630⁷), ou, na falta ou impedimento de um deles, exclusivamente ao outro (CC, art. 1.631⁸), o que não se altera em decorrência da separação judicial, do divórcio ou da dissolução da união estável (CC, art. 1.632⁹). Se o pai não reconhecer o filho e se a mãe não for conhecida ou for incapaz, o poder familiar será atribuído a tutor (CC, art. 1.633¹⁰).

O exercício desse supremo poder para a condução e formação saudável dos filhos, cuja excepcional restrição judiciária só terá lugar em caso de abuso, compete aos pais em plenitude e igualdade e consiste num conjunto de deveres, de acordo com a dicção legal, principiando-se por “dirigir-lhes a criação e a educação” (CC, art. 1.634, I). E, entre outras atribuições contidas no mesmo dispositivo legal relativas ao consentimento para tais e quais atos da vida, compete aos pais, por evidente, ter os filhos em sua companhia e, portanto “reclamá-los de quem ilegalmente os detenha” (CC, art. 1.634, VIII)¹¹.

A firmeza no trato com a prole, necessária com sobradas razões, permite aos pais dela “exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição” (CC, art. 1.634, IX), porque dessas conhecidas e desejadas virtudes, cada vez mais escassas e até recusadas dentro e fora do lar, dependem a saudável formação do cidadão em favor da própria família e da sociedade¹².

É no mútuo, permanente e afetuoso serviço familiar que o desprendimento aflora e a alegria pela cooperação ou assistência ao próximo — no lar e dele para o mundo — se manifesta e se afirma. Esse sentimento anima a pensar mais no outro do que em si próprio, a que se pode designar de *solidariedade*, é um dos frutos da convivência familiar harmoniosa,

⁷ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

⁸ Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

⁹ Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

¹⁰ Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

¹¹ Com o mesmo propósito, estabelece o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.”

¹² Recorda-nos Jacques Leclercq que “[o] poder dos pais sobre os filhos não é um poder arbitrário; os pais não podem fazer o que lhes apetece com os filhos. É um poder de educação, limitado pelas exigências desta. Os pais têm o direito de exigir de seus filhos tudo o que necessário à educação destes. Podem mandar-lhes na medida em que a educação o exija. À medida que a criança cresce, e desenvolve a sua personalidade, e se torna capaz de se dirigir por si mesma, o poder dos pais diminui” (Ob. cit., 55, p. 319).

incondicional e desapegada, resultante do mútuo afeto, que se nota na execução das ordinárias tarefas e se projeta para um sem-número de compromissos grandiosos em favor do próximo, o que infunde alegria e paz. O serviço amoroso e abnegado, exigente, mas promotor do bem, não se afirma pelo domínio nem poder dos pais, mas pelo verdadeiro afeto, do qual decorre o convencimento de que o servir é necessário para o equilíbrio e estabilidade das relações interpessoais. Numa expressão: é necessário para o bem comum.

Do adequado exercício do poder familiar, no qual se inclui a genuína prestação de afeto à prole, também depende a entrega de autênticos cidadãos a uma sociedade que deles carece mais e mais. A boa formação da personalidade e do caráter, entre cujos frutos estão a hombridade e a retidão evidentemente, é um dos fundamentais componentes da mais desejável de todas as texturas sociais mirando o bem comum.

A promoção do afeto se nota e se materializa mediante um conjunto de ações revestidas não só de ternura — distinta e distante da pura emoção ou do amorfo sentimentalismo —, mas também endereçadas à proteção e ao zelo do menor, compondo um feixe de condutas permanentes que constroem um edifício sedimentado pela autêntica *atenção*, ou, numa expressão, pelo *genuíno bem-estar* da criança e do adolescente, cujo *melhor interesse (do menor)* é conhecido princípio entre nós.

Se dos filhos os pais não podem exigir o afeto no exercício do poder familiar, embora inerente à ordem natural das relações familiares e aos deveres morais recíprocos, o oposto não é verdadeiro: os filhos devem contar com o afeto de seus pais ou responsáveis, dos quais, portanto, podem exigí-lo, sob pena de, até mesmo e lastimavelmente — além do domínio da reparação civil— suprimir-se o poder familiar dos que negligenciam no exercício desse magnífico dever.

2. A PRIMAZIA E A EXCLUSIVIDADE DO EXERCÍCIO DO DEVER DE AFETO PELOS PAIS E A PROTEÇÃO À FAMÍLIA, SEU *LOCUS* ADEQUADO

Na lembrança de Jacques Leclerq, os filhos:

[...] continuam-nos trazendo em seus traços e em seu caráter a semelhança com os pais; são alguma coisa dos pais — sem deixarem de ser, cada um deles, uma personalidade humana independente. Esta unidade dos filhos, com seus pais e esta independência de todo o ser humano são os dois fundamentos que regem toda a questão dos direitos e deveres respectivos dos pais e dos filhos, e do Estado relativamente aos filhos. Resulta daí, antes de mais nada, que os pais trazem os seus filhos ao mundo *sob a sua exclusiva*

responsabilidade e que têm ao mesmo tempo o direito e o dever de cuidar deles. (LECLERQ, 1968, p. 317).

É evidentemente dos pais, e da própria da família e, a partir dela, da sociedade e do Estado — nessa ordem —, o dever de garantir os direitos inerentes à sensível formação e educação da prole. Deveras, “[é] dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 4º). Tanto mais em relação aos menores, porque “[a] criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” (Idem, art. 15). Trata-se de autêntico preceito de Direito que obriga à toda sociedade: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (Idem, art. 18).

Mas é na família, *locus* primário e estruturante, fundado no dever de afeto, que a prole deve adquirir as desejáveis virtudes que naturalmente se esperam do processo de criação e educação (CC, art. 1. 634, I). Daí deriva o natural direito à convivência familiar como ambiente apropriado, e por isso assegurado, para o exercício desse tremendo *mínus*: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral” (Idem, art. 19). E mesmo fora da família, nas “Entidades de Atendimento” (governamentais ou não), destinadas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social (por omissão dos pais ou responsáveis ou do próprio Estado), tratou o legislador de exigir a qualificação dos educadores ali atuantes tomando-se especialmente em conta o *dever de afeto*, como princípio inerente ao acolhimento familiar antes atribuído aos pais ou responsáveis: “Quando se tratar de criança de 0 (zero) a 3 (três) anos em acolhimento institucional, dar-se-á especial atenção à atuação de educadores de referência estáveis e qualitativamente significativos, às rotinas específicas e ao atendimento das necessidades básicas, *incluindo as de afeto como prioritárias*” (Idem, art. 92, § 7º).

É no ambiente familiar, e excepcionalmente fora dele, com suas dificuldades e venturas, acertos e desacertos, que as diversas fases da vida devem desabrochar e melhor se desenvolver. É ali que o incessante fluxo da vida reclama atitudes e decisões que se inspiram

não apenas na autoridade — que se poderia instalar pela dominação e poder —, porque, antes, devem ser irrigadas pelo amor e pelos virtuosos exemplos dos mais velhos (avós, pais, irmãos etc.), que, pouco a pouco, infundem na inteligência dos menores o que é bom e o que não convém, o que é desejável e o que é maléfico. É no âmago do lar que devem se instalar e enraizar os cuidados e zelo, o conforto e a segurança necessários à formação e educação dos filhos, para a construção de mentalidades estruturadas em valores apreciáveis ao bem comum, de cuja falta decorrem incontáveis danos pessoais e sociais. Ensinam-nos Ricardo Yepes Stork e Javier Aranguren Echevarría que a absoluta peculiaridade do lar tem origem no caráter pessoal do ser humano. É naquele ambiente íntimo que se abre e compartilha a intimidade como ampliação da própria pessoa e de sua alma. Ali, os demais passam a participar da intimidade pessoal alheia: “Assim”, aduzem, “o diálogo acontece, sobretudo no lar: ali é realmente onde nos conhecem. Onde se tem de falar desinteressadamente é, sobretudo, na própria casa: nela o ideal é o reino da amizade, pois, justamente, é ali que cada um ama o outro pelo que é, e não pelo que contribui, distrai ou por sua utilidade”. (STORK; ECHEVARRÍA; ARANGUREN, 2005, p. 121-122).

Essas e tantas outras virtudes intrínsecas à família, da qual depende a própria continuidade da sociedade, justificam a especial proteção que a ela foi deferida pelo constituinte, reservando-se aos pais, também por isso, e com exclusividade, a livre e integral decisão sobre a educação e a formação da prole, de olhos postos, é claro, como está escrito no § 7º do art. 226 da Constituição Federal, “nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável”, sem nenhuma interferência, proibida pela Constituição Federal, de instituições públicas ou privadas. Até a aquisição da plena capacidade civil, cabe aos pais direcionar e orientar a vida e as coisas, o caminho e o futuro de seus filhos, mostrando-lhes o certo e o errado. E a ninguém mais, senão aos pais, conforme assegurou o constituinte, exceção naturalmente feita àquelas famílias em que os pais não prestam obediência aos conhecidos ditames impostos pela dignidade de seus filhos, preservada com afínco ainda maior pela lei. O Estado deve, pois, assistir à família, jamais comandá-la (CF, art. 226, § 8º).

Por isso, o dever de proteger e bem encaminhar a prole cabe, em primeiro lugar, à família. Em segundo lugar, à sociedade e só em terceiro ao Estado cabe, como está escrito no art. 227 da Constituição Federal, “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.”

A especial proteção constitucional concedida à família e anunciada no introito do art. 226 da Constituição Federal não é fruto de retórica redacional ou superfluidade. Não há palavras inúteis na lei. Essa é uma das primeiras lições para a correta interpretação da lei que se aprendem no curso de Direito. O direito à necessária e especial proteção à família foi severamente escrito na norma suprema porque da adequada preservação da família depende o genuíno bem, o bem comum, tão desejável pela sociedade.

E *pari passu* ao exercício dos deveres oriundos do poder familiar, especialmente do afeto — que os suporta e motiva, anima e atribuiu forma e corpo —, o dever de (e do direito à) educação e das consequências que sua implementação ou falta resultam à vida, a partir das naturais implicações no cotidiano da prole, comparece como um dos maiores desafios à boa formação pessoal, conforme nos recordou o próprio constituinte, como se lê no caput do art. 205 da Constituição Federal, que do direito à educação depende o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. E por mais que o Estado se esforce, tudo isso tem origem e sede adequada na família, *locus* apropriado para a promoção do afeto em todas as esferas e ações vertidas à prole, do criar ao educar, do brincar ao formar, brincando para formar e criando para educar. E a valorização da família não se alcança plenamente sem a complementar e recíproca valorização da educação, da educação que há de contar com a “garantida do padrão de qualidade”, como está escrito no inciso VII do art. 205 da Constituição Federal. E não se perca de vista que o Estado também deve garantir oferta de “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade”, conforme se retira do inciso IV do art. 208 da Constituição Federal.

E o motivo dessa primazia dos pais no exercício dos deveres que lhe atribui o poder familiar, entre eles o dever de afeto, deriva da própria construção da personalidade humana da prole, em evidente formação. São aqui também oportunas as palavras de Jacques Leclerq a esse respeito: “Assim como está fisicamente ligado à mãe enquanto esta o traz em seu seio, assim se encontra moralmente ligado aos pais enquanto não alcançar o uso da razão. O filho só lentamente se separa dos pais. É como uma parcela deles mesmos que se separa progressivamente para formar uma entidade distinta, mas enquanto essa evolução não estiver concluída, continua de certo modo a formar parte de seus pais. É justo, portanto, que enquanto não atingir o uso da razão, considere a vontade dos pais com a sua própria vontade”. (LECLERQ, 1968, p. 320). Razão pela qual, completa o saudoso sociólogo belga, “[a]

autoridade que os pais exercem sobre os filhos é, portanto, essencialmente uma consequência do seu dever de os educarem”. (LECLERQ, 1968, p. 321).

3. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE AFETO

Se “[a] vigilância é o complemento da obra educativa” (DIAS, 1994, p. 513), conforme imorredoura lição de Aguiar Dias, o afeto é seu pressuposto. Mas, assim como a vigilância, “contínua, geral e permanente, está sujeita às possibilidades humanas”. (DIAS, 1994, p. 515), o afeto, igualmente cometido pela lei, tampouco poderia escapar às limitações dos pais. O ordenamento jurídico não exige condutas extravagantes ou desvelo extraordinário para a entrega de uma prestação pelo devedor, nem sequer heroicidade no desempenho do dever de afeto. Se, vez outra, o coração humano a pede, por vão impulso ou genuíno amor, o Direito se contenta com o ordinário desempenho daquele conjunto de ações que materializam e moldam o afeto (dos cuidados com a alimentação e com a saúde ao zelo com a preservação dos atributos morais e da integridade psíquico-emocional do menor). E assim dever ser a plenas luzes.

E, se por um lado, não se exigem dos pais atos de heroísmo, senão para a salvaguarda da vida e da inteireza somática dos filhos quando a excepcional gravidade dos fatos a tornarem imperativa, por outro, trata-se de dever cujo direito correspondente não permite tampouco renúncia, quer pela evidente incapacidade civil para o simples ato de renúncia, quer, antes mesmo, porque o direito em apreço tem natureza extrapatrimonial, é essencial e indisponível, intransferível e irrenunciável¹³.

Por isso, “[a] autoridade que os pais exercem sobre os filhos é, portanto, essencialmente uma consequência do seu dever de os educarem” (LECLERQ, 1968, p. 321) e desse dever não se pode abdicar, senão a partir da maioridade civil.

O descumprimento desse tremendo dever poder provocar não só a composição civil dos danos experimentados pelo menor ou pelo outro genitor, como também a suspensão e própria extinção do poder familiar (CC, arts. 1.635, V).

O *abuso da autoridade* dos pais pelo qual se menoscaba os direitos assegurados à boa criação e educação dos filhos, assim como os demais direitos que lhes são garantidos, cuja maioria acima se arrolou, poderá ensejar a suspensão do poder familiar na qual também

¹³ E assim o são todos os direitos *da personalidade* pelos quais se projetam e recebem tutela as potências da pessoa humana e, no que couber, os direitos titularizados pela pessoa jurídica (CC, art. 52: Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade).

incorrerão os pais “condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão” (CC, art. 1.637).

Ocorrerá a perda do poder familiar quando houver (i) *castigo imoderado*, o (ii) *abandono*, a prática de (iii) *atos atentatórios à moral e aos bons costumes*, o (iv) *frequente abuso de autoridade*, a (v) *entrega irregular do filho a terceiros por adoção*, o cometimento, relativamente a outro titular do mesmo poder familiar, de (vi) *crime de homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição da mulher*, de (vii) *crime de estupro* ou (viii) *crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão*, ou o cometimento, relativamente ao filho, filha ou outro descendente, dos mesmos (ix) crimes de homicídio, (x) feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, assim como de (xi) estupro ou de (xii) estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à reclusão (CC, art. 1.638).

Mas não é só nessas catastróficas e repulsivas ocasiões, que provocam sua lastimável perda, que o poder familiar, maculado pela evidente falta de afeto, revela-se mal-exercido.

Sem o mesmo e clamoroso peso em função do qual o poder familiar é extinto, pode-se, no entanto, identificar o menoscabo ao dever de afeto, que reveste e corporifica o poder familiar, noutras variadas ocasiões. A recusa aos cuidados exigíveis para a idade do filho, dos mais comezinhos (alimentação, saúde e companhia) àqueles que se ajuntam com o passar dos anos (acompanhamento escolar, amparo emocional e psicológico) e, antes, as próprias exigências de companhia em inumeráveis ocasiões, fissuram o dever de afeto e maculam, por isso, o próprio exercício do poder familiar. Sabe-se, por experiência, que o ambiente mais favorável à quebra desse valioso e insubstituível dever é aquele que se cria após o rompimento de vida entre os pais, quer por emulação entre ambos, quer pela simples e incontornável fluência da vida à distância entre os pais.

Já se julgou que a omissão intencional da mãe, ao excluir o pai do batizado da filha, é causa de grave dano moral ao genitor alijado desse evento significativo e irrepetível. Segundo o respectivo acórdão, e à toda evidência, “é inconteste o dever de reparação do dano em razão do ilícito praticado pela mãe, qual seja, a omissão proposital em comunicar ao pai o batizado da filha em comum”, especialmente porque “o recorrente foi excluído de momento importante e único na vida religiosa da criança”¹⁴.

¹⁴ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Acórdão 1153512, 07098818620178070003, Relatora Desembargadora Simone Lucindo, 1ª Turma Cível, julgamento em 20.02.2019. Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 20, N. 3, pp. 1.107-1.120, Set.-Dez. 2019. 1118

Por outro lado, de olhos igualmente postos no princípio do melhor interesse do menor, do qual deriva o mesmo dever de afeto, já se recusou a alteração da guarda para se evitar modificação da rotina da criança, porque, consoante se registrou no respectivo acórdão, “a não uniformidade na vida cotidiana dos menores pode provocar instabilidade emocional, deixando sequelas na formação da personalidade, pois as crianças tem necessidade de continuidade afetiva e social, assim como continuidade espaço temporal”¹⁵.

Pelas mesmas razões, julgou-se inapropriada a atribuição da guarda à mãe da filha que está na companhia da avó materna desde o seu nascimento, sem se perder de vista a “garantia de visitação da criança [pelos genitores], cuja observância é de extrema importância para o seu hígido desenvolvimento físico, emocional e intelectual”. Entendeu o Tribunal que, uma vez “[d]emonstrado que a avó materna dispensa os cuidados necessários e preserva a integridade física e emocional da infante, em ambiente familiar assim reconhecido pela criança, não há fundamento para inversão da guarda já exercida de fato desde o nascimento da criança, máxime diante da adaptação do infante à rotina da residência, onde estabeleceu laços de afeto”¹⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dever de afeto é natural corolário do poder familiar atribuído aos pais ou responsáveis pela criação e educação do menor. É imperativo sem o qual não se alcança o pleno e saudável desenvolvimento das potências e projeções trazidas na personalidade humana. Se o afeto dos filhos aos pais não é primordial à criação e educação da prole, o inverso não ocorre: o afeto dos pais, convertido em dever naturalmente inerente ao exercício da paternidade ou da maternidade, é componente sem o qual se esvazia a própria noção de poder familiar. Não preenchem o dever de afeto as manifestações meramente sentimentais, mas múltiplas e comezinhas ações que preenchem o cotidiano e a própria rotina do menor, nas quais, portanto, o afeto se traduz. Se da alma, donde deveria emanar, não surge *sponta propria*, do imperativo jurídico de bem criar e educar o afeto ele advém. Suficientemente por isso, o dever de afeto é inerente ao primordial e ordinário exercício das funções de pai ou

¹⁵ Tribunal de Justiça do Paraná, Agravo de Instrumento nº 1113984-9, Relator Desembargador Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, 12ª Câmara Cível, julgamento em 02.07.2014.

¹⁶ Tribunal de Justiça de Pernambuco, Apelação 4529575, Relator Desembargador Itabira de Brito Filho, 3ª Câmara Cível, julgamento em 23.08.2018.

mãe. Portanto, o Direito não o impele nem pode exigí-lo como manifestação de sentimentos de ternura ou carinho à prole, mas como objetiva demonstração de atenção e zelo, proteção e segurança imprescindíveis ao saudável desenvolvimento físico e moral dos filhos.

A negligência ou recusa ao dever de afeto pode provocar a reparação civil, fundada em responsabilidade subjetiva, e a própria extinção do caríssimo poder familiar, que também pode resultar da violação dos deveres de criação e educação que se fundam em manifestações de afeto, não só por causa de castigos imoderados ou abandono, como também pela prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, além do frequente abuso de autoridade, autênticos atos de descumprimento do dever de afeto e respeito, sem se perder de vista outras condutas mais graves, como o cometimento de crimes que violam o bem maior da vida ou integridade física de quem também exerce o poder familiar, além daqueles outros crimes, entre os quais aqueles ligados à dignidade sexual, que também apontam a lastimável ausência de adequada consciência ao exercício desse poder familiar pelo pai, mãe ou responsável pelo menor.

REFERÊNCIAS

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2ed.ampl. Buenos Aires: Astrea, 1995.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 2.

LECLERQ, Jacques. *A família*. Trad. Emérico da Gama. São Paulo: Editora Quadrante e Editora da Universidade de São Paulo, 1968.

STORK, Ricardo Yepes; e ECHEVARRÍA, Stork e Javier Aranguren. *Fundamentos de antropologia: um ideal da excelência humana*. Trad. Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, Acórdão 1153512, 07098818620178070003, Relatora Desembargadora Simone Lucindo, 1ª Turma Cível, julgamento em 20.02.2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, Agravo de Instrumento nº 1113984-9, Relator Desembargador Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, 12ª Câmara Cível, julgamento em 02.07.2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, Apelação 4529575, Relator Desembargador Itabira de Brito Filho, 3ª Câmara Cível, julgamento em 23.08.2018.