

ABANDONO AFETIVO: IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Fernanda Rempel Heinen*

Fernanda Trentin**

Resumo

A possibilidade de responsabilizar civilmente pais que abandonam afetivamente um filho vem sendo debatida no cenário jurídico nacional nos últimos anos. O presente artigo buscou analisar a incidência ou não do dever de indenizar por danos morais as situações em que o abandono afetivo for identificado. Para tal escopo, foram analisadas questões introdutórias da responsabilidade civil e fez-se um breve histórico da família e das transformações ocorridas no decorrer dos tempos. Após, estudou-se acerca do abandono afetivo. Nesse sentido, abordou-se acerca do dano moral e, ainda, foi analisada a aplicação ou não da responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo, mediante análises doutrinárias e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Dano moral. Família. Responsabilidade civil.

1 INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo não envolve somente a legislação dentro do direito de família, mas também questões éticas e morais. Isso porque a família, na sociedade brasileira, sofreu diversas transformações, nas quais se buscou uma família mais humanizada, em que houvesse uma maior proteção estatal dentro dessa instituição, o que fez com que o Estado se obrigasse a preservar alguns direitos antes não observados.

O abandono afetivo caracteriza-se mediante a omissão de um dos pais no dever de prestar a atenção psicológica ao menor. Contudo, ainda não há nenhuma previsão legal acerca do tema, e, há várias discussões diante da possibilidade ou não de responsabilizar o genitor por referida omissão.

Dessa forma, o presente artigo visou identificar se há ou não a possibilidade de indenizar os filhos em decorrência de abandono afetivo praticado pelos genitores, diante da não prestação dos cuidados necessários, tanto psicológicos quanto morais com os filhos.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A fim de melhor compreender o estudo a ser realizado é imprescindível o exame do tema “responsabilidade civil”, salientando-se que a análise será adstrita ao mencionado, abordando questões introdutórias da responsabilidade civil, com a finalidade de demonstrar os aspectos gerais desta, bem como seus pressupostos, como conduta, dano, nexo de causalidade e culpa e, ainda, uma breve diferenciação entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

2.1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem seu surgimento no direito romano, em que a forma de reparação era havida mediante a vingança, baseada na lei de talião, “olho por olho, dente por dente”. Com o decorrer dos tempos, o poder público começou, de certa forma, a intervir na aplicação das penas, permitindo ou não a utilização da referida reparação.

Após esse período, iniciou-se a composição tarifada, na qual a indenização era obrigatória, regulamentada por lei que fixava a indenização ao caso concreto (SANTOS, 2012,). Passado por essas fases surgiu a Lex Aquiliana, ou seja,

* Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Pinhalzinho; nandaweb2005@hotmail.com

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora do Curso de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste, Pinhalzinho e Maravilha; fernandatrentin@hotmail.com

a responsabilidade civil aquiliana, mediante a qual houve o surgimento da responsabilidade extracontratual, sendo de suma importância ao desenvolvimento da responsabilidade civil, posto que essa nova legislação trouxe ao ordenamento uma substituição da pena, eis que passou a ser fixada uma indenização, mediante a observação do dano causado à vítima e não mais de forma preestabelecida em lei (SANTOS, 2012).

A responsabilidade civil aquiliana, com o Código Civil de Napoleão, instituiu a culpa como pressuposto de sua aplicação. Assim, várias legislações tiveram influência da legislação francesa, entre elas o Código Civil brasileiro de 1916.

É por meio das modificações diárias da sociedade que se torna necessário o aprimoramento das normas, ou mesmo, sua criação, visando a uma proteção maior aos direitos da sociedade. Com a constante transformação da sociedade e de suas necessidades, no atual Código Civil, entre as modalidades de obrigação que já integravam nosso ordenamento (dar, fazer, não fazer), incluiu-se a obrigação de indenizar:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

Irá advir da norma legal a obrigação de indenizar, pois será a lei que determinará quando surge a obrigação. Para se identificar quando há o dever de responsabilizar o lesado, serão analisados dois pontos. Para que seja identificada a responsabilidade civil, torna-se necessária a observação dos pressupostos: conduta, dano, nexos causal e culpa, que serão analisados na seção seguinte.

2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Cavaliere Filho (2008, p. 18) aduz que a partir da prática do ato ilícito surge um conjunto de pressupostos da responsabilidade, sendo um elemento formal, um elemento subjetivo e outro elemento causal-material que devem ser analisados conjuntamente. O elemento formal ocorre quando de uma ação ou omissão voluntária do agente, o qual viola um dever jurídico. O elemento subjetivo é considerado o dolo ou a culpa. E o elemento causal-material está ligado ao dano e ao nexos de causalidade.

Os pressupostos da responsabilidade civil dividem-se em: conduta, dano, nexos causal e culpa.

2.2.1 Conduta

A conduta do agente é o que, alicerçada na culpa e no dano causado, gera o dever de reparação do dano. Dessa forma, deve o agente agir ou se omitir a determinado fato, classificado como ação em sentido lato, abrangendo, assim, uma ação *stricto sensu* e uma omissão.

O ato de vontade é essencial para a conduta humana, pois exterioriza a consciência da ação ou omissão do agente, mesmo que este não possua o discernimento do dano que pode efetivamente causar, mediante sua conduta.

Nesse norte, caracteriza-se a ação como um comportamento positivo, no qual o agente causa o dano operando, sem, contudo prever o resultado. A omissão, todavia, tem como característica um comportamento negativo, pois este, normalmente, não gera o dever de indenizar. Apesar disso, possuindo o agente o dever jurídico de agir, de impedir o resultado e, se não o fizer, por deixar de agir ou por não fazer nada para impedir o resultado quando imperiosa sua ação, deverá indenizar o lesado.

[...] Só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 25).

Denota-se que um dos pressupostos que deve ser analisado para uma possível verificação de responsabilidade civil é a conduta, a qual se concretiza mediante uma ação ou omissão do agente.

2.2.2 Dano

O dano significa uma lesão de dano moral ou patrimonial e com o decorrer dos anos a forma de analisar o dano na responsabilidade civil passou a ser diferente, posto que se iniciou uma análise, tanto de dano patrimonial quanto de dano moral. Com esse novo posicionamento, Cavalieri Filho (2010, p. 71) conceituou o dano:

Conceitua-se, então, dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

O dano ocorrerá em face de patrimônios individuais que são divididos em bens materiais e imateriais. Os bens materiais são aqueles em que se torna possível a verificação e a avaliação da prestação pecuniária. Já os bens imateriais compreendem aqueles inerentes à personalidade, à vida, à hora, à liberdade, os quais tornam mais complexa a fixação de indenização ao dano possivelmente causado (NADER, 2010, p. 86).

Cavalieri Filho (2008, p. 80) ensina que, com a Constituição de 1988, novas normas foram introduzidas em seu texto, trazendo novas formas de dano. Entre as quais se instituiu o dano moral, também conhecido como dano extrapatrimonial, que será tratado em seção distinta.

Por fim, denota-se que para o dano é essencial que ocorra um dano à vítima de ato ilícito, objetivando uma responsabilidade civil futura ao ofensor.

2.2.3 Nexo causal

O nexo causal é de suma importância para que outros elementos instituidores da responsabilidade civil venham a ser identificados; é o liame entre a conduta do agente e o dano.

É necessário analisar primeiro o nexo de causalidade, se o agente atribui causa ao dano, para, posteriormente, verificar se houve culpa ou não no ato praticado. Considerando que ninguém deve responder por algo a que não atribui causa, devendo analisar se o dano causado à vítima ocorreu face ao ato ilícito praticado por ela. Por isso, é de suma importância a exigência do nexo causal.

É o nexo causal o vínculo entre a causa e o efeito, bem como entre a conduta e o resultado decorrentes das leis naturais. Mediante a observação dos elementos descritos é que se identificará o causador do dano.

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2008, p. 46) expõe: “O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.”

Destarte, conclui-se que não havendo nexo causal entre a conduta do agente e o resultado, não ocorrerá o dever de reparar o dano supostamente causado.

2.2.4 Culpa

Na responsabilidade civil brasileira, admite-se a culpa como pressuposto, contudo, pode haver responsabilidade sem que haja a culpa, não sendo considerada, dessa forma, essencial diante dos demais pressupostos. Na culpa, o agente não possui a intenção de causar o dano, mas em razão de um comportamento negligente, imprudente e imperito, gera a violação de um dever preexistente, vindo a provocar o dano (VEIRA, 2003).

Paulo Nader (2010, p. 98) descreve culpa como a ação quando o agente “[...] não age intencionalmente, mas tem a ciência dos riscos da conduta e ainda assim pratica o ato ou omissão, provocando danos a outrem.”

Ainda, nesse sentido, Stoco (2007, p. 133, grifo nosso) explica:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. *Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (stricto sensu).*

Nader (2010, p. 98) coloca que a essência da culpa é a previsibilidade e a inevitabilidade, posto que o agente possui consciência do dano que pode causar a outrem, contudo, quando de sua ocorrência torna-se inevitável o dano.

Ensina Cavalieri Filho (2008, p. 37) que a culpa é elemento fundamental somente à teoria subjetiva, eis que na teoria objetiva esta é dispensável. Pode ser dividida em várias espécies, tais quais, culpa grave, leve e levíssima; culpa contratual e extracontratual; Culpa “in elegendo”, “in vigilando” e “in custodiando”; culpa presumida e culpa contra a legalidade; culpa concorrente.

Assim, a culpa é um dos pressupostos para a responsabilização civil, contudo, pode ela estar presente ou não na configuração da conduta danosa para que o agente seja obrigado à reparação.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

O presente artigo, como já exposto, buscou analisar se é possível indenizar o filho que foi abandonado por um de seus genitores e em decorrência disso se sentiu lesado, posto que poderia afetar seus direitos de personalidade.

Para tanto, nesta seção, far-se-á uma abordagem acerca do dano moral, seu conceito e características, inclusive o diferenciando do dano patrimonial. Na sequência, será feita uma análise sobre a incidência do dano moral nas relações familiares, mormente no que se refere ao abandono afetivo.

3.1 DO DANO MORAL

A reparabilidade do dano moral no direito brasileiro tornou-se questão de ordem obrigatória diante de sua codificação, primeiramente com a Constituição Federal de 1988, em sede de seu art. 5º,¹ V e X, bem como, ainda mediante o Código Civil de 2002, em seu art. 186² (GAGLIANO, 2008, p. 67).

O dano moral, suscetível de indenização, ocorre por meio de algum ato ilícito que ofenda direitos da personalidade do indivíduo, sendo estes, por exemplo, a honra, a integridade física, a intimidade, entre outros, que gerem ao lesado dor, desconforto com o dano. Cavalieri Filho (2008, p. 83) descreve dano moral:

[...] Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Com o advento do dano moral, criou-se uma indagação acerca da possibilidade de cumulação entre o dano patrimonial e o extrapatrimonial, o que foi solucionado com a Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

A indenização por dano moral não visa reparar o dano, considerando que não há a possibilidade de deixar a vítima em uma situação como se não houvesse dano ou mesmo prejuízo. Dessa forma, a finalidade da indenização será a de compensação do dano causado pelo agente.

3.2 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Para analisar se é possível ou não pleitear indenização decorrente do dano moral por abandono afetivo, mister se faz tratar, ainda que brevemente, as peculiaridades relacionadas ao tema, para, posteriormente, tentar definir se há critérios justos que identifiquem a possibilidade ou não de responsabilizar o genitor que eventualmente abandonou seu filho.

Com o desenvolvimento da sociedade brasileira houve grandes transformações no direito de família, iniciando-se uma nova forma de visualização da família e da filiação, eis que antes era analisada pelo âmbito somente genético, posto que a lei tratava somente do genitor consanguíneo. Contudo, tornou-se imprescindível que a família possuísse em suas relações o afeto, buscando uma convivência entre pais e filhos mais harmoniosa. Nesse sentido, expõe Welter (2009, p. 51):

A sociedade patriarcal fez com que a família fosse ajustada, desde que há mundo humano, unicamente por parte do mundo genético, uma linguagem normatizada, objetificada, desumanizada, porque os seus membros estão unidos pela totalidade dos laços, genéticos, afetivos e ontológicos.

Assim, torna-se perceptível que a família não pode ser mais considerada somente pelo seu âmbito biológico e patrimonial, considerando ser de suma importância a existência de vínculo afetivo, baseado no princípio da afetividade. Lôbo (2011, p. 71) ensina que o princípio da afetividade é aquele mediante o qual esta se torna um dever imposto aos pais com seus filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

Por derradeiro, o abandono afetivo ocorre especialmente nas famílias em que houve a dissolução da sociedade conjugal ou o divórcio dos pais, em que o pai ou a mãe ficam mais afastados do filho, posto que a guarda permanecerá com um deles, caso não seja compartilhada; ficando em muitos casos os filhos desamparados, eis que o pai ou mãe não mais se mantêm presentes no desenvolvimento do filho, deixando de lhe proporcionar carinho, amor e afeto necessários (ULBANO; ANGELUCI, 2008).

Todavia, o abandono afetivo é ocasionado pela indiferença, pela ausência de assistência afetiva, bem como pelo amor não despendido pelos pais no decorrer do desenvolvimento da criança ou adolescente, gerando, assim, um possível dano ao futuro dos filhos, considerando que a responsabilidade dos pais não deve se limitar apenas ao sustento do filho. Há o dever dos pais de estarem na companhia do seu filho, prestando toda e qualquer assistência necessária, educacional, social e inclusive a do campo da afetividade, para a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente (ULBANO; ANGELUCI, 2008).

O afeto deve ser analisado com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e no da proteção ao melhor interesse da criança e do adolescente, posto que são os alicerces do direito de filiação e mediante os quais se busca uma maior efetividade das legislações existentes em prol dos filhos (WELTER, 2009, p. 56).

Ainda, como princípio basilar da filiação diante do abandono afetivo, encontra-se o princípio da proteção ao melhor interesse da criança e do adolescente, que surgiu diante da alteração dos vínculos de filiação quando do nascimento do direito das crianças e adolescentes, disciplinado pelo art. 227, § 6º da Constituição Federal, com o intuito de realizar uma proteção às crianças e adolescentes diante de suas fragilidades e vulnerabilidades (DIAS, 2011, p. 68).

Deve-se utilizar o princípio do melhor interesse buscando a interpretação da legislação destinada às crianças e adolescentes, considerando que devem sempre interpretar a lei de forma mais benéfica para que haja a proteção de seus direitos. Gama (2008, p. 82) afirma que:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é um reflexo do caráter de proteção integral da doutrina dos direitos da criança, bem como decorre também da doutrina dos direitos humanos em geral. Manifesta-se o referido princípio em diversos momentos no que diz respeito a situações jurídicas envolvendo o menor, como nas hipóteses de determinação da guarda, ou do direito de visitação, além de orientações respeitantes à sua educação e formação de sua personalidade em geral.

Conclui-se que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente passaram a ser sujeitos de direitos, sendo prioridade diante dos pais e até mesmo do Estado, considerando a vulnerabilidade e a fragilidade em que se encontram nas relações familiares e de filiação. Assim, diante dessa necessidade de proteção dos direitos a eles inerente, analisar-se-á a (im)possibilidade de determinar ao genitor a reparação pelo abandono afetivo, mediante a fixação de danos morais.

Denota-se que a reparação do dano causado mediante o estabelecimento do dano moral é analisada como uma contraprestação, posto que deixar de determinar ao agente causador que repare o dano pode gerar dentro da sociedade uma continuidade de condutas semelhantes. Dessa forma, o dano moral surge com o intuito de desestimular outras condutas ilícitas que possam surgir dentro da família (FERRAZ, 2010).

De outro norte, tem-se que o afeto e o amor são sentimentos, e, dessa forma, não há possibilidade de mensuração para a indenização por danos morais, considerando que não há como obrigar os pais a prestarem o afeto necessário aos filhos (NASSRALLA, 2010).

Portanto, denota-se que para os entendimentos favoráveis a aplicação do dano moral nas relações familiares surge com o intuito de diminuir ou até mesmo evitar que novos casos se originem. Ainda, essa fixação não possuirá o objetivo de enriquecer o ofendido, mas como uma forma de sancionar o ofensor, diante da não observação da dignidade da pessoa humana, bem como do melhor interesse da criança.

Contudo, os que são contrários à aplicação do dano moral apontam que tal atribuição ao causador do dano estaria o obrigando a uma prestação de afeto e, ainda, estaria se mensurando o amor. Assim, passa-se a analisar as posições em relação ao abandono afetivo.

3.3 ANÁLISES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo é tema recente que ainda não se encontra em nenhum ordenamento. Assim, as decisões referentes ao presente tema ocorrem mediante o entendimento dos julgadores (magistrados, desembargadores, etc.) e diante das observações disciplinadas pelas doutrinas. Dessa forma, analisaram-se os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Doutrinariamente, alguns defendem a possibilidade de indenização por abandono afetivo e os que são desfavoráveis a tal aplicação. Nesse sentido, observa-se que Dias(2008, p. 416) é favorável à referida indenização:

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado [...] A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca ao cuidado com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o *princípio da solidariedade familiar*, valores protegidos constitucionalmente.

No mesmo sentido, Lôbo (2011, p. 312, grifo nosso), manifesta-se no sentido de que o abandono afetivo ocasiona o descumprimento do dever jurídico da paternidade. Vale conferir:

Portanto, o “*abandono afetivo*” nada mais é que *inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade*. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito atraiu para si, *conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas*.

Gagliano (2011, p. 736), de mesma forma, posiciona-se favorável à indenização:

Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sansão repercutiria como um verdadeiro favor.

No que concerne ao entendimento jurisprudencial, este vem sendo bastante conflitante, considerando que há decisões tanto para a possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo quanto pela impossibilidade.

O Superior Tribunal de Justiça entende que embora estejam presentes todos os requisitos para que se enseje a responsabilidade civil, não é cabível a indenização, considerando que o STJ entende que a omissão causada pelo genitor não constitui ato ilícito. Conforme se demonstra pela decisão proferida pelo Ministro Aldir Passarinho Junior:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. E CONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que “*A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária*. Recurso especial não conhecido. (SÃO PAULO, 2009, grifo nosso).

Contudo, mesmo diante de referido entendimento dentro dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul e ainda do próprio Superior Tribunal de Justiça, denota-se que as decisões são divergentes, o que será analisado a seguir.

No Tribunal da Justiça de Santa Catarina o entendimento majoritário é de que a indenização em decorrência de danos morais é incabível. Nesse sentido, expõe o Desembargador Jorge Luis da Costa Beber, manifestando-se que não é cabível referida indenização, considerando que se estaria favorecendo o desenvolvimento de uma afetividade compulsória, uma insinceridade amorosa, eis que os pais se viriam em uma posição obrigatória de proporcionar afeto e amor que não possuem aos seus filhos.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FILHO QUE IMPUTA AO PAI O COMETIMENTO DE ABANDONO MORAL E AFETIVO, CULPANDO-LHE PELO DISTANCIAMENTO DE AMBOS AO LONGO DA VIDA E PELOS SOFRIMENTOS EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DISTO. AGRAVO REITADO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO INTERPOSIÇÃO IMEDIATA, NA PRÓPRIA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ART. 523, § 4º, DO CPC. MÉRITO. AO PODER JUDICIÁRIO NÃO É DADA A INCUMBÊNCIA DE TUTELAR O AMOR OU O DESAFETO, NUMA ESPÉCIE DE JURISDICIONALIZAÇÃO DOS SENTIMENTOS, QUE SÃO INCONTROLÁVEIS PELA SUA PRÓPRIA ESSÊNCIA. A AFEIÇÃO COMPULSÓRIA, FORJADA PELO RECEIO DA RESPONSABILIZAÇÃO PECUNIÁRIA, É TÃO OU MAIS FUNESTA DO QUE A PRÓPRIA AUSÊNCIA DE AFETO. RESPONSABILIZAR, MEDIANTE INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA A AUSÊNCIA DE SENTIMENTOS, É INCENTIVAR A INSINCERIDADE DO AMOR, CONSPIRANDO PARA O NASCIMENTO DE RELAÇÕES FAMILIARES ASSENTADAS SOB OS PILARES DO FINGIMENTO, O QUE NÃO SE COADUNA COM A MORAL, A ÉTICA E O DIREITO. ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO. INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ARTS. 186 E 927 DO CC E ART. 333, INC. I, DO CPC. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. APELO DESPROVIDO. Amor existe ou não existe e, em não existindo, pode até vir a ser cultivado com atitudes de aproximação, jamais sob ameaça de punição. A construção de laços afetivos mediante coação pecuniária é de todo temerária, ressumbrando bizarro imaginar pais que não nutrem afeto algum pela prole, fingirem, de um instante para outro, aquilo que são incapazes de sentir genuinamente, apenas pelo temor de virem a ser condenados a indenizar o que desditosamente já está consumado. Quantos filhos seriam obrigados a compartilhar a presença nociva de alguns pais por força dessa imposição jurisdicional? Guarda alguma razoabilidade imaginar benefícios para o filho quando sua relação com o pai é construída sobre alicerces falsos? Quanto de humanidade realmente restaria de um afeto legalmente conduzido? Em muitos casos, seria ainda de indagar: quantos filhos seriam efetivamente beneficiados pela monetarização do afeto? Para o pai ausente, cujo coração não aflorou para o amor aos filhos, a punição maior está nos dramas da sua própria consciência. É preciso, todavia, saber distinguir a ausência de afeição com a repugnância acintosa. Por isso, em casos excepcionais, onde a falta de afeto criou espaço para um sentimento de desprezo acintoso, de menoscabamento explícito, público e constrangedor, o filho possa pleitear a reparação pelo dano anímico experimentado, porque nesse caso, ao invés da inexistência de amor, não nascido espontaneamente, há uma vontade deliberada e consciente de repugnar a prole não desejada. (SANTA CATARINA, 2012a).

De mesmo modo, coloca o Desembargador Marcus Tulio Sartorato alegando que não estão presentes os requisitos ensejadores da fixação de indenização.

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADO ABANDONO MATERIAL E AFETIVO PELO GENITOR. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE REALIZADO APENAS MEDIANTE O AJUIZAMENTO DA PRESENTE AÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL NÃO CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Os sentimentos compreendem a esfera mais íntima do ser humano e, para existirem, dependem de uma série de circunstâncias subjetivas. Portanto, o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo. (SANTA CATARINA, 2012b).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, atualmente, também tem sua jurisprudência majoritária desfavorável à indenização por abandono afetivo.

Nesse norte, explana o Desembargador Alzir Felipe Schmitz que não cabe a indenização em decorrência do abandono afetivo, considerando que não se pressupõe o abandono como ato ilícito.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. INOCORRÊNCIA. A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, de modo que o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito e nexos de causalidade. Nesse passo, não se pode reconhecer como ato ilícito o alegado abandono afetivo que, por sua vez, não guarda nexos de causalidade com os danos alegadamente sofridos pelo autor. **APELO NÃO PROVIDO.** (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Apesar de prevalecer perante os Tribunais analisados e ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que não é cabível a aplicação de indenização por danos morais em decorrência do abandono afetivo, recentemente, perante o Superior Tribunal de Justiça houve entendimento divergente, no qual a Desembargadora Nancy Andriighi coloca que deixando de cuidar da família, tal ato implica o reconhecimento da ilicitude, ponderando se tratar de uma omissão, com a possibilidade, assim, de indenizar o ofendido.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (SÃO PAULO, 2012).

Pelo exposto, apesar de se ponderar que é pacífico o entendimento jurisprudencial de que não é cabível a indenização por danos morais em decorrência do abandono afetivo, conclui-se ser cabível a referida indenização, diante das transformações que a sociedade, bem como as relações familiares vêm sofrendo, tornando-se imperioso ao Estado efetuar a aplicação da indenização, com o intuito de dirimir novos casos, fazendo com que os filhos dentro da relação familiar possam ter seu desenvolvimento pleno, sem que sofram com o abandono.

4 CONCLUSÃO

Pela busca da análise e possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo, observou-se que essa situação, em geral causada por um dos genitores, vem ocasionado grandes danos psicológicos aos filhos, possuindo esses o dever de serem reparados.

Nesse sentido, fora analisado que a família se tornou de extrema importância para o desenvolvimento psicológico e social dos filhos, gerando consequências que para as quais cada vez mais vem se buscando a solução com o Judiciário, como forma de inibir atitudes que prejudiquem as crianças e os adolescentes.

Dessa forma, a indenização decorrente do abandono afetivo, embora ainda não existam muitos julgados a respeito, pois estão em expansão, deverá tornar-se cada vez mais comum, preocupando aqueles que, por inércia afetiva, deixam de proporcionar aos filhos o tratamento por estes desejado, desde a mais tenra idade até a fase adulta.

*Affective abandon: implications within civil responsibility***Abstract**

The ability to civilly liable parents who leave a child emotionally being debated in the national legal landscape in recent years. This article seeks to analyze the incidence or not the duty to indemnify for punitive damages situations where the emotional distance is identified. To this scope, introductory questions of liability will be analyzed and a brief history of the family and the changes occurring in the course of time, will be built. After, will be studied about the emotional distance. Accordingly be approached about the moral damage and still be considered or not the application of civil liability as a result of emotional abandonment by doctrinal and jurisprudential analysis.

Keywords : *Emotional neglect. Material damage. Family. Liability.*

Notas explicativas:

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado 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 [...] § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º - A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, C. A.; ULBANO, B. C. Indenização por abandono afetivo, quanto custa o seu amor? **Sociedade e Direito em Revista**, ano 3, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://cursodirei.dominiotemporario.com/doc/BARBARA.pdf>>. Acesso em: 03/03/2014.

ARAGÃO, V. C. Aspectos da responsabilidade civil objetiva. **Âmbito Jurídico**, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2352>. Acesso em: 27 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 514.350-SP 2003/0020955-3**. Órgão Julgador Quarta Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgamento em 28 abr. 2009. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 maio 2009.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DAMIAN, K. Responsabilidade Civil: Nexos de Causalidade e Excludentes. **Universo Jurídico**, 2009. Disponível em: <<http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6414>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

DIAS, J. de A. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOBO, P. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACIEL, D. B. Caso fortuito e força maior, há diferença entre eles?. Isto é Direito, 2009. Disponível em: <<http://istoedireito.blogspot.com.br/2009/06/caso-fortuito-e-forca-maior-ha.html>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

NADER, P. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, D. U. Pressupostos da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro. **Administradores**, 2008. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/administracao-e-negocios/pressupostos-da-responsabilidade-civil/26381/>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação civil n. 70052059417. Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgamento em 07 fev. 2013. **Jus Brasil**, Porto Alegre, 09 fev. 2013.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AC n. 2011.073787-1**. Apelante: V. J. P. F. Apelado: V. J. P. Quarta Câmara de Direito Cível. Relator: Desembargador Jorge Luis da Costa Beber. Julgamento em 02 ago. 2012. Jus Brasil, Florianópolis, 03 ago. 2012a. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20110737871>>. Acesso em: 12 out. 2013.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AC n. 2012.005438-5**. Apelante: R. C. S. Apelado: O. W. N. Terceira Câmara de Direito Cível. Relator Desembargador Marcus Tulio Sartorato. Julgamento em 27 mar. 2012. Jus Brasil, Joinville, 28 mar. 2012b. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20120054385>>. Acesso em: 12 out. 2013.

SANTOS, P. de P. S. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 23 abr. 2013.

SILVA, G. P. da. A responsabilidade objetiva no direito brasileiro como regra geral após o advento do novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4045>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

SÃO PAULO (Estado). Supremo Tribunal de Justiça. REsp n. 1159242/SP. Terceira Turma. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 24 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo, 10 maio 2012.

STOCO, R. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, R. de S. Dolo e Culpa na Responsabilidade Civil. **Portal Zé Moleza**, 2003. Disponível em: <<http://www.zemoleza.com.br/carreiras/7590-dolo-e-culpa-na-responsabilidade-civil.html>>. Acesso em: 20 maio 2013.