

ABANDONO AFETIVO E O DEVER DE INDENIZAR

Enviado em: 03/02/2015
Aprovado em: 20/08/2015

Guilherme Domingos de Luca¹
Maiara Santana Zerbini²

RESUMO

Busca-se por meio do presente artigo, analisar as questões que envolvem o abandono afetivo e o dever de indenizar, no âmbito do Direito de família. o estudo apresentará uma análise acerca do afeto, seu papel na sociedade e principalmente na existência das famílias, além de demonstrar o que é a função parental. Logo após a apresentação dessas informações, o estudo parte-se para a análise da negativa de afeto nas relações paterno e materna, demonstrando, inclusive, as suas consequências, bem como o atual posicionamento da jurisprudência. O objetivo principal da análise consiste em responder o seguinte questionamento: Há proteção dos filhos contra o abandono afetivo? Visando a solução, segundo as bases lógicas de investigação, a pesquisa se pautou no método dedutivo, valendo-se da análise de livros, doutrinas, artigos científicos e jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo. Indisponibilidade da paternidade. Indenização.

ABSTRACT

Search up through the present article analyzes the issues surrounding the emotional abandonment and the duty to indemnify under the Family Law. the study will present an analysis of the affection, their role in society and especially in the existence of families, and demonstrate what is the parental role. Shortly after the presentation of this information, the study part to the negative analysis of affection in the paternal and maternal relations, showing even its consequences, as well as the current positioning of jurisprudence. The main objective of the analysis is to answer the following question: Is there protection of children from the emotional abandonment? In order to solution, according to the logic of research bases, the research was based on the deductive method, drawing on the analysis of books, doctrines, research papers and case law.

KEYWORDS: emotional neglect. Unavailability of parenthood. Indemnification.

¹ Advogado. Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM – Marília/SP. Bolsista CAPES/PROSUP – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC – Minas Gerais. Membro dos Grupos de Pesquisas NEPI – Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet e DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais, ambos cadastrados no diretório de grupos de pesquisa do CNPQ. E-mail: guilherme.luca@uol.com.br.

² Advogada. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM/SP). E-mail: maiaraszsantana@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O afeto é um sentimento extremamente necessário na compreensão do Direito de Família. Recentes decisões têm trazido à tona questões polêmicas que envolvem o dever dos pais em acompanhar os filhos no seu desenvolvimento e vida psicológica.

Com a evolução da sociedade e com a vigência da atual Constituição, inúmeras foram as mudanças ocorridas no âmbito deste Direito, que deu força para uma reestruturação do Código Civil, que aconteceu no ano de 2002. Dentre todas as modificações, destaca-se, principalmente, para a necessidade de se valer o interesse dos filhos, nas relações com seus genitores.

Diante destas considerações, o estudo apresentará uma análise acerca do afeto, seu papel na sociedade e principalmente na existência das famílias, além de demonstrar o que é a função parental. Logo após a apresentação dessas informações, o estudo parte-se para a análise da negativa de afeto nas relações paterno e materna, demonstrando, inclusive, as suas consequências.

É certo que o afeto relaciona-se aos sentimentos de carinho, cuidado, e até mesmo o respeito que se tem por alguém de proximidade elevada ou até mesmo uma pessoa querida e conhecida. É o estado psicológico, que contribui para que o ser humano possa demonstrar e expressar as emoções e os sentimentos que tem em face de outra pessoa, sendo inclusive, um direito tanto dos filhos, como também dos pais.

Por sua vez, o abandono afetivo, está ligado à ideia de ausência de participação dos pais no desenvolvimento da prole, no que diz respeito à necessidade de se oferecer afeto. Acerca dos efeitos que isso reproduz na vida dos filhos, o trabalho partirá também, para o estudo sobre a responsabilidade afetiva, discorrendo, também, as consequências que ocorrem na vida de quem sofrem, e até mesmo de quem causa, assim como os efeitos civis que o mencionado fato jurídico ocasiona.

O objetivo principal da análise consiste em responder o seguinte questionamento: Há proteção dos filhos contra o abandono afetivo? Visando a solução, segundo as bases lógicas de investigação, a pesquisa se pautou no

método dedutivo, valendo-se da análise de livros, doutrinas, artigos científicos e jurisprudências.

1 O AFETO E A FUNÇÃO PARENTAL

O afeto se apresenta como um dos mais importantes sentimentos que o homem possa vivenciar durante toda sua vida. Está intimamente ligada às questões de relação que reproduzem o carinho, cuidado, e até mesmo o respeito que se tem por alguém de proximidade elevada ou até mesmo uma pessoa querida e conhecida no decorrer do tempo e espaço.

Nota-se tratar de estado psicológico, que contribui para que o ser humano possa demonstrar e expressar as emoções e os sentimentos que tem em face de outra pessoa. Trata-se do conhecimento advindo da vivência, e não se limita apenas aos contatos físicos, e sim diante da interação e interligação que ocorre entre as partes envolvidas.

O conceito de afetividade esta diretamente ligada à interação humana, onde o relacionamento é o causador expresso de qualquer forma de criação de afeto que possa existir neste vínculo.

A afetividade é de tamanha importância, que no estudo do direito de família acarretou na recepção valorativa por meio de uma norma privilegiada na existência de um próprio princípio. Não seria diferente dentro do âmbito de aplicação do Direito de Família, onde ele se apresenta como o meio essencial para a vida, e fundamental para que haja a família como uma instituição.

Segundo a redação da Constituição Federal, o afeto se refere a um valor jurídico que esta atrelada a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Assim, não se restam dúvidas que o afeto é um valor fundamental e essencial.

A Constituição Federal brasileira não regula a família dentro de moldes petrificados por antigas práticas, numa reprodução secular de estruturas familiares impostas pela tradição (família patriarcal e matrimonializada). O constituinte, como lhe competia, foi muito pragmático e auscultando a realidade social ao redor (costumes, anseios e práticas cotidianas) expandiu o raio de abrangência da família do determinismo biológico para o eixo afetivo. Ao reconhecer a união estável como entidade

familiar e dotar-lhe de proteção jurídica nos mesmos moldes do casamento, por exemplo, deixa claro para os seus intérpretes que o afeto, e não apenas a vontade estampada num contrato solene, é o elemento constitutivo da instituição (ou entidade) família. Da mesma forma, vemos que a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho, é uma nova forma de parentesco civil refletindo uma desbiologização da família (RODRIGUES, 2013).

Segundo a Carta Magna Nacional, há uma busca na tutela das relações familiares, a partir dos novos modelos familiares existentes. Não se podem engessar as normas de direito de família, ora que elas devem se adaptar de acordo com as transformações que acontecem na sociedade. Portanto o afeto deve prevalecer em face das normas jurídicas, que não devem ser engessadas, mas sim, podendo ser deliberadas.

O artigo 226 da CF, na sua íntegra, traz o entendimento de que a afetividade é o principal elemento para a constituição de uma família, e conseqüentemente se garante a dignidade da pessoa humana. Ressalta-se que no §4º, há uma denominação de que família é a entidade familiar à comunidade, formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

As normas de direito de família são pautadas de regras que visam efetivar o afeto. Porém, o Estado não poderá criar condições para manter uma família, e sim interferir na realidade social e no novo contexto histórico existente.

Dentro deste contexto, denota-se para a importância da função parental, que pode ser exercida por qualquer membro, sejam eles o pai, mãe, tio, tia, avó, avô, reiterando-se que a família é a entidade compreendida por como sendo o núcleo onde os membros que a integram compartilham comunhão plenos da vida e unidos por laços de afetos.

2 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E AUSÊNCIA DOS GENITORES

O afeto é uma das principais causas que contribui para o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

Ademais, há que se perceber que algumas áreas do conhecimento humano, tais como a psiquiatria, a pedagogia, bem como os demais campos, apontam expressamente para a corrente de entendimento de que a ausência dos pais pode comprometer a saúde emocional dos filhos.

A legislação tem entendido que além de se reconhecer a paternidade sobre os filhos, é dever também dos pais em participar do processo de desenvolvimento, onde a sua ausência pode desencadear uma irreparável perda da referência familiar. Assim, não basta apenas ser pai (leia-se pai ou mãe) no sentido patrimonial e financeiro, mas sim sendo atuante na vida da prole, estando do lado do menor em todos os momentos por ele vivido.

Não basta ser pai, tem que participar. O termo é bastante conhecido, e as dificuldades para fazê-lo se tornar realidade também. A rotina diária ou a forma como a estrutura familiar está organizada exige que os pais encarem como desafio o que deveria ser uma obrigação: tornar-se presente na vida dos filhos. A ausência se transforma em culpa, para os pais que não conseguem dar atenção à prole, e em traumas para os filhos, que se sentem sozinhos e até rejeitados pelos pais (VALE, 2014).

O término de um relacionamento entre pais, sempre foi responsável em gerar inúmeros traumas ao menor. Do mesmo modo, compreende-se que o término de um matrimônio, no passado, era motivo para inúmeros julgamentos e reprovação de toda a sociedade, já que era tido como um ato contra os bons costumes e as crenças religiosas.

Com a evolução da sociedade e surgimento de diversas tecnologias, o modo de viver juntamente com os comportamentos humanos individuais e coletivos, contribuíram para a ideia de que término de uma união deixasse de ser visto como algo “pecaminoso e reprovador” e, passasse a ser compreendido e habitual perante as pessoas.

Mesmo não se tratando de uma questão social, a ruptura do vínculo conjugal ocorre em razão de inúmeros motivos, fazendo que a manutenção da união e enfraquece vínculos afetivos ocasione o término da união.

Entretanto, há que se apontar que o rompimento da relação conjugal entre os pais, não deve se refletir na relação existente destes com os filhos, e sim se limitar nos contornos conjugais.

Mesmo havendo a separação dos pais, deve-se preservar a manutenção do vínculo de afeto, preservar a instituição familiar, em que se espera uma convivência harmoniosa dentro da mesma habitação, ou de modo que o filho possa ter todo o acompanhamento psicológico de ambos os pais, o que não se espera em situações que se rompem a convivência.

Inegavelmente, o término de uma relação não constitui o fim da autoridade parental, visto que a mesma não se extingue, ocorrendo apenas à alteração de suas práticas. Todavia, acontecendo o rompimento de forma conflituosa, inúmeros são os reflexos psicológicos que poderão ser desencadeados nos filhos, principalmente nas situações em que estes são utilizados como “objeto de negociação”, além de também dificultar o livre exercício do poder familiar (DE LUCA; RINALDI JR, 2014, p. 278)

Percebe-se que o final de uma relação não constitui o fim da autoridade dos pais sobre os filhos, já que a mesma não se extingue. O que de fato ocorre, é apenas a alteração das práticas dos pais sobre os filhos.

Acontecendo o rompimento de forma conturbada, muitos são os reflexos e consequências psicológicas que poderão ser desencadeados nos filhos, principalmente nos casos em que estes são utilizados como instrumento de negociação, o que acaba atrapalhando veemente o exercício do poder familiar.

A utilização do menor como centro dos problemas conjugais e a exposição daquele, a sentimentos de vingança, deixa-o refém das mais violentas formas de alienação. Na verdade, a vulnerabilidade emocional dos pais e sua incapacidade de proteger os filhos dos problemas conjugais, acaba por ocasionar também a desestruturação emocional de sua prole (MONTEIRO, 2011, p.03).

Os conflitos emocionais decorrem da busca pela tutela jurisdicional que é oferecida pelo Estado, através do Judiciário, e que em muitos casos, é fonte de uma batalha incansável, onde cada parte tenta demonstrar que é melhor na criação de seus filhos, e que o outro não é um bom genitor, esquecendo-se que o que está sendo discutido é a vida de um menor que possui sentimentos, e que na maioria das vezes está presente e entendendo toda a problemática

suscitada. Em razão da “guerra então declarada”, muitas vezes o menor deixa de respeitar o genitor pelo qual não habita.

Buscando que os conflitos se extinguem, o direito inseriu no seu rol de previsões a possibilidade de guarda conjunta, havendo divisão das responsabilidades, e reaproximação dos genitores em face de suas proles, de modo que o maior interesse da criança e do adolescente seja preservado. Em outros casos, diante da separação dos pais, percebe-se que essa relação acaba se tornando um problema, onde pais abandonam os filhos, bem como em outros casos, os filhos também acabam abandonando os pais.

3 DO ABANDONO AFETIVO E SUA CONFIGURAÇÃO

Conforme já discorrido, percebe-se que o abandono afetivo esta intimamente ligada ao término da relação dos pais, que muitas vezes acontece de forma conturbada, gerando consequências traumáticas para os menores que estão sob sua proteção. Em casos mais graves, há absoluto rompimento dos laços de afetividade existente entre pais e filhos.

Para que seja possível apresentar uma definição clara do que venha a ser o abandono afetivo, deve-se analisar o que é afeto. A partir da vigência da atual Constituição Federal, que se encontra promulgada desde o ano de 1988, a família se tornou uma condição fundamental para a existência dos seus próprios membros, de modo que o afeto também se tornou altamente importante nas relações entre os membros, tanto com os pais, como também nos irmãos.

A criança necessita da participação ativa dos pais, e, precisam que estes estejam de forma contínua no seu desenvolvimento, de modo que haja inclusive uma convivência familiar, acarretando num desenvolvimento saudável e feliz. Mas, o afeto que se espera dos pais não se confunde com o simples fato de estar com a guarda ou não. Essa convivência é entendida como um direito fundamental, inerente à personalidade humana, portanto que deve ser respeitada e cumprida.

O afeto é também denominado como a arte de amar ao próximo, conforme cita o celebre autor, Zygmunt BAUMAN, no livro chamado de “Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos”:

Amar o próximo como a si mesmo coloca o amor-próprio como um dado indiscutível, como algo que sempre esteve ali. O amor-próprio é uma questão de sobrevivência, e a sobrevivência não precisa de mandamentos, já que outras criaturas (não-humanas) passam muito bem sem eles, obrigado. Amar o próximo como se ama a si mesmo torna a sobrevivência humana diferente daquela de qualquer outra criatura viva. Sem a extensão/transcendência do amor-próprio, o prolongamento da vida física, corpórea, ainda não é, por si mesmo, uma sobrevivência humana — não é o tipo de sobrevivência que separa os seres humanos das feras (e, não se esqueçam, dos anjos). O preceito do amor ao próximo desafia e interpela os instintos estabelecidos pela natureza, mas também o significado da sobrevivência por ela instituído, assim como o do amor-próprio que o protege (2004, p. 46).

A arte de amar é uma característica que se espera dos genitores em face da prole. Por outro lado, também se espera essa reciprocidade, muito embora se entenda tratar de um sentimento subjetivo.

A convivência familiar decorre das relações existentes entre as partes, cabendo aos pais também proporcionar atenção aos filhos, principalmente quando há uma ocasião pra isso. Por exemplo, no dia do aniversário da criança, mesmo não habitando no mesmo teto do pai, essa na maioria das vezes aguarda uma ligação, uma lembrança, ou qualquer tipo de atenção.

Muitas vezes, a indiferença causada pelo pai em relação ao afeto que deveria oferecer aos filhos, bem como toda a prole, caracteriza o chamado “abandono afetivo”. Este abandono afetivo é o grande responsável pelo chamado desajuste familiar e social.

O abandono afetivo não se confunde com o abandono material. No primeiro caso, o abandono afetivo está ligado à ausência de participação dos pais no desenvolvimento da prole, no que diz respeito à necessidade de se oferecer afeto. Já o abandono material, está ligado à ausência de participação dos pais, no que diz respeito às questões econômicas que envolvem o desenvolvimento do menor.

O abandono afetivo é algo extremamente gravoso na vida do menor. Não são apenas os prejuízos financeiros que prejudicam a vida do menor. A

carência, que acontece a partir da ausência de afeto traz inúmeros transtornos, descumprindo-se veemente o princípio do “melhor interesse da criança”:

Assim, muitas vezes o maior interesse do menor é deixado de lado, ora que a presença de ambos os pais se apresenta de forma necessária para o desenvolvimento do filho, e a eventual ausência de um deles cria a chamada perda de referencial familiar, o que ao longo dos anos pode acarretar problemas psicológicos e transtornos imensuráveis (DE LUCA; RINALDI JR, 2014, p. 283).

Fica evidente que o abandono afetivo deixa de lado qualquer interesse do menor, prejudicando inclusive o seu desenvolvimento.

O abandono afetivo se refere também à atitude omissiva atribuída ao pai, quando este tem deveres de ordem moral em razão do poder familiar que exerce sobre o filho, “dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole (MACHADO, 2012)”.

Por outro lado, mesmo nos casos onde os filhos habitam com os pais, pode haver casos em que há o abandono afetivo por parte dos pais. Trata-se de situações onde os pais não dão atenção por filhos dentro da própria residência, e que também gera inúmeros transtornos ao menor.

O abandono afetivo é um mal que deve ser combatido, visto se tratar de uma omissão gerada pelos pais, que reflete diretamente na vida de um menor.

4 PRESSUPOSTOS JURÍDICOS DO DEVER DE INDENIZAR EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO

Ao longo do apresentado, apontou-se para os inúmeros problemas gerados pelo abandono afetivo. É certo que se trata de um grande causador de transtornos na vida da pessoa vítima deste mal, sendo certo que recentes julgados têm entendido acerca da possibilidade de reparação pecuniária.

Dentre os mais importantes julgados que envolvem a indenização por abandono afetivo, destaca-se a posicionada pelo Superior Tribunal de Justiça, e, que merece ampla análise, tendo em vista que para se entender a questão

que envolve tal instituto, deve-se expor acerca da responsabilidade civil e sua teoria dentro do código de 2002.

O dano afetivo equipara-se na sua essência ao dano moral, em que só haverá caracterização da obrigação do pai em reparar os danos, se presente todos os requisitos exigidos para qualquer ação dessa mesma natureza jurídica.

Para se analisar as questões que envolvem a responsabilidade civil devem-se também atentar-se à compreensão acerca da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

A responsabilidade civil é assim entendida:

É uma aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar um dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão do ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal. (DINIZ, 2010 p.36)

Destaca-se ainda, outra definição:

Em princípio toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar. Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. (VENOSA, 2009, p.1)

A responsabilidade civil tem o escopo de tornar a situação da pessoa que foi lesada parecida ou igual à situação anterior do dano. Ela é utilizada como meio de reparar essa situação a partir do patrimônio do causador ou responsável. Possui o cunho compensatório em relação a vítima e um cunho pedagógico punitivo em relação ao causador. No Direito de Família, em especial no que se refere ao direito ao afeto, a responsabilidade civil busca indenizar o menor que foi privado do seu direito do afeto pelo genitor.

A responsabilidade civil poderá ser objetiva ou subjetiva.

A responsabilidade civil objetiva também conhecida como teoria do risco é entendida como responsabilidade sem culpa, definida pelo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Ao se analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil pós-modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo (...) Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados. (VENOSA, 2009, p.9)

Ao se consolidar a teoria do risco surgiram várias correntes como propostas de demarcações sobre os seus limites, no entanto, todas sobre o ponto principal que é a reparação do dano, tão somente pela presença do risco, independente de culpa do genitor, já que o presente estudo se refere ao abandono afetivo. A modalidade mais aceita é a teoria do risco criado, onde a reparação é devida simplesmente pela criação do risco.

Com o surgimento da responsabilidade objetiva, a responsabilidade subjetiva não deixou de ser aplicada. Esta será aplicada quando a culpa do infrator ficar demonstrada, hipótese em que ficará mais fácil o êxito do lesado em obter suas pretensões de reparação ao dano sofrido. (OLIVEIRA, 2011, p.109).

Assim, para que exista na responsabilidade subjetiva a indenização devem existir três requisitos: Dano, nexo de causalidade e culpa.

No que tange o dano, este se apresenta como um elemento necessário para configurar a responsabilidade civil. Assim, não há que se falar em responsabilidade, sem que se aponte para a existência de um dano que deve ser reparado (DIAS, 1995, p. 713).

O dano é uma lesão causada a qualquer bem jurídico, inclusive na esfera moral. Por outro lado, cumpre apontar que se refere à lesão ao patrimônio, seja ele fundado em qualquer tipo de relação jurídica (GONÇALVES, 2011, p. 70).

Dentro de um ato ilícito, o dano não se mostra fundamental, já que ele pode existir sem o outro, sendo essencial para se configurar a responsabilidade civil, juntamente com a conduta e nexo causal.

Na análise da responsabilidade civil, o dano é o grande responsável por tal ocorrência. "Não há que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se este não estiver presente. Destacando que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem que o dano seja comprovado (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 183)".

O dano é toda lesão causada ao bem jurídico que dispõe de proteção pelo direito e pelas normas vigentes, não se limitando apenas ao patrimônio, mas se relaciona também aos prejuízos de ordem imaterial, englobando os direitos da personalidade humana.

No âmbito de aplicação e efetivação do direito de família, as causas de abandono afetivo se caracterizam como grande afronta danosa, e que muitas vezes cabe ao instituto da responsabilidade civil atuar, visando à reparação. Diante de tal cenário, há que se ressaltar também acerca do chamado "dano moral", que se define como a lesão injusta a bens tutelados e que não são de cunho patrimonial.

A fundamentação jurídica acerca do dano moral encontra-se no artigo 5º, inciso V e inciso X da Constituição Federal³, e que tem como embasamento a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Nessa ótica, define-se o dano moral da seguinte forma:

O dano moral consiste na lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.55)

³Art. 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 a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988);

A lesão referente ao dano moral não se restringirá ao dinheiro e valores econômicos. O dano moral consiste na lesão aos direitos da personalidade, de modo que sentimentos como a honra, intimidade e a imagem são violadas.

Com relação à prova do dano moral Rui Stoco diz que:

A afirmação de que o dano moral independe de prova decorre muito mais da natureza imaterial do dano do que das *quaestionis facti*. Explica-se: como o dano moral é, em verdade um 'não dano', não haveria como provar, quantificando, o alcance desse dano, como ressuma óbvio. Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não pode se falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material. (STOCO, 2007, p.1714-1715).

Assim, o dano moral é caracterizado pela ocorrência de uma lesão ao íntimo da personalidade, em que a prova em juízo é desnecessária.

A lesão causada pela ausência de afeto proporcionada pelos pais é motivo ensejador para que haja reparação por danos morais. Por outro lado, deve-se apontar que dentro da jurisprudência de direito de família, há correntes que entendem que devem ser comprovados os prejuízos do menor em razão do abandono afetivo.

Não bastam condutas (ação ou omissão) que podem levar à responsabilização do seu autor. Ou seja, a ausência de afeto ou abandono emocional do pai para com o filho não gera, por si só, o dever de indenizar. Há que restar demonstrado o dano (ou grau de dano) que sofre ou sofreu a criança ou o adolescente em razão dessa omissão dos pais. É o nexo causal. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Diante deste entendimento, tem se posicionado as jurisprudências no sentido de que nem todos os filhos que convivem com o abandono afetivo, sofrem com isso. Assim, apenas aqueles que sofrem com inúmeros abalos psicológicos é que são titulares do direito de postularem uma reparação para esse dano.

Em relação à culpa, ela está diretamente ligada à ação ou omissão, podendo existir a partir da imprudência, negligência ou até mesmo da chamada imperícia.

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através: da imprudência (comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo); da negligência (quando o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo); da imperícia (atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano) (STOCO, 2007, p.1767).

Não há uma definição concreta dentro do ordenamento jurídico brasileiro, acerca da culpa. O código civil o caracteriza como sendo um ato ilícito.

A culpa difere também do conceito de dolo, que é aquela conduta intencional, onde o agente atua conscientemente de forma que se deseja o resultado antijurídico produzido. Por sua vez, na culpa não existe essa intenção de lesar. “A conduta é voluntária, já o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia (SANTOS, 2012)”.

A culpa é a conduta voluntária, que age de forma contrária ao dever de cuidado, atribuída pela norma jurídica. Nela há produção de um evento caracteriza pelo dano que acontece de forma involuntária, porém previsto ou previsível pelo agente que praticou (RODRIGUES, 2007, p. 147).

Em relação ao Direito de Família, tem-se percebido que a legislação civil prevê os casos de responsabilidade dos pais diante dos filhos, conforme discorre o artigo 932, incisos I e II, do Código Civil atual, e condutas contrárias, muitas vezes pode incidir na culpa do genitor.

A ausência de afeto praticada pelos pais pode ocorrer tanto por dolo ou como também por culpa, dentre várias circunstâncias. Um exemplo clássico de dolo é quando o pai está brigado com a mãe, e de modo a afetar a genitora detentora da guarda, abandona o seu filho, não dando mais a atenção e carinho que merece. Por sua vez, um caso de culpa que se pode destacar, é nas situações onde um pai, dotado de excesso de serviços e trabalhos, esquece-se de praticar os atos essenciais de carinho no filho, que reside dentro do próprio lar.

Em relação ao nexo de causalidade, para se configurar a responsabilidade civil, é necessária a existência de uma ofensa e do dano. Não se limita apenas a prática de conduta contrária ao direito, mas que essa conduta resulte em grave prejuízo, e que haja uma relação de causalidade entre o ato e o mal então causado. “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 (LEITE, 2007)”.

Trata-se de um vínculo que se cria a partir da causa e o seu efeito, ou também chamado de conduta e resultado. Por exemplo: Se acontece um acidente de carro e esse fica destruído, a destruição está diretamente ligada ao acidente, e o causador deste evento deve repará-lo. Eis aí o nexo de causalidade.

Mas nos casos em que acontecem várias causas, há maiores dificuldades de se estabelecer qual o nexo causal. Nesse aspecto, por exemplo, o filho que perde a mãe no parto não poderá demandar contra o hospital, se a doença que gerou a morte da genitora não tiver relação com possível omissão do corpo clínico.

Diante de tal cenário, há que se apontar que havendo abandono afetivo, a culpa do pai deve ser caracterizada, de modo que seu ato negativo se assume como uma verdadeira conduta omissiva. Nessa situação, os abandonos dos filhos assim como os danos que geram nesses menores referem-se a motivo de nexo de causalidade.

Nesses casos, fala-se na necessidade de laudo pericial, para que se atestar os motivos que ensejaram a doença da criança. Deve-se aferir se há ou não relação direta com a conduta do pai, já que não se pode responsabilizar o pai, por exemplo, um dano que tenha se manifestado no menor em período anterior ao abandono, visto assim a ausência de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 49).

É certo que o nexo de causalidade, assim como o dano e a culpa, são importantes elementos norteadores na aferição da responsabilidade ante a prática do abandono afetivo, à luz da jurisprudência.

5 A INDISPONIBILIDADE DA PATERNIDADE

O convívio familiar se apresenta extremamente necessário para o desenvolvimento da pessoa humana, de modo que a troca de experiências, sentimentos e principalmente de afeto são importantes elementos para a evolução e educação da pessoa dentro do ambiente social, assim como nos relacionamentos.

As relações afetivas não se limitam apenas ao dever imposto ao pai em relação à sua prole. Os filhos possuem o dever de se relacionar com o pai, mãe, irmãos, e todos os membros da residência. Percebe-se que até mesmo tentar definir a importância da família, se mostra confuso, ora que essa parte de um sentimento subjetivo.

Desse modo, os vínculos afetivos têm papel fundamental para a estrutura familiar, a qual os sentimentos de amor, solidariedade, respeito e confiança devem ser práticas e cultivadas diariamente, sendo consideradas como pilares norteadores para a solução de lide judicial. (COIMBRA, 2013)

A família contribui para o surgimento e evolução constante dos valores e sentimentos essenciais das pessoas, onde a ausência dos pais na vida da criança pode acarretar em diversos sentimentos negativos, e até mesmo em inúmeros problemas psicológicos.

Não se trata das situações onde o pai é falecido ou até mesmo desconhecido. Quando o menor sabe da existência do genitor, e, este mesmo assim o abandona, cria-se no imaginário o sentimento de rejeição.

Por sua vez, nessas mesmas situações onde o genitor é falecido ou desconhecido, o outro genitor responsável pela prole, muitas vezes tenta suprir essa ausência, e consecutivamente a carência nutrida.

As ausências dos pais acarretam em "baixa autoestima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação de perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz (SOUZA, 2010, p. 119)".

Uma vez demonstrada de forma imotivada à ausência de um dos genitores no desenvolvimento dos filhos, e que isso desencadeou inúmeros danos, não apenas materiais, mas também moral, cria-se, a possibilidade de ressarcimento moral, através da via judicial, ora que assim estão presentes os requisitos necessários para ingressar com a ação civil. Nesta ótica, estando

caracterizados os requisitos que ensejam o dano moral, (omissão, dano, culpa e nexo de causalidade), é possível a reparação por danos morais.

O abandono afetivo praticado pelo pai, ou até mesmo pela mãe, sem dúvida alguma é fator que viola a lei, sendo motivo para medidas mais graves, tais como a possibilidade de destituição do poder familiar, conforme previsto na redação do artigo 1638 do Código Civil Brasileiro⁴, sendo inclusive o reconhecimento da postura já adotada, de abandono do genitor em face da prole.

A simples destituição do poder familiar, poderia não gerar um efeito educativo necessário, ora que acaba se tornando uma premiação ao pai omissor. Por isso, cria-se a faculdade de indenizar moralmente, mexendo diretamente com a economia daquele que praticou o abandono.

Neste sentido, menciona-se o REsp nº 1.159.242-SP, Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgado recentemente pelo STJ, e que teve grande repercussão nas mídias e imprensa em geral.

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, exurgindo, 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

⁴Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

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 (BRASIL, 2012).

Portanto, percebe-se que o abandono afetivo é um ilícito que merece a justa reparação. É o entendimento da jurisprudência, a reparação para aquele que deu causa ao abandono afetivo, descumprindo-se da sua função paternal/maternal, esquecendo-se da existência da sua prole, que necessita de assistência para desenvolver.

O amor não é um sentimento que se conquista através do Poder Judiciário, mas o afeto se aplica como um dever, dever este de amor, proteção e cuidado, muito embora se entenda ser subjetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o sentimento do afeto é essencial nas relações familiares, repercutindo diretamente nas relações familiares, assim como os reflexos que reproduzem no âmbito indenizatório, a partir da análise jurisprudencial.

O Direito de família possui um caráter humanizado, que por sua vez é entendido como o elemento essencial para o desenvolvimento da pessoa humana, sendo que dele emana a ordem comportamental e organizacional, que reflete em toda a sociedade, a partir do afeto.

A afetividade é de tamanha importância, que no estudo do direito de família acarretou na recepção valorativa por meio de uma norma privilegiada na existência de um próprio princípio, tornando-se o meio essencial para a vida, e fundamental para que haja a família como uma instituição, estando hoje, previsto no artigo 226 da CF/88.

O Poder Constituinte Brasileiro atribuiu à necessidade de afeto no âmbito familiar. Ocorre que com o término das relações entre os genitores, muitas vezes o que fica ausente em relação à prole, acaba por se distanciando

dos filhos, acarretando em inúmeros problemas. O rompimento da relação conjugal entre os pais não deve se refletir na relação existente destes com os filhos, e sim se limitar nos contornos conjugais.

Por outro lado, se o término da relação ocorre de forma conturbada, reflexos diretos são trazidos na vida do menor, sendo ele utilizado como elemento de disputa entre pais, quando não ocorre o chamado "abandono afetivo", que em suma, refere-se ao rompimento do genitor com sua prole.

Esse distanciamento gerado, na maioria das vezes ocasiona males imensuráveis na vida do menor, que diferente do abandono financeiro que se pode reparar com uma indenização pecuniária, o dinheiro embora tenha a intenção de reparar um dano, não substituirá o ocasionado.

Mas, a partir da ótica da responsabilização, cabe ao Direito Civil, através do Instituto da Responsabilidade Civil, contribuir para a verificação da ocorrência do dano na caracterização do abandono afetivo. Uma vez caracterizado o dano na vida do menor advindo de ato ilícito, ou da culpa, em razão da ação ou omissão, e principalmente o nexo de causalidade, que é a ligação de tudo isso, não se restam dúvidas que a indenização se materializa.

O convívio familiar se apresenta extremamente necessário para o desenvolvimento da pessoa humana. A troca de experiências, sentimentos e principalmente de afeto são importantes elementos para a evolução e educação da pessoa dentro do ambiente social, assim como nos relacionamentos.

As relações afetivas não se limitam apenas ao dever imposto ao pai em relação ao sua prole. Os filhos possuem o dever de se relacionar com o pai, mãe, irmãos, e todos os membros da residência.

A inércia dos genitores em face do dever de afetividade da prole deve ser reparada, mesmo que de forma indenizatória, ora que o amor não é algo que se compra ou vende, sendo certo que decisões como a proferida pelo STJ, contribuirão para que outros genitores repensem suas atitudes, antes mesmo de praticar o abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70036776078. 7ª Câmara Cível, j. 26.01.2011. Rel. Des. Roberto Carvalho Fraga. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª.ed. Rev. E Ampl. São Paulo: Atlas, 2008

COIMBRA, Marta de Aguiar. **Família socioafetiva e a importância do princípio constitucional da afetividade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13375&revista_caderno=14>. Acesso em: 01 fev. 2015.

DE LUCA, Guilherme Domingos; SANTOS JUNIOR, Danilo Rinaldi. **Guarda compartilhada dos padrastos e madrastas**: efetivação do princípio do maior interesse da criança e do adolescente. In: Carolina Valença Ferraz; José Sebastião de Oliveira; Luciana Costa Poli. (Org.). XXIII Congresso Nacional do CONPEDI (UFPB). 1ed. v.1. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=476d47ccb574f051>>. Acesso em: 03 fev. 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade Civil. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. **Apontamentos sobre o nexos causal**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2353>. Acesso em: 01 fev. 2015.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Abandono afetivo dos filhos e danos morais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666>>. Acesso em: 3 fev. 2015.

MONTEIRO, Wesley. **O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas**: ensaio sobre alienação parental. *Âmbito Jurídico*, v. 93, 2011.

OLIVEIRA, Euclides de. **Do direito de família**. Publicado em: 2011. Disponível em: <www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Euclides/Direitofamilia.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2015.

RODRIGUES, João Gaspar. **O princípio jurídico da afetividade no direito de família. Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3730, 17 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25303>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil**: origem e pressupostos gerais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 17 jan. 2015.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável**: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina. In: *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 11, n. 58, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VALE, Natália do. **Ausência Dos Pais Pode Comprometer Saúde Emocional Dos Filhos**. Disponível em: <www.pediatriaemfoco.com.br/posts.php?cod=326&cat=8>. Acesso em: 20 jan. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.