



A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Submetido em: 13/08/2019

Aprovado em: 13/09/2019

Rodrigo Almeida Magalhães¹

Mariana de Souza Saraiva²

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo estudar a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo dentro do núcleo familiar. Para tanto, buscou-se compreender a função e o significado atual da família; observou-se o conceito e a natureza jurídica do afeto, bem como o que se entende por abandono afetivo; analisou-se os limites de abrangência do direito e a efetividade de sua regulação no que diz respeito à responsabilização civil por abandono afetivo; e buscou-se compreender a responsabilidade civil e a possibilidade de ocorrência de dano moral no contexto indicado.

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

ABSTRACT

This study aimed to study the possibility of civil liability for emotional abandonment within the family nucleus. To this end, we seek to understand the function and current meaning of the family; reduce the concept and legal nature of affection, as well as what it means by emotional

¹ Doutor e mestre em Direito pela PUC/Minas, professor da PUC/MG e UFMG. E-mail: amagalhaes@ig.com.br

² Docente; possui capacitação em mediação; mestre e doutoranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; graduada em Direito pela PUC Minas; possui LLM em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV com certificação internacional em *Strategic Business Leadership* pela Ohio University (EUA); pesquisadora no grupo de pesquisa NEE – Núcleo de Estudos Empresariais da PUC Minas. E-mail: amagalhaes@ig.com.br

abandonment; analyze the limits of the scope of the law and the effectiveness of its regulation with respect to civil liability for emotional abandonment; and we sought to understand civil liability and the possibility of moral damage in the indicated context.

Keywords: Family. Affection. Affective abandonment. Civil responsibility. Moral damage.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo dentro do núcleo familiar³⁴.

O tema é controverso e complexo, essencialmente pela dificuldade de se responder às seguintes perguntas que sempre são levantadas ao se discutir o assunto: pode o direito punir um indivíduo por não possuir afeto por outro familiar? É ilícito, no contexto atual e legislativo, deixar de ter ou não nutrir afeto por seus ascendentes ou descendentes?

Existem, atualmente, duas correntes sobre o tema. São elas denominadas como corrente negativa e corrente positiva. Aqueles que coadunam com a corrente negativa defendem, em suma, que não é possível que o direito obrigue um indivíduo a possuir afeto por outro e que, de acordo com a legislação brasileira, a ausência de afeto por outrem não se configura como ilícito civil e, por esta razão, não há que se falar em responsabilidade civil por abandono afetivo, vez que o afeto é apenas um valor. Já aqueles que são adeptos da corrente positiva entendem ser possível a configuração de dano moral por abandono afetivo, vez que seria imprescindível para a garantia da dignidade da pessoa humana, incluindo aqui a garantia dos direitos da personalidade, que exista dentro do núcleo familiar a solidariedade, o respeito e

³ Diferentemente do que geralmente encontramos nas pesquisas que foram objeto de revisão, que dão enfoque a apenas um tipo de relação familiar, como aquela estabelecida entre pais e filhos, importa ressaltar que a compreensão do tema nesse trabalho se dará de forma ampla, ou seja, considerando todos os tipos de relações que podem ser estabelecidas dentro do núcleo familiar.

⁴ Diniz (2010) define família da seguinte forma: “1. Direito civil. a) No seu sentido amplíssimo, o conceito abrange todos os indivíduos ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como as pessoas de serviço doméstico ou as que vivam às suas expensas; b) na acepção ampla, além dos cônjuges e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins; c) na significação restrita, alcança não só o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio ou da união estável e pela filiação, ou seja, os cônjuges, os conviventes e a prole, mas também a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes, independentemente de existir o vínculo conjugal que a originou. 2. Sociologia jurídica. Instituição social básica. 3. Direito constitucional. Célula fundamental da sociedade protegida constitucionalmente”. No presente trabalho, a análise da responsabilidade civil por abandono afetivo se dará no que diz respeito à significação restrita de família acima indicada.

o amor, compreendendo o afeto como princípio imbuído, por isso, de força normativa.

Para uma possível conclusão sobre o tema, mostra-se importante observar alguns pontos que estão inseridos no contexto do assunto. Vê-se importante compreender, primeiramente, a função e significado atual da família. Necessário também é definir conceito e à natureza jurídica do afeto, bem como do que se entende por abandono afetivo. Por óbvio, é também imprescindível estabelecer, dentro do direito brasileiro, como se configura a responsabilidade civil na situação indicada e, mais especificamente, compreender a existência dano moral nesse contexto. Por fim, é essencial observar os limites de abrangência do direito e a efetividade de sua regulação no que diz respeito à responsabilização civil por abandono afetivo.

Para o presente estudo, será realizada revisão bibliográfica. A pesquisa será orientada pelo raciocínio dialético, pelo qual se pretende investigar o tema proposto, para explorar suas contradições e analisar as consequências que se projetam sobre a realidade.

Será utilizado também o procedimento de investigação jurídico-compreensivo, por meio do qual se promoverá a análise, de forma problemática do assunto, em seus diversos aspectos e níveis, gerando possibilidades para que se compreenda a efetividade e cabimento da responsabilização civil por abandono afetivo.

2 FUNÇÃO E COMPREENSÃO DA FAMÍLIA

A função e a compreensão do que se entende por família tiveram grandes mudanças ao longo da história. Não é necessário aqui que se faça a descrição de todo o processo mudança sobre o tema desde que se tem notícias históricas do surgimento da família, sob pena de adentrarmos desnecessariamente em questões não muito úteis ao desenvolvimento da pesquisa.

Contudo, é essencial para a investigação que aqui se propõe, para que o assunto seja devidamente contextualizado, que se identifique a função e a compreensão sobre família, principalmente nas últimas décadas, e que fique estabelecida a situação atual dos temas mencionados, principalmente no que diz respeito à abordagem jurídica.

A família é, em regra, o primeiro grupo no qual o indivíduo se insere. É nela que o indivíduo estabelece suas primeiras relações sociais e primeiros conflitos.

Esse agrupamento social, que antes era definido pelo casamento e pelos laços biológicos advindos dessa união, era voltado basicamente a questões patrimoniais e se inseria em um contexto onde o patriarca, de forma autoritária, determinava a vida de seus membros.

Nas últimas décadas, no contexto brasileiro, essencialmente após à promulgação da

Constituição de 1988, que acompanhou as mudanças que se verificaram na sociedade, o entendimento jurídico sobre família passou por importante mudança.

Conforme lição de Viegas e Poli (2013), o ordenamento jurídico brasileiro, após o advento da atual Constituição, “passou a ser o ser humano e sua dignidade” (VIEGAS e POLI, 2013, p. 70).

Neste contexto, o afeto, a igualdade e a solidariedade passaram a ser elementos imprescindíveis ao grupo familiar. A família passou a ser considerada lugar de realização da dignidade humana do ponto de vista socioafetivo e existencial, inserindo-se em uma concepção eudemonista, onde se busca a realização da felicidade.

A título exemplificativo, é possível observar, dentro dessa evolução jurídica sobre o instituto familiar, o reconhecimento⁵ pelo direito de situações antes não juridicamente legitimadas como: a igualdade entre os cônjuges; o direito daqueles que se relacionam em união estável, inclusive em relações homoafetivas; os direitos dos filhos nascidos fora do casamento; a possibilidade de adoção de filhos por casais homoafetivos; a igualdade de tratamento entre filhos adotivos e biológicos; e o reconhecimento da paternidade e maternidade afetiva.

Nesse sentido, de forma sucinta, Lago e Oltromari (2014) lecionam que:

[...] o que importa destacar é o espaço que o afeto tomou para compreensão da família. O que no início se caracterizada pela união de pessoas descendentes do mesmo ancestral, unidas no objetivo comum de produção e cultivo da terra, literalmente chefiadas pelo patriarca e submetidas à sua vontade, transformou-se em espaço de convivência, desenvolvimento e afeto. A solidariedade familiar e a igualdade entre os membros ganharam cada vez mais espaço e, hoje, consistem em elementos caracterizadores da família moderna, reconhecidos pela Constituição Federal de 1988.” (LAGO e OLTRAMARI, 2014, p. 127).

Considerando todos esses pontos, é possível verificar que dentro do núcleo familiar as pessoas buscam a realização da felicidade e o exercício de uma vida digna e que, neste interim, o afeto, inclusive do ponto de vista jurídico, passa a ser elemento essencial para concepção do grupo familiar, retirando a família do foco patrimonial e biológico, tão importantes para sua configuração em momento histórico anterior.

3 O AFETO

Como foi possível verificar, percebeu-se que o afeto é elemento inerente à concepção atual de família.

⁵ Do ponto de vista legislativo e/ou doutrinário e/ou jurisprudencial.

Neste sentido, não obstante seja uma tarefa complexa e haja controvérsia na definição do significado de afeto e sua natureza jurídica, é importante que isso seja feito para que se possa compreender a temática do presente trabalho.

De acordo com o dicionário Silveira Bueno, afeto significa “s.m. Afeição; amizade; simpatia; paixão; adj. amigo; afeiçoado; atacado; atingido por enfermidade”. (BUENO, 1996, p. 28).

Como se vê, afeto diz respeito a um sentimento do ser humano em relação a outro ou a outra coisa.

Por se tratar de um sentimento, tem-se que ter afeto por alguém ou por algo não é uma questão passível de total controle pelos seres humanos.

Sobre a natureza jurídica do afeto, há divergência doutrinária sobre o tema.

Alguns entendem ser o afeto um princípio jurídico inerente ao direito de família. Outros entendem que ele seria tão somente um valor e, por esta razão, sem viés jurídico.

Ressalte-se que a definição do afeto como valor ou princípio é de grande relevância para o tema, vez que, se considerado como princípio, este terá caráter de norma e, sendo assim, a sua violação implica em ilícito e isso terá consequência importante, como se verá em item posterior, na configuração da responsabilidade civil. Caso se entenda que afeto é apenas um valor, a sua imposição pelo direito não é possível, vez que não haverá a configuração de ilicitude.

Conforme lecionam Almeida e Rodrigues Júnior (2010), os princípios são pertencentes ao plano deontológico, ou seja, trata-se do *dever-ser*, o que leva a uma avaliação de licitude ou ilicitude. Já os valores, na visão dos autores, dizem respeito ao âmbito da axiologia, ou seja, ao que se considera *bom* e a avaliação do que é melhor ou pior.

De acordo com Amaral (2015) a maior parte da doutrina entende que o abandono afetivo nas relações familiares configura um ilícito civil, pois o afeto seria um princípio que, se violado, acarretaria em dano moral passível de indenização pecuniária. A corrente minoritária considera o afeto como um sentimento, sem caráter jurídico, que tem como característica a espontaneidade.

Paulo Lôbo (2011) entende que o princípio da afetividade tem fundamento em nossa Magna Carta, vez que o afeto encontra-se no cerne da concepção jurídico-constitucional da família, considerando que a Constituição Federal em diversos momentos indica, ainda que não expressamente, que o afeto está na base do grupo familiar, como, por exemplo, no artigo 227, § 5º, onde fica estabelecido que “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” (BRASIL, 1988).

Viegas e Poli (2013) não concordam com a consideração do afeto como princípio jurídico, uma vez que “[...] por esta leitura, poder-se-ia obrigar alguém a amar outrem, o que é impossível, juridicamente ou moralmente falando. Ora, o afeto não pode ser imposto. Trata-se de um valor de natureza moral”. (VIEGAS e POLI, 2013, p. 77).

Pelo caráter involuntário do afeto e por não ser algo controlável do ponto de vista humano, entende-se que, de fato, este não pode ter viés de princípio, não podendo o direito impelir alguém a sentir algo por outrem.

Dessa forma, não se vislumbra a possibilidade de responsabilização pela ausência de afeto. O afeto, no caso do direito de família é, claramente, um dos valores que inspiraram o legislador quando da elaboração da norma. Contudo, não pode ser imposto, visto que não tem caráter de normativo.

4 LIMITE DE REGULAÇÃO DO DIREITO

Importante para o entendimento e compreensão do tema é observar quais os limites e regulação do direito em situações existenciais, como é o caso do sentimento nutrido por um membro da família por outro.

O direito, na acepção de norma, pode ser definido como “o conjunto de preceitos ou regras, a cuja observância podemos obrigar o homem, por uma coerção exterior ou física”. (AUBRY e RAU *apud* MONTORO, 2005, p. 56-57).

Contudo, o direito não tem a capacidade, e nem deve ter como condão, o objetivo de regular todas as esferas da vida humana.

Conforme leciona Rodotà (2010), vivemos em uma sociedade saturada pelo direito, onde este acaba por regular situações que não deveriam ser por ele disciplinadas (2010):

Vivimos ya en una law-saturated society, una sociedade repleta de derecho, de reglas jurídicas de las más variadas procedencias, dictadas por poderes públicos e privados, con una intensidad que evoca no tanto una necesidad como una imparable deriva. La conciencia social no acaba de estar a la altura de la complejidad de un fenómeno como éste, que produce asimetrías y desequilibrios enormes, espacios llenos y vacíos, con un derecho demasiado presente en algunos ámbitos y, a la vez, ausente en los lugares em que sería más necesario. (RODOTÀ, 2010, p. 25-26).⁶

⁶ Tradução livre: “Vivemos em uma sociedade saturada de lei, uma sociedade repleta de direito, de regras jurídicas, das mais variadas procedências, elaboradas por poderes públicos e privados, com uma intensidade que não coaduna com a atual necessidade, mas com um desenfreamento. A consciências social não esta a altura da complexidade desse fenômeno, que produz assimetrias e desequilíbrios enormes, espaços cheios e vazios, com um direito muito presente em alguns âmbitos e, em muitos casos, ausente nos lugares em que mais seria necessário”.

Rodotà (2010) defende a necessidade da existência do “espaço do não direito”, ou seja, que o direito se afaste da regulamentação de determinados assuntos da vida, sobretudo daqueles de cunho existencial, para que seja possível o exercício da autonomia privada de forma adequada, permitindo às pessoas que se realizem e definam sua atuação de acordo com sua própria compreensão de vida.

Neste sentido, Esser e Pena (2014) mencionam que:

É preciso reconhecer que o Direito não apresenta solução para todos os problemas. Vivemos em uma sociedade plural na qual os valores e os projetos de vida são divergentes, sendo impossível incumbir ao Direito a solução de eventuais conflitos. Em alguns casos, a imposição de uma solução jurídica, como no caso em estudo, pode significar até mesmo um agravamento do problema. (Esser e Pena, 2014, p. 109).

Villela (1982) defende que a coerção não estimula a conduta correta do ser humano. O autor entende que a violência empregada para efetivação do direito não está em perfeita harmonia com a dignidade da pessoa humana e que a coerção externa é, em verdade, um estímulo à irresponsabilidade, no sentido de que a adesão à norma acaba por se dar sempre pela coerção e não pela voluntariamente. Dessa maneira, o excesso de imposições normativas gera uma sociedade de pessoas com a tendência de cumprir apenas aquilo que lhes é imposto. O autor indica que a coerção faz uso do medo para observância das normas, o que vai de encontro com o ideal de uma sociedade livre e feliz.

No entendimento do estudioso, “Todo o direito não-patrimonial de família é prenhe de situações para as quais a coerção não oferece qualquer resposta satisfatória” (Villela, 1982, p. 17).

Depois, há que se reconhecer a total inaplicabilidade da coerção para um grande número de situações jurídicas. O direito de família, à exclusão dos conteúdos de caráter patrimonial, é literalmente um direito impassível de execução coercitiva. (Villela, 1982, p. 15).

O que Villela (1982) quer dizer, em suma, é que obrigar alguém a ter determinada conduta no âmbito da família poderá acarretar no resultado contrário e, com isso, o direito não terá nenhuma efetividade prática.

A título exemplificativo, Villela (1982) menciona a seguinte situação:

[...] o divórcio por culpa é pensado como espécie de pena para o cônjuge faltoso e foi outrora certamente assim experimentado pelos atingidos. Hoje em dia, porém, isso está longe de ser o caso. Ao contrário: o divórcio é muitas vezes ardentemente desejado justo pela parte “culpada”, porque aspira a contrair novo casamento. (Villela,

1982, p. 17)

Dessa forma, não cabe ao direito determinar e impor os sentimentos de um ente familiar pelo outro. Do ponto de vista prático, a condenação de um familiar pela ausência de afeto poderia agravar a situação que se pretende resolver. A título de exemplo, uma mãe que fosse responsabilizada civilmente por não nutrir afeto por seu filho e, portanto, condenada a pagar valor pecuniário, possivelmente se sentiria menos propensa a ter qualquer bom sentimento em relação a ele. O que se teria, nesse caso, seria a monetarização do afeto e a consequente abertura de um caminho para que a responsabilização civil por abandono afetivo fosse desvirtuada, tornando-se apenas uma forma de enriquecimento financeiro do autor. Dessa maneira, a solução dada ao caso não teria nenhuma efetividade para solução do conflito que se pretende dirimir.

Neste sentido, ensina Ferreira Neto (2015):

[...] o temor e o receio de receber uma condenação judicial a pagar quantia em dinheiro não é, de nenhum modo, um instrumento minimamente eficaz para instaurar em alguém um sentimento sincero e verdadeiro no sentido de direcionar afeto e carinho a alguém. Isso pelo simples fato de que nenhum tipo de ato de coerção – judicial ou de outra natureza – será capaz de forçar alguém a modificar a sua postura afetiva. Muito pelo contrário, pois a condenação pecuniária ou a ameaça de recebê-la é, por certo, a forma mais célere e eficaz de se fechar todas as portas para uma possível reconciliação afetiva. Aliás, cabe dizer que uma postura inicial de indiferença, i.e., o descaso afetivo do pai omissivo, será, certamente, após a condenação judicial, transformado em raiva e rancor, ceifando, assim, de vez, todo e qualquer vínculo que pudesse ser construído entre pai e filho. Assim, nesses casos, teremos a possível instauração de um fenômeno que denominamos aqui de perpetuação de animosidade e mágoa dentro do núcleo familiar, no qual a concretização, por meio de litígios judiciais, do desejo de vingança do filho contra seu negligente pai apenas estará inaugurando novo ciclo de agressividade e violência entre eles. (FERREIRA NETO, 2015, p. 253).

5 ABANDONO AFETIVO

Definido o conceito e a natureza jurídica do afeto, e entendido que o direito não tem o condão de coagir uma pessoa a nutrir sentimentos por outra, necessário é estabelecer o que seria abandono afetivo e como ele se configuraria.

De forma ampla quando o abandono afetivo é tratado, depara-se com a afirmação de que ele se daria com a ausência de carinho ou amor de um ente familiar por outro.

Como vimos nos itens anteriores, o afeto não pode ser imposto a alguém por simples impossibilidade e incapacidade do direito do ponto de vista prático de fazer com que alguém nutra algum sentimento por outra pessoa. Dessa forma, por não ser a ausência de afeto considerado um ilícito civil e por não ser matéria passível de regulação pelo direito, não se pode

responsabilizar civilmente uma pessoa por tal fato, condenando-a a realizar ressarcimento pecuniário.

Ocorre que, dentro da abordagem sobre abandono afetivo, percebe-se que há um ponto que deve ser analisado e que poderia dar margem à condenação por abandono afetivo, sem que com isso se esteja obrigando alguém a nutrir sentimento por outrem, e que ultrapassa o âmbito do direito de família. Seria ele o dever de cuidado.

Conforme ensina Ferreira Neto (2015), quando estamos tratando de abandono afetivo dos pais para com os filhos, “Em regra, com o propósito de se sustentar a positividade dos deveres jurídicos que coíbem o abandono afetivo, são invocados os artigos 227 da Constituição Federal, os artigos 15 a 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 1.634 do Código Civil.” (FERREIRA NETO, 2015, p. 231).

O conteúdo dos referidos dispositivos são os seguintes:

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. (BRASIL, 1988)

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: [...] V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. 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.

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. (BRASIL, 2008)

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação [...] (BRASIL, 2002).

Pela leitura dos dispositivos mencionados, em nenhum momento é possível observar que o legislador tenha determinado que um pai ou uma mãe ame, tenha carinho ou nutra algum sentimento por seu filho. O que se percebe é que o legislador determina, inclusive em algumas passagens a todos os membros da sociedade, que haja um cuidado com as crianças. Ora, não se

pode dizer que o legislador tenha tido a intenção de determinar à sociedade como um todo o dever de ter afeto por todas as crianças.

A título de exemplo, um professor de escola primária, que tem dever profissional de educar intelectualmente uma criança, não necessita amá-la para cumprir sua tarefa. Ainda que tal professor tenha certa antipatia pela criança, ele deve e terá que, apesar disso, cuidá-la de forma a educá-la e garantir a preservação de sua integridade física, psíquica e emocional enquanto está sob seu cuidado.

No mesmo sentido, quando se fala do abandono afetivo de idosos, os dispositivos⁷ utilizados como fundamento de sua configuração, da mesma forma, em nenhum momento falam sobre afeto. O que se têm, no mesmo caso do abandono paterno-filial, é a verificação da intenção do legislador em determinar um dever geral de cuidado da sociedade e da família para com este grupo de pessoas, o que inclui o dever de não maltratar, de preservar sua integridade

⁷ A título de exemplo podemos indicar os seguintes dispositivos:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (BRASIL, 1988).

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

[...]

Art. 37. O idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada. (BRASIL, 2003).

física e psíquica e de preservar sua saúde. Todos estes deveres se incluem no dever de cuidado.

O princípio da solidariedade do direito de família, tem por base o artigo 229 da Constituição Federal que determina: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988). Neste sentido, fica estabelecido que os membros da família têm o dever de cuidar dos demais.

É por essa razão que o dever de cuidado passa a ser função dos membros familiares, e mais uma vez, o que nada tem relação com o sentimento nutrido entre um indivíduo e outro.

Definido ser o dever de cuidado obrigação de um familiar pelo outro, passara-se a observar se a violação de tal dever, além de ser uma obrigação dentro do núcleo familiar, poderia gerar responsabilização civil caso fosse violado, culminando na obrigação de reparação por aquele que deixa de cuidar.⁸⁹

6 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2007, p. 35).

No caso da responsabilidade civil por abandono afetivo, está-se tratando de responsabilidade civil extracontratual e subjetiva, o que indica a necessidade de análise da existência de uma conduta humana, de um dano, da culpa e do nexo causal.

Conforme leciona Amaral (2015) a doutrina majoritária destaca como elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil: i) a conduta humana, que pode ser comissiva ou omissiva; ii) a culpa genérica, em sentido *lato*, que inclui o dolo e a culpa estrita, configurada a partir de negligência, imperícia ou imprudência; iii) o nexo de causalidade entre

⁸ A decisão do Superior Tribunal de Justiça no recurso 1.159.242-SP, em 2012, que mudou o seu posicionamento, passando a admitir a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo, tem entendimento que segue em sentido correlato, estabelecendo que o dever de cuidado é dever dos familiares para com os outros. No caso, foi admitido pelo STJ que o dever de cuidado, quando violado, gera responsabilização civil. Contudo, na leitura do acórdão é possível perceber em algumas passagens do voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi, a menção ao dever de afeto dentro do entendimento do que seja o dever de cuidar, o que, como exposto, não pode ser causa para responsabilização civil e que não guarda relação necessária com o cuidado. Ademais, no acórdão, fica verificado que o dano moral tem sua configuração baseada na dor o que, como se verá em item seguinte, não é causa suficiente para tanto.

⁹ Entendemos, nesse ponto, que a utilização do termo “abandono afetivo” é inadequada. O correto, a nosso ver, seria indicar o termo “dever de cuidado”, tratando-se, portanto, de responsabilidade civil por ausência de dever de cuidado.

a conduta culposa e o dano e; iv) o prejuízo ou dano.

Amaral (2015) cita a lição Rodrigues que explica os elementos acima indicados de forma mais detalhada:

A) Ação ou omissão do agente: o ato ilícito pode advir não só de uma ação, mas também de uma omissão do agente. Em todo caso, decorre sempre de uma atitude sua, quer ativa, quer passiva, e que vai causar dano a terceiro. [...]. B) Relação de causalidade: mister se faz que, entre o comportamento do agente e o dano causado, se demonstre relação de causalidade. É possível que tenha havido ato ilícito e tenha havido dano, sem que um seja a causa do outro. Ainda é possível que a relação de causalidade não se estabeleça por se demonstrar que o dano foi provocado por agente externo ou por culpa exclusiva da vítima. [...]. C) Existência de dano [...]. Em rigor, se alguém atua culposa ou dolosamente, mas não infringe a norma penal nem causa dano a terceiros, seu ato não gera qualquer consequência, pois a questão da responsabilidade civil só se apresenta em termos de indenização e esta só é possível se ocorrer prejuízo. [...]. D) Dolo ou culpa do agente [...]. Age com dolo aquele que, intencionalmente, procura causar dano a outrem; ou ainda aquele que, consciente das consequências funestas de seu ato, assume o risco de provocar o evento danoso. Atua culposamente aquele que causa prejuízo a terceiro em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência. Aqui existe infração ao dever preexistente de atuar com prudência e negligência na vida social. (RODRIGUES *apud* AMARAL, 2015, p. 175)

Presentes estes elementos, e não existindo excludentes do dever de indenizar, surge para aquele que sofre o dano o direito de ser ressarcido por aquele que lhe causou o prejuízo.

No caso do abandono afetivo, pelo que mencionamos, este ocorre pela omissão de um dos familiares em cuidar do outro, a título de exemplo, quando uma mãe deixa de visitar seus filhos, não primando pela educação moral e intelectual de sua prole, podendo causar dano de cunho extrapatrimonial.

De acordo com Cavalieri Filho (2008), em sociedade, o homem tem que agir de modo a não causar dano a ninguém. Em sua conduta, ainda que lícita, os indivíduos devem observar a cautela necessária de modo a não resultar em lesão a bens jurídicos alheios. A essa cautela denomina-se dever de cuidado objetivo.

Importa aqui esclarecer alguns pontos acerca da responsabilidade civil em relação a danos extrapatrimoniais.

Conforme entendimento de Lima e Sá (2016), os direitos da personalidade, são aqueles que possuem como objeto “diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna” (LIMA e SÁ, 2016, p. 5).

Dessa forma, os direitos da personalidade estão intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana, considerada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos da República.

Conforme entendimento de Moraes (2010):

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2010, p. 128).

Lima e Sá (2016) lembram que no direito brasileiro, não obstante tenha sido inserido capítulo específico no Código Civil de 2002¹⁰ indicado alguns direitos da personalidade, o legislador optou por adotar a teoria pluralista com tipicidade aberta, ou seja, não considerando as hipóteses dos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002 como *numerus clausus*, dando margem para que a jurisprudência interprete a lei, indicando outros direitos como inerentes à personalidade.

Importa ressaltar que o dano moral, no entendimento da doutrina brasileira, diz respeito a um dano ao direito da personalidade. Insta destacar que o critério da dor da alma para verificação de dano à personalidade não é aquele atualmente corroborado pela doutrina.

10

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.

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.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (Vide ADIN 4815) (BRASIL, 2002).

Conforme ensinamento de Lima e Sá (2015), o conceito de dano moral com base em um critério psicológico adentrou na comunidade jurídica brasileira por meio da obra de Wilson Melo da Silva, publicada pela primeira vez em 1955, denominada O Dano Moral e Sua Reparação.

De acordo com as autoras, a doutrina civilista vem adotando conceito diverso de dano moral, com base nos direitos da personalidade, conforme entendimento do jurista Paulo Lôbo:

A referência frequente à “dor” moral ou psicológica não é adequada e deixa o julgador sem parâmetros seguros de verificação da ocorrência do dano moral. A dor é uma consequência, não é o direito violado. O que concerne à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua dor, correspondem a dos aspectos essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos da personalidade.

O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins de danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais. (LÔBO *apud* LIMA e SÁ, 2015, p. 52-53)

Dessa forma, para que haja responsabilidade civil por dano extrapatrimonial, necessário que se verifique a existência de um dano a um direito da personalidade.

Neste sentido é necessário observar no caso concreto se, quando um familiar deixa de cuidar do outro, eventual dano causado, configuraria dano a um direito da personalidade. Além disso, deve ficar comprovado que tal conduta culposa é de fato a que gerou o dano, o que, de fato, pela natureza extrapatrimonial do dano, é de difícil verificação.

7 EFETIVIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PARA REPARAÇÃO DO DANO ORIUNDO DO ABANDONO AFETIVO

Como dito em item anterior, a utilização de coerção para cumprimento de deveres jurídicos no âmbito do direito de família é muito pouco efetiva.

O que deve ficar esclarecido neste ponto é que a reparação pecuniária de um dano a um direito da personalidade não possui o condão de reestabelecer ou melhorar a qualidade de uma relação familiar e deve ser encarada tão somente, como, repita-se, uma compensação a um dano da personalidade que pode ocorrer em qualquer relação social e não somente no âmbito familiar.

Conforme lição de Cambi e Cossi (2013):

A indenização por danos morais em face do abandono afetivo não tem o escopo de aproximação familiar. A indenização não tem por finalidade obrigar os pais a serem

seus filhos, ou vice-versa, tendo caráter de punição, compensação e pedagógico (CAMBI e COSSI, 2013, p. 354)

Viegas e Poli (2013) defendem a utilização da mediação como forma de resolução de conflitos referentes a questões afetivas na esfera da vida familiar.

Conforme ensinam Cappelletti e Garth (1998), em obra intitulada Acesso à Justiça, há, dentro do contexto de acesso à justiça, uma preocupação relativa à efetividade da solução dada a um litígio. Os autores indicam, inclusive, o crescimento dos métodos adequados de soluções de controvérsias, vez que se percebeu que nem sempre uma sentença judicial resolve de maneira efetiva um litígio. A preocupação em relação à efetividade da decisão, passou, no entendimento dos autores, a ser tema de grande importância jurídica.

Vilella (1982) ressalta que a composição amigável na resolução de conflitos de interesse cresce de forma importante, não só pela latente insuficiência da justiça pública em decidir adequadamente os conflitos, mas também pelo elevado custo social, econômico e psicológico que permeia o contencioso que, por sua vez, não garante o acerto e a adequação da solução.

Neste sentido, a sociedade vê florescer a mediação que pode ser definida como uma forma de solução de controvérsias que tem como principal objetivo incentivar o diálogo e a escuta entre as partes envolvidas em uma demanda. É um método autocompositivo pelo qual as partes, com auxílio de um mediador – profissional capacitado e neutro – se comunicam de forma melhor, proporcionando melhores chances de formação de um acordo por elas mesmas criado. A mediação busca, sempre que possível, ter foco na relação em sua situação futura, ou seja, em como se desenvolverá a partir daquela situação de conflito.

Neste sentido, em questões familiares que tenham relação com problemas afetivos e emoções, a utilização da mediação poderia acarretar, aqui sim, em uma melhora na qualidade da relação, sendo efetiva para resolução do conflito.

No mais, a decisão de responsabilização civil de um familiar pelo dano a direito da personalidade de outro membro da família, pautado na omissão referente ao dever de cuidado, teria como finalidade punir e compensar de forma pedagógica, possuindo efetividade para tanto.

8 CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho, buscou-se analisar a possibilidade responsabilização civil por abandono afetivo de um familiar em relação a outro.

Concluimos, com a presente pesquisa que o afeto deve ser visto como um valor, que

inspirou o legislador quando da formulação da norma, e não como um princípio, o que torna claro a impossibilidade de consideração da ausência de afeto um ilícito civil.

Além disso, restou claro que o direito não tem o condão de regular todas as esferas da vida e deve se abster de interferir em situações de cunho existencial, como é o caso de boa parte das questões atreladas às relações familiares.

Não obstante essas constatações, verificamos que no que, tange à abordagem do que se entende por abandono afetivo, o dever de cuidado entre os familiares, pautado no princípio constitucional da solidariedade familiar, é norma jurídica e, portanto, deve ser observado. Ressaltamos aqui, que o cuidado em nada tem a ver com afeto ou sentimentos.

Verificamos também que para que seja possível uma condenação por dano extrapatrimonial, a doutrina brasileira vem entendendo a necessidade de dano a direito da personalidade. Nesse sentido, para que seja possível o surgimento da obrigação de reparar de um familiar para com outro em relação a danos extrapatrimoniais, pautados no abandono afetivo, deve ser comprovado no caso concreto que a ausência do cuidado prejudicou um ou mais direitos da personalidade do ofendido.

Observamos que eventual condenação neste sentido terá efetividade no sentido de punir e compensar de forma pedagógica por um dano a um direito da personalidade, e não de reaproximar familiares ou melhorar a qualidade de suas relações.

Para questões de cunho existencial, como conflitos referentes à afetividade entre familiares, entendemos que a mediação pode ser considerada com um meio adequado e efetivo para tanto, por suas características e objetivos, destacando-se o incentivo ao diálogo, ao foco na situação futura da relação, e na possibilidade de surgimento de uma solução elaborada, e por isso efetiva, pelas próprias pessoas que se inserem no litígio.

Por fim, por todo o estudo realizado, concluímos que a utilização do termo “abandono afetivo” é inadequada, sendo mais precisa o emprego das palavras “ausência do dever de cuidado”. Neste sentido, seria mais indicado para abordar a questão, indicar a responsabilidade civil por ausência do dever de cuidado, evitando-se a compreensão indevida da existência de um dever legal de nutrir sentimentos por outra pessoa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Ana Carolina Barbosa. A responsabilidade civil por abandono afetivo: a evolução histórica da família brasileira e a questão da natureza jurídica do afeto. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v.14, n.25, p.153-190, jul./dez., 2015.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Vade Mecum**: acadêmico de direito. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 6. Ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8069/1990). **Vade Mecum**: acadêmico de direito. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 6. Ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Estatuto do Idoso: lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n.º 1.159.242 – SP (2009/0193701-9)**: Abandono afetivo. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 26 de junho de 2017.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 1996.

CAMBI, Eduardo; COSSI, Nathália Pessini. Tutela do abandono afetivo do idoso. **Revista dos Tribunais**. Revista de Direito Privado | vol. 56/2013 | p. 345 - 358 | Out - Dez / 2013 | DTR\2013\11667. Acesso em: 26 de maio de 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V.7. Responsabilidade Civil. 21ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA NETO, Arthur M.; EICK, Luciana Gemelli. Abandono afetivo: os limites do Direito na coerção de manifestações emocionais humanas. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 6, n.1, p. 218-264, jan./jun. 2015.

LAGO, Camila Dal; OLTRAMARI, Vitor Ugo. O Dano Moral Decorrente do Abandono Afetivo: Uma História de Dois Lados. **Revista Síntese Direito de Família**. V. 15. N.º 81 (dezembro/janeiro).

LIMA, Taisa Maria Macena de Lima; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Ensaio sobre a infância e a adolescência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

LIMA, Taisa Maria Macena de Lima; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Ensaio sobre a velhice**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. 26ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. Ed., rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2010.

RODOTÁ, Stefano. **La vida e las reglas. Entre el derecho y el no derecho**, Madri: Totta, 2010.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais. **Revista Âmbito Jurídico**: Família, nº 110 - Ano XVI - Março/2013.

VILLELA, João Baptista. **Direito, coerção e responsabilidade: por uma ordem social não violenta**. Belo Horizonte: UFMG, 1982.