

A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização

João Gaspar Rodrigues*

Sumário: 1 Introdução. 2 Abandono afetivo parental: conceito. 3 Autonomia moral do indivíduo. 4 Liberdade afetiva parental. 5 As correntes do pensamento a respeito da matéria. 6 A monetarização do amor e da moral. 7 Conclusão. Referências.

Resumo: A análise do tema justifica-se em face do crescente questionamento em nossos tribunais e, também, em virtude das complexas exigências de uma sociedade em contínuo processo de aprofundamento democrático. Esta conjunção de variáveis exige do intérprete e do aplicador jurídico posicionamentos sólidos para uma maior efetividade da justiça em responder às demandas formuladas.

Palavras-chave: Abandono afetivo parental. Dano. Indenização. Estado. Impossibilidade.

1 Introdução

Há, na comunidade jurídica, muitas questões que suscitam polêmicas e estão longe de serem totalmente equacionadas à luz do conhecimento jurídico moderno. Dentre elas, eleva-se o abandono afetivo parental e a possibilidade de indenização, como medida determinada pelo Estado-juiz.

A matéria *sub oculis* põe-nos um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, que é o de determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem no comércio

* Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas. Autor dos livros: *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*, Manaus: Valer, 1999; *Tóxicos...*, Campinas: Bookseller, 2001; *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007; *Segurança pública e comunidade: alternativas à crise*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009; *Ministério Público Resolutivo*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

ordinário da vida humana, são passíveis de reparação pecuniária.

A análise do tema justifica-se em face do crescente questionamento em nossos tribunais e, por outro lado, em virtude das complexas exigências de uma sociedade em contínuo processo de maturação democrática. Esta conjunção de fatores cobra do intérprete e aplicador jurídico posicionamentos sólidos (com bom lastro teórico) para uma maior efetividade da justiça em responder às demandas formuladas.

2 Abandono afetivo parental: conceito

O abandono afetivo parental é um claro reconhecimento de que a paternidade ou a maternidade não é apenas biológica, mas principalmente afetiva. Esse estado (abandono afetivo) configura-se na indiferença e na ausência de assistência afetiva (e amorosa) durante o desenvolvimento físico, psicológico e social do filho. Verifica-se, em regra, em famílias monoparentais. Podem praticar tal conduta omissiva tanto o pai quanto a mãe.

O fim de um relacionamento afetivo entre os pais acaba, algumas vezes, inconscientemente, por ser estendido aos filhos, acarretando um trauma pelo abandono. Esse trauma pode se manifestar em crises depressivas, instabilidade emocional, complexos de culpa e de inferioridade, orientação sexual etc.

3 Autonomia moral do indivíduo

Pode o Estado, direta ou indiretamente, obrigar o indivíduo a ser bom ou mau, amoroso ou desamoroso, afetuoso ou desafetuoso? Pode o Estado dizer por qual escala moral deve o indivíduo medir seu comportamento? Pode o Estado, enfim, impor um padrão moral à sociedade, à família e ao indivíduo?

Definitivamente, como diz B. Russell (1957, p. 183), o Estado não deve considerar-se como o guardião da verdade na ciên-

cia, na metafísica ou na moral. O Estado não pode subvencionar com imposições a moral individual e social, assim como o fez, em tempos recuados, com a religião. Se lhe é atribuída a coordenação da atividade exterior das diversas instituições sociais, para que não entrem em conflito, não pode, todavia, usurpar-lhes a autoridade e os objetivos (AZAMBUJA, 1945, p. 60).

A propósito diz Saul K. Padover (1962, p. 68): “En su búsqueda de la verdad la mente humana no debe estar trabada por ninguna organización gubernamental o cuerpo eclesiástico”.

O plano intangível da consciência é um dos poucos espaços onde o Estado moderno, concebido como um deus mortal, não pode penetrar (YANNUZZI, 2007, p. 114). O Estado há de ser neutro nas questões atinentes à moral. E essa neutralidade resultou em conquistas históricas e postulados constitucionais consagrados como a liberdade de consciência e a liberdade de cultos.

A religião e a moral são, reconhecidamente, assuntos em que não deve haver interferência do Estado. São forças sociais que têm de encontrar por si mesmas o seu próprio equilíbrio dentro da estrutura do Estado e da sociedade. Um indivíduo ser cristão, maometano ou budista, ou ainda ser altruísta, generoso ou egoísta, não constitui matéria de interesse público, desde que eles obedeçam às leis e não violem a convivência pacífica; e as leis devem ser obedecidas por indivíduos de todas as religiões ou perfis morais.

A lei civil faz possível a sociedade entre os homens, mas não define a qualidade afetiva ou espiritual mais profunda que une todos na família, no trabalho ou na sociedade política. De acordo com Vigo (2010, p. 264), o Direito não tem por sentido fazer bons homens, mas se conforma em modelar, simplesmente, bons cidadãos, ou seja, que ao final respeitem e confirmam aos outros o que lhes corresponde.

O Direito não exige heroísmo, nem santidade; é-lhe suficiente a honorabilidade, inclusive a fundada na mera conveniê-

cia. Por isso, o preceito bíblico que nos chama a amar ao vizinho, restringe-se, no Direito, a que não se deve lhe causar dano (BOURIE, 2001). É fácil verificar esse atributo da ordem jurídica no princípio da dignidade da pessoa humana. É um princípio consagrado na maioria das Constituições modernas e que, entre os seus inúmeros desdobramentos, fixa para o Estado a qualidade de existir para o homem e não o homem para o Estado (vedação de fazer do homem um objeto da ação estatal). E o ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação (NOVELINO, 2008, p. 211), assim como não pode obrigar ninguém a amar ou a odiar.

No precioso ensinamento de B. Russell (1970, p. 118), não se alicerça um bom sistema social tornando as pessoas altruístas, e sim fazendo com que seus impulsos vitais se harmonizem com os dos demais. Esse é o mínimo exequível, que razoavelmente se pode exigir do Direito e do Estado.

O Direito está para as nossas relações em sociedade como a gramática está para a linguagem: é a forma mais elementar de convivência, que permite, inclusive, estabelecer uma comunicação entre pessoas separadas física ou afetivamente. Dentro dos limites da justiça, o Direito não atende à qualidade intrínseca da relação que mantemos com os demais. Apenas estabelece um marco mínimo de moralidade, para que resulte possível a vida em sociedade.

Amparado nas lições de Bourie (2001), pode-se dizer que as tradições jurídicas mais fortes, em concordância com a natureza da justiça, reconhecem que a primeira função da lei não é transformar-nos em virtuosos. O Direito restringe-se a por um limite externo à nossa propensão ao abuso e à violência, favorecendo a cooperação entre indivíduos que medem seu próprio interesse por uma escala distinta do “outro”. Por isso, sua tarefa não é realizar o melhor dos mundos, mas evitar o perigo latente do pior e, só então, servir de base para uma convivência frutífe-

ra. A dureza de seus meios coativos faz com que o Direito seja um instrumento ineficiente para atuar sobre as convicções ou para obter ideais de perfeição. Em definitivo, a força do Direito como ordem positiva das relações em sociedade é também a medida de suas limitações e riscos.

O Estado é uma criação jurídica e moral da sociedade, uma simples delegação do país (um subordinado pouco confiável e que tem de ser controlado e atrelado a limites precisos), encarregada da manutenção das leis e do custeio dos encargos gerais da comunidade (ORTIGÃO, 1887, p. 194; SCHMITT, 2009, p. 66). O Estado e o governo têm, sobretudo, a função de satisfazer os bens públicos, ou seja, aqueles que não podem ser realizados mediante a interação espontânea das pessoas e entidades privadas (contribuições individuais), porque o esforço individual para satisfazê-los não seria significativo (do ponto de vista de concerto e convergência) para a consecução do objetivo.

A direção moral do indivíduo e da sociedade (*bens privados* em contraposição aos *bens públicos*) não pode, de modo algum, caber ao Estado (por qualquer das suas formas de expressão de poder: Estado-administrador, Estado-juiz ou Estado-legislador). É unicamente à família e à sociedade, e por óbvio, ao próprio indivíduo, que ela compete. O dever ético não se incute como a gramática na aula ou o exercício militar na caserna.

Admitir a interferência direta do Estado na esfera moral individual seria aceitar o totalitarismo estatal¹, o domínio total da esfera pública sobre a esfera privada e renegar a democracia que tem na autonomia, na liberdade e na dignidade humana, sua pedra angular. Retirar a autonomia moral do homem equivale a privar-lhe de liberdade, a torná-lo um autômato. Sabemos que a liberdade de escolher entre o certo ou o errado (o poder de autolegislação moral), é o que torna o homem um agente moral (livre, portanto).

¹ Carl Schmitt (2009, p. 24) define o Estado total como a identidade entre Estado e sociedade, Estado que não se desinteressa por nenhuma área e que abrange, potencialmente, qualquer área. Para o totalitarismo, o Estado constitui o começo e o fim de toda vida social.

O Estado, enquanto organização social de tipo especial, tem como objetivo delimitar e ordenar as forças volitivas socialmente eficazes. *Animá-las, não dominá-las*. Não tem, sequer potencialmente, todos os objetivos sociais da humanidade também como seu fim. Não lhe compete propor modelos de vida ou dirigir condutas (numa espécie de paternalismo moral). Podemos até admitir com K. Mannheim (1960, p. 40) que “la moral de una comunidad en una sociedad de masas no se desarrolla espontaneamente; necesita una guía consciente”. Mas este “guia consciente” não pode ser o Estado. Para este propósito existem os educadores, os moralistas e os reformadores sociais, além de instituições sociais integrativas milenares (família, igreja etc.).

Se os homens, livres e iguais em direitos, no estado pré-político, renunciaram a uma parcela da sua liberdade e da sua igualdade para que pudesse surgir o poder político, os limites deste, como produto da vontade, são os daquela própria renúncia. De sorte que a sua autoridade jamais pode ser compreendida extensivamente, sim, ao contrário, sempre restritivamente (SOUZA, 1979, p. 109/110). E isso corresponde ao princípio que, modernamente, a doutrina denomina de “mínima intervenção estatal na vida privada” (SUNDFELD, 2003, p. 67).

Estaria o Estado, desse modo, impedido de interferir nas relações familiares? Não. Sustentamos que as relações familiares são reguladas, em primeiro lugar, pela moral e pelo costume (LUMIA, 2003, p. 95), mas reconhecemos ao Estado uma intervenção secundária na família para regular aspectos de relevante interesse público.

Os símbolos da democracia são os mesmos da liberdade, da vida livre, da livre escolha, da expansão da personalidade e da completa manifestação de cada um (MERRIAM, [1947?], p.112). Quando o Estado, diz R. Ortigão (1888, p. 136) se constitui protetor torna-se objeto de uma superstição grosseira e perigosa. A fé posta na proteção do governo é uma derivação da fé no milagre. Essa fé dissolve todas as aptidões, todas as iniciativas, todas

as forças de uma sociedade.

Há no mundo um núcleo intangível de liberdade atribuído a cada ser humano: a moral. E não se muda a moral por lei, por ato administrativo ou por sentença. Os costumes, de onde a moral tem origem², são modificados lentamente por um trabalho igualmente paulatino de reforma social.

Como ensina Recasens Siches (1943, p. 163-164) em valioso estudo sobre Leopoldo Wiese, em todos os processos que têm caráter estatal pretende-se o estabelecimento e conservação de uma ordem externa em que se objetivam relações inter-humanas de poder. Essa ordem, estabelecida pelo Estado, pretende tão somente uma regulação meramente externa, que toma em conta o visível e ignora – quase por completo – a vida interior do homem³. Por isso, a esfera estatal da vida se caracteriza por uma especial rigidez, por uma certa dureza e rigor, numa espécie de “ausência de alma”. Nessa esfera domina frieza e objetividade. Do homem interessa ao Estado apenas a função que desempenha neste; e, portanto, é tomado em conta unicamente na medida e grau em que a cumpre ou a infringe. Para o Estado, o homem é sempre considerado como membro servidor; não interessa como homem autêntico, como personalidade individual entranhável, apenas na sua qualidade de súdito ou de funcionário (no sentido em que desempenha uma função: trabalhador, contribuinte, cidadão, conscrito, etc.).

Em verdade, o Estado não existe para, com sua estrutura de poder, obrigar o homem a ser melhor, mais generoso, mais temente a Deus, mais carinhoso, afetuoso, altruísta, amoroso etc. Ele pode proporcionar meios⁴ para que o indivíduo alcance ou aprimore esses bens morais, mas não pode substituir-se ao **eu**

² A palavra moral tem origem no latim *morus*, significando os usos e costumes.

³ Tanto que, no direito penal, a cogitação, a intenção, o simples pensamento de praticar um crime é impunível - *cogitationis poenam nemo patitur* (LÉVY-BRUHL, 1964, p. 36). Mentalmente, todo delito pode ser idealizado e o Direito Penal (é dizer, o Estado) não se interessa por isso.

⁴ O Estado pode, por exemplo, fixar sanções premiais para estimular o indivíduo a ser generoso ou altruísta, mas sempre dentro de um modelo aceito socialmente (pela moralidade positiva). Pode, por exemplo, oferecer incentivos fiscais para quem contribuir com a cultura, com a causa menorista etc. A função do Direito não é mais só protetora-repressiva, mas também, e sempre com maior frequência, promocional. É a passagem do Direito como forma de controle social para a concepção do Direito como forma de controle e de direção social (BOBBIO, 2008, p. 119).

individual, traçando parâmetros morais por onde o ser humano deve se guiar. O Estado é mais *direção* e menos *dominação* (SOUZA, 1979, p.164). Seria, ademais, um atentado contra a diversidade e a diferença, aspectos responsáveis pelo progresso vital da humanidade. Essa questão nos remete aos seguintes esclarecimentos de B. Russell (2001, p. 10):

Não há um ideal único para todos os homens sob a égide do Estado ou qualquer outra instituição humana, mas um ideal diferente para cada homem. Todo indivíduo o possui em seu ser para desenvolver como coisa boa ou má: para ele, existe um melhor e um pior possíveis. As circunstâncias irão determinar se suas aptidões para o bem serão desenvolvidas ou esmagadas, e se os seus impulsos serão reforçados ou, pouco a pouco, canalizados para o bem.

Também Michael Walzer (2003, p. 388), em retrospectiva histórica, é enfático ao referir que os direitos feudais de tutela e casamento, dos quais os reis absolutistas se apoderaram por algum tempo, não são da competência jurídica e moral do Estado. Suas autoridades não podem controlar o casamento dos súditos nem interferir em suas relações pessoais ou familiares, nem regular a criação de seus filhos.

Escapa, portanto, ao arbítrio do Estado (-juiz) “obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo”, mesmo que indiretamente, ao condenar alguém a indenizar outrem por não adotar determinada postura moral. Admitir que o Estado possa obrigar o pai ou a mãe a amar os filhos é comparável, guardadas as devidas proporções, a mover o Poder Judiciário para exigir que determinado indivíduo conceda uma esmola a um mendigo (obrigando-o, em consequência, a ser generoso ou altruísta).

Qual a diferença entre o abandono afetivo parental e o fato de alguém ser caluniado ou difamado do ponto de vista da intervenção do Estado? Na calúnia/difamação pode o caluniado/di-

famado cobrar responsabilidade no âmbito cível (reparação pecuniária) e no criminal (imputação de um crime), provocando o Estado-juiz. Não estaria o Estado (-juiz), na calúnia/difamação, obrigando, indiretamente, o indivíduo caluniador ou difamador a respeitar a honra do outro, sendo generoso e justo? E essa intervenção estatal não representa, também, uma intromissão no âmbito da moral individual?

Há uma diferença nítida entre as duas situações: no abandono afetivo parental ao aceitar a possibilidade de reparação pecuniária pelo dano (que pode, eventualmente, existir), o Estado, indiretamente, obriga o indivíduo a ser generoso, altruísta, prestimoso e presente na vida do filho; ao punir a calúnia ou difamação, nas esferas cível e criminal, o Estado não obriga o indivíduo (o possível caluniador/difamador) a ser bom, altruísta ou generoso, mas simplesmente o inibe de prejudicar a outrem (não o obriga a cantar as virtudes do outro, a tornar-se amigo ou presente na vida do outro). Assim, enquanto no abandono parental o Estado age positivamente no campo da moral (o que, definitivamente, não lhe compete), na calúnia/difamação age negativamente, impedindo que um indivíduo seja prejudicado por outro (garantindo uma harmoniosa convivência em sociedade).

4 Liberdade afetiva parental

O abandono afetivo parental põe frente a frente duas situações: de um lado a liberdade parental, de outro, a solidariedade familiar e a integridade psíquica dos filhos.

A liberdade parental divide-se em duas subespécies: I - uma de caráter objetivo, que engloba os direitos e deveres parentais, dos quais não se pode eximir sob pena de, no campo material, sofrer ação de alimentos, e no, extrapatrimonial, ser destituído do poder familiar; II - outra de caráter subjetivo, que consiste na liberdade afetiva, isto é, no desejo inconsciente de dar afeto aos filhos.

Dado o enorme caráter subjetivo da liberdade afetiva parental ela não pode ser imposta, exigida ou obrigada, não se tratando, portanto, de dever, mas sim de uma opção, até mesmo inconsciente, do pai/mãe de sentir ou não carinho por seu filho, e, assim, lhe dar afeto⁵.

Os pais têm a obrigação natural (ou moral) de amar seus filhos. E como obrigação natural, seu adimplemento não pode ser exigido em juízo. Essa obrigação encaixa-se numa zona intermediária⁶ e, guardadas as proporções, assemelha-se, por exemplo, à obrigação natural pelo adimplemento de dívida de jogo, em que o credor não pode exigir, judicialmente, o pagamento do débito. Isso porque a obrigação jaz no campo da Moral e não do Direito.

De outro lado, a própria lei civil diz que “o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, **poderá** visitá-los e tê-los em sua companhia” (CC, art. 1.589). Claramente, o legislador, respeitando os limites da autonomia da esfera privada humana, não obriga o pai ou a mãe (sem a guarda) a ser presente na vida dos filhos, embora em outros dispositivos obriguem-nos à manutenção material da prole.

5 As correntes de pensamento a respeito da matéria

Os que advogam a tese favorável à indenização sustentam que certos traumas que se verificam na ruptura de um estado de vida, pela desestrutura do bom ambiente familiar, justificaria conceder uma indenização para que o filho se recuperasse totalmente das adversidades impostas pelo abandono afetivo sofrido. Essa indenização seria para aliviar a dor da rejeição ou da ausência. Os adeptos do não ingresso da responsabilidade civil no âmbito do direito de família afirmam que as relações de parentesco e sentimento são especialíssimas e provocam reações

⁵ TJMG, Apelação Cível nº 1.0499.07.006379-1/002, Rel. Des. Luciano Pinto, j. 27 nov. 2008, publ. 9 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/juridico...>>.

⁶ A moral e o direito estão tão próximos um do outro, que não podem deixar de admitir uma zona intermediária (LÉVY-BRUHL, 1964, p. 38), como as obrigações incompletas ou naturais.

inflamadas, exageradas e explosivas, como o ciúme, o desamor, a vingança e outros valores passionais que são contidos, refreados ou perdoados pela recíproca afinidade. Não seria prudente catalogar de ilícito, na forma do artigo 186, do CC, determinadas atitudes que são essenciais do ser humano, sob pena de reprimir a naturalidade da aproximação e da coabitação⁷.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em algumas decisões⁸, vem entendendo que o abandono afetivo é passível de indenização, assumindo um triplo caráter: de recuperação (do *status quo*, ou seja, obrigar o pai ou mãe a amar o filho), pedagógico e compensatório (amenização da dor do filho).

Também há decisões isoladas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁹ e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹⁰.

O Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência já firme¹¹, afasta a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, por entender que o dano não é passível de indenização. Entende que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização. Um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que, tardiamente, pelo amor paterno ou materno. A indenização também não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil (como a perda ou suspensão do poder familiar, por exemplo).

7 TJSP, Apel. Cív. 467.531-4/4.

8 TJRS - 7ª Câm. Cível; ACI nº 70021592407-São Leopoldo-RS; Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel; j. 14/5/2008.

9 TJRJ, Apel. Cív. 2007.001.45918 - Julg. em 22 nov. 2007.

10 "A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria, mas é hipótese excepcional" (TJDF, Apel. Cível 780843120098070001-DF, Relator J.J. COSTA CARVALHO, Julgamento: 13 abr. 2011, Órgão Julgador: 2ª Turma Cível, Publicação: 27 abr. 2011, DJ-e p. 75).

11 STJ, REsp 757.411-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29 nov. 2005, DJ 27 mar. 2006. No mesmo sentido: STJ, REsp 514.350-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28 abr. 2009, in: Informativo 392, STJ.

De uma forma ou de outra, o certo é que há uma tendência, liderada pela jurisprudência do STJ, em não reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de reparação pecuniária. Mas há setores da sociedade e da própria comunidade jurídica que não compartilham esse entendimento.

No Congresso Nacional, por exemplo, existem dois projetos de lei (de duvidosa constitucionalidade, frise-se) sobre o tema.

No Senado Federal, o Projeto de Lei n. 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella (PRB-RJ) caracteriza o abandono moral dos filhos pelos pais como ilícito civil e penal. A proposição modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente ao acrescentar na lei a obrigação parental de assistência moral que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da criança. Em casos de negligência, o pai ou a mãe pode ser preso e ainda pagar indenizações.

A criminalização do abandono afetivo não se presta à proteção de um bem jurídico. Na lição de Roxin (2009, p. 11-21), os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuem a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico. É vedado ao legislador democrático penalizar algo simplesmente porque não gosta. A penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador.

Curiosamente, o autor do Projeto de Lei, Senador Marcelo Crivella, reconhece, em sua justificativa, que "amor e afeto não se impõem por lei!"¹². De fato, a moralidade, como assinala Roxin (2009, p. 13), não é protegida jurídico-penalmente porque não é um bem jurídico. Ou como diz Padover (1962, p. 236), não se pode obrigar os homens a serem morais por meio da legislação.

Na Câmara dos Deputados há o Projeto de Lei n. 4.294/08, do deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), que sujeita os pais que

12 INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/PLS%20700_2007%20voto%20relator.pdf>. Acesso em: 26 maio 2011.

abandonarem afetivamente seus filhos ao pagamento de indenização por dano moral. O projeto também sujeita os filhos a pagar indenização pelo abandono afetivo de pais idosos.

6 A monetarização do amor e da moral

Desenvolve-se no Brasil, como diz Décio Antônio Erpen (1998), um instituto quasimodesco que instabiliza a aplicação do Direito nos tribunais: a indústria do dano moral.

Sem uma definição científica do que seja, realmente, o dano moral, sem uma norma estabelecendo as áreas de abrangência e, sem parâmetros legais para a sua quantificação, permite-se o perigoso e imprevisível subjetivismo do pleito, colocando o juiz numa posição pouco confortável. Ele que deve ser o executivo da norma, passa a personalizá-la, criando novos atos ilícitos e indiretamente impondo padrões morais aos indivíduos e à sociedade.

A prevalecer o instituto sem critérios legais definidos, corre-se o risco de gerar insegurança jurídica e uma sociedade intolerante, na qual se promoverá o ódio, a rivalidade, a busca de vantagens sobre outrem ou até a exaltação do narcisismo. A promissora indústria do dano moral levará a esse triste quadro.

Não é exagero vislumbrar no futuro, indenizações fundamentadas em casos em que um indivíduo pede indenização porque alguém o olhou “feio” na rua e se dirá abalado, ou ainda porque, em determinado dia, seu chefe deixou de cumprimentá-lo no início do expediente (CONSUL, 2002).

O amor deve ser a mais estimada de todas as coisas existentes. E assim como os outros valores, é uma coisa, mas não algo concreto, palpável. Por sua própria natureza é inexaurível, jamais se esgota, sempre podemos amar mais e melhor (ALMEIDA, 2011). Por esse caráter sublime e excelso, o amor não pode ser dimensionado ou quantificado em valores monetários.

No caso de abandono afetivo parental parece claro que não se pode recompensar amor, carinho e afeto com dinheiro, pois são sentimentos que devem surgir normalmente e espontaneamente entre os pais e os filhos. Como decidiu o TJSC¹³,

os sentimentos compreendem a esfera mais íntima do ser humano e, para existirem, dependem de uma série de circunstâncias subjetivas. Portanto, o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo.

7 Conclusão

Por que não é possível reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização? Porque o Estado, através de qualquer de suas formas de expressão de poder (executiva, legislativa ou judicial), não pode e nem está autorizado (pelo pacto social), direta ou indiretamente (no caso da indenização), a obrigar o indivíduo a adotar determinado padrão moral. Não é função do Estado determinar que as pessoas amem ou odeiem, que sejam religiosas ou irreligiosas, crentes ou descrentes. A moral evolui por um lento processo de baixo para cima, num ritmo próprio e espontâneo.

A ideia subjacente a essa conclusão preliminar promana de um princípio básico que perpassa a teoria do Estado: de que o poder estatal de intervenção e a autonomia da esfera privada humana devem ser levados a um equilíbrio, apto a garantir ao indivíduo tanta proteção do Estado quanto seja necessária, bem como tanta liberdade individual quanto seja possível.

Por outro lado, o dano moral afetivo não é um ato ilícito indenizável, mas *caducificante*, ou seja, que gera a perda de direitos ou pretensões. O pai ou a mãe que abandona moralmen-

¹³ Terceira Câmara de Direito Civil, Apelação Cível: AC 292381 SC 2010.029238-1, Rel. Marcus Tullio Sartorato, j. 30 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>.

te seu filho perde o poder familiar (ECA, art. 24; CC, art. 1.638, II), antes garantido, sem ter o dever de indenizar o abandonado. Além disso, é obrigado a prestar alimentos.

Ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro obrigação legal de amar ou de dedicar amor¹⁴ (e, se tivesse, sua constitucionalidade seria contestável). A ausência do sentimento de amor e carinho não caracteriza ato ilícito que enseje reparação pecuniária. Escapa, portanto, ao arbítrio do Estado (-juiz) obrigar um indivíduo a amar ou a manter um relacionamento afetivo, mesmo que indiretamente, ao condenar alguém a indenizar outrem por não adotar determinada postura moral. Além disso, se houvesse tal possibilidade, a decisão judicial não atenderia à finalidade de afeto parental, pois, dada a dureza dos meios coativos, constituiria mais um obstáculo na renovação dos laços familiares¹⁵, sendo nociva, portanto, ao sistema social.

O abandono afetivo parental restringe-se à esfera da moral e não gera, portanto, sanções de ordem pública, aplicadas por autoridades legalmente constituídas. Os valores morais encontram-se dentro da consciência de cada indivíduo, o que ressalta sua natureza eminentemente subjetiva, cabendo a este julgar o que considera certo ou errado, tolerável ou intolerável. E as sanções no campo moral (arrependimento, vergonha, censura pessoal ou social, desprezo, rompimento de relações sociais etc.), além de só comportarem sanções puramente internas (LUMIA, 2003, p. 30), também não possuem a força coerciva do Direito¹⁶. Não se admite, na esfera moral, imposições externas, direta ou indiretamente.

14 "A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor" (TJMG, Rel. Nilo Lacerda, j. 29 out. 2009, publ. 09 dez. 2009).

15 "A reparação pecuniária além de não acalantar o sofrimento do filho ou suprir a falta de amor paterno poderá provocar um abismo entre pai e filho, na medida que o genitor, após a determinação judicial de reparar o filho por não lhe ter prestado auxílio afetivo, talvez não mais encontre ambiente para reconstruir o relacionamento" (TJ - SC - Ap. Civ. 2008.057288-0 - Julg. em 8 jan. 2009).

16 A norma moral tem estrutura semelhante à norma jurídica, dado A deve ser B; e se não o for deve ser C (coerção). Este novo elemento C (coerção), já não é próprio da norma moral, que tem sanções, mas não tem formas materiais de realização coativa (COUTURE, 2001, p. 155).

Abstract: The analysis of the subject is justified in the face of increasingly questioned in our courts, and also due to the complex demands of society in a continuous process of democratic deepening. This combination of variables requires the interpreter and the applicator solid legal positions for greater effectiveness of justice in responding to the demands made.

Keywords: Abandonment parental affection. Damage. Indemnity. State. Impossibility.

Referências

- ALMEIDA, Guilherme Assis de. *O valor do amor*. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/guilherme23.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2011.
- AZAMBUJA, Darcy. *Decadência e grandeza da democracia*. 2. ed. Porto Alegre: Globo, , 1945.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.
- BOURIE, Enrique Barros. Lo público y lo privado en el Derecho. *Chiel, Estudios Públicos 81*, 2001. Disponível em: <http://works.bepress.com/enrique_barros_bourie/3>. Acesso em: 06 nov. 2011.
- CONSUL, Ana Cristina Gularte. A Indústria do Dano Moral: Banalização. *Informativo*. ano 14, n. 136, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.obinoadvogados.com.br/info1202.htm>>. Acesso em: 23 abril 2011.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução de Gilda Maciel Correa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ERPEN, Décio Antônio. A Indústria do Dano Moral. *Jornal Zero Hora*, 10 out.1998.
- LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologie du Droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.
- LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MANNHEIM, Karl. *Libertad, poder y planificación democrática*. Tradução de Manuel Durán Gili. México: Fondo de Cultura Económica, 1960.

- MERRIAM, Charles E. *Que é democracia?* Tradução de Moacyr N. Vasconcelos. São Paulo: Assunção Limitada, [1947?].
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008.
- ORTIGÃO, Ramalho. *As farpas*. As epístolas. Tomo 2. Lisboa: David Corazzi, 1887.
- _____. *A sociedade*. Tomo 6. Lisboa: David Corazzi, 1888.
- PADOVER, Saul K. *Forjadores de una nación*. Tradução de Alfredo G. Glade. Buenos Aires: Victor Leru, 1962.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RUSSELL, Bertrand. *O Poder: uma nova análise social*. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.
- _____. *Ideais políticos*. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- _____. *Autobiografia (1914-1944)*, v. 2. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1970.
- SCHMITT, Carl. *O conceito de político / Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SICHES, Recásens Luís. *Wiese*. México: Fondo de cultura económica, 1943.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOUZA, Daniel Coelho de. *Interpretação e democracia*. 2. ed. São Paulo: RT, 1979.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- WALZER, Michael. *Esferas da justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- YANNUZZI, Maria de los Ángeles. *Democracia y sociedad de masas. La transformación del pensamiento político moderno*. Rosário (Argentina): Homo Sapiens Ediciones, 2007.

