INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO DE MENORES

Alexandre Hiroki Oshiro

[1] Acadêmico do 9º semestre da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília. Escrevente técnico judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RESUMO

O presente artigo aborda a questão da possibilidade de se pleitear indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo de menores. Para tanto, discute, preliminarmente, o papel da família na sociedade brasileira. Aponta a importância da família como instrumento de realização do ser humano, sendo o primeiro instituto que possibilita a integração da criança como parte de um grupo. Prossegue com uma explicação dos princípios que regem o Direito das Famílias, esclarecendo brevemente sua ligação com o tema deste trabalho. A seguir, conceitua o abandono afetivo, trazendo a atual tendência jurisprudencial e as ideias de diversos doutrinadores. Avança com uma explicação da responsabilidade civil e seus elementos, abordando o dano e ainda sua relação com o Direito de Família, finalizando com a questão da possibilidade de responsabilização do Estado em relação ao abandono afetivo.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Família Brasileira. Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

This article approaches the possibility of demanding financial compensation regarding moral damages that resulted from the affectionate abandomnent of minors. As such, it discusses, first, the role of Family within brazilian society. It appoints to the importance of family as an instrument of the human being fulfillment, as it is the first institute to promote child's integration as part of a group. It proceeds with an explanation of the principles that rule Family Law, briefly enlightening its connection to the theme of this work. Then, it conceptualizes affectionate abandonment, bringing the latest jurisprudential tendencies e the ideas of several writers. It progresses with na explanation of civil responsibility and its elements, approaching the damage and also its relationship with Family Law, concluding with the matter of possible accountability of the State regarding affectionate abandonment.

Keywords:

Affectionate Abandonment. Civil Responsibility. Brazilian Family. State Accountability.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade moderna é dinâmica, e as relações sociais que a regem estão em constante evolução.

O aparecimento de conflitos decorrentes das relações sociais é inevitável, e o Direito, como disciplina normativa e instrumento de solução desses conflitos em busca da paz social, deve sempre buscar a melhor interpretação das normas - observando os aspectos históricos e teleológicos -, sugerir soluções para novos problemas decorrentes da evolução da sociedade e refletir esse dinamismo que caracteriza o mundo atual.

O Direito deve, assim, tentar acompanhar as mudanças que caracterizam as relações interpessoais.

Dentro desse contexto, o abandono afetivo - bem como suas implicações jurídicas - é um tema polêmico e, justamente por isso, necessita de discussões mais complexas para sua abordagem.

A Constituição Federal, em seus artigos 226, 227 e 229, estabelece especial proteção à família, fixando a necessidade de assistência a seus integrantes e, principalmente, a atenção aos direitos dos filhos menores – criança, adolescente e jovem.

Neste contexto, a família afirma-se como base da sociedade, com proteção especial do Estado. Ao mesmo tempo, a formação da entidade familiar deixa de ser limitada apenas pelo casamento, estendendo seu conceito para a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Aparece a ideia de paternidade responsável, fundando-se nela, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana, o planejamento familiar.

O artigo 227, por sua vez, lista os direitos garantidos à criança, ao adolescente e ao jovem, que deverão lhes ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado:

> 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.

Ficam também imputados direitos e deveres recíprocos – enquanto os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Infere-se, deste modo, que a própria Constituição prevê o dever de cuidar. Mas e o dever de amar? Sobre isso se debruçam tanto a doutrina e a jurisprudência, como também o presente trabalho.

2. O PAPEL DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A família é um instrumento de realização do ser humano e, como tal, representa a efetiva base da sociedade.

É a partir da família que o indivíduo encontra as primeiras ferramentas que possibilitarão seu pleno desenvolvimento psicossocial. É seu verdadeiro porto seguro, o primeiro espaço onde a pessoa se sente integrada a um grupo, dando-lhe segurança para que possa se desenvolver adequadamente.

Não à toa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948, promove, em seu artigo XVI, 3, que "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado".

A família é objeto de atenção especial do constituinte. Diz o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal, "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado." Isso mostra sua importância disciplinar, uma vez que sua inclusão no texto constitucional demonstra a relevância da matéria no próprio ordenamento jurídico.

A família tem, portanto, a função de constituir um grupo coeso, com nítido caráter institucional, de modo que essa união de seus membros reflita no modelo que a Constituição visualizou, formando a base da organização da sociedade.

Por isso mesmo, o capítulo referente à família está incluso dentro do Título VIII da Constituição, que trata da ordem social. É a própria regulamentação da sociedade brasileira por parte do constituinte, da forma como idealizado seu modelo.

Afinal, protegendo-se a família, consegue-se construir um cidadão melhor, que no futuro trará soluções à sociedade. A criança integrada à família recebe melhores orientações, crescendo com valores diferenciados, irradiando esses valores para toda a coletividade. Valores esses buscados pelo próprio Constituinte, como educação, solidariedade, entre outros.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) reforça esse aspecto, ao prever, no artigo 15, que "a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis". Isso fica mais claro no inciso V do artigo 16: "o direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: V- participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação".

Paulo Lôbo aponta que a família, atualmente, desloca-se do antigo modelo em que tinha uma função econômica-política-religiosa-procracional, para converter-se em "espaço de realização da afetividade humana"[1]. Há uma mudança de paradigma, da anterior prevalência do individualismo para a solidariedade social, muito embora haja forte influência de interesses patrimoniais sobre os valores pessoais. Esses interesses patrimoniais não podem, entretanto, ser determinantes a ponto de desvirtuar a função da família, de "espaço de realização pessoal e afetiva de seus membros"[2].

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

É de fundamental importância, para a abordagem do tema, a discussão dos princípios do direito das famílias.

Isso porque, como exposto no intróito, o assunto é de relevância constitucional, uma vez que a própria Constituição atribui à família especial importância no ordenamento jurídico.

Além disso, considerando que não existe no complexo de normas brasileiro regramento específico que regule a questão, resolvendo-se as questões que surgem através de análise individual, aparecem os princípios como elementos essenciais na fundamentação tanto dos pedidos quanto das decisões que se aplicam ao caso concreto.

Desta feita, considerando que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um modo de enxergar o direito que atribui singular importância aos princípios, constituindo

[1] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.
[2] LÔBO, Paulo, op. cit., p. 25.

"verdadeira carta de princípios, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais"[3], nada mais adequado que começar pela análise dos princípios que regem o direito das famílias.

Aliás, como José Afonso da Silva conceitua, "princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais"[4].

Deste modo, se há princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, há princípios específicos voltados especialmente às relações de família, fundamentais para orientar as questões familiares de acordo com o próprio espírito da Carta Magna.

A esse respeito, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho estabelecem uma distinção entre princípios gerais aplicáveis ao Direito de Família (dignidade da pessoa humana, igualdade, vedação ao retrocesso) e princípios especiais, peculiares ao Direito de Família (afetividade, solidariedade familiar, função social da família, plena proteção à criança e ao adolescente, convivência familiar, intervenção mínima do Estado e proteção ao idoso).

Destaca-se, ainda, o fato de que os princípios que emergiram da Constituição Federal de 1988 alteraram significativamente a proteção que o Estado concede ao ente familiar, voltando-se mais aos aspectos pessoais e intrínsecos de cada integrante da família, do que aos aspectos patrimoniais.

Dentre esses princípios, podemos destacar alguns com especial relevância para o assunto deste trabalho, o abandono afetivo.

3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado um superprincípio. Mais do que um princípio, um pressuposto para todo o ordenamento jurídico. Todo princípio, toda norma, toda regra, devem obediência hierárquica ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso significa que, em caso de colisão com qualquer outro princípio ou norma, a dignidade da pessoa humana prevalecerá.

Bem conceitua José Afonso da Silva que "dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida"[5].

Na mesma linha, Flávia Piovesan ensina que "a dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido"[6].

Neste sentido, também se pronuncia Uadi Lammêgo Bulos, que afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana agrega ao seu redor todos os direitos e garantias fundamentais do homem expressos na Constituição Federal, consagrando um "imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo"[7]. Consigna que a

[3] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 42

[4] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 92.

[5] Op. cit., p. 105.

[6] PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[7] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 512

dignidade da pessoa humana é verdadeiro sobreprincípio, devendo ser observado obrigatoriamente na interpretação de qualquer norma constitucional[8].

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho foram muito felizes ao procurar definir a dignidade humana: "dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade"[9].

O próprio Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, como previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Ora, se o Estado Democrático de Direito deve se preocupar com a defesa dos cidadãos e a família é a base da sociedade, com proteção especial do Estado, estabelece-se, então, a família "como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa", como ensina Rolf Madaleno, que continua:

> Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família[10].

Sendo assim, levando em consideração essa proteção à pessoa humana, surge o referido princípio como corolário do Direito das Famílias, possuindo ampla relevância e extrema aplicabilidade.

Sua importância é tão grande que deve ser considerado na interpretação de praticamente quaisquer questões relativas à família.

Em relação ao abandono afetivo, Flávio Tartuce sustenta que, muito embora seja uma questão muito controvertida, o argumento favorável à indenização se sustenta justamente no princípio da dignidade da pessoa humana[11].

Maria Helena Diniz argumenta, ainda, que o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade estão interligados, à medida em que o primeiro "constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros"[12].

3.2. Princípio da liberdade

Este princípio orienta normas que dispõem, entre outras, acerca da liberdade de constituição de uma família (artigo 1513 do Código Civil), a livre decisão do casal sobre o planejamento familiar (artigo 1565, parágrafo 2º, do Código Civil, e artigo 226,

---

[8] Idem.
[9] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 76.
[10] MADALENO, Rolf, *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 46.
[11] TARTUCE, Flávio, *Direito civil, v. 5: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 11.
[12] DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

parágrafo 7º, da Constituição Federal), vedando-se a interferência do Estado ou de entes privados.

Ressalta-se, entretanto, que a Constituição Federal incentiva também a paternidade responsável, além do planejamento familiar, o que significa que, muito embora haja autonomia para decidir sobre a existência e quantidade de filhos, tal escolha deve ser responsável e consciente.

3.3. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade busca "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades"[13]. No Direito de Família, procura não apenas afirmar que todos são iguais perante a lei, impedindo a ocorrência de tratamento discriminatório entre os gêneros, mas assegurando também a igualdade entre filhos, cônjuges.

Maria Helena Diniz fala em principio da igualdade jurídica de todos os filhos, proibindo a distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos. Todos os filhos, assim, são iguais perante a lei, vedando-se qualquer tipo de discriminação relativa à filiação[14].

Flávio Tartuce vai além e ainda identifica o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros no artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal, e no artigo 1511 do Código Civil, estabelecendo a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Identifica, também, o princípio da igualdade na chefia familiar como decorrência lógica do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, não se falando mais em pátrio poder, estabelecendo o artigo 1631 do Código Civil que o poder familiar compete aos pais[15].

3.4. Princípio da solidariedade familiar

Maria Berenice Dias define solidariedade como "o que cada um deve ao outro"[16], compreendendo a fraternidade e a reciprocidade.

Rolf Madaleno, na mesma linha, ensina que a solidariedade é mais que um princípio, é mesmo o "oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que necessário"[17].

Considerando-se, portanto, que a solidariedade não é apenas patrimonial, mas também afetiva, o respeito e a consideração mútuos entre os componentes do núcleo familiar são fundamentais ao desenvolvimento sadio de seus integrantes, o que remete à própria dignidade da pessoa humana.

O dever jurídico de cuidar recebe o apoio justamente do princípio da solidariedade familiar, sendo o cuidado a materialização deste comando.

3.5. Princípio da proibição de retrocesso social

[13] LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007 p. 702
[14] Op. cit., p. 36-37.
[15] Op. cit., p. 16-20.
[16] Op. cit., p. 51.
[17] Op. cit., p. 93.

Por meio deste princípio, afere-se que uma norma posterior não pode diminuir ou retirar direitos sociais e garantias constitucionais já conquistadas.

Sua relevância em relação ao tema configura-se à medida em que tramitam projetos de lei visando justamente a disciplinar o abandono afetivo como ilícito civil e penal e a estabelecer a possibilidade de indenização por dano moral.

3.6. Princípio da afetividade

Maria Helena Diniz resume bem a importância desse princípio ao afirmar que ele é o "corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da sociedade familiar"[18].

Assim é que o afeto pode ser considerado base da relação familiar, valorizando-se as ligações de sentimentos em contraponto aos vínculos exclusivamente biológicos. "Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue"[19].

Em outras palavras, podemos resumir o princípio da afetividade nas letras da música "Na Linha do Tempo", de autoria de Junior Leah, Marcelo Martins e Sérgio Porto, e interpretada por Victor e Léo:

> "*Você e eu, vou dizer*
> *Que nessas frases tem um pouco de nós dois*
> *Que não deixamos o agora pra depois*
> *Quando te vejo eu me sinto tão completo*
> *Por onde eu vou*
> *E nesses traços vou tentando descrever*
> *Que mil palavras é tão pouco pra dizer*
> *Que um sentimento muda tudo*
> *Muda o mundo, isso é o amor*"[20].

A afetividade traz uma sensação de completude ao indivíduo, e é fundamental para o menor, possibilitando-lhe construir saudavelmente sua personalidade.

O abandono afetivo, desse modo, se caracteriza pelo rompimento do elo de afetividade ocasionado pela falta de convívio dos pais com os filhos, podendo causar sequelas emocionais e comprometer o desenvolvimento do filho.

3.7. Princípio da plena proteção das crianças e adolescentes

Insculpido no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, este princípio prevê a proteção integral dos filhos menores como meio de garantir seu pleno desenvolvimento.

Isso porque, diante da valorização da pessoa humana, principalmente no núcleo familiar, prestigiando-se as relações baseadas no afeto, o objetivo é promover sua realização pessoal, especialmente aqueles que se encontram em fase de formação de sua personalidade.

Consequência desse princípio é a guarda compartilhada, instituída e disciplinada pela Lei 11.698 de 2008, e que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

---

[18] Op. cit., p. 38.
[19] LÔBO, Paulo apud DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 56
[20] Disponível em https://m.letras.mus.br/victor-leo/na-linha-do-tempo/, acessado em 16.03.2017.

3.8. Princípio da função social da família

Como explanado anteriormente, a família é a base da sociedade. A função social da família pode ser entendida então como função social da própria sociedade, exercendo, deste modo, importante papel no desenvolvimento de seus membros e na satisfação de seus anseios pessoais e projetos de felicidade.

Ante o papel social da família, sua função deve ser interpretada de acordo com o seu contexto social. Deste modo, seu papel é dinâmico, e evolui conforme a sociedade. A função social da família, nesse âmbito, pode fundamentar a paternidade socioafetiva e outras entidades familiares, como a união homoafetiva. "Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações"[21].

4. ABANDONO AFETIVO

Apesar de na década passada o afeto ser comumente associado ao amor, como inclusive entendeu o STJ no REsp 757.411/MG, em 2005, quando afastou a indenização por dano afetivo sob o argumento de que "escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar"[22], hodiernamente já se entende o afeto como um sentimento mais amplo.

A propósito, o próprio STJ já reviu esse entendimento, no paradigmático voto da ministra Nancy Andrighi proferido no REsp 1.159.242/SP, do qual ela foi relatora, e no qual afirmou que o afeto deve abranger ainda o dever de criação, educação e companhia em relação à prole, como se aduz do acórdão mencionado:

> 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, expurgando, 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. (...) (REsp nº 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi)[23].

[21] TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 29.
[22] REsp 757.411/MG, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2022397&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 23 mar 2017.
[23] REsp 1.159.242-SP, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&

Paulo Lôbo entende que o abandono afetivo não se limita ao descumprimento do dever de assistência material, devendo o princípio da paternidade responsável, descrito no artigo 226 da Constituição, abranger a assistência moral, dever jurídico, cujo descumprimento pode levar à pretensão de indenizar. O abandono afetivo seria, neste sentido, o "inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade"[24].

Maria Berenice Dias, citando Rodrigo da Cunha Pereira, o primeiro a levar o tema à justiça, define o abandono afetivo como verdadeira lesão extrapatrimonial a um bem jurídico tutelado, ocasionada por uma omissão dos pais no cumprimento do exercício do poder familiar. Configura-se, deste modo, um ilícito - fato gerador de obrigação indenizatória para as funções parentais[25]. É mesmo um dano à dignidade humana do filho.

O abandono afetivo é uma desconsideração da pessoa da criança e do adolescente dentro das relações familiares, criando deficiências afetivas e traumas morais, acentuando-se seu peso no gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho[26].

Para Chaves, Braga Netto e Rosenvald, a expressão correta deveria ser "omissão de cuidado" ao invés de "abandono afetivo", por melhor evidenciar a inobservância do dever de solidariedade perante os filhos. Isso porque, além dos cuidados básicos para sua manutenção, como alimento, abrigo e saúde, o ser humano precisa de outros elementos imateriais para sua formação adequada, como educação, lazer e regras de conduta, entre outros, sendo tudo isso englobado pelo dever de cuidado[27].

5. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é abordada no Código Civil a partir do artigo 927, que prevê que "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Cavalieri Filho sustenta da seguinte forma:

> A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.[28]

Os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva podem ser encontrados no artigo 186 do Código Civil, que define quem comete ato ilícito como "aquele que, por

sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF>, acesso em 23 mar 2017.

[24] Op. cit., p. 311-312.

[25] PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud DIAS, Maria Berenice, op.cit., p. 536.

[26] MADALENO, Rolf, op. cit., p. 384.

[27] FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015. p. 956-957.

[28] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral".

Depreende-se, neste diapasão, serem os pressupostos os seguintes, ainda segundo Cavalieri Filho[29]:

a) Conduta culposa do agente, entendida como a "conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível"[30];
b) Nexo causal, entendido como um elemento que une a conduta ao resultado.

> Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito[31].

c) Dano, que, continuando nas palavras de Cavalieri Filho:

> O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano[32].

Neste ponto, cumpre ressaltar que a doutrina costuma diferenciar o dano em duas modalidades: o dano material ou patrimonial, e o dano moral ou extrapatrimonial.

O dano patrimonial, como o próprio nome induz, atinge o conjunto de bens e direitos que integram o patrimônio da pessoa, como casa, bens móveis, direitos de crédito. O dano material acarreta, deste modo, uma diminuição do patrimônio.

O dano moral, por seu turno, implica na violação de um direito ou atributo da personalidade, não é tangível. Nas palavras de Rafael Madaleno:

> O dano moral representa a lesão à alma, àqueles sentimentos mais íntimos do ser humano, é a agressão que atinge de forma intensa o comportamento psicológico do agredido, que diminui sua personalidade (...). Para ser caracterizado o dano moral, é preciso que haja um fato que extrapole a normalidade, qualquer acontecimento, uma mera irritação, ou dissabor diante os percursos da vida não é suficiente[33].

5.1. Responsabilidade Civil e o Direito de Família

É interessante notar que chegou a ser proposto um projeto de lei, PL 6960/2002, pelo deputado Ricardo Fiuza, que pretendia dar nova redação a vários artigos do Código Civil, entre eles acrescentando um segundo parágrafo ao artigo 927: "os princípios de responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família".

Referido projeto de lei encontra-se atualmente arquivado, o que não impede, contudo, que se reconheça a incidência da responsabilidade civil no Direito de Família, conforme orientação majoritária da doutrina e da jurisprudência.

---

[29] Ibid., p. 33.
[30] Ibid., p. 50.
[31] Ibid., p. 62.
[32] Op. cit., p. 92.
[33] MADALENO, Rafael. A Responsabilidade Civil pela Ausência ou Negligência nas Visitas. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade Civil no Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2015.

Rolf Madaleno, citando Graciela Medina, afirma que não há falar na ideia de não serem reparados os danos causados entre os integrantes de uma família, devido à evolução dos princípios clássicos de responsabilidade civil somada aos avanços na concepção contemporânea do Direito de Família, em observância aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os cônjuges[34].

Na mesma linha, Cavalieri Filho aduz que mesmo no âmbito das relações familiares há situações que podem ser passíveis de indenização por dano moral. "Pais e filhos, marido e mulher na constância do casamento, não perdem o direito à intimidade, à privacidade, à autoestima, e outros valores que integram a dignidade"[35].

Em relação ao abandono afetivo, Chaves, Braga Netto e Rosenvald alertam que, caso ele seja aceito como um ilícito e fato gerador de responsabilidade civil, seguindo a lógica inversa, deveria se admitir também um excesso afetivo como fonte de pretensão de reparação de danos por filhos mimados que desconhecem limites e por filhos sufocados pela fiscalização e atenção dos pais a ponto de tornarem-se adultos indolentes, inseguros e egoístas, traduzindo evidente forma de corrupção das relações entre pais e filhos. Por isso, recomendam o distanciamento da concepção do abandono afetivo como causa da responsabilidade civil, uma vez que o que gera o dano é a falta de cuidado em seu sentido mais amplo, o amor construído com dedicação de tempo e energia. Opõem-se, assim, à associação do abandono afetivo à mera negativa de afeto, uma vez que geraria insegurança jurídica, pois não se pode exigir que todos os genitores sejam amáveis e carinhosos, jamais tendo negado o dever imaterial de cuidado[36].

Ainda que se possa argumentar que o ordenamento jurídico não prevê a obrigatoriedade de sentimentos que vinculam um pai a seu filho, não havendo falar-se em dever de amar, o que se procura através do ressarcimento de danos morais decorrentes do abandono afetivo é justamente a compensação pela ausência de afetividade que prejudicou o sadio desenvolvimento emocional do menor e consequentemente sua plena integração na sociedade.

Por isso mesmo, recorda a professora Giselda Hironaka que nem sempre a indenização por abandono afetivo será possível, não havendo falar em *indústria indenizatória*, evitando-se

> (...) recorrer ao argumento simples – e em certa medida pobre – no sentido de que o ordenamento jurídico não pode exigir de ninguém demonstrações de amor e carinho, porquanto não seja disso que se trate, mas, sim, de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções, para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos. Até porque, durante muito tempo, muitos pais deixaram de demonstrar afeto, amor e carinho para com seus filhos, mas cumpriram a função de autoridade (com ou sem autoritarismo) que lhes cabia e que permitiu que os filhos se adequassem socialmente[37].

Nas palavras de Rolf Madaleno,

---

[34] Op. cit., p. 347-348
[35] Op. cit., p. 108.
[36] Op. cit., p. 957
[37] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>. Acesso em: 21 mar 2017

> o filho tem a necessidade e o direito, e o pai tem o dever de acolher social e afetivamente o seu rebento, sendo esse acolhimento inerente ao desenvolvimento moral e psíquico de seu descendente. Recusando aos filhos esses caracteres indissociáveis de sua estrutura em formação, age o pai em injustificável ilicitude civil, e assim gera o dever de indenizar também a dor causada pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente rejeitado pela desumana segregação do pai[38].

Em relação aos elementos do dever de indenizar o abandono afetivo, Giselda Hironaka faz o mesmo percurso dos pressupostos de responsabilidade civil para melhor configurar essa obrigação quando ela for efetivamente devida.

Desta feita, aduz a professora que o dano causado pelo abandono afetivo se configura como um dano à própria personalidade do indivíduo, uma vez que a ausência injustificada do pai acarreta evidente dor psíquica, trazendo prejuízo à formação da criança. Isso em função da ausência do afeto, do cuidado e da proteção que constituem a função psicopedagógica que a figura paterna representa[39].

Já a culpa se caracteriza com a comprovação que o genitor se furtou à convivência com o filho, negando-se a participar do desenvolvimento de sua personalidade de forma negligente ou imprudente[40].

O nexo de causalidade, por outro lado, se estabelece com a relação entre o abandono culposo e o dano vivenciado. Deste modo, comprovada a culpa do genitor que pratica uma conduta omissiva, a doutrinadora ressalta a importância de perícia que possa apurar não apenas a existência do dano, como também sua causa[41].

5.2. Responsabilidade do Estado

Sergio Cavalieri Filho sustenta existir responsabilidade do Estado, a teor do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, não apenas em relação a sua atividade comissiva, mas também em relação a uma conduta omissiva. Assim, o Estado praticaria um ato ilícito não apenas por comissão - quando faz o que não devia fazer -, mas igualmente por omissão - quando deixa de fazer o que tinha o dever de fazer[42].

Isso não significaria dizer, entretanto, que todo dano proveniente de uma omissão estatal deveria ser tratado pelo viés subjetivo. Em caso de uma omissão específica, há um dever especial de agir e a responsabilidade é objetiva. O Estado tem a obrigação de agir para evitar um resultado danoso quando a vítima se encontra sob sua proteção ou guarda[43].

Já a omissão genérica surge "nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização)"[44].

Prossegue ainda o ilustre doutrinador:

> (...) na omissão genérica, que faz emergir a responsabilidade subjetiva da Administração, a inação do Estado, embora não se apresente como causa

[38] Op. cit., p. 385.
[39] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit.
[40] Idem.
[41] Idem.
[42] Op. cit., p. 336.
[43] CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 337.
[44] Idem.

> direta e imediata do dano, entretanto concorre para ele, razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido[45].

Paulo Lôbo ensina que a família não pode ser violada pelo Estado, pois isso significaria atingir a base da sociedade a que se submete o próprio Estado. Contudo, certas situações, considerando seu interesse público ou social, devem sair da esfera exclusiva da família e sendo imprescindível a interferência estatal. Para tanto, elenca uma série de exemplos: a obra de higiene, de educação e de preparação profissional seria social; a alfabetização das crianças e educação básica obrigatória também seria de interesse social; a política populacional do Estado seria de interesse público, devendo o planejamento familiar, apesar de livre, ter seu planejamento global incentivado pelo Estado; a eliminação da violência dentro da família seria de interesse público; e, finalmente, seria de interesse social que o abandono familiar fosse punido, assegurando-se a ajuda recíproca entre pais e filhos e idosos[46].

Os direitos sociais apresentam uma dupla dimensão subjetiva e objetiva. Apresentando-se como direitos subjetivos, advém a possibilidade de serem exigíveis de seus destinatários em favor de seus respectivos titulares, em que pesem as dificuldades oriundas desse dever, como a menor densidade das normas definidoras de direitos sociais, os limites ao controle das políticas públicas e a dependência da disponibilidade de recursos[47].

Se a família é a base da sociedade, competindo ao Estado protegê-la, o que dizer se o Estado não a protege?

Conforme a redação do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal, "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

Espera-se, portanto, que o Estado crie esses mecanismos, possibilitando a assistência a cada uma das pessoas que integram a entidade familiar.

Considerando o abandono afetivo como uma violência dentro das relações familiares, cabe ao Estado configurar suas políticas públicas de forma que previnam a ocorrência desse comportamento ou minimizem os efeitos dessa violência. Afinal, o abandono afetivo, em regra, gera consequências negativas para o indivíduo que o sofre, o que, por via reflexa, traduz consequências negativas à própria sociedade.

Nesta toada, campanhas educativas alertando à população sobre a existência e os efeitos do abandono afetivo, políticas públicas de assistência ao trabalhador que possibilitem o trabalho que não impeça o convívio com a família, políticas públicas de saúde que providenciem tratamento efetivo a pais alcoólatras ou drogaditos, e planos de governo que garantam efetividade à fiscalização das condições dos menores, nas escolas e conselhos tutelares, dariam cumprimento ao preceito constitucional.

Nesse tocante, é digno de nota mencionar que o Brasil, através do Decreto nº 99.710/90, ratificou a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, que em seu artigo 3º estabelece que "os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar".

---

[45] Ibid., p. 338.
[46] Op. cit., p. 35
[47] SARLET, Ingo Wolfgang. O Sistema Constitucional Brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 566.

Verifica-se, assim, como a omissão estatal na implementação de políticas públicas adequadas pode ser danosa. "O não agir, ou o agir precário ou ineficiente, pode lesionar, moral e materialmente, o cidadão. (...) o Estado também pode responder pela omissão de não fiscalizar"[48].

Obviamente, esta omissão deve estar ligada às consequências do abandono afetivo, formando um nexo causal, o que na prática pode se revelar bem difícil de se demonstrar.

Entendendo-se possível a responsabilização estatal, é oportuno abordar o direito de regresso do Estado em relação ao agente público ou administrador omisso que agiu – ou se omitiu – com culpa ou dolo. Afinal, não pode a coletividade arcar com as despesas oriundas de condutas irresponsáveis e omissas do administrador público. Surge o direito de regresso, como instrumento de incentivo ao administrador na condução responsável e eficiente das políticas públicas.

Neste sentido sustenta a Ministra Cármen Rocha (1999, apud MILITÃO, 2009):

> O princípio do regresso contra o autor do dano, quando este se origina de culpa ou dolo, atenta para o direito da sociedade ao Estado moral, à ética no exercício das funções públicas. Assim, se de um lado não se pode deixar ao desabrigo os direitos maculados dos particulares por um comportamento imputável ao Estado, também é exato que a sociedade não deve arcar com os ônus decorrentes de condutas equivocadas dos agentes públicos[49].

Finalmente, conclui o ex-Ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ensinando que, em casos de responsabilidade civil por infração a ilícito absoluto ou regras do Direito de Família, o juiz deve "ponderar os valores éticos em conflito"[50], atentando à finalidade social da norma.

6. CONCLUSÃO

Mesmo sendo possível alegar que não se pode pretender resolver tudo pela solução simples da indenização, podendo-se argumentar que a mera falta de afeto ou amor não é punível pelo ordenamento jurídico, é fato que o abandono afetivo é um problema sério de ordem social, à medida em que compromete o desenvolvimento do indivíduo dentro da própria sociedade e, por consequência, afeta o meio social como um todo.

Para mitigar, prevenir e finalmente evitar esse problema, é recomendável a realização de campanhas educativas junto à população, alertando sobre a convivência familiar entre pais e filhos e, até mesmo, sobre a possibilidade de se indenizar o descumprimento do dever de assistir, criar e educar os filhos menores, que caracteriza o abandono afetivo.

---

[48] FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 1053/1054.

[49] MILITÃO, João Bruno Sanches. O poder-dever do Estado no exercício do direito de regresso por força do seu fundamento ético e jurídico. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2130, 1 maio 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12747>. Acesso em: 15 mar 2017.

[50] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 359-371.

Nesse sentido, a indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo constitui importante ferramenta para coibir tal tipo de conduta, possuindo, além do viés punitivo, verdadeiro caráter pedagógico e dissuasório.

Essa é a opinião da professora Giselda Hironaka, que aduz:

> (...) a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configurada com parcimônia e bom senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou da busca do lucro fácil, poderá ser converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar inclusive um importante papel pedagógico no seio das relações familiares[51].

Por isso mesmo, refuta-se a tese de que eventual indenização apenas contribuiria para inviabilizar um futuro restabelecimento das relações entre pais e filhos, erguendo-se uma barreira entre eles. Aliás, como bem recorda Rodrigo da Cunha Pereira,

> quem opta por entrar na justiça também já esgotou todas as tentativas de aproximação e deve ter passado toda a vida esperando e mendigando algum afeto deste pai[52].

Na verdade, o dano já ocorreu. A simples ameaça de punição com a perda do poder familiar, a teor dos artigos 1638, inciso II, do Código Civil, e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente não foi suficiente para evitar a prática contra a qual se busca a reparação.

Rolf Madaleno reforça que:

> A condenação de hoje pelo dano moral causado no passado, tem imensurável valor propedêutico para evitar ou arrefecer o abandono afetivo no futuro, não mais pela ótica do amor que foi omitido, mas como entendeu a Ministra Nancy Andrighi no REsp. n. 1.159.242-SP, pelo dever jurídico de cuidar, para que os filhos sejam postos a salvo de toda forma de negligência e para que pais irresponsáveis pensem duas vezes antes de usar seus filhos como instrumento de vingança de suas frustrações amorosas[53].

Obviamente, deve haver análise criteriosa do caso concreto, demonstrando-se detalhadamente o ilícito civil, cuja particularidade ultrapasse o mero dissabor e configure o nexo causal. Eventual concessão indiscriminada de indenização se tornaria um instrumento daninho às relações familiares, aí sim impossibilitando o restabelecimento dessas relações sob o mero pretexto de penalizar o pai que abandona[54]. O dano moral se caracteriza com a ocorrência de circunstâncias excepcionais, que tenham causado sofrimento, dor, constrangimento e angústia, violando de forma anormal os direitos da personalidade do indivíduo.

---

[51] Op. cit.

[52] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A afetividade como fonte de obrigação jurídica. Disponível em http://www.conjur.com.br/2012-jun-26/rodrigo-cunha-pereira-afetividade-obrigacao-juridica. Acesso em: 23 mar 2017.

[53] Op. cit., p. 384-385.

[54] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit.

Em relação à possibilidade de responsabilização do Estado pelo abandono afetivo, vimos que, de fato, a atitude omissiva do Poder Público pode caracterizar um ato ilícito.

Deste modo, considerando que a família deve gozar de especial proteção do Estado, conforme dita a própria Constituição Federal, a inexistência de ações que objetivem resguardar a família pode concorrer para o dano, cabendo ao lesado provar que a ação positiva do Poder Público poderia ter evitado a ocorrência do abandono afetivo, configurando-se assim o nexo causal.

Ressalta-se novamente a necessidade de análise parcimoniosa do caso concreto, sopesando-se o dever do Estado em formular políticas com o intuito de proteger a família e a possibilidade de viabilizar e promover essas ações, hipótese em que é possível até mesmo aventar e aferir o direito do regresso em relação ao administrador público.

7. REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

BRASIL. Constituição Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice, Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em

http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo. Acesso em: 21 mar 2017

LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

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

MADALENO, Rafael. A Responsabilidade Civil pela Ausência ou Negligência nas Visitas. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade Civil no Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2015.

MADALENO, Rolf, Curso de Direito de Família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MILITÃO, João Bruno Sanches. O poder-dever do Estado no exercício do direito de regresso por força do seu fundamento ético e jurídico. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2130, 1 maio 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12747>. Acesso em: 15 mar 2017.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A afetividade como fonte de obrigação jurídica. Disponível em http://www.conjur.com.br/2012-jun-26/rodrigo-cunha-pereira-afetividade-obrigacao-juridica. Acesso em: 23 mar 2017.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

TARTUCE, Flávio, Direito civil, v. 5: direito de família. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.