

RESSARCIBILIDADE DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NO CENÁRIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Richardy Videnov Alves dos Santos

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN
Membro do Projeto Cine Legis
Monitor da disciplina Direito Eleitoral

Carlos Wagner Dias Ferreira

Professor-orientador

RESUMO

A proteção conferida aos direitos de personalidade ganhou destaque renovado após a Constituição Federal de 1988, que consagrou expressamente a ressarcibilidade do dano moral. Nesse cenário, emerge, atualmente, discussão em torno da possibilidade de condenar alguém ao pagamento de indenização pelos danos morais ocasionados em sua prole em decorrência do que se convencionou chamar “abandono afetivo”. O presente artigo investiga, tendo como plano de fundo a constitucionalização do Direito Civil, se há fundamento no ordenamento jurídico brasileiro para tal dever de indenizar, em que condições se verificariam e quais seriam seus limites. Para tanto, empreende revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, numa abordagem qualitativa com objetivos exploratórios.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Constitucionalização. Abandono afetivo. Dano moral. Indenização.

"Todo o direito é constituído por causa do homem"
(Justiniano)

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 – doravante CF –, a proteção conferida aos direitos da personalidade ganhou destaque especial em nosso ordenamento, seja em decorrência da consagração da ressarcibilidade do dano moral (art. 5º, incs. V e X da CF), seja pelo alargamento dado pela jurisprudência ao alcance das condições existenciais dignas de proteção e reparo.

Além de consistir no alicerce do ordenamento pátrio, exigindo uma releitura de toda a legislação infraconstitucional de modo a compatibilizá-la com os direitos fundamentais consagrados, a CF promoveu no âmbito da legislação privatista, uma profunda mudança de paradigmas. A proteção da pessoa humana e de suas condições existenciais superou as visões individualista e patrimonialista que davam o tom dos institutos e instituições civis, culminando no fenômeno conhecido como *constitucionalização do direito civil*.

Nesse cenário, emerge acirrada discussão em torno da possibilidade de condenar alguém a pagar ao seu filho indenização pelos danos morais ocasionados em razão do "abandono afetivo" que tenha dado causa. Tal debate reveste-se, por vezes, de percepções preconceituosas, como o questionamento se a omissão afetiva dos pais poderia, realmente, ocasionar transtornos psicológicos, ou que esse ressarcimento seria apenas uma forma de vingança utilizada pelo ex-consorte que se sente prejudicado com o fim da relação conjugal.

Diante do exposto, o presente artigo objetiva investigar, com fulcro em uma releitura constitucional do instituto da responsabilidade civil, se a omissão parental pode ensejar a responsabilização civil dos pais.

Para tanto, elucida em que consiste a constitucionalização do direito civil, buscando identificar suas repercussões na feição atual do instituto da responsabilidade civil. Analisa os princípios da afetividade, da solidariedade e da paternidade responsável, indispensáveis para uma compreensão mais adequada da função da família e dos deveres parentais. Questiona a que se refere a doutrina ao alcinhar a expressão "abandono afetivo", bem como se emprego dessa terminologia se revela oportuno. E, por fim, investigam quais



seriam os principais óbices e fundamentos ao reconhecimento do dever de indenizar em decorrência desse abandono, sob que condições poderia se verificar e quais seriam seus limites.

A investigação em questão justifica-se pela relevância dos direitos envolvidos, notadamente por dizer respeito a interesses de pessoas em peculiar condição de desenvolvimento (crianças e adolescentes).

Nessa senda, promove revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, numa abordagem qualitativa com objetivos exploratórios.

2 DO NECESSÁRIO SUPEDÂNIO CONSTITUCIONAL

Centro em torno do qual gravita o ordenamento jurídico pátrio, a CF encarta uma série de direitos dotados de superioridade normativa e aplicabilidade imediata. Diante desse cenário, faz-se indispensável abordar as implicações que ela possui na legislação privatista e, mais especificamente, no evoluir do instituto da responsabilidade civil.

2.1 A perspectiva civil-constitucional

Nem o direito privado, que, ao longo da história, sempre foi visto como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo e da proteção de seu patrimônio (LÔBO, 1999), resistiu à vinculação dos direitos consagrados pelas Constituições.

Essa aproximação entre o direito constitucional e o privado, ocorrida no Brasil após 1988, se deve à eleição do mesmo princípio fundante: a dignidade da pessoa humana, cerne da organização social e político do país (art. 1º, inc. III da CF), bem como propulsor para o reconhecimento de direitos da personalidade logo no início do Código Civil de 2002 (FERREIRA, 2010, p. 32) – doravante CC/02.

Eis que a Constituição promove uma releitura de todo o ramo privatista. Constata-se não somente a inserção do direito civil na constituição jurídico-positiva, mas também a inserção de seus fundamentos de validade, que dela devem ser extraídos, condicionando a elaboração e aplicação da legislação privatista (LÔBO, 1999, p. 100), o que culmina no fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo (*op. cit.*) que, antes de um critério hermenêutico formal, a constitucionalização é uma das etapas mais



importantes da mudança de paradigmas por que passou o direito civil. Trata-se de uma repersonalização da legislação, tendo a primazia da pessoa humana, e não seu patrimônio, como cerne.

Cumpra destacar, na pena de Luiz Edson Fachin (2008 *apud* FERREIRA, 2010, p. 33), que a Constituição propicia a formação de um sistema jurídico aberto, poroso e plural, que contribui para a ressignificação dos sentidos do discurso normativo, doutrinário e jurisprudencial, notoriamente no campo do contrato, da família e da propriedade. Assim, revela-se a perspectiva civil-constitucional, consoante aponta Carlos Wagner Dias Ferreira (*op. cit.*, p. 36), como o modelo mais completo para se discutir e solucionar conflitos no âmbito do direito civil.

Para Yussef Said Cahali (2005, p. 62), foi apenas com a CF/88 que teriam sido explicitadas regras fundamentais, de caráter geral, de proteção do ser humano em sua amplitude conceitual.

Dessa feita, outro não seria o pressuposto da presente abordagem senão a mudança de paradigmas promovida na legislação privatista a partir de 1988. Nesse sentir, a condução mais adequada da discussão em torno da indenização por abandono afetivo preme por uma análise do instituto da responsabilidade civil afinada à ordem atualmente vigente.

2.2 O instituto responsabilidade civil sob a ótica da ordem vigente

A responsabilidade civil parte do pressuposto de que, em regra, qualquer atividade que acarrete prejuízo indevido a alguém gera um dever de indenizar, devendo o causador do ato, fato ou negócio danoso, na inexistência de excludentes, arcar com as consequências geradas (VENOSA, 2010, p. 1).

Constitui uma matéria dinâmica que rende novas teorias e linhas de pensamento tanto na doutrina, como na jurisprudência, em decorrência das necessidades sociais (*ibidem*, p. 14). Essa característica parte da constatação de que todo prejuízo não reparado é fator de inquietação social; assim, os ordenamentos jurídicos contemporâneos buscam alargar o dever de indenizar, de modo a deixar cada vez menos danos irressarcidos (*ibidem*, p. 1-2).

No Brasil, da década de 1920 até o advento da CF/88, prevalecia a ressarcibilidade dos danos dotados de correspondência pecuniária, admitindo-se apenas excepcionalmente a indenização por danos extrapatrimoniais, cujo reconhecido era obstado pela dificuldade em conceber-se a avaliação de danos constituídos pela dor, pela compreensão de que as sanções na esfera penal afastaria a necessidade de outra forma de sancionamento e pela prevalência



de um arquétipo econômico que influenciava as normas jurídicas (SOARES, 2009, p. 27-28).

Após 1988, promoveu-se uma releitura dos conceitos tradicionais de dano moral, haja vista que o fundamento da nova ordem jurídica, alinhada à trilha da questão social, passa a repousar na pessoa humana (*ibidem*, p. 82), da qual emana a plêiade de direitos da personalidade, que não se esgotam naqueles elencados pelos arts. 11 a 21 do CC/02.

Assente a ressarcibilidade dos danos morais (art. 5º, incs. V e X da CF), tem-se que a questão central, atualmente, reside em saber, conforme atenta Cavalieri Filho (2010, p. 81), o que vem a ser o próprio dano moral.

Nesse diapasão, alguns estudiosos dedicam-se, em homenagem ao rigor científico, à identificação de categorias de “dano extrapatrimonial”, gênero que englobaria a categoria dos “danos morais” e com a qual não deve ser confundido, embora essas terminologias venham sendo utilizadas indiscriminadamente. Entre as categorias mais debatidas estão o dano moral em sentido estrito, o dano estético e o dano psicológico ou existencial.

Apenas as duas primeiras são aceitas como categorias autônomas pela jurisprudência pátria, consistindo a primeira em qualquer violação aos atributos inerentes à personalidade, inclusive independentemente da comprovação de detrimento anímico (SOARES, 2009, p. 82), e a segunda, a alteração morfológica que causa desagrado e repulsa; sendo, em decorrência da autonomia reconhecida, cumuláveis a título de indenização (RSTJ 105/332).

Por sua vez, o dano psicológico ou existencial refere-se às alterações provocadas em interesses diversos da integridade psicofísica, tais como as relações de estudo, sociais, familiares, afetivas, culturais e artísticas, que repercutem negativamente, de modo temporário ou permanente, no plexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito em sua ordem pessoal ou social (SOARES, *op. cit.*). Não sendo reconhecido como categoria autônoma, considera-se que o dano existencial está incluso na abrangente categoria de “danos morais”.

É importante destacar que, se tratando de responsabilidade civil por dano moral, a discussão a respeito das modalidades de dano, embora cientificamente louvável, não pode representar um óbice à proteção aos direitos da personalidade.

Eis que a própria natureza do direito tutelado inviabiliza o afã de identificar desde logo uma enumeração exaustiva dos danos morais possíveis, pois os direitos da pessoa são interdependentes e conexos entre si, na medida em que possuem como fundamento único o valor ontológico da pessoa



humana (CAHALI, 2005, p. 60). Essa afirmação não propugna a supressão dessas situações jurídicas subjetivas, mas aponta para o fato de que as situações já reconhecidas não são capazes de esgotar, tendo em vista resguardar sua proteção cabal, a multiplicidade de aspectos do ser humano (*ibidem*, p. 61).¹

Portanto, deve o julgador, à luz do caso concreto, dada a dificuldade de a lei generalizar critérios infalíveis para a aferição de todas as hipóteses possíveis, identificar as lesões ensejadoras de reparação. Mister se faz perceber de modo cristalino no contexto familiar, em que deve ser assegurada não apenas a imediata eficácia das normas constitucionais, mas, sobretudo, a efetividade social destas, devendo ser promovida a aproximação do “dever-ser normativo” ao “ser da realidade social” (BARROSO, 2001, p. 85 *apud* MADALENO, 2011, p. 41, grifos do autor).

3 OS DEVERES PARENTAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA AFETIVIDADE, DA SOLIDARIEDADE E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Foi no âmbito das relações familiares que a repersonalização contemporânea do direito provocou maiores transformações. Com a passagem do individualismo para a solidariedade social, reafirma-se o objetivo central do direito, que é a afirmação e realização da pessoa humana em sua dimensão ontológica (LÔBO, 2011).²

A família, como espaço de realização da afetividade, ganha nova feição, deslocando-se da função econômico-religiosa-procracional (*ibidem*, p. 22). A compreensão de sua função atual e, notadamente, dos deveres parentais requer uma análise de seus novos valores, com especial destaque para os princípios da afetividade, da solidariedade e da paternidade responsável.

¹ Tal ilação, ao reconhecer a pluralidade de comportamentos que abrange o desenvolvimento da personalidade, enquadra-se perfeitamente ao cenário brasileiro. É que tanto a CF, com suas lacônicas referências à possibilidade de reparação do dano moral, como o CC/02, apesar de sua inovadora e prodigiosa disciplina legal em comparação ao Código de 1916, não esgotaram as potencialidades dos direitos da personalidade. Isso não se deve a uma omissão incauta do legislador, mas decorre da própria natureza do direito, radicado na dignidade da pessoa humana. Nesse sentir, cabe à doutrina e, mais destacadamente, à jurisprudência a identificação de novos comportamentos, necessidades e direitos decorrentes desse atributo humano.

² Exemplo disso é a vedação a qualquer tipo de discriminação entre os filhos, havidos ou não dentro da relação do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º da CF e art. 1.596 do CC/02), e o reconhecimento das famílias formadas pelo afeto (art. 226, §§ 3º e 4º da CF e art. 1.723 do CC/02).



3.1 Princípios da afetividade, da solidariedade e da paternidade responsável

A afetividade é o componente que dita as feições atuais do direito de família, prevalecendo sobre aspectos patrimoniais e, até mesmo, vínculos biológicos (*ibidem*, p. 70).

Consoante Paulo Luiz Netto Lôbo (*op. cit.*, p. 71), trata-se de um princípio constitucional implícito, que se extrai da CF em seus arts. 227, § 6º (igualdade entre os filhos), 227, §§ 5º e 6º (adoção como escolha afetiva), 226, § 4º (reconhecimento da família anaparental) e 227, *caput* (direito à convivência familiar como prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente), possuindo aplicações diversas, a exemplo do reconhecimento de deveres de solidariedade e cooperação, da funcionalidade da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros (TEPEDINO, 1997 *apud* LÔBO, *loc. cit.*) e de valor a ser ponderado na colisão de direitos fundamentais (MORAES, 2000 *apud* LÔBO, *loc. cit.*).

Sobre o afeto e sua importância nas relações familiares, Rolf Madaleno (2011, p. 95-96) o define como mola propulsora que dá sentido e dignidade à existência humana. Sustenta, ainda, que a sobrevivência humana depende do afeto, constituindo uma necessidade, cuja ausência sempre causará efeitos negativos a quem não mereceu afeto dos pais ou da família.

Por sua vez, a solidariedade é o *pathos* da sociedade atual, consistente no vínculo racionalmente guiado que impele, baseada na similitude de interesses e objetivos, à oferta de ajuda entre os membros da sociedade (LÔBO, 2011, p. 63).

É esse liame que fomenta o desenvolvimento de um ambiente propício para a compreensão e a cooperação mútuas, que, conforme Regina dos Santos (*apud* MADALENO, 2011, p. 90), abrangem cuidados de ordem física e moral seja nas fases críticas, vivenciadas em razão da idade avançada, de questões profissionais e financeiras, seja nos momentos amenos do cotidiano.

Consagrado no art. 3º, inc. I da CF, o qual estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção de uma sociedade solidária, esse princípio evita, no âmbito da família, o contrassenso de se imaginar “pudessem os cidadãos em formação ser relegados ao abandono e jogados à própria sorte” (*ibidem*, p. 91).

Por fim, a paternidade responsável é princípio do planejamento familiar, consagrado pelo § 7º do art. 226 da CF.

Decorre do desafiador e inescusável compromisso que a família



carrega consigo para com o futuro, pois a paternidade e a maternidade lidam com pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, que exigem formação e acompanhamento até quando possam compreender e assumir suas próprias responsabilidades (LÔBO, 2011, p. 51).

Essa responsabilidade pela promoção dos integrantes do núcleo familiar requer condutas que assegurem condições de vida digna às gerações, dever exigível não somente os pais, mas também todos que integram o núcleo familiar (*ibidem*, *loc. cit.*).

3.2 Dos deveres decorrentes do poder familiar

Tem-se que, na atualidade, as relações entre pais e filhos, marcadas quase invariavelmente por sua complexidade, devem ser pensadas sopesando o exercício de direitos fundamentais e o cumprimento da função desse poder (PERLINGIERE, 2008, p. 999). É passado o tempo em que constituía uma relação de poder-sujeição entre um sujeito e um objeto, para ser exercido no interesse do filho (DIAS, 2009, p. 392; LÔBO, 2011, p. 64).

Assim, cabe primeiramente aos genitores a satisfação das necessidades de sua prole, não obstante também sejam a sociedade e o Estado responsáveis pela salvaguarda dos direitos de crianças e adolescentes (art. 227, *caput* da CF).³

Sobre a relevância do auxílio parental aos filhos, tanto a doutrina, pátria e alienígena (COSTA *apud* DIAS, 2009, p. 415; LÔBO, 2011, p. 189; PERLINGIERE, 2008, p. 999), como a legislação reconhecem que o poder familiar e os deveres a ele inerentes estão desancorados da relação conjugal entre os genitores.

Nesse sentido, prevê o CC/02, em seu art. 1.566, inc. IV, que o sustento, a guarda e a educação dos filhos é dever de ambos os cônjuges, incumbência que não cessa mesmo em caso de separação, divórcio ou dissolução da união estável (art. 1.632), ou ainda quando o pai ou a mãe constituem outro núcleo familiar (art. 1.636). A seu turno, a Convenção Internacional sobre os Direitos da

³ Sob essa perspectiva, Perlingiere (2008, p. 1000) sustenta que intervenções subsidiárias por parte do Estado servem como elementos corretivos da relação pai-filho, buscando facilitar sua normalidade e eliminar os abusos, desvios e obstáculos. Desse modo, nada impede que o Estado-juiz tome, no caso sob apreciação, medidas judiciais que protejam e confirmem máxima efetividade a esses direitos, porque por eles também é responsável.



Criança⁴ estabelece, em seu art. 9º, item 3, que, no caso de separação dos pais, deverá ser respeitado o direito da criança de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, salvo se não for de seu interesse.

No tocante aos deveres que incumbe aos pais, a CF, no *caput* do art. 227, consagrou que *é dever da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, os direitos, entre outros, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar*, assim como estabeleceu que lhes compete, ainda, coloca-los a salvo de toda forma de negligência, violência e crueldade.

O ECA, a seu turno, elencou uma série de situações que visam possibilitar o crescimento sadio dessas pessoas, como a inviolabilidade de sua integridade física, psíquica e moral (art. 17), o dever da família de protegê-las de qualquer tratamento desumano ou vexatório (art. 18), e de assegurar-lhes o direito à convivência familiar (art. 19, *caput*).

Em conformidade com a ordem atualmente vigente, afere-se que a responsabilidade dos pais não se esgota nas contribuições de cunho material, sendo apontada a necessidade de uma sadia convivência familiar que respeite os direitos da personalidade do filho e garanta sua dignidade (SILVA, 2004, p. 139 *apud* MADALENO, 2011, p. 380). Nesse contexto, as visitas do pai que não detém a guarda constituem, antes de tudo, um inviolável direito do filho, e não mera faculdade do genitor (MADALENO, *op. cit.*, p. 375).

Da análise empreendida, é possível afirmar que nosso ordenamento, além de consagrar o dever dos pais de assegurarem o desenvolvimento sadio de sua prole, aponta para o desvalor inerente a sua omissão, que, transgredindo deveres de cuidado, deixa seu filho em abandono afetivo/moral.

4 LIMITAÇÕES DECORRENTES DO EMPREGO DA EXPRESSÃO “ABANDONO AFETIVO”

Embora seja considerável o número de doutrinadores que defendem poder essa forma de omissão ensejar a responsabilidade civil, o tema é por

⁴ Frise-se que, para a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas em 1989, e internalizada com força de lei pelo Decreto Legislativo n. 28, de 24-9-1990, e Decreto Executivo n. 99.710, de 21-11-1990; criança é toda pessoa até os 18 (dezoito) anos. Disponível em: < http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm >. Acesso em: 01 maio 2012.



demaís controvertido em nossos tribunais, sendo raros os casos de procedência do pleito ressarcitório, a exemplo de recentíssimo julgado do STJ que, pelo ineditismo, será tratado em seção específica (item 6).

Entre os que negam tal possibilidade, é comum identificar na “não prestação de amor” a suposta causa do pedido, o qual, em uma análise apressada, seria negado, pois, não podendo o direito obrigar ninguém a amar, a omissão afetiva não constituiria ato lícito.

Trata-se, em realidade, de vacilação decorrente do emprego da expressão “abandono afetivo”, tal como podemos perceber da análise do REsp 757.411-MG⁵, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. O recurso visava à reforma de acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que condenou o recorrente ao pagamento de R\$ 44.000,00, em virtude do abandono que privou seu filho do direito à convivência e ao amparo afetivo, moral e psíquico.

A Quarta Turma do STJ desproveu, por maioria, o recurso especial, nos termos do voto do Relator, o qual entendeu, em síntese, que “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”. Foi aduzido, ainda, que a legislação estabelece como punição devida, no caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, a perda do poder familiar (art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente – doravante ECA – e art. 1.638, inc. II do CC/02).

Do parágrafo anterior, percebe-se que é colocada em destaque a hipótese da prestação de afeto constituir ou não um dever decorrente do poder familiar, quando, em verdade, na tentativa de identificar o ato ilícito pressuposto da responsabilização, seria mais apropriado cogitar-se da violação dos *deveres de assistência moral, cuidado e respeito ao direito de convívio* (art. 227, *caput* da CF, art. 1.634, incs. I e II do CC/02 e arts. 17 a 19 do ECA), deveres de inarredável fundo constitucional, previstos em lei e mais consentâneos à problemática em exame, motivo pelo julgamos mais adequado falar-se em “abandono moral”.

Nesse contexto, é importante advertir que afetividade, enquanto princípio jurídico, não deve ser confundido com afeto, enquanto fato anímico.

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 757.411-MG. Quarta Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 29.11.2005. Dj. 27.03.2006.



Embora seja impossível obrigar alguém a amar outrem, exteriorizar preocupação, buscar envolver-se, conhecer e dar suporte ao próprio filho, é possível, sim, constituir deveres decorrentes da paternidade e da maternidade, sem que isso constitua ingerência na espontaneidade do afeto ou violação à dignidade dos genitores. Relata Lôbo (2011, p. 51) que, em Kant, essa discussão pode ser intuída, tanto do ponto de vista moral como jurídico, para quem o amor, enquanto inclinação, não pode ser ordenado, mas o bem-fazer, por dever, ainda que haja aversão, residiria na vontade e não na tendência de sensibilidade, podendo ser ordenado.

5 FUNDAMENTOS E LIMITES DA INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Isso posto, importa investigar se a indenização fundada no abandono afetivo encontra respaldo em nosso ordenamento, especialmente mediante a análise do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil. Nessa senda, cumpre, em primeiro plano, abordar alguns dos argumentos contrários a sua ressarcibilidade e aferir sua pertinência.

Para tanto, é interessante repisar o posicionamento do relator do REsp 757.411-MG, o qual destacou que a lei civil já traria a punição mais severa ao pai omissor, que seria a decretação da perda do poder familiar. Apontou, ainda, que a ação indenizatória poderia constituir mero sucedâneo para o ex-consorte que tenha se sentido prejudicado com o fim do relacionamento, e que ele mesmo poderia ter dado causa ao dano psicológico, ao transferir seus sentimentos de ódio para o filho⁶. Por fim, destacou que o litígio reduziria drasticamente a possibilidade de reaproximação entre pai e filho, o que não seria proveitoso, tanto psicológica, como financeiramente, na hipótese em que o filho já perceber pensão alimentícia.

No âmbito doutrinário, Andrea Athayde Maciel (2011, p. 18), enfocando a questão sob o prisma da espontaneidade do amor e dos perigos de coagi-lo, refuta a ressarcibilidade da omissão afetiva parental. Aduz que por mais existam deveres de paternidade responsável, se estaria invadindo o campo da subjetividade do afeto, havendo o risco de sua monetarização.

⁶ Trata-se de clara menção ao fenômeno conhecido como alienação parental, em que as lembranças do filho em relação a um dos pais são distorcidas pelo genitor não satisfeito com o fim do relacionamento e que detém sua guarda.



Sustenta, ademais, que, sendo quantificado o afeto, inúmeras problemáticas poderiam ser criadas, como a alegação de dano psicológico provocado pelo pai que, possuindo mais de um filho, demonstrar ter mais afeição por um em detrimento dos outros.

Pois bem, cumpre destacar que, embora a maioria desses argumentos seja, *a priori*, factível, suas suposições não podem ser presumidas invariantes absolutas, de modo a criar uma compreensão que infirme, desde logo, a apreciação judicial dos elementos casuísticos. Cabe destacar que, o reconhecimento, em tese, da ressarcibilidade da omissão afetiva parental não acarretaria, necessariamente, incontáveis condenações como teme parcela da doutrina. Afinal, há muito se apregoa que o direito de ação não corresponde à sentença procedente (SOARES, 2009, 64).

Não obstante o justificável desconforto por vezes verificado na magistratura em impor uma verba compensatória, notadamente em razão dos preconceitos que existem em torno de uma suposta “indústria do dano moral” (ROCHA, 2012, p. 236), resta evidenciada a necessidade de se identificar balizas que facilitem a compreensão dessa sensível problemática da responsabilidade civil, de modo que as decisões sejam cientificamente embasadas e juridicamente consistentes, seja para deferir ou indeferir o pedido.

Nesse sentir, as alegadas dificuldades de precisar o dano moral, identificar a culpa e estabelecer o nexo de causalidade não devem constituir óbices à ressarcibilidade do abandono afetivo. Conforme destaca Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 63), houve uma notável evolução da responsabilidade por danos imateriais, da qual pode valer-se o juiz para prover o arbitramento da indenização sem onerar demais o ofensor, nem enriquecer o ofendido.

Além de cometer ato ilícito por violar os deveres de assistência moral e cuidado, bem como o direito à convivência familiar, a omissão parental ofende a dignidade do filho não apenas sob o aspecto material, mas também sob o moral e o psicológico, gerando traumas que deságuam no dano moral (VENOSA, 2010, p. 320). Os danos psicológicos gerados podem, pois, ser imputados aos pais que, podendo, descumprem tais deveres, constituindo uma omissão juridicamente relevante.

Sobre a ilicitude da omissão parental, em que pese não ser necessária disposição expressa prevendo todas as condutas que implicam no dever de indenizar, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4294/2008, que altera o art. 1.632 do CC/02 e o art. 3º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), para reconhecer expressamente a ressarcibilidade do abandono afetivo, não



apenas em relação aos filhos, mas também aos idosos. O projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), tendo recebido parecer favorável pela aprovação, com substitutivo.⁷

Outro argumento a ser afastado é o de que, julgada procedente a ação, surgiria um precedente que compeliria os pais a visitar seus filhos apenas temendo se tornarem futuros réus, situação que seria prejudicial tanto para o filho, como para o pai. É o que defende Andrea Athayde Maciel (2011, p. 20), para quem o cumprimento meramente burocrático do dever de visitação seria muito mais danoso ao pai, uma vez que a liberdade afetiva estaria acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana.

Ora, considerando as necessidades decorrentes da peculiar condição de desenvolvimento de crianças e adolescentes, entre os quais os sentimentos de identificação e pertença a um núcleo familiar, vê-se que, na relação entre pai e filho, o lado mais frágil e que merece maior proteção é, por natureza, o da prole, e não o do adulto física e intelectualmente formado, devendo prevalecer os interesses dos filhos, que devem ser resguardados com *absoluta prioridade* (art. 227, *caput* da CF e art. 4º do ECA). Ademais, consoante evidencia Madaleno (2011, p. 376), diferentemente do discernimento que os adultos têm, os filhos são incapazes de entender a ausência imotivada do pai, especialmente em momentos significativos, como seu aniversário, o dia dos pais e as festas de fim de ano.

Nessa relação, presumir que a suspensão ou a perda do poder familiar ou da oportunidade de desfrutar das alegrias da paternidade sejam a pior punição, é desconsiderar que a desoneração do pai omissos dos encargos da paternidade responsável consiste, na pena de Paulo Luiz Netto Lôbo (*apud* DIAS, 2009, p. 392), verdadeira bonificação.

É falível, ainda, considerar que a perda do poder familiar é a medida mais oportuna, alegando-se que a pendência de um processo judicial aumentaria o distanciamento do pai, posto que a perda desse poder também depende de pronunciamento judicial (art. 1.638, inc. II do CC/02).

Quanto à diminuição da possibilidade de restabelecimento dos

⁷ O substituto aprovado tem a seguida redação: “Comprovado o abandono afetivo, caberá indenização por dano moral ao filho” (altera o parágrafo único do art. 1.638 do CC/02) e “Comprovado o abandono afetivo por parte da família, caberá indenização por dano moral ao idoso” (parágrafo único do art. 5º do Estatuto do Idoso). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 04 maio 2012.



laços de afetividade, nada garante que, após anos e anos sem cumprir seus deveres de assistência moral, tempo o suficiente para o aparecimento de danos psicológicos, o genitor se conscientize de seus deveres e intente uma reaproximação.

Em que pese haja discussão, com fulcro na doutrina dos *punitives damages* ou *exemplary damages*, acerca da possibilidade de indenização por dano moral desempenhar uma dupla função, punir e desestimular condutas consideradas socialmente indesejáveis (ROCHA, 2012, p. 247), a verdade é que, tendo em vista as peculiaridades que normalmente envolvem os casos de omissão afetiva (separação dos pais e consolidação dos sentimentos de abandono na fase adulta), o goza de maior relevo o ressarcimento dos danos sofridos no passado, cuja reminiscência dificilmente se apagará no futuro.

A indenização decorrente desse abandono exerce, portanto, função essencialmente reparatória, nada obstando, embora não por destinação ontológica, que repercuta na sociedade como um incentivo à conscientização e à responsabilidade dos pais, desempenhando, assim, algum caráter dissuasório (PINTO, 2009, p. 74).

Por tudo que foi exposto, filiamo-nos, apesar do tema ainda ser controverso, à corrente que admite a possibilidade de indenização por abandono afetivo, a exemplo de Dias (2009), Lôbo (2011), Madaleno (2011), Pinto (2009), Santos (2009) e Soares (2009), seja o pai, seja a mãe ou genitor omissor.

Ocorre que, embora o direito de família disponha de mecanismos próprios para corrigir as distorções da relação entre pais e filhos, como a fixação da guarda, a regulamentação de visitas e a suspensão ou perda do poder familiar, ainda haverá casos em que essas medidas não serão mais possíveis para sanar as distorções, porque já terá se consolidado o dano à personalidade (SANTOS, 2009, p. 212), não podendo o ordenamento quedar indiferente a essa violação.

No que diz respeito aos limites desse dever de indenizar, cumpre destacar que, embora admissível, o deferimento do pleito indenizatório deverá revestir-se da devida cautela, para aferir se o suposto pai omissor teve, efetivamente, oportunidades de estabelecer relacionamento afetivo maior que a relação que, de fato, se verificou (SANTOS, *loc. cit.*).

Na hipótese de separação dos pais, por exemplo, destaca Romualdo Baptista Santos (*op. cit.*, p. 212) que se releva impossível a quem não detenha a guarda do filho, sendo esta unilateral, o estabelecimento de uma convivência frequente. De modo semelhante, o pai que reside em outra cidade ou estado,



ou que precisa viajar a trabalho não terá as mesmas oportunidades de contato, o que deve ser levado em consideração.

Nesse sentido, é possível discutir a existência de circunstâncias que se revelem idôneas a obstar o dever de indenizar, tais como: a alienação parental, por se tratar de culpa de terceiro, o desconhecimento da existência de filiação, pois o pai não tinha como ter adotado comportamento diverso em relação à prole, e a adoção, por extinguir o poder familiar.

6 DA DECISÃO INÉDITA PROFERIDA NO RESP 1.159.242-SP⁸

Em julgamento inédito, realizado em 24 de abril de 2012, a Terceira Turma do STJ, deu provimento, por maioria, a recurso especial que, embora tenha reduzido o *quantum* arbitrado pelo Tribunal *a quo*, reconheceu a possibilidade de se indenizar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais.

A Ministra relatora destacou que a interpretação sistemática do Código Civil e da Constituição Federal apontam para um tratamento amplo e irrestrito da temática dos danos morais, motivo por que não assiste razão em excluir os danos surgidos nas relações familiares dos ilícitos civis.

Foi ressaltado que, apesar de muito se falar na subjetividade do afeto como óbice à ressarcibilidade do abandono afetivo, o cuidado que devem ter os pais com o desenvolvimento sócio psicológico da criança constitui valor objetivo incorporando-se no ordenamento brasileiro – ainda que não com esses termos – de modo que, comprovado o descumprimento do dever de criação, educação e companhia, se verifica uma ilicitude civil, sob a forma de omissão, a ensejar a compensação dos danos morais.

A respeito da responsabilidade dos pais, foi destacado que se funda no próprio ato de vontade do agente, pois o vínculo estabelecido com a prole, seja biológico ou por adoção, decorre de suas escolhas, devendo responder, portanto, pelo sentimento íntimo negativo que a prole abandonada carregará consigo de modo perpétuo.

Ressalte-se que, consoante entendimento perfilhado pela Ministra

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.159.242-SP. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 24 abr. 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/livrao/mainPage.jsp?seqiteor=1067604>>. Acesso em: 02 maio 2012.



relatora, trata-se de hipótese de dano moral “*in res ipsa*”, em que o dano moral reside na gravidade em si do ato ilícito (CAVALIERI, 2010, p. 90), dispensando-se, assim, a necessidade de demonstrar intenso sofrimento, o surgimento ou agravamento de comportamento patológico ou fragilização das relações sociais do filho.

Cumprе destacar que, na data de finalização deste artigo, essa decisão ainda não havia transitado em julgado, sendo provável que a Segunda Seção do STJ seja chamada a reapreciá-la, visto que, conforme apontado anteriormente, a Quarta Turma possui, até então, entendimento divergente sobre essa matéria.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário atual, a responsabilidade civil revela-se como um dos instrumentos postos à disposição pelo Estado para a proteção dos direitos da personalidade, permitindo-se, com o evolver da sociedade, novas possibilidades de reparação, no intuito de manter a estabilidade social e o equilíbrio dos interesses lesados, tendência influenciada pela concepção cada vez mais abrangente de indivíduo enquanto ser íntegro, digno e capaz.

A elucidação da problemática em torno da ressarcibilidade dos danos morais sofridos em decorrência da omissão parental requer melhor delimitação do ato ilícito invocado, que se refere não à “falta de amor”, mas ao descumprimento dos deveres de assistir moralmente os filhos, diligenciar para sua sadia formação e assegurar-lhes o direito à convivência familiar.

O desvalor inerente ao abandono afetivo é reconhecido pela legislação vigente, que o sanciona com a perda do poder familiar (art. 24 do ECA e art. 1.638, inc. II do CC/02), sendo que tramita no Congresso Nacional Projeto que Lei que consagra expressamente a ressarcibilidade dos danos que essa omissão pode acarretar.

A especial proteção conferida à pessoa humana, a dinamicidade e os princípios que orientam a responsabilidade civil conferem o devido respaldo à indenização dos danos psicológicos sofridos em decorrência da omissão parental. Para tanto, faz-se necessária a verificação dos pressupostos constitutivos do dever de indenizar, nada obstando a investigação e o reconhecimento da existência de causas excludentes de responsabilidade.

Trata-se, enfim, de amoldar os pressupostos da responsabilidade civil às situações sinuosas que podem decorrer das relações entre pais e



filhos, haja vista a inegável subordinação dos fundamentos de validade da lei privatista aos ditames constitucionais. Nesse sentido, o julgamento do REsp 1.159.242-SP aponta para uma salutar virada jurisprudencial sobre a afirmação da ressarcibilidade do abandono afetivo.

É dada a hora de conferir efetividade aos direitos assegurados a crianças e adolescentes. Não se pode mais aceitar que esses interesses sejam vistos como mero discurso retórico ou programas a serem atingidos num futuro ideal, mas direitos cuja violação a ordem atualmente vigente não pode aceitar.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 57-63.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17-98.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Contratos e eficácia dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 28-64.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar., 1999, p. 99-109.

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

MACIEL, Andrea Athayde. **Dano moral por abandono afetivo parental**. 2011. 21 p. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17473/Dano_Moral_Abandono_Daniela%20Athayde%20Maciel.pdf?sequence=1>. Acesso em 05 fev. 2012.



MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Helen Caroline. **A responsabilidade civil por abandono afetivo parental**. 2009. 82 p. Monografia (Especialização) - Curso de Preparação À Magistratura, Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/site/emapcom/arquivos/monografias/Helen%20Caroline.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2012.

ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da. A quantificação do dano moral no direito brasileiro: até quando conviver com essa indefinição. **In Verbis**, Natal, a. 17, n. 31, jan./jun., 2012, p. 235-251.

SANTOS, Romualdo Baptista. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HINORAKA, Giselda Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 191-214.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 23-99.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1-58 e 318-345.



REPAIRBILITY OF PARENTAL ABSENCE IN THE CONTEXT OF CIVIL LAW CONSTITUCIONALITION

ABSTRACT

The Brazil's Federal Constitution of 1998 has widely highlighted the protection to the rights of personality. It expressly established the possibility of repairing non-patrimonial damages. In this context, the doctrine discusses about the possibility to convict parents to pay any amount of money to their children due to the psychological damages caused by their "affective absence". Regarding the influence of that Constitution on civil law, this paper aims to analyze if the Brazilian law system authorizes such obligation, when it would be possible and which could be its limit. It examines, eventually, the doctrine and the jurisprudence, in a qualitative approach with investigative intentions.

Keywords: Liability. Constitucionalition. Parental absence. Non-patrimonial damage. Indemnity.

