



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

POSSIBILIDADES E LIMITES DA CONDENAÇÃO DOS PAIS POR DANO MORAL
DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO E MATERIAL DOS FILHOS

João Pedro de Mendonça Horta

Rio de Janeiro
2018

JOÃO PEDRO DE MENDONÇA HORTA

POSSIBILIDADES E LIMITES DA CONDENAÇÃO DOS PAIS POR DANO MORAL
DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO E MATERIAL DOS FILHOS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

POSSIBILIDADES E LIMITES DA CONDENAÇÃO DOS PAIS POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO E MATERIAL DOS FILHOS

João Pedro de Mendonça Horta

Graduado pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-Graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Pós-Graduando em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Residente Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ. Advogado.

Resumo – O direito civil-constitucional, baseado na máxima efetividade da Constituição da República de 1988 e na unidade do sistema, erigida a partir do princípio constitucional da dignidade humana, tornou-se a ideologia vencedora do direito privado nacional nos últimos anos. Com isso, a ideia de intervenção no direito das famílias sofreu um giro copernicano, inclusive no tocante à responsabilidade civil. Categorias outrora impensáveis como caracterizadoras de dano moral nessa seara, a exemplo do abandono material e do abandono afetivo da prole ganharam tratamento na jurisprudência, embora sem prejuízo de controvérsias e incertezas. Ressalte-se que o dano moral por abandono material e o dano moral por abandono afetivo são institutos diferentes, pois divergem na origem quanto ao dever da autoridade parental, sustento e cuidado, respectivamente. Dano moral por abandono material também não se confunde com a obrigação alimentar, uma vez que esta não se destina à responsabilidade civil, possuindo no que concerne àquele uma relativa independência conceitual e prática. É preciso, por outro lado, com base na ideia de primazia da tutela específica dos direitos da personalidade, decorrente da despatrimonialização do direito civil, consolidar a ideia de que a indenização nessas hipóteses deve ser a *ultima ratio*, devendo o julgador primar por medidas que restaurem as relações familiares e desconsiderar as condutas derivadas de descumprimentos episódicos dos deveres familiares como situações indenizáveis.

Palavras-chave – Direito Civil. Dano Moral. Dignidade Humana. Paternidade Responsável. Solidariedade. Abandono Material. Obrigação Alimentar. Nexos de causalidade. Autoridade parental. Dever de sustento. Abandono Afetivo. Dever de cuidado. Alienação Parental. Ato ilícito. Despatrimonialização da compensação.

Sumário – Introdução. 1. Encontros e desencontros a respeito do dano moral por abandono afetivo. 2. O surgimento do dano moral por abandono material e sua delimitação frente às obrigações alimentares. 3. As diferenças entre o dano moral por abandono material e o dano moral por abandono afetivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito civil-constitucional, baseado na máxima efetividade da Constituição da República de 1988 e na unidade do sistema, erigida a partir do princípio constitucional da dignidade humana (artigo 1º, inciso III da CRFB/88), tornou-se a ideologia vencedora do direito privado nacional nos últimos anos. Com isso, a ideia de intervenção no direito das famílias sofreu um giro copernicano, o qual é sentido inclusive no âmbito da responsabilidade civil.

Inicialmente, forçoso destacar que o próprio dano moral é compreendido sob essa nova perspectiva, de forma objetiva, como a lesão a um interesse existencial merecedor de tutela, reconduzindo-se à dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela da personalidade humana.

Nesse diapasão, o afeto passou a ser o elemento estruturante do direito das famílias. A família se tornou funcionalizada, instrumento de felicidade e promoção da dignidade de cada um de seus membros e não um fim em si mesma. Trata-se agora nas palavras de Gustavo Tepedino de “um conceito flexível e instrumental”.

Essa busca de realização plena dá ensejo aquilo que se convencionou chamar de família eudemonista, abandonando-se o primado da família patriarcal de outros tempos, na qual o grupo familiar, liderado pelo patriarca possuía uma proteção moral que se sobrepunha à autonomia dos demais integrantes.

Ademais, a própria noção de ato ilícito, especialmente no ambiente familiar, ganhou novos contornos sob os influxos das normas constitucionais, consoante bem observado por Anderson Schreiber, de modo que as relações familiares, que pareciam imunes à incidência da responsabilidade civil, modificaram-se com a conquista de uma efetiva isonomia entre os cônjuges e companheiros, além da atribuição aos filhos de um papel mais ativo no seio familiar. Esse fato fez exsurgir na sociedade “novas” espécies de conflitos, que por sua vez demandam tentativas de solucioná-los por meio da imposição do dever de indenizar.

Veja-se, portanto, que novas espécies de dano surgiram no cenário das famílias com a mudança da tábua axiológica subjacente às relações familiares. Nessa moldura, no que toca particularmente aos fins deste trabalho, serão abordados os contornos jurídicos da obrigação de indenizar os filhos pelos abandonos afetivo e material dos pais, tema candente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No primeiro capítulo serão abordadas as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do dano moral por abandono afetivo.

No segundo capítulo, o mesmo enfoque será conferido ao dano moral como desdobramento do abandono material, incluindo sua delimitação conceitual em relação às obrigações alimentares.

No terceiro capítulo, será realizada a diferenciação entre os institutos e a apresentação dos problemas práticos que decorrem de um olhar exclusivamente compensatório para o tema.

Assim, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, considerando que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, a fim de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora se vale da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina, jurisprudência e artigos jurídicos) – para sustentar a sua tese.

1. ENCONTROS E DESENCONTROS A RESPEITO DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO.

Como bem observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal¹, a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar “não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar, dependendo a incidência das regras de responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias da efetiva prática de um ato ilícito, nos moldes dos arts. 186 e 187 do Código Civil”².

Os artigos 186 e 187 do Código Civil preveem o seguinte:

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENTHAL, Nelson. *Curso de Direito Civil - Direito das Famílias*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.135.

² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art.187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ora, nessa moldura, a ausência de afeto, no sentido cotidiano, caracteriza ato ilícito? Novamente, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³ demonstram que não, nos seguintes termos:

“Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais do que o *ser*”.

Todavia, a questão relativa ao vocábulo “afeto” nessa hipótese específica, possui outra conotação. Isso porque, a Terceira Turma do STJ no Resp 1.159.242/SP – Caso Luciane Souza – de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, admitiu a condenação por dano moral afetivo. Entendeu-se naquele caso que a conduta do genitor violou o chamado “dever de cuidado”. A afetividade como dever jurídico, não se confundiria com a existência real do afeto. A afetividade e não o afeto seria dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que houvesse desamor ou desafeição entre eles.

O acórdão restou assim ementado:

[...]1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente 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, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico [...]⁴

³ ROSENVALD, op. cit., p.136.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1159242&opedor=e&tipo_viusualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 out. 2018.

No mesmo sentido, há enunciados do IBDFAM⁵:

Enunciado 08. O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.
Enunciado 10. É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.

Em síntese, a violação do dever de cuidado emerge dos deveres do poder familiar de guarda e de direção da criação e da educação dos filhos (artigo 229 da CRFB/88⁶, artigo 1634, incisos I e II do CC/02⁷ e artigo 22 do ECA⁸). Trata-se de encargos relacionados ao princípio da paternidade responsável (artigo 227, parágrafo 7 da CRFB/88⁹) e que compete a ambos os genitores, mesmo que separados (artigo 1.631 do CC/02¹⁰). Mister destacar que mesmo aquele genitor que não possui a guarda, deve desempenhar a sua afetividade valendo-se do direito de visitas, na forma do artigo 1.589 do CC/02¹¹.

A negligência acerca desses deveres, justifica, inclusive, a perda do poder familiar, por configurar abandono (artigo 1638, II do CC/02¹²). Porém, na esteira de Maria Berenice Dias¹³, “a penalização não basta. A decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas uma bonificação pelo abandono”.

Corroborando a viabilidade do dano afetivo, leciona Marco Aurélio Bezerra de Melo¹⁴:

[...] a Constituição e o Código Civil impõem o dever de cuidar do filho, assim como determinam a este que faça o mesmo diante da senectude de seus genitores. Destarte, o dano decorrente da inobservância desse dever exige a reparação, como qualquer outra ofensa que possa atingir a personalidade do indivíduo. Por exemplo, se os pais cometem, sem justa causa, abandono intelectual contra o filho (arts. 208 e 227, CF, 22, da Lei n. 8.078/90, e 246 do CP), privando-o do acesso ao direito fundamental de educação, terá cabimento igualmente a responsabilidade civil dos pais.

⁵ IBDFAM. *Enunciados*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸ BRASIL. *Lei nº 8.069/90*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l-8069.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.589

¹⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil*. Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2018, p.190-191.

Em análise lapidar do tema, Anderson Schreiber traça, assim, os seguintes parâmetros a serem observados¹⁵:

a) é preciso ter em mente que a responsabilidade civil é remédio de caráter geral, não havendo nenhuma imunidade ao dever de reparar o dano causado em relações de família; b) em se tratando de hipótese de responsabilidade civil, faz-se imprescindível, contudo, a configuração de nexos de causalidade e dano, o que recomenda um exame por vezes interdisciplinar, tendo em vista que se trata da própria formação da personalidade da vítima; c) o nome “abandono afetivo” é enganoso, na medida em que não se trata de examinar a questão afetiva, mas a questão do cumprimento dos deveres impostos pelo ordenamento aos pais; d) também não se trata necessariamente de um abandono, pois, em teoria, o dever de reparar os danos não ocorre apenas na hipótese de total e continuado descumprimento dos deveres, mas também diante do descumprimento parcial e episódico; e) “não se deve dar azo aqui a pretensões punitivas, que não integram a função da responsabilidade civil.

Em relação ao standard “b” mencionado por Schreiber, nota-se uma grande confusão no Superior Tribunal de Justiça, pois, embora a sua Terceira Turma, na esteira do precedente anteriormente mencionado, entenda cabível o dano moral por abandono afetivo, a 4ª Turma STJ, no REsp 757.411/MG, inadmitiu o dano moral afetivo.

Com efeito, o fundamento da negativa se escorou na inexigibilidade jurídica do afeto, o qual deveria ser necessariamente espontâneo. Trilhando essas pegadas, não seria admissível dano moral afetivo porque não haveria exigibilidade do amor. Deveria, então ser resguardado um espaço de liberdade nas famílias, não podendo o Estado se imiscuir na autonomia da pessoa de forma a obrigá-la a amar a alguém. O precedente mais recente do STJ nesse sentido restou assim ementado:

[...]2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, §3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma. [...]16

¹⁵SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p.871.

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.579.021/RS*. Relatora: Ministra Isabel Gallotti. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1579021&tipo_visualizacao=RSUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 out. 2018.

Analisando em particular ambos os julgados susomencionados, apesar de estranho, é possível verificar que não existe divergência real entre a Terceira e a Quarta Turma do STJ. Ambas discutem o dano afetivo a partir de perspectivas diferentes. Com efeito, a confusão ocorre exatamente pela impropriedade da nomenclatura “abandono afetivo”, a qual não representa o verdadeiro dever, que uma vez violado, pode, em conjunto com a violação da personalidade, vir a caracterizar dano moral. O dever é relativo ao cuidado e não ao afeto.

Portanto, embora a nomenclatura seja equivocada, é preciso que fique claro que o dano moral por abandono afetivo decorre de uma violação da dignidade humana nascida a partir da violação do dever de guarda e educação impostos pelo poder familiar. A condenação pelo ato ilícito depende da demonstração do atingimento de um direito da personalidade da vítima do abandono, sendo um absoluto contrassenso que se diga, como o fez a Terceira Turma, que o dano nessa hipótese é *in re ipsa*, como se nascesse da pura simples violação de um dever familiar.

Como bem observa Anderson Schreiber¹⁷:

Na teoria do dano *in re ipsa*, parece, contudo, residir um grave erro de perspectiva, ligado à configuração do dano moral com base na dor, sofrimento e humilhação (...) A prova da dor deve, por óbvio, ser dispensada, mas isso não dispensa a prova do dano moral em si, isto é, da lesão a um interesse jurídico atinente à personalidade humana. Quem alega o dano moral deve demonstrar a ocorrência da lesão, tal como ocorre no dano patrimonial.

Assim, embora a violação do dever de cuidado encerre um ato ilícito, fato é que deve ser demonstrada a violação de um direito da personalidade pelo autor da ação.

Ademais, é preocupante o parâmetro “d” mencionado na passagem acima por Schreiber. Ora, é difícil visualizar uma hipótese em que um descumprimento episódico e parcial possa afetar a dignidade no tocante ao dano afetivo. Faltar a uma apresentação na escola, por exemplo, seria um dano indenizável? Não parece ser o caso, sob pena de banalizar o instituto.

¹⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 871.

2. O SURGIMENTO DO DANO MORAL POR ABANDONO MATERIAL E SUA DELIMITAÇÃO FRENTE ÀS OBRIGAÇÕES ALIMENTARES

A importância da questão decorre do fato de que, recentemente, o STJ decidiu de forma pioneira que se admite a ocorrência de dano moral por abandono material. Inclusive a doutrina parece ter sido pega de surpresa, pois os manuais em geral não comentavam a possibilidade de dano moral a partir do abandono material. Na ocasião enfrentada pelo STJ, o pai deixava de prestar assistência material ao seu filho voluntariamente, o que afetava a integridade física, moral, intelectual e psicológica criança, em prejuízo ao desenvolvimento sadio de sua personalidade. O acórdão, no caso, deixou claro, a título *obiter dictum*, que divergia do entendimento adotado pela 3.^a Turma, quando considerou que era admissível o dano moral por abandono afetivo, na medida em que a hipótese em comento versava somente sobre a ausência reiterada de prestação da assistência material, o que gerou abalos aos direitos da personalidade do filho.

Nesse sentido, confira-se:

A omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material do filho gera danos morais, passíveis de compensação pecuniária. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a condenação em danos morais do pai que deixa de prestar assistência material ao filho. [...] Com efeito, o descumprimento voluntário do dever de prestar assistência material, direito fundamental da criança e do adolescente, afeta a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho, em prejuízo do desenvolvimento sadio de sua personalidade e atenta contra a sua dignidade, configurando ilícito civil e, portanto, os danos morais e materiais causados são passíveis de compensação pecuniária. [...]¹⁸

Veja-se, portanto, que o dano moral por abandono material possui uma relativa independência em relação à obrigação alimentar.

Em primeiro lugar, da *ratio decidendi* ora exposta, conclui-se que o pagamento a destempo da obrigação alimentícia pode gerar dano moral, o que revela que mesmo sendo purgada a mora e adimplida a obrigação, isso não exclui a possibilidade de reclamar a compensação pelo dano extrapatrimonial experimentado, o que aliás, já é a regra no direito das obrigações.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.087.561-RS*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1087561&opedor=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 07 out. 2018.

Em segundo lugar, é evidente que a obrigação alimentar não possui natureza compensatória, e sim de valor necessário à promoção da dignidade humana. A compensação pelo dano moral, por outro lado, é um reflexo do descumprimento do dever de sustento (artigo 229 da CRFB/88¹⁹, artigo 22 do ECA²⁰ e artigo 1566, inciso IV CC/02²¹), o qual pode acarretar, a depender do caso concreto, violação aos direitos da personalidade do alimentado.

Em terceiro lugar, a pretensão aos alimentos é imprescritível (salvo a executória, na forma do art. 206, parágrafo segundo, do CC/02²²) enquanto a perda da eficácia da pretensão à compensação por dano moral na hipótese se submete ao prazo prescricional de 3 anos, contados do atingimento da maioridade, de acordo com o art. 206, parágrafo terceiro, inciso V combinado com o art. 197, II, todos do CC/02²³).

Por outro lado, é importante destacar que o dano moral decorrente do abandono material não é absolutamente independente da obrigação alimentar, porquanto, se esta não existe (o que não se confunde com a pretensão, a toda evidência), fica prejudicado o pleito indenizatório, uma vez que ambos possuem origem comum no dever de sustento.

Destarte, é cabível a indenização por dano moral decorrente de abandono material quando a omissão do alimentante for voluntária e injustificada, e essa omissão acarrete uma lesão a um interesse extrapatrimonial da vítima merecedor de tutela à luz da dignidade humana. Tal obrigação de indenizar de forma indene de dúvidas, a despeito do que possa parecer ao leigo, não possui relação absolutamente necessária com o exercício da pretensão decorrente dos alimentos.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 8.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 2.

²² BRASIL, op. cit., nota 2.

²³ Ibid.

3. AS DIFERENÇAS ENTRE O DANO MORAL POR ABANDONO MATERIAL E O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO.

Consoante retromencionado, o dano moral por abandono afetivo nasce de um ato ilícito relacionado à violação de um dever de cuidado, enquanto o dano moral por abandono afetivo ocorre em decorrência de uma violação ao dever de sustento.

É preciso que fique bem clara a diferença entre esses deveres familiares, embora se situem no plano infraconstitucional praticamente nos mesmos dispositivos legais, nos artigos 1566, inciso IV do CC/02²⁴ e 22 do ECA²⁵. É necessário transcrevê-los para que isso fique claro:

Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Veja-se que o ECA²⁶ contém uma inconsistência quando afirma que aos pais incumbe “o dever”, o que poderia sugerir dano moral decorrente de abandono afetivo e dano moral decorrente de abandono material poderiam ser institutos intercambiáveis.

É o que parece ter acontecido com Anderson Schreiber²⁷ ao expor as formas de verificação do abandono afetivo:

[...] cumpre ao juiz analisar se houve ou não violação do dever legal, tomando em consideração fatos tão objetivos quanto possível, como a participação do pai no processo educacional (escolha da escola, reuniões com professores, etc.) frequência das visitas ao filho, pontual pagamento de pensão alimentícia, atividades conjuntas de lazer e assim por diante. O juiz, em sua avaliação, determinará objetivamente se houve ou não violação dos deveres do pai – sem adentrar, ainda, o exame de culpabilidade, que se refere às razões desta violação e sua escusabilidade nas circunstâncias concretas, como poderia ocorrer, por exemplo, em caso de prisão do pai, de desconhecimento da existência do filho, de perda não intencional de contato com a mãe que detém a guarda da criança, e de outros fatores não incomuns nos dramas familiares.

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁶ Ibid.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 183.

Se a passagem destacada não é feliz quando mistura os deveres de sustento e cuidado, o que seguramente ocorreu em razão da confusão causada pelo artigo 22 do ECA²⁸, fato é que Schreiber chama a atenção na passagem transcrita para excludentes do nexo de causalidade. Entre elas é possível identificar a hipótese de alienação parental, definida pelo autor em síntese lapidar em outro trabalho como “o outro lado da moeda em comparação ao abandono afetivo. Aqui, o genitor não abandona o filho, mas é o filho que passa a ser indiferente ao genitor em virtude da ação deliberadamente excludente do outro genitor”²⁹.

Ora, se é verdade que a alienação parental exclui o nexo de causalidade entre a omissão culposa ou dolosa do genitor e o dano causado à prole pelo não exercício do dever de cuidado, o mesmo não se pode dizer em relação ao dever de sustento, o que, decerto, inclusive reforça a distinção.

A programação da criança ou adolescente por um genitor para que ela, artificial e desmotivadamente, venha a repelir o outro, não acarreta obstáculo algum à contribuição compulsória para a assistência material do filho, muito embora impeça o convívio.

Ainda que o alimentado em razão da alienação parental e o outro genitor rejeitem aos alimentos, o alimentante deve atuar com base no art. 24 da Lei 5.478/1968³⁰, uma vez possui a faculdade de ajuizar a ação de oferta de alimentos. Na esteira de Rolf Madaleno:

“estrategicamente, a oferta de alimentos pode ser uma opção para evitar qualquer alegação de abandono material em razão da mera separação fática do casal e dos filhos comuns, ou para não ser surpreendido com uma cobrança de soma alimentar elevada e abusiva, evitando os riscos de precisar provar o abuso do valor alimentar reclamado e sua redução incidental”³¹

Não se confundem, portanto, dano moral afetivo e dano moral decorrente de abandono material, porquanto admitem excludentes diferentes e porque se baseiam em violações de deveres que não necessariamente estão interligados no caso concreto. Por exemplo, embora incomum, o pai pode ser presente e não arcar, de forma voluntária e injustificada com os alimentos, podendo gerar dano moral por abandono material, bem como pode adimplir regularmente as obrigações alimentícias e não cuidar da prole, gerando eventualmente dano moral afetivo.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁹ SCHREIBER, op. cit., p.871.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 5.478*, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

³¹ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.1.063.

CONCLUSÃO

A família eudemonista irradiou seus efeitos para o âmbito da responsabilidade civil. A discussão no tocante a ocorrência de novos danos é um consectário desse feixe de transformações axiológicas.

O dano moral, entendido como violação dos direitos da personalidade da pessoa humana, encontra sua cláusula geral na dignidade, epicentro do sistema civil-constitucional. Para que haja compensação monetária por abandono afetivo ou material, é preciso que fique demonstrada a violação da dignidade, não bastando a violação de um dever familiar de forma automática. Esse sentido de dano *in re ipsa* é um equívoco, e pode banalizar os institutos com base em descumprimentos meramente episódicos dos deveres de cuidado e sustento. Não se pode admitir isso. A ideia adequada de dano *in re ipsa* busca apenas afastar a necessidade de comprovação da consequência do dano, muitas vezes ligada a questões subjetivas, como dor, sofrimento, angústia... Todavia, elementos objetivos devem ser demonstrados pelo postulante à compensação.

Além disso, restou demonstrado que é possível que o genitor seja condenado a compensar dano moral em decorrência do abandono material e não tenha que pagar alimentos, que seja condenado nos dois, ou que tenha que pagar alimentos sem que haja abandono material. São obrigações relativamente independentes, relacionando-se entre si apenas pela ancestralidade comum no dever de sustento.

Ademais, não se confunde dano moral por abandono afetivo com dano moral decorrente de abandono material, tratando-se de demandas que podem, inclusive, ser cumuladas na maioria das hipóteses. Não pode o dano moral por abandono material, instituto alvissareiro e pioneiro, ser relegado, como parece ter sido pela Quarta Turma do STJ, a um sucedâneo de quem não admite conceitualmente a figura do dano moral por abandono afetivo, o que em si mesmo já parece equivocadamente diante das críticas infundadas ao julgado da Terceira Turma, ligadas em verdade ao nome do instituto, consoante se demonstrou.

Tais conclusões não podem cegar a ponto de fazer com que o intérprete pense que a solução ideal para esse tipo de conflito é a compensação pecuniária. No direito brasileiro, despatrimonializou-se o dano, mas não a reparação. Sobretudo nas relações familiares, com a finalidade restaurativa dos laços, deve-se tentar sempre em primeiro lugar a mediação. Caso não

seja possível, a preferência passará a ser da tutela específica dos direitos da personalidade (como a imposição de visitas, por exemplo, no caso do dano moral afetivo) e, subsidiariamente da compensação não pecuniária dos danos. Somente após vencido todo esse caminho, passar-se-ia à fronteira final da compensação pecuniária, verdadeira *ultima ratio* da nova responsabilidade civil, mormente na singular relação das famílias.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/L1040-6.htm>>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n.º 1.087.561-RS*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1087561&opedor=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n.º 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1159242&opedor=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n.º 1.579.021/RS*. Relatora: Ministra Isabel Gallotti. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1579021&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Desamor tem preço?* Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2018/04/25/desamor-tem-preco/>. Acesso em 01 mai. 2018.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil - Direito das Famílias*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

IBDFAM. Enunciados 08 e 10. Disponíveis em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBD-FAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em: 10 set. 2018.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.