

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO**

PAULA BODANESE

**O DEVER DE INDENIZAR POR DANO AFETIVO
NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Porto Alegre

2011

PAULA BODANESE

**O DEVER DE INDENIZAR POR DANO AFETIVO
NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como cumprimento de requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura

Porto Alegre

2011

PAULA BODANESE

**O DEVER DE INDENIZAR POR DANO AFETIVO
NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como cumprimento de requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2011.

Conceito atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura

Orientador

Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Prof. Sérgio Augusto Pereira de Borja

Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Prof. Sérgio Viana Severo

Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

À minha irmã, Bianca, quem eu criei com
o maior amor do mundo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Paulo e Solange, à minha irmã, Bianca, e ao meu namorado, Leandro, por serem muito mais que a minha família. Vocês são o que de mais precioso eu tenho.

Agradeço ao Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura pela disponibilidade e pelas orientações ao longo do ano, que se mostraram de fundamental importância para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço, em especial, à psiquiatra Silzá Tramontina e à psicóloga Fátima Bernardete Nunes Piovensan, por terem me auxiliado a melhor compreender o universo infanto-juvenil. A participação de ambas foi valiosíssima. Muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata do abandono afetivo e de sua possibilidade de reparação por meio de ação indenizatória movida pelo filho em desfavor do pai moralmente ausente. O tema é por demais controverso, tendo o Superior Tribunal de Justiça firmado entendimento no sentido de que o abandono moral não é um dano passível de reparação. Parte majoritária dos doutrinadores do Direito de Família, todavia, compreende que este dano não só é indenizável como também que urge a jurisprudência esboçar um novo posicionamento, que melhor se coadune com os princípios protetivos da criança e do jovem. Em vista da dicotomia de pensamentos, busca o presente trabalho, em sua primeira parte, estabelecer quais os pressupostos necessários para a configuração de um dano ao filho passível de reparação. Isso porque se entende que nem todo o abandono paterno gera a obrigação de indenizar, devendo a condenação judicial restringir-se a casos bastante específicos. Em um segundo momento, fixa-se os critérios estabelecidos pela doutrina como os mais adequados para o arbitramento de uma reparação pecuniária justa, bem como se analisa como os juízes e os Tribunais de Justiça do Brasil vêm trabalhando este assunto tão delicado, que é o abandono afetivo.

Palavras-chave: Dano afetivo. Abandono moral. Relação paterno-filial. Direito de Família. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This term paper addresses the issue of emotional neglect and its possibility of repairing by means of action for compensation brought by the son who has a morally absent father. The subject is too controversial, and the Superior Court of Justice has reached an understanding towards the subject, which considers that the moral abandonment is not likely to damage repair. However, the majority of Family Law scholars understand that this damage is not only likely to damage repair, but also that a new position, which is more complaint with the protective principles of children and youth, needs to be outlined by the case law. Given the dichotomy of thought, this paper tries to establish, in its former part, the required prerequisites to characterize damage likely to repairing. This characterization needs to be done owing to the general understanding that not all child abandonments create an obligation for compensation, restricting condemnation to very specific cases. In the later part of the paper, the criteria established by the doctrine as the most suitable for the arbitration of a fair monetary compensation are presented, and an analysis is performed on how the judges and the Brazilian Courts of Justice have been dealing with this delicate subject of emotional neglect.

Keywords: Emotional Distress. Moral Abandonment. Parent-child Relationship. Family Law. Liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO.....	19
1.1. Conceituação.....	19
1.2. O Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.....	20
1.3. Os Pressupostos do Dever de Indenizar.....	23
1.3.1. A Ação ou Omissão do Agente.....	24
1.3.1.1. A Postura Omissiva do Pai em Desfavor do Filho.....	25
1.3.2. A Culpa.....	28
1.3.2.1. O Dolo Paterno.....	31
1.3.3. O Dano.....	33
1.3.3.1. O Dano Moral.....	34
1.3.3.2. Os Danos ao Filho.....	35
1.3.3.3. A Ausência de um Pai e Suas Consequências.....	37
1.3.4. O Nexo de Causalidade.....	41
1.4. As Excludentes de Responsabilidade.....	42
1.4.1. O Desconhecimento do Genitor de Sua Condição de Pai.....	42
1.4.2. A Alienação Parental Provocada pelo Genitor Guardião.....	44
1.4.3. A Ausência do Dano Psicológico na Formação da Criança.....	46
1.4.4. Filhos Maiores e Capazes.....	48
2. OS EFEITOS JURÍDICOS ADVINDOS DO ABANDONO AFETIVO.....	50
2.1. A Possibilidade de a Vítima Ver-se Indenizada ante os Pressupostos.....	50
2.2. A Natureza da Indenização por Dano Extrapatrimonial.....	52
2.3. Métodos de Avaliação do Dano Extrapatrimonial.....	54
2.4. Outros Critérios para a Fixação do <i>Quantum</i> Indenizatório.....	55
2.5. A Reparação do Dano Afetivo.....	56
2.5.1. A Gravidade da Lesão.....	58
2.5.2. O Grau de Culpa do Genitor.....	61

2.5.3. O Caráter Compensatório-Punitivo da Indenização.....	62
2.6. A Compreensão dos Magistrados.....	65
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

A possibilidade de alguém se ver indenizado em razão de dano afetivo ainda é incerta. Isso porque, embora alguns Tribunais de Justiça do Brasil já entendam que a inexistência ou a deficiência da relação paterno-filial gere o dever de indenizar o(s) lesado(s)¹, os nossos Tribunais Superiores rejeitam a hipótese². Alegam que o abandono moral não é passível de reparação pecuniária, uma vez que o Judiciário nunca poderia compelir uma pessoa a amar outra. Assim, ausente a prática do ato ilícito, inexistiria, por consequência, o dever de reparar.

O direito de família, todavia, é um segmento das Ciências Jurídicas marcado por uma série de reviravoltas. Ele deve acompanhar as mudanças consuetudinárias, culturais e científicas da sociedade a qual regra, sob pena de, petrificado em um mundo irreal, sofrer do mal da ineficácia³.

Nessa senda, muito embora os Egrégios Tribunais Superiores refutem a possibilidade de reparação pecuniária por dano afetivo, as demandas em tal sentido seguem “batendo às portas” do Judiciário, menos por uma aventura leviana de seus autores e mais pelo sentimento das pessoas – e pela certeza de seus procuradores – de que uma saudável relação paterno-filial é um direito do qual dispõem (e não se pode lhes tirar a razão).

Um breve relato da evolução histórica do conceito de família se reputa pertinente. Na Roma Antiga, a família consistia em um conjunto de pessoas que se encontravam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. Este exercia autoridade absoluta sobre todos aqueles que compunham a unidade familiar⁴, decidindo as questões econômicas, religiosas, políticas e jurisdicionais que a envolvessem.

Em uma fase posterior, o Estado limitou a autoridade do *pater*, tirando-lhe o poder de vida e de morte sobre os filhos e a mulher, e dando a estes membros maior

¹ TAMG, AC 408.550-5, 7ª Câmara Cível, j. 01.04.2004, rel. Dr. Unias Silva.
TJSP, AC 511.903-4/7-00-Marília-SP, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 12.03.2008, rel. Des. Caetano Lagrasta.

² STJ, REsp 757.411/MG, 4ª Turma, j. 29.11.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves.
STJ, REsp 514.350/SP, 4ª Turma, j. 28.04.2009, rel. Min. Aldir Passarinho Junior.
STF, RE 567164/MG, j. 14.05.2009, rel. Min. Ellen Gracie.

³ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família, 2007, p. 18.

⁴ Os membros submetidos à *patria potestas* eram os seus descendentes não emancipados, a sua esposa, as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes (ou seja, aquelas que entravam para a família marital e, conseqüentemente, deixavam de pertencer ao grupo familiar no qual nasceram), bem como os seus empregados.

autonomia. No que tange ao casamento, a *affectio* vinha se transformando em um elemento indispensável à sua manutenção: a falta de convivência e o término do afeto entre as partes poderiam ensejar a dissolução do enlace⁵.

Com a queda do Império Romano e o início da Era Medieval, as relações de família passaram a ser regidas exclusivamente pelo direito canônico. Este não conhecia outra união além da religiosa e opunha-se ao divórcio. O casamento não representava apenas um acordo de vontades, mas também um sacramento de Deus, o qual não poderiam os homens dissolver⁶. O afeto foi, novamente, posto em plano secundário e as relações familiares voltaram a se brutalizarem:

Na baixa Idade Média, a mulher casada se encontrava sob o pátrio poder marital, na mesma condição que os filhos menores, tendo ela a obrigação de fidelidade e coabitação. Um dos exemplos que mais claramente ilustra esse poder marital é o direito de correção do marido. Ele não permitia ao marido matar a mulher, mas autorizava-o a bater, ainda que disso resultassem ferimentos. Um texto jurídico de Aardenburgo, cidade flamenga do século XIV, diz: “O marido pode bater na mulher, cortá-la de alto a baixo e aquecer os pés no seu sangue, desde que a torne a coser e ela sobreviva⁷.”

Tampouco as revoluções liberais, que tanto pregaram o respeito ao indivíduo, lograram suplantam a ideologia da família patriarcal, definida pela existência de um pai e de uma mãe com seus filhos, sob o pátrio poder. A família assim concebida acabou por mascarar interesses meramente patrimoniais, sendo comum a prática de casamentos por conveniência. O elemento basilar da sociedade não era o indivíduo, mas sim a entidade familiar monogâmica, parental, patriarcal, que deveria manter-se a qualquer custo⁸.

Tais valores burgueses, típicos do século XIX, são os formadores do Código Civil Brasileiro de 1916. O conceito jurídico de família limitava-se aos agrupamentos originados pelo instituto do matrimônio, que era indissolúvel, respeitando a máxima canônica “o que Deus uniu, o homem não separa”. As relações de fato havidas fora do casamento não eram aceitas e o filho fruto dessa união era tido por ilegítimo, não podendo ser reconhecido pelos pais, mesmo que estes quisessem. Além disso, a desigualdade entre os entes familiares e o machismo mostravam-se latentes no Código de 1916. A esposa ocupava um papel secundário, sendo que, até o advento

⁵ WALD, Arnaldo. O Novo Direito de Família, 2002, p. 9, 10, 12.

⁶ Idem, p. 12-13.

⁷ OLIVEIRA, Neiva Flávia de. Pátrio Poder e Poder Familiar - Diferenças Sociojurídicas, 2001, p. 14.

⁸ BARROS, Sérgio Resende de. A Ideologia do Afeto, 2002, p. 6-7.

do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), era considerada relativamente incapaz para os atos da vida civil. Ao filho, por sua vez, não cabia divergir das opiniões do pai e este exauria o seu dever para com os descendentes nutrindo-os financeiramente⁹. Em suma, o Código Civil de 1916, nas palavras de Silvana Maria Carbonera, fez uma clara opção pelo *ter*, colocando o *ser* em posição secundária, e seguiu a tendência observada em muitos Códigos Civis vigentes à época, como o italiano, datado de 1865¹⁰.

A ruptura total dos paradigmas deu-se no ano de 1988, com a chegada da atual Constituição da República. Embora as constituições do Estado social brasileiro já tivessem representado certo avanço no que tange às relações familiares¹¹, fundamentalmente se comparadas às constituições do Estado liberal¹², foi a Magna Carta de 1988 que promoveu a mais profunda das transformações¹³.

A família que se origina do matrimônio continua prestigiada pelo Estado, mas este passa a reconhecer e proteger também outras formas de família, como a união estável e a monoparental. Admite-se o divórcio como meio de dissolução do vínculo do casamento. Abolem-se as situações discriminatórias e machistas, atribuindo-se aos homens e às mulheres os mesmos direitos e deveres em todos os atos da vida civil. Os filhos passam a ter igualdade de direitos, restando proibida a distinção entre os havidos no casamento ou fora dele e os adotivos. A paternidade e a maternidade devem se ligar à afetividade, não se permitindo a hierarquia entre os filhos. A criança e o adolescente recebem ampla proteção do Estado, sendo-lhes também concedida a prioridade de direitos¹⁴.

Leonardo Barreto Moreira Alves genialmente resume a filosofia impressa na nova Carta Constitucional:

Consubstanciando o princípio vetor da dignidade da pessoa humana no seu art. 1º, III, a Carta Magna provocou uma autêntica revolução

⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família, 2007, p. 134-138.

¹⁰ CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família, 1998, p. 282.

¹¹ A Constituição de 1934 dedicou todo um capítulo à família, aparecendo, pela primeira vez, a referência expressa à proteção especial do Estado. Na Constituição de 1937, a educação surgiu como um dever dos pais, os filhos naturais foram equiparados aos legítimos e o Estado assumiu a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição de 1946, por fim, assegurou assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

¹² A Constituição de 1824 não tutelou as relações familiares. Na Constituição de 1891, há um único dispositivo, referindo que a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração é gratuita.

¹³ LÓBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família, 2006, p.104-105.

¹⁴ LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Curso Avançado de Direito Civil, 2002, p. 21-22.

no Direito Civil como um todo, dando ensejo a um fenômeno conhecido como *despatrimonialização* ou *personalização* deste ramo do Direito. No campo específico do Direito de Família, verifica-se que a entidade familiar passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entreajuda, e não mais como uma fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, o amor e a ajuda mútua¹⁵.

Nesse novo modelo de família, eudemonista, preocupado muito mais com a felicidade e o bem-estar de seus membros e muito menos com a instituição em si, as crianças e os adolescentes ganharam relevância. A Constituição Federal de 1988 já havia recepcionado a doutrina da proteção integral em seu art. 227¹⁶, elevando-os ao *status* de sujeitos de direitos fundamentais e assegurando-lhes o total amparo da família, do Estado e da sociedade¹⁷. Ainda assim, no ano de 1990 passou a vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que veio reafirmar a política – já exposta na Magna Carta – de proteção e absoluta prioridade desses, agora, sujeitos de direitos.

Embora o ECA tenha sido uma consequência natural dos princípios exarados pela nossa Constituição, ele também é resultado de uma longa batalha dos adultos por um tratamento mais digno e respeitoso às crianças e aos jovens. A Declaração de Genebra (1924) já determinava a necessidade de se propiciar à criança uma proteção especial. A Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas (1948) previu para a infância o direito a cuidados e assistência especiais. A Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), assinada pelo Brasil, trouxe uma série de princípios a serem seguidos pelos Estados signatários, embora não de forma compulsória. Coube, todavia, à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/90, o papel de destaque na proteção da

¹⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família, 2007, p. 139.

¹⁶ *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.*

¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos Principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, 2004, p. 22.

criança e do adolescente. A partir da Convenção, a doutrina da proteção integral e o princípio do interesse maior da criança restaram consagrados mundialmente¹⁸.

O ECA, seguidor das diretrizes internacionais e da própria Constituição da República, tornou-se o primeiro instrumento legal, no Brasil, voltado à garantia dos direitos fundamentais dos jovens. Ele subverteu a filosofia presente nos códigos anteriores¹⁹, instrumentos de tendência penalista, que viam “o menor” como alguém “em situação irregular”, um problema para a sociedade e para o Estado, também não passando, esse jovem, de um objeto do pátrio poder, um incapaz, um carecedor de representação ou de assistência para o exercício de seus direitos²⁰.

No fluir dos acontecimentos, chegou o instante em que também o nosso Código Civil precisou se modificar. O regramento de 1916 encontrava-se tão desconexo da realidade que o anteprojeto de um novo código foi apresentado já em agosto de 1972²¹. O Direito de Família, contudo, não pode esperar os quase trinta anos de tramitação do anteprojeto no Congresso Nacional. Leis esparsas foram regulando os assuntos sobre os quais o Código de 1916 não tratava ou abordava de uma forma por demais patriarcalista (e, para aqueles tempos, já inaceitável). Assim, além do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), que auxiliou a dignificar a posição da mulher na unidade familiar, tivemos ainda a Lei do Divórcio (nº 6.515/77), que excluiu o caráter indissolúvel do casamento e, após a Constituição de 1988 e o ECA (1990), a normatização do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (Lei nº 8.560/92) e as leis relativas à união estável (nº 8.971/94 e nº 9.278/96)²².

O novo Código Civil Brasileiro restou sancionado pelo então presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em 10 de janeiro de 2002. Em seu texto, tentou-se abarcar o que já se vinha regulando em leis esparsas, bem como os princípios da Constituição de 1988. No que toca ao Direito de Família, a Magna Carta já fazia as vezes de lei ordinária desde o início de sua vigência, uma vez que não parecia mais possível a resolução de determinadas questões pelos “olhos” da superada codificação. Para Renan Lotufo, ainda que, hoje, disponhamos de um novo código civil, a superveniência da Constituição dentro da hierarquia das normas

¹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: a Convivência Familiar e Comunitária como um Direito Fundamental*, 1997, p. 648-650.

¹⁹ O Código de Menores de 1927 (ou Código Mello Mattos) e, o seu substituto, o Código de Menores de 1979.

²⁰ SILVA, Marcos Alves da. *De Filho para Pai – Uma Releitura da Relação Paterno-Filial a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente*, 2000, p. 23-24.

²¹ LOTUFO, Renan. *Da Oportunidade da Codificação Civil e a Constituição*, 2006, p. 13.

²² OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Família no Novo Código Civil*, 2003, p. 6-7.

implica que ela sempre será a fonte iluminadora do sistema jurídico, indicando os valores fundamentais, por ser a refletidora dos princípios fundantes²³.

Dentre as disposições do Código Civil de 2002, merecem relevo – em razão do estudo que aqui se apresenta – os artigos 1.589, 1.632 e 1.634. Refere o artigo 1.589 que *o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia* (grifei). O artigo 1.632, por sua vez, alude que *a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos* (grifei). Embora tais dispositivos coloquem a visitação aos filhos como um direito do genitor não-guardião, ela representa, indubitavelmente, mais do que isso: é, antes de tudo, um dever deste pai ou desta mãe com os seus descendentes. De início, pelo disposto no próprio artigo 1.634 do Código Civil, que aduz ser competência dos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, *dirigir-lhes a criação e a educação* (inciso I), bem como *tê-los em sua companhia e guarda* (inciso II). O abandono do filho, inclusive, apresenta-se como uma das hipóteses de perda do poder familiar (art. 1.638, inciso II).

Além disso, a Constituição Federal e o ECA acolheram a doutrina da proteção integral, a qual determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes²⁴, entre eles, o direito a serem criados e educados no seio de sua família (art. 19 ECA), estando os pais incumbidos do dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art. 22 ECA). Não se olvide, ainda, do princípio da dignidade humana, regente maior da família moderna e gerador de subprincípios importantes, como o da paternidade responsável e o da afetividade. Estes, por sua vez, encontram-se muito bem explanados na doutrina de Maria Berenice Dias:

O conceito atual da família, centrado no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele²⁵.

²³ LOTUFO, Renan. Da Oportunidade da Codificação Civil e a Constituição, 2006, p. 24.

²⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 2000, p. 13.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 2010, p. 452.

Sendo as visitas aos filhos um verdadeiro direito-dever dos pais²⁶, é de difícil compreensão o entendimento dos Tribunais Superiores pela impossibilidade de reparação por dano afetivo. O Ministro Fernando Gonçalves, em emblemático voto sobre o tema²⁷, concluiu que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo” e que “nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”, argumentação que, além de frágil, não se coaduna com os princípios constitucionais do Direito de Família.

Sem embargo a difícil compreensão, não se pode manifestar surpresa com o entender do Ilustre Ministro. Enquanto a doutrina brasileira muito bem recepciona as hipóteses de dano moral em âmbito familiar, a jurisprudência pátria não demonstra igual simpatia. Clássica é, por exemplo, a discussão em torno do dever de indenizar do cônjuge culpado pela separação litigiosa. Os casos levados aos tribunais, em sua quase totalidade, não têm sido admitidos pelos magistrados, que se filiam a teses contrárias ao ressarcimento ou alegam insuficiência de prova dos danos²⁸.

Recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ilustra o retrorreferido²⁹. Em sede de primeiro grau, o Sr. Neomar ajuizou ação de separação judicial litigiosa em desfavor da Sra. Marivone. Esta reconveio, pleiteando também indenização por danos morais, para ela e para os filhos. Relatou que, ainda na condição de casados, o ex-marido – que seria o culpado pela ruptura conjugal – passou a pernoitar com uma namorada na casa da família, além de passear sem pudores com a moça pela cidade, o que muito a humilhou, uma vez que vivem todos em uma pequena comunidade.

Ante as circunstâncias apresentadas, não hesitaria a doutrina em posicionar-se favoravelmente ao pleito indenizatório:

Com o matrimônio se estabelecem deveres e direitos previstos na lei civil, entre eles pode-se destacar o dever de fidelidade recíproca, mútua assistência, respeito e considerações mútuos. Quando um desses direitos for violado, o cônjuge que se sentir prejudicado poderá intentar ação de caráter indenizatório. (...) Exemplo de descumprimento dos deveres conjugais ocorre quando um dos consortes forma outra família e essa situação é notória, fazendo com

²⁶ WALD, Arnaldo. O Novo Direito de Família, 2002, p. 173.

²⁷ STJ, REsp 757.411/MG, 4ª Turma, j. 29.11.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves.

²⁸ OLTROMARI, Vitor Ugo. O Dano Moral na Ruptura da Sociedade Conjugal, 2006, p. 161.

²⁹ TJRS, Apelação Cível nº 70038836250, 7ª Câmara Cível, j. 11.05.2011, rel. Des. Roberto Carvalho Fraga.

que o cônjuge traído receba tratamento vexatório pelos demais moradores da cidade³⁰.

Apresentam-se como danos morais imediatos aqueles que atingem a esfera da personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento, dentre os quais estão os oriundos do descumprimento do dever de fidelidade, por adultério ou pela prática de ato que demonstre a intenção de satisfação do instinto sexual fora do tálamo³¹.

O adultério, como já dissemos, é a mais grave forma de violação ao dever de fidelidade, que pode ser classificado como um dos pilares do casamento. O adultério gera, em regra, indiscutivelmente, dano moral indenizável, sobretudo quando vem a conhecimento público. (...) Imagine-se a hipótese de o casal residir em cidade pequena, pacata, ou conviver em meio a grupos tradicionais (religiosos, v.g.). Fatores deste jaez devem ser especialmente levados em conta na fixação do *quantum* da indenização³².

O Tribunal, contudo, negou provimento ao apelo da Sra. Marivone. Primeiro, porque a alegação da culpa do ex-marido não se mostrou relevante, uma vez que a Corte segue a orientação que, nos casos de separação litigiosa, ambos os cônjuges contribuem para o término da relação marital. Segundo, porque a possibilidade de desacerto é inerente ao matrimônio e a admissão de danos morais em casos dessa natureza seria iniciativa temerária do Judiciário.

Ora, é pertinente que se faça uma reflexão sobre o posicionamento do nosso Tribunal. Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes³³, há duas correntes jurídicas contrapostas: uma que aceita a responsabilização ao interno da família, mas apenas nos casos em que haja ilícito absoluto (art. 186 c/c art. 927 CC), e outra que defende a indenização tanto em casos de ilícito absoluto quanto em casos específicos, isto é, nas hipóteses de violação dos deveres conjugais (previstos, entre outros, pelo art. 1.566 CC³⁴). Lembra Ruy Rosado de Aguiar Jr. que ainda há uma terceira corrente, que não admite a responsabilização civil nas relações familiares em qualquer caso³⁵.

É clarividente que o Tribunal de Justiça Rio-Grandense optou por indenizar apenas os casos abarcados nas regras próprias da Responsabilidade Civil, ou seja,

³⁰ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da Responsabilidade Civil na Violação da Pessoa Humana na Sociedade Conjugal, 2009, p. 112-113.

³¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Reparação Civil na Separação e no Divórcio, 1999, p. 153.

³² CARVALHO NETO, Inácio de. Responsabilidade Civil no Direito de Família, 2011, p. 299-300.

³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil, 2006, p. 173.

³⁴ São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos.

³⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Direito de Família, 2005, p. 315.

quando da ocorrência de ilícito absoluto. Isso porque, conforme já referido, os magistrados afastam o exame da culpa nas lides de separação litigiosa, pois entendem que a ruptura marital é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um³⁶. Assim, eventual violação de deveres conjugais, como a prática do adultério, seria uma decorrência natural da deterioração do relacionamento e não ato ilícito passível de reparação³⁷.

Por certo, a postura adotada pela jurisprudência diretamente se relaciona com o temor de que, com a procedência das ações indenizatórias pelo desfazimento da relação, ocorra uma “deplorável e pernicioso monetarização das relações erótico-afetivas”³⁸.

Nas relações parentais, a jurisprudência tampouco se inclina pela aplicação dos danos morais, sob a argumentação de que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo”³⁹. A lógica, portanto, é a seguinte: não se pode obrigar um pai a amar seu filho; o “pai negligente” não comete ato ilícito; ausente o pressuposto da ilicitude, não há dever de indenizar. Aqui, porém, as consequências pelo não-reconhecimento do pleito indenizatório são mais graves e mais significativas do que nas lides de separação litigiosa. Primeiro, porque o nosso sistema jurídico escolheu priorizar as crianças e os adolescentes. Segundo, porque os dois tipos de relação – conjugal e filial – muito se diferenciam:

Enquanto um tem fundamentos na liberdade e na igualdade, o outro se baseia justamente na responsabilidade. Ambos remetem-se, por óbvio, à solidariedade familiar, mas de maneiras muito particulares. Além disso, observe-se que a questão não pode ser examinada sem que se atente para a vulnerabilidade de uma das partes, e este é um ponto de fundamental distinção quando o foco são os filhos menores, a quem o ordenamento deve a máxima proteção⁴⁰.

Os principais objetivos do presente trabalho são: (1) demonstrar que os casos de responsabilidade civil por abandono afetivo são muito mais complexos do que

³⁶ TJRS, Apelação Cível nº 70025261454, 7ª Câmara Cível, j. 18.02.2009, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

³⁷ TJRS, Apelação Cível nº 70026555177, 8ª Câmara Cível, j. 30.10.2008, rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda.

³⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. O Dano Moral no Direito de Família: o Perigo dos Excessos Capazes de Repatrimonializar as Relações Familiares, 2002, p.407.

³⁹ STJ, REsp 757.411/MG, 4ª Turma, j. 29.11.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves.

⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil, 2006, p. 194.

fazem entender os Tribunais Superiores Pátrios; e (2) apontar em quais situações a denegação do pedido de danos morais, na relação paterno-filial, é verdadeira afronta aos princípios constitucionais e legais.

Para tanto, foi o estudo dividido em duas partes. Na primeira, apresenta-se a conceituação de abandono afetivo, os motivos pelos quais se entende que este é um dano passível de reparação, bem como quais os pressupostos indispensáveis para que surja o dever de indenizar do genitor. Em uma segunda fase, estabelecem-se quais os critérios apontados pela doutrina como os mais adequados para o arbitramento da respectiva indenização pecuniária e analisa-se o posicionamento de juízes e de desembargadores a respeito do tema.

Ressalte-se que, embora o abandono moral possa ser cometido tanto pelo pai quanto pela mãe, focou-se este trabalho apenas nas relações entre os genitores do sexo masculino (os pais) e seus filhos.

1. A CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO

1.1. Conceituação

O abandono afetivo, na condição de matéria recente que é, não apresenta um conceito-padrão na doutrina. Para Giselda Hironaka, ele se configura pela omissão dos pais – ou de um deles – pelo menos no que tange ao dever de educação, entendido este em sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo⁴¹. Na visão de Nehemias Domingos de Melo, o dano se dá quando os pais faltam com o dever de assistência moral aos seus filhos, na medida em que se fazem ausentes e, por via de consequência, não prestam a devida assistência afetiva e amorosa durante o desenvolvimento da criança⁴².

Outros autores, como Theodureto Camargo Neto e Maria Berenice Dias, trazem conceitos menos abstratos, relacionando o abandono afetivo diretamente à obrigação do pai de conviver com o filho. Entende o primeiro que:

O dano afetivo é aquele que atinge a criança ou o adolescente, em consequência do descumprimento do direito-dever de visita do pai – e às vezes da mãe –, fixado de comum acordo entre marido e mulher na separação consensual, ou imposto coativamente pelo juiz nas sentenças de separação e divórcio litigiosos, de investigação de paternidade, de regulamentação de visitas, entre outras⁴³.

Maria Berenice Dias, embora entenda ser o afeto um bem muito valioso na relação entre pais e filhos, baseia-se somente em preceitos legais para defender a indenização moral por abandono afetivo. Sustenta a autora que, entre as obrigações decorrentes do poder familiar, encontra-se o dever dos pais de ter os filhos em sua companhia e de dirigir-lhes a criação e a educação (art. 1.634, incisos I e II, CC). Este encargo compete a ambos os genitores, ainda que separados (art. 1.631, CC). Quando estabelecida a guarda unilateral, fica limitado o direito de um deles de ter os filhos em sua companhia (art. 1.632, CC). Porém, àquele que não possui a guarda é

⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo, 2006, p. 136.

⁴² MELO, Nehemias Domingos de. Abandono Moral – Fundamentos da Responsabilidade Civil, 2008, p. 7.

⁴³ CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A Responsabilidade Civil por Dano Afetivo, 2011, p. 17.

assegurado o direito de visitas (art. 1.589, CC). Tal direito, contudo, transformou-se em verdadeira obrigação do genitor, uma vez que o distanciamento entre pais e filhos produz sequelas emocionais e pode deixar reflexos permanentes na vida dos últimos⁴⁴.

Essa conceituação de abandono afetivo calcada em deveres legais do genitor – e não apenas em sua obrigação moral de cuidar e amar o filho – é de fundamental importância, pois impede que o Judiciário siga o caminho mais fácil, qual seja, o de rejeitar qualquer ação dessa natureza, sob a alegação de que o direito não pode adentrar na esfera dos sentimentos pessoais. É um argumento simplista e que não promove a justiça no caso concreto.

1.2. O Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Em 29 de novembro de 2005, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 757.411/MG, o primeiro a tratar de abandono moral – ou abandono afetivo, expressão mais comumente utilizada. O julgado do recurso era bastante esperado, haja vista o ineditismo do caso nos Tribunais Superiores. No mundo dos fatos, contudo, a situação não trazia qualquer surpresa:

Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este se afastou definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura⁴⁵.

Alexandre é filho de um casal divorciado; mais especificamente, de um pai que, após constituir nova família, não mais o procurou. O acontecido, embora triste, é corriqueiro em nosso país⁴⁶ e encarado até com certa naturalidade. O rapaz,

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 2010, p. 452.

⁴⁵ TAMG, AC 408.550-5, 7ª Câmara Cível, j. 01.04.2004, rel. Dr. Unias Silva.

⁴⁶ Segundo a pesquisa “Paternidade e Deserção, Crianças sem Reconhecimento e Maternidades Penalizadas pelo Sexismo”, realizada pela socióloga Ana Liési Thurler, cerca de 30% das crianças brasileiras sequer possuem o nome do pai em seus registros. Entrevista concedida à publicação eletrônica Carta Maior, em 10 fev. 2005. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=3118>. Acesso em: 30 mai. 2011.

porém, resolveu intentar ação de danos morais contra o pai, em face dos danos psicológicos por ele sofridos, oriundos da conduta omissa de seu genitor. A ação ordinária foi julgada improcedente, mas reformada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁴⁷. O Sr. Vicente de Paulo (pai de Alexandre) interpôs recurso especial. Coube ao STJ, pois, o desenlace da questão.

Frustrando a doutrina mais atenta às novas demandas do Direito de Família, o Superior Tribunal proveu o recurso, afastando a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo. O Ministro Relator Fernando Gonçalves, antes de proferir seu entendimento, pontuou três aspectos coadjuvantes. Para ele, (1) a perda do poder familiar já pune suficientemente o pai que abandona o filho; (2) a mãe pode dificultar a relação paterno-filial, por ódio e vingança contra o ex-companheiro; e (3) a procedência de uma ação de danos morais movida pelo filho em desfavor do pai afastaria ambos definitivamente. A questão, contudo, resolveu-se com o seguinte argumento: amar ou manter relacionamento afetivo com o filho não configura um dever jurídico. Logo, o genitor que rejeita a prole não comete ato ilícito. Ausente um dos pressupostos da responsabilidade civil, desaparece o dever de indenizar.

A tese do Ministro Fernando Gonçalves foi abraçada pelos colegas Ministros Aldir Passarinho Júnior⁴⁸, Jorge Scartezini e César Asfor Rocha. Apenas o Ministro Barros Monteiro pronunciou-se em tom dissonante, considerando certo o pagamento de danos morais no caso dos autos. A questão chegou também ao Supremo, mas o seguimento ao recurso extraordinário restou negado⁴⁹.

Antes mesmo que se discuta sobre a possibilidade de reparação pecuniária nos casos de abandono moral, é importante perceber o equívoco de foco cometido pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça⁵⁰.

⁴⁷ Os Desembargadores Unias Silva (Relator), Viçoso Rodrigues (Revisor) e José Flávio Almeida (Vogal) deram provimento, por unanimidade, à AC 408.550-5, da Comarca de Belo Horizonte, fixando o pagamento de indenização por danos morais no valor equivalente a duzentos salários mínimos (à época, quarenta e quatro mil reais).

⁴⁸ O Ministro Aldir Passarinho Júnior, inclusive, transcreveu, quase na íntegra, o voto do Ministro Fernando Gonçalves para fundamentar sua decisão no REsp 514.350/SP, 4ª Turma, j. 28.04.2009, do qual foi relator, igualmente negando a possibilidade de indenização por abandono moral.

⁴⁹ A Ministra Ellen Gracie, na posição de relatora, negou seguimento ao RE 567164/MG, julgado em 14.05.2009, explanando que não cabia ao STF o reexame da lide. Ressaltou, ainda, que o STJ já havia, nos limites de suas atribuições constitucionais, enfrentado a matéria. Ao fim, coube mesmo ao Superior Tribunal de Justiça a última palavra sobre o tema.

⁵⁰ A exceção do Ministro Barros Monteiro, conforme já explicitado no parágrafo anterior.

O Desembargador Luciano Pinto, em voto proferido no Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁵¹, trouxe didática explanação a respeito da liberdade paterna. Divide-se ela em duas subespécies:

a) uma de caráter objetivo, que engloba os direitos e deveres paternais, dos quais não se pode eximir, sob pena de, no campo material, sofrer ação de alimentos e, no extrapatrimonial, ser destituído do poder familiar.

b) outra de caráter subjetivo, que consiste na liberdade afetiva, isto é, no desejo inconsciente de dar afeto ao filho.

Note-se o significativo erro de direção quando os magistrados fundamentam suas posições baseando-se no caráter subjetivo da matéria, que é a liberdade afetiva paterna. Por óbvio, não há lei que obrigue alguém a amar outrem. Isso seria uma violência sem precedentes. Além disso, que benefícios viriam de um “amor obrigado”, sem vontade, por pura coação? Nenhum, por certo. E outra questão se apresenta: quem estaria apto a conceituar ou mensurar o que seja amar um filho? Quantas vezes já escutamos pessoas confidenciarem: “Meu pai sempre foi um homem rude. Nunca me deu carinho, mas também nunca me deixou faltar coisa alguma. Não tenho do que reclamar. Ele foi um bom pai, do seu jeito”. Questões subjetivas fogem, de fato, do poder do Estado.

De qualquer sorte, há uma clara distorção do discurso protetor do dever de indenizar por abandono afetivo. Amar outrem – com maior ou menor intensidade – é uma liberdade e nunca se questionou tal condição. O que se entende indevida é a postura do pai descumpridor de uma obrigação que, embora extrapatrimonial, é objetiva: a de não abandonar seus filhos. A Constituição Federal⁵², o Código Civil⁵³ e o Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁴ prevêm que o genitor possui um dever legal com a prole, uma postura mínima que deve ser cumprida.

Quando o pai nega-se a dar sustento material ao filho, a mãe pode mover a devida ação de alimentos⁵⁵. Agora, quando o pai abandona moralmente o filho, o que pode a mãe fazer? Mover procedimento para a destituição do poder familiar⁵⁶. Contudo, a perda de direitos e, principalmente, de deveres com o filho seria sanção

⁵¹ TJMG, AC 1.0499.07.006379-1/002, 17ª Câmara Cível, j. 27.11.2008, rel. Des. Luciano Pinto.

⁵² Art. 227, *caput*, e art. 229 da Constituição Federal.

⁵³ Art. 1.634, incisos I e II, do Código Civil.

⁵⁴ Arts. 19 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁵⁵ Lei 5.478/1968, arts. 1694 a 1710 do Código Civil e arts. 732 a 735 do Código de Processo Civil.

⁵⁶ Art. 1638, inciso II, do Código Civil e art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

ou verdadeira “carta de alforria” ao pai irresponsável? Quem, de fato, sofreria punição com a perda da *patria potestas*: o pai ou o filho?

Os questionamentos levantados serão respondidos a seu tempo. Importante, por hora, compreender que, quando se fala em indenizar por abandono moral, fala-se do descumprimento de deveres legalmente estabelecidos, os quais não estariam codificados se dependessem apenas da liberdade afetiva dos pais. Assim, entende-se pela plena possibilidade de responsabilização civil nas relações paterno-filiais, buscando-se punir o genitor que covardemente abandona o filho, deixando-o em situação que o humilha no íntimo e o degrada ante os demais.

1.3. Os Pressupostos do Dever de Indenizar

Embora já se tenha referido sobre a possibilidade de reparação pecuniária por abandono afetivo (uma vez que não se aceita o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que inexistente ilicitude em tais casos), faz-se necessário o estudo, ainda que breve, da teoria da responsabilidade civil. Isso porque o dano afetivo é uma espécie de dano moral; logo, somente restará caracterizada a obrigação do pai de reparar os danos causados ao filho quando presentes todos os requisitos exigidos para qualquer ação dessa natureza.

Quando se fala em pressupostos da responsabilidade civil, primeiramente se diferenciam as responsabilidades objetiva e subjetiva. A responsabilidade objetiva é aquela que prescindir da culpa do agente e se satisfaz apenas com a prova do dano à(s) vítima(s) e do nexo de causalidade. Em alguns casos, esta responsabilidade é presumida pela lei⁵⁷. Em outros, ela funda-se na teoria do risco⁵⁸, a qual sustenta que toda pessoa no exercício de uma atividade realizada em seu benefício cria um risco de dano para terceiros e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa⁵⁹.

⁵⁷ Exemplos estão nos artigos 936, 937 e 938 do Código Civil, que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas.

⁵⁸ Exemplo clássico é a responsabilidade nas relações de consumo, estabelecida como objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 2005, p. 21-24.

O Código Civil brasileiro, todavia, filiou-se à teoria da responsabilidade subjetiva, tendo o artigo 186⁶⁰ instituído o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. Assim, a responsabilidade subjetiva subsiste como a regra necessária (mas sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva em leis e dispositivos esparsos)⁶¹.

O abandono moral, portanto, segue as regras da responsabilidade subjetiva, que pressupõe: (a) a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; (b) o dolo ou a culpa do agente; (c) o dano à vítima; (d) a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado à vítima. Assim, “a partir do momento em que alguém, mediante *conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano*, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante art. 927⁶² do Código Civil”⁶³.

1.3.1. A Ação ou Omissão do Agente

Leciona Caio Mário da Silva Pereira que os fatos são naturais ou humanos. Fato natural é um acontecimento qualquer, como a chuva que cai ou a maré que sobe. Fato humano é o evento que conta com a participação do homem. A ordem jurídica, importante salientar, leva em consideração apenas o *fato humano voluntário* (grifo meu). Não se deve relacionar a voluntariedade da conduta com a deliberação ou a consciência do agente de causar prejuízo a outrem. Este é um elemento que define o dolo. O agir voluntário é, somente, a consciência do procedimento, que se alia à previsibilidade⁶⁴. Assim, a exigência de um fato voluntário exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um demente, por exemplo. Essencial é que a conduta seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem para que surja o dever de reparar⁶⁵.

Rui Stoco muito bem define que o elemento primário de todo ilícito é, pois, uma conduta humana e voluntária no mundo exterior. A ilicitude está condicionada à

⁶⁰ Artigo 186, CC: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 2005, p. 23.

⁶² Artigo 927, CC: *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2008, p. 17-18.

⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, 2001, p. 27, 28,70.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op cit.*, p. 36.

existência de uma ação ou omissão, que constitui a base do resultado lesivo. Não há obrigação de reparar sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica. A ação e a omissão constituem, por isso mesmo, o primeiro momento da responsabilidade civil⁶⁶.

O dever de indenizar deriva de uma ação ou omissão individual do agente, sempre que, agindo ou se omitindo, infringe um dever contratual, legal ou social. A responsabilidade resulta de fato próprio, comissivo, ou de uma abstenção do agente, que deixa de tomar uma atitude que deveria tomar⁶⁷.

No entender de Cavalieri Filho:

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas são obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse *dever geral de abstenção* se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante (grifo do autor)⁶⁸.

Já a responsabilidade por omissão configura-se quando da existência de um dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei ou resultar de convenção⁶⁹.

1.3.1.1. A Postura Omissiva do Pai em Desfavor do Filho

O que primeiro caracteriza o abandono moral é a omissão do pai na prática de determinados deveres jurídicos com a prole. Embora o STJ⁷⁰ entenda que manter uma relação de afeto com o filho não configure um dever jurídico – e encerre aí a questão –, a doutrina vai mais longe: ainda que a lei não exija que um pai ame seus filhos, ela demanda que ele, ao menos, comporte-se como se os amasse, criando-os, educando-os e sustentando-os. E tal responsabilidade não é facultativa⁷¹.

⁶⁶ STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 1999, p. 64.

⁶⁷ RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade Civil, 2007, p. 19.

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2008, p. 24.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 2005, p. 37.

⁷⁰ STJ, REsp 757.411/MG, 4ª Turma, j. 29.11.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves.

⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil, 2005, p. 57.

Os deveres jurídicos do genitor estão, de início, na Constituição Federal. O artigo 227 estabelece ser dever da família, juntamente com a sociedade e o Estado, assegurar à criança e ao adolescente, 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 opressão⁷². O artigo 229 ainda determina que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Na legislação infraconstitucional, o regramento é igualmente claro. O artigo 1.634 do Código Civil, em redação bastante similar à da Carta Magna, aponta que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação (inciso I), bem como tê-los em sua companhia e guarda (inciso II). O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça a obrigatoriedade de uma paternidade responsável, disciplinando que toda a criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família (artigo 19) e que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação (artigo 22).

Note-se que os pais são legalmente responsáveis não só pela assistência material dos filhos, mas também, e principalmente, por sua formação moral. O dever de sustento tem aspecto notadamente patrimonial e se cumpre com a colocação, por parte dos genitores, de meios condizentes com a necessidade da prole⁷³. Atente-se para o fato de o sustento representar somente uma das parcelas da paternidade e que ser pai, na amplitude legal do conceito, invoca também os deveres de guarda e educação⁷⁴. Por tais razões, é perfeitamente possível que o pai, ainda que pague mensalmente pensão alimentícia ao filho, seja responsabilizado por dano afetivo. Os alimentos, por si só, não servem como indenização ao familiar lesado, uma vez que os fundamentos de tais prestações são diversos. A primeira refere-se a um dever de assistência material do pai com o filho, enquanto a segunda objetiva punir os danos causados por aquele contra este.

⁷² O conteúdo deste dispositivo constitucional encontra-se igualmente expresso nos artigos 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁷³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo, 2006, p. 135.

⁷⁴ Comarca de Capão da Canoa/RS, Processo nº 141/1030012032-0, 2ª Vara Cível, j. 16.09.2003, juiz Mário Romano Maggioni.

Assim, a função paterna mostra-se integralmente atendida quando o genitor, além do dever de sustento, preocupa-se em educar a prole e em mantê-la em sua companhia.

A educação familiar está diretamente atrelada à formação da personalidade do menor, bem como ao escopo de realizar os direitos fundamentais do filho, seja em que âmbito for⁷⁵. O dever de educá-lo importa em prepará-lo para o exercício futuro de sua independência pessoal, qualificando-o para a vida profissional, com conhecimentos teóricos, práticos, formais e informais. É de extrema importância, igualmente, a formação passada pelos genitores com o intuito de preparem os filhos menores para o enfrentamento da vida, repassando a eles, no dia-a-dia, seus ideais de ética e seus valores morais, sociais e afetivos, e corrigindo desvios porventura surgidos durante a caminhada dos descendentes à maturidade⁷⁶.

Também é uma obrigação do pai ter o filho sob sua companhia e guarda. A convivência com a prole costuma ser automática quando os genitores mantêm um relacionamento amoroso. Geralmente, os problemas surgem nos casos de pais que não coabitam⁷⁷. De qualquer forma, a separação do casal (ou o fato dos genitores nunca terem sido casados) não pode levar o ascendente não-guardião a se descurar do seu dever de participar efetivamente da vida do filho⁷⁸.

Aponta Paulo Lôbo que, tradicionalmente, a culpa pela separação possuía relação direta com a guarda exclusiva dos filhos. O cônjuge culpado ficava relegado ao direito de visitas como punição e a convivência com a prole restava restrita. No direito contemporâneo, a convivência converteu-se em direito e dever fundamentais de intensa reciprocidade: direito amplo do filho de conviver com o genitor com quem não resida e, reciprocamente, deste pai com o seu filho⁷⁹.

Como bem sintetiza Giselda Hironaka: embora a disputa seja simbolizada pelos versus, que significa duas partes adversas em polos opostos de uma linha, há, de fato, uma terceira parte cujos interesses e direitos fazem a linha de um triângulo.

⁷⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana, 2005, p. 149.

⁷⁶ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família, 2009, p. 502.

⁷⁷ ORSELLI, Helena de Azeredo. Reflexões Acerca do Direito Fundamental do Filho à Convivência com o Genitor que Não Detém Sua Guarda, 2011, p.11.

⁷⁸ MADALENO, Rolf, *op cit.*, p. 502.

⁷⁹ LÔBO, Paulo. Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade, 2009, p. 17.

Essa pessoa, que não é uma parte oficial do processo, mas cujo bem-estar está no centro da controvérsia, é a criança⁸⁰.

Visando, pois, aos melhores interesses do filho menor, estabelece o Código Civil que o poder familiar compete a ambos os pais, ainda que separados (artigos 1.579 e 1.631). Quando estabelecida a guarda unilateral – ou seja, aquela atribuída a um só dos genitores –, fica limitado o direito do genitor não-guardião de ter o filho em sua companhia (artigo 1.632). A ele, porém, é assegurado o direito de visitas (artigo 1.589) e, além disso, a lei o obriga a seguir supervisionando os interesses do filho (artigo 1583, §3º), ainda que com este não mais coabite.

A legislação privilegia o direito dos filhos menores à convivência paterna e materna – mesmo que estabelecida a guarda unilateral – porque cada genitor tem uma função específica no desenvolvimento da estrutura psíquica dos descendentes. Por tal razão, tem gravíssima repercussão negativa qualquer injustificada frustração ao exercício do direito de visitas⁸¹. Contudo, importante frisar: para a configuração do abandono afetivo, não basta uma ausência temporária (falta do genitor não-guardião a uma visita ou outra). Somente a ausência contínua e deliberada às visitas ao filho se constitui em forte indício de omissão de afeto⁸².

Conclui-se, pelo exposto, que o dever de indenizar por abandono moral não está calcado na análise (impossível) de quanto amor um pai deu ao seu filho, mas sim na comparação da postura deste genitor com o disposto na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais. Caso o pai demandado judicialmente tenha, de fato, se omitido de seus deveres de criar, educar, visitar e acompanhar a vida do filho, preenchido está o primeiro requisito da responsabilidade civil (ação ou omissão do agente).

1.3.2. A Culpa

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é a culpa (compreendida a responsabilidade enquanto subjetiva e a culpa em seu sentido lato). Não é tarefa

⁸⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos - Além da Obrigação Legal de Caráter Material, 2010, p. 209.

⁸¹ MADALENO, Rolf. O Preço do Afeto, 2006, p. 159.

⁸² COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do Autoritarismo ao Afeto, 2005, p. 35.

fácil definir tal pressuposto. Georges Ripert – notável jurista francês – abertamente declarou temer conceituá-lo e sustentou, por fim, não existir uma definição legal⁸³.

Na verdade, o modelo francês – que muito peso tem, uma vez que o país é a pátria da responsabilidade civil – dividiu-se, basicamente, em dois grupos, tentando estes solver a dificuldade que ao próprio Ripert pareceu tão tormentosa.

O primeiro grupo, liderado por René Savatier, entende a culpa como a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito. Savatier considerava impossível definir a culpa sem partir da noção de dever e, assim, revelou-se em oposição a Mazeaud e Mazeaud, Colin e Capitant, Geny e outros, que prescindem de tal elemento na conceituação do termo⁸⁴.

O segundo grupo (liderado pelos Irmãos Mazeaud), ao contrário, afasta-se de considerações propriamente morais de culpabilidade, tomando por ponto de partida o fato danoso como fato social, resultante de uma conduta irregular do agente causador do dano. Essa noção de culpa envolve o conceito de erro de conduta, que tanto pode ser intencional como defluir de uma imprudência ou negligência do responsável⁸⁵.

Para se verificar se existiu, ou não, erro de conduta, e portanto culpa, por parte do agente causador do dano, mister se faz comparar o seu comportamento com aquele que seria normal e correntio em um homem médio, fixado como padrão. Se de tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado *in abstracto* pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta⁸⁶.

A controvérsia francesa deu-se, em grande parte, pelo duplo sentido da palavra *faute* (palavra que os franceses não deram um significado exato, podendo significar tanto culpa quanto falta⁸⁷), presente no art. 1.382 do Código de Napoleão. O problema da definição de culpa, porém, mostra-se bem menos agudo entre nós.

⁸³ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil, 2009, p. 1.

⁸⁴ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 1995, p. 110.

⁸⁵ RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade Civil, 2007, p. 145-146.

⁸⁶ Idem, p. 146.

⁸⁷ RIZZARDO, Arnaldo, *op cit.*, p.1.

Isso porque, no que tange à responsabilidade civil aquiliana (extracontratual), o art. 186 do Código Civil brasileiro define o que entende por comportamento culposo do agente causador do dano⁸⁸: aquele que, por *ação* ou *omissão* voluntária, *negligência* ou *imprudência*, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (grifo meu).

O legislador brasileiro optou, assim, por uma concepção de culpa genérica, que se desdobra em dolo (ação ou omissão voluntária) e em culpa *stricto sensu* (negligência ou imprudência).

O dolo caracteriza-se pela ação ou omissão do agente, que, antevendo o dano que sua atitude causará, deliberadamente prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso⁸⁹. Extraí-se do conceito que:

O dolo tem por elementos a *representação* do resultado e a *consciência* da sua ilicitude. Representação é, em outras palavras, *previsão*, *antevisão* mental do resultado. Antes de desencadear a conduta, o agente antevê, representa mentalmente, o resultado danoso e o elege como objeto de sua ação. E assim é porque somente se quer aquilo que se representa. O agente que age dolosamente sabe também ser ilícito o resultado que intenciona alcançar com sua conduta. Está consciente de que age de forma contrária ao dever jurídico, embora lhe seja possível agir de forma diferente (grifo do autor)⁹⁰.

Já a culpa (no sentido estrito) é a conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível. Pela leitura do conceito, conclui-se que os elementos da conduta culposa são: (a) a conduta voluntária com resultado involuntário; (b) a previsão ou previsibilidade; e (c) a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção⁹¹.

Previsto é o resultado que foi mentalmente antevisto. Nesse caso, tem-se a culpa consciente, que se avizinha ao dolo, mas dele se diferencia pelo fato de não ser querido o resultado. O agente prevê a consequência, mas acredita sinceramente que ela não ocorrerá. Não sendo previsto, o resultado deverá, ao menos, ser previsível (este é o limite mínimo da culpa). Previsível é aquilo que tem certo grau de probabilidade, de forma que, segundo as regras de experiência, é razoável prevê-lo. Só há o dever de evitar, então, o dano que for razoável prever.

⁸⁸ RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade Civil, 2007, p. 147.

⁸⁹ Idem, p. 147.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2008, p. 31-32.

⁹¹ Idem, p. 34-35.

A falta de cautela ramifica-se nos atos de imprudência, de negligência e de imperícia. A imprudência é a falta de cuidado por conduta comissiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, por exemplo. Negligência é a mesma falta de cuidado, mas por conduta omissiva. Negligente é o motorista que trafega em um automóvel sem manutenção. A imperícia decorre da falta de habilidade no exercício da atividade técnica. Imperito é o médico que comete erro grosseiro na cirurgia de seu paciente⁹².

Importante ressaltar que uma conduta culposa depende, ainda, de um agente imputável, ou seja, de um sujeito capaz de entender o caráter reprovável de seus atos e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Dois são os elementos da imputabilidade: a maturidade e a sanidade mental.

De acordo com o artigo 3º, incisos I e II, do Código Civil, são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos e os enfermos ou deficientes mentais que não possuem o necessário discernimento para a prática dos seus atos. Entende-se que os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são também considerados incapazes, uma vez que o Código de 1916 equiparava os relativamente incapazes aos maiores de idade no tocante às obrigações derivadas de ato ilícito, o que não foi recepcionado pelo Código Civil atual⁹³.

São responsáveis pelos atos dos menores os pais, desde que os filhos estejam sob sua autoridade e em sua companhia (art. 932, I, CC). Os curadores, por sua vez, respondem pelos deficientes mentais (art. 932, II, CC). O incapaz, todavia, tem o dever de reparar o dano que causar quando as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes (art. 928 CC), desde que a indenização devida não o prive – e tampouco seus dependentes – do necessário à sobrevivência (art. 928, parágrafo único, CC).

1.3.2.1. O Dolo Paterno

Para a configuração do abandono afetivo, torna-se necessária a comprovação da culpa do genitor não-guardião, que deve ter se ocultado da convivência com o filho e se negado, de maneira deliberada, a participar do desenvolvimento de sua

⁹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2008, p. 35-37.

⁹³ Idem, p. 25-28.

personalidade⁹⁴. Enquadrando-se este dano no rol das responsabilidades subjetivas, deve a culpa do agente (o pai) ser provada, cabendo à vítima (o filho) o ônus da respectiva comprovação⁹⁵.

Giselda Hironaka, em um de seus escritos a respeito do abandono moral⁹⁶, relatou um caso bastante significativo, oriundo da Justiça de São Paulo. A autora do processo foi abandonada afetivamente pelo pai logo após o seu nascimento, quando ele se separou de sua mãe e, em seguida, casou-se com outra mulher, com quem teve outros três filhos. Por serem todos membros da comunidade judaica, o pai e sua nova família encontravam-se frequentemente com a garota e, nessas ocasiões, o pai fingia não conhecê-la, de modo a desprezá-la reiteradamente. Essas situações de rejeição e humilhação constantes provocaram danos de grande proporção à filha (como o desenvolvimento de um complexo de inferioridade), demandando cuidados médicos e psicológicos por um longo tempo. Mais tarde, a menina acionou o genitor judicialmente por abandono afetivo, entendendo o juiz pela procedência da ação⁹⁷.

Nesse caso, não poderia o magistrado ter entendido de forma diversa. A ação dolosa do pai beirava a crueldade e não deve a menina ter encontrado dificuldades em comprovar a culpa do genitor. Conforme já exposto, o dolo é uma ação ou uma omissão do agente que antevê o dano que sua atividade irá causar, mas prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado que prejudicará outrem. Ora, mesmo que este pai não soubesse de seu dever jurídico de dar assistência imaterial à filha (o que parece pouco provável, ante as circunstâncias do caso), ele conhecia, ao menos, de seu dever moral com a menina, do que se omitiu deliberadamente. Este homem não só se negava a conviver com a filha, como a expunha a situações vexatórias, fingindo não a conhecer quando dos encontros da comunidade judaica à qual pertenciam. É esta uma atitude arcaica e análoga a de pais que, no início do século XX, rejeitavam os filhos concebidos fora do casamento, humilhando-os em público com sua indiferença. O princípio da igualdade da filiação proíbe o tratamento diferenciado dos filhos por parte do genitor, devendo ser tal iniciativa exemplarmente inibida pelo Judiciário.

⁹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo, 2006, p. 143.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, 2001, p. 74.

⁹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação Entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material, 2010, 211.

⁹⁷ Processo nº 01.36747-0, 31ª Vara Cível Central de São Paulo, j. 26.06.2004, juiz Luiz Fernando Cirillo.

1.3.3. O Dano

Dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o dano é o que sustenta menos controvérsia. A unanimidade dos autores converge no sentido de que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, uma vez que, resultando o instituto em obrigação de ressarcir, não pode concretizar-se onde nada há que reparar⁹⁸. Pode haver responsabilidade sem culpa (tipo objetiva), mas nunca sem dano⁹⁹.

Dano, em sentido lato, é a lesão de qualquer bem jurídico, e, neste conceito, inclui-se o dano moral. Em sentido estrito, todavia, é a lesão do patrimônio, ou seja, do conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro¹⁰⁰. Embora o conceito clássico de dano é o de que constitui ele uma diminuição do patrimônio, alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um bem jurídico, para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida e os demais bens imateriais suscetíveis de proteção¹⁰¹.

Assim, o dano patrimonial ou material é aquele que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima. Pode ser afetado não só o patrimônio presente da vítima, como também o futuro, e pode não só ser provocada a sua diminuição, mas também impedido o seu crescimento. Por isso, divide-se o dano material em dano emergente e lucro cessante. O primeiro importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. É aquilo que o ofendido efetivamente perdeu. Já o lucro cessante é o reflexo futuro sobre o patrimônio do vitimado, é a perda do ganho esperável¹⁰².

Exemplo que abrange os dois tipos de dano material é o do taxista que, tendo o carro abalroado culposamente por outrem, vê-se obrigado a paralisar sua atividade lucrativa. Em juízo, demandará o profissional não só o ressarcimento do conserto do táxi (dano emergente), mas também o pagamento pelos dias não trabalhados (lucros cessantes). Nesse último caso, far-se-á o cálculo do que, provavelmente, o ofendido teria lucrado caso seguisse na ativa.

⁹⁸ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 1995, p. 713.

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2008, p. 70.

¹⁰⁰ ALVIM, Agostinho, Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências, p. 171-172 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, 2005, p. 545.

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op cit.*, p. 545.

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op cit.*, p. 72.

1.3.3.1. O Dano Moral

Embora se tenha feito uma breve digressão sobre o instituto do dano material, o que nos interessa, no presente trabalho, é o estudo do dano moral, uma vez que o dano afetivo é subespécie deste último.

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e o da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive (o da reputação ou o da consideração social)¹⁰³.

Note-se, pois, que o dano moral desdobra-se em duas faces: a interna e a externa. O ser humano é internamente atingido quando os efeitos do dano atacam-no apenas subjetivamente, ferindo-o, diminuindo-o e angustiando-o como gente. É a agressão à estima que o homem tem por si próprio. Já o dano em sua face externa ocorre quando o lesado é atingido objetivamente, na comunidade em que se insere, por meio de lesão desferida por outrem e geradora de repercussões negativas. É o prestígio que o homem tem perante a sociedade que é abalado injustamente. Tanto é reparável o mal que aflige o íntimo da pessoa quanto aquele que macula o seu nome, prejudicando sua imagem na comunidade em que atua¹⁰⁴.

Paulo Lôbo aponta que a Carta Magna de 1988 é um marco importante da concepção repersonalizante do direito (ou seja, da necessidade de se ter a pessoa, e não mais o patrimônio, como fundamento das relações civis), pois ela reconheceu expressamente a tutela jurídica dos direitos de personalidade e dos danos morais¹⁰⁵.

Logo em seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição Federal consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Tem-se, hoje, um direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim proceder, a Carta deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, pois a dignidade do ser humano nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos¹⁰⁶.

¹⁰³ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*, 1999, p. 45.

¹⁰⁴ MARMITT, Arnaldo. *Dano Moral*, 1999, p. 11.

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos Morais e Direitos da Personalidade*, 2002, p. 349-350.

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 2008, p. 80.

Além do reconhecimento da dignidade como um dos fundamentos do Estado, a Constituição ainda inseriu, em seu artigo 5º, incisos V e X¹⁰⁷, a plena reparação do dano moral, sepultando, por fim, o entendimento inicial, que negava ressarcibilidade ao dano, sob fundamento de ser ele inestimável.

Certo é que, em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária. Pode apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo o dever de reparar mais uma satisfação do que uma indenização. O ressarcimento, aqui, não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento da vítima¹⁰⁸.

Regra geral, a jurisprudência entende que, no plano do dano moral, não basta o fato em si do acontecimento, devendo o requerente comprovar a sua repercussão prejudicial para que surja o dever de indenizar. Esta regra, contudo, não tem sido aplicada em termos absolutos, pois há danos morais que se presumem, de modo que ao autor basta a alegação, ficando a cargo da outra parte a produção de provas em contrário¹⁰⁹. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só se justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva ele inexoravelmente do próprio fato ofensivo¹¹⁰. De tal modo, não precisa a mãe comprovar que sofre com a morte do filho, ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão. Trata-se o dano de presunção absoluta, dispensada prova em concreto¹¹¹.

1.3.3.2. Os Danos ao Filho

A jurisprudência entende que dano afetivo não existe *in re ipsa*, reclamando a devida comprovação dos prejuízos na vida do ofendido em razão do abandono do

¹⁰⁷ É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V, art. 5º, CF).

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X, art. 5º, CF).

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2008, p. 81.

¹⁰⁹ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, 2005, p. 811.

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op cit.*, p. 86.

¹¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 2005, p. 570.

pai¹¹². Embora o abandono moral seja sempre uma ofensa grave ao filho, a prova do dano é requerida por duas razões principais.

Primeiramente, são numerosos os casos de pais que descumprem com os deveres de guarda e proteção que têm com seus filhos. Assim, para que não restem ajuizadas um sem fim de ações indenizatórias, escolheu-se por privilegiar apenas os filhos que, de fato, sofrem abalos psicológicos – ou quaisquer outras consequências desastrosas – advindos do abandono paterno. O ressarcimento do dano moral deve ser tratado com rigor teórico, porque séria é a exigência de proteger eficazmente a pessoa humana e seus direitos fundamentais quando, de fato, são atingidos¹¹³.

Também se frise que, apesar da dor inerente ao abandono de um pai, não são todas as pessoas que experimentam abalos psicológicos dele resultantes. A psiquiatra Silzá Tramontina¹¹⁴ aponta que a graduação das consequências advindas de uma ausência paterna depende de dois fatores: (a) da resiliência que cada criança individualmente possui, ou seja, de sua habilidade de superar os traumas e as dificuldades da vida; e (b) da disposição, para esta criança, de alguma figura masculina que supra a falta do pai (um avô, um tio, o atual companheiro da mãe). Assim, é possível que o filho cresça sem maiores danos psicológicos, ainda que não disponha da presença do genitor¹¹⁵.

Contudo, nem todas as crianças apresentam uma privilegiada estrutura emocional e/ou uma figura masculina que lhes faça as vezes de pai. Algumas desenvolvem sérios danos em razão do descaso do genitor e, não superando o trauma, passam a vida atormentadas. É célebre a frase do fundador da psicanálise, Sigmund Freud, que sentenciou: “Aquilo que não foi compreendido inevitavelmente reaparece, como um fantasma que não pode descansar até que o mistério tenha sido resolvido e o encanto quebrado”.

São essas pessoas, portadoras de sérios danos, que devem receber a devida atenção do Judiciário. No próximo tópico, especificar-se-ão quais abalos à psique do filho podem advir do abandono moral paterno e, por sua gravidade, merecem a respectiva reparação.

¹¹² TJRS, AC 70036776078, 7ª Câmara Cível, j. 26.01.2011, rel. Des. Roberto Carvalho Fraga.

TJRS, AC 70025687609, 8ª Câmara Cível, j. 11.09.2008, rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade.

TJRS, AC 70016263923, 7ª Câmara Cível, j. 18.10.2006, rel. Des. Sérgio de Vasconcellos Chaves.

¹¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil, 2006, p. 179.

¹¹⁴ Silzá Tramontina é Mestre em Clínica Médica e médica contratada do Serviço de Psiquiatria da Infância e da Adolescência do Hospital de Clínicas de Porto Alegre.

¹¹⁵ Entrevista concedida à autora em 08 de agosto de 2011.

1.3.3.3. A Ausência de um Pai e Suas Consequências

A família é o berço da sociedade e formadora dos indivíduos. Ela é o primeiro sistema social no qual o ser humano é inserido quando de seu nascimento. Nela são atendidas as mais diversas necessidades humanas e sociais, quer para a identidade simbólica da pessoa (que lhe proporciona experiência no nível psicológico), quer ao oferecer experiências humanas básicas e referenciais que perduram no tempo (paternidade, maternidade, fraternidade). É a família que possibilita a emergência de significado, de valores e critérios de conduta, sentimento de pertença, respeito e diálogo em contexto afetivo, o que irá refletir em seus futuros relacionamentos com o mundo que o rodeia, além de constituir-se como requisito indispensável ao saudável desenvolvimento das potencialidades do indivíduo¹¹⁶. Grande parte do que somos resulta do que vimos e ouvimos ao longo da convivência familiar com aqueles que nos criaram¹¹⁷.

A psicóloga Fátima Nunes Piovensan¹¹⁸ esclarece que, no âmbito familiar, mãe e pai têm funções diversas. A mãe gera o filho, possibilitando-lhe o nascimento biológico, mas é o pai quem propicia ao descendente seu nascimento psicológico: o nascer para o mundo, para os limites, para as regras¹¹⁹. A teoria freudiana percebe, nesta etapa de ruptura da construção mãe e filho pela introdução da figura do pai, um verdadeiro progresso. A função paterna firma-se como sinal da interdição, instalando as instâncias psíquicas dos limites, enquanto também exerce a função de proteção¹²⁰.

A ausência do pai na vida da criança e do adolescente pode gerar prejuízos em seu desenvolvimento emocional, cognitivo e comportamental. As consequências são distúrbios de comportamento, com baixa autoestima, problemas escolares, de

¹¹⁶ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da Responsabilidade Civil na Violação da Dignidade da Pessoa Humana na Sociedade Conjugal, 2009, p. 93.

¹¹⁷ LEMOS, Inez. Família, Modernidade e Responsabilidade, 2009, p. 27.

¹¹⁸ Fátima Bernardete Nunes Piovensan é psicóloga clínica e integrante da equipe técnica do Projeto "Pai? Presente!". Idealizado pela ONG Brasil Sem Grades, o projeto busca identificar crianças e adolescentes que não possuam paternidade registral e regularizar esta situação, porque entende que a paternidade efetiva reduz a evasão escolar, os comportamentos antissociais, a delinquência juvenil e o consumo de drogas. De início, aborda-se a mãe da criança ou do jovem, para que ela forneça informações a respeito do pai de seu filho. Munida de tais informações, a equipe vai, então, em busca deste pai, para que ele reconheça voluntariamente o filho. O projeto piloto vem sendo desenvolvido em São Sebastião do Caí (RS) desde março de 2009 e conta com o auxílio da Prefeitura, do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Município.

¹¹⁹ Entrevista concedida à autora em 10 de agosto de 2011.

¹²⁰ SOUZA, Ivone M. Cândido Coelho de. Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto, 2010, p. 66.

relacionamento social e sensação da perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz¹²¹. Na persistência do abandono, com frequência abate-se sobre a criança um sentimento de decepção e autodesvalorização pelo rechaço do pai. As ideias de incapacidade, de não ter podido gratificá-lo, além de expor a criança a sentimentos de tristeza, traduzem-se, em muitos casos, pelas dificuldades de aprendizado e quadros psicossomáticos, que, se não atendidos, evoluem para as dificuldades adolescentes. Outras crianças respondem com manifestações de raiva com que fazem frente à autodepreciação, podendo ainda projetar sobre a mãe as responsabilidades pela ausência paterna¹²².

Os psiquiatras Mariana Eizirik e David Bergmann¹²³ relatam o caso de João, adolescente de 16 anos que foi encaminhado para tratamento psicoterápico por dificuldades escolares. Foi reprovado uma vez na 6ª série e duas vezes na 8ª série. Os diagnósticos de transtorno de déficit de atenção e hiperatividade foram excluídos, tendo-se constatado falta de estímulo em estudar. João foi criado pela mãe, pela avó materna e por um tio materno, que faleceu quando o paciente estava com seis anos. Não conhece seu pai, mas sabe que este tem outros filhos. Afirma que, embora a mãe já tenha sugerido apresentá-lo ao genitor, nunca teve interesse em conhecê-lo.

A solidão aparece como um ponto muito forte em sua vida. Foi um menino sem pai durante todo o seu desenvolvimento. A sensação de vazio só aumentou após a perda prematura do tio, que tinha como figura paterna substituta. Por meses, evitou falar da ausência de seu pai durante as sessões, até que, um dia, conseguiu expressar-se sobre o assunto. Questionado se a distância do genitor lhe causava sofrimento, respondeu que sim e prosseguiu: “Eu tenho raiva, porque ele nunca me procurou, nem para saber quem eu sou, como sou. Acho que partiria para cima dele se o conhecesse. (...) Eu já sonhei com ele. Sonhei que ele me procurava e eu botava a boca nele, perguntava por que ele tinha feito isso comigo”.

Segundo Eizirik e Bergmann, a falta de um pai era um tema reprimido por João. Apesar da aparente indiferença, ele sofria. A ausência paterna foi apontada como uma das causas de sua baixa autoestima e desmotivação, observadas em

¹²¹ SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina, 2010, p. 119.

¹²² SOUZA, Ivone M. Cândido Coelho de. Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto, 2010, p. 66.

¹²³ EIZIRIK, Mariana; BERGMANN, David Simon. Ausência Paterna e Sua Repercussão no Desenvolvimento da Criança e do Adolescente: um Relato de Caso. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-81082004000300010&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 mai. 2011.

situações em que se definiu como sendo incapaz de atingir seus objetivos, de obter bens materiais ou status social, de, enfim, ser alguém na vida.

Embora meninos e meninas sofram com a inexistência de uma relação paterno-filial, é inegável que os meninos são mais afetados psicologicamente. A falta dessa referência masculina, para eles, mostra-se mais cruel. Isso porque vivem com o pai fases do desenvolvimento em que o tem como figura de identificação, idealização e modelo. As consequências, para alguns, são desastrosas, podendo o filho negligenciado apresentar problemas de conduta e abuso de drogas¹²⁴.

A psicóloga Sandra Baccara Araújo¹²⁵ realizou, em Brasília, uma pesquisa que buscou compreender a relação entre ausência do exercício da função paterna e transgressão na adolescência. Conversando com os pais de adolescentes infratores, ouviu-os admitir que perderam o controle de estabelecimento de limites e regras, mas que ansiavam que o Juiz resgatasse essa figura de autoridade frente ao filho.

Sandra analisou, em específico, o caso de dois jovens que cumpriam medida socioeducativa. No primeiro caso, o pai do adolescente infrator abandonou a postura de impotência e optou por assumir um papel de autoridade (que sempre lhe coube), fazendo-o com muita competência. Conseguiu que o filho se mantivesse afastado das drogas, frequentando as aulas e participando dos cultos religiosos que faziam parte da cultura da família. A psicóloga, quando encontrava o jovem, percebia que este carregava uma constante expressão de tranquilidade e alegria.

O outro adolescente infrator, por sua vez, foi abandonado pelo pai, contando apenas com a figura materna. A mãe se via impotente diante das transgressões do filho. Acreditava que sua autoridade não seria suficiente e que a justiça poderia ser um espaço de continência para o menino, envolvido com o tráfico de drogas e furtos. O jovem, a seu turno, transmitia um sentimento de onipotência. Apesar da medida socioeducativa que lhe fora imposta, não vislumbrava na família ou na justiça instituições que pudessem contê-lo. Era um adolescente que demonstrava a sua ansiedade com a inquietação. Mexia-se todo o tempo, e desafiava a tudo e a todos.

Entende a psicóloga que, sem o resgate da competência paterna, torna-se muito difícil a recuperação de jovens infratores. Isso porque eles vêm no traficante,

¹²⁴ PIOVENSAN, Fátima Bernardete Nunes. Entrevista concedida à autora.

¹²⁵ ARAÚJO, Sandra Maria Bacarra. A Ausência da Função Paterna no Contexto da Violência Juvenil. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000082005000200006&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 02 jun. 2011.

nas armas e na violência a lei, a autoridade a ser seguida, os limites que sempre lhe faltaram, pela ausência de um pai.

Certo é que a carência de um dos genitores (ou de ambos) pode trazer efeitos devastadores e perpétuos na vida de um filho. Boris Cyrulnik, notório neurologista e psiquiatra francês, surpreendeu a todos ao revelar, em uma de suas obras, que a belíssima Marilyn Monroe não passava de um espírito atormentado. Sua mãe, uma mulher extremamente infeliz, trouxe ao mundo uma filha ilegítima. Mergulhada na melancolia e sem forças para criá-la, confiou a tarefa a estranhos. A pequena Norma Jean Baker passou por uma série de orfanatos e famílias de acolhimento. A infância sem afeto transformou-a, até o fim de seus dias, em um fantasma: morta na alma, reanima-se para a vida apenas quando alguém lhe dava um pouco de carinho.

Quando a pequena Norma foi colocada num orfanato, ninguém poderia pensar que, um dia, transformar-se-ia numa Marilyn de cortar a respiração. A carência afetiva tinha feito dela um passarinho deprimido, trêmulo, encarquilhado, incapaz de se abrir para o mundo e para as pessoas. As mudanças incessantes de famílias de acolhimento não tinham deixado que organizasse em seu redor uma permanência afetiva que lhe teria permitido adquirir o sentimento de que poderia ser amada. De modo que, quando chegou à idade do sexo, deixou-se prender por qualquer um que a quisesse¹²⁶.

Surpreendente também é a história do anarquista italiano Luigi Lucheni. Em 10 de setembro de 1898, Lucheni assassinou a Imperatriz Elisabeth da Áustria¹²⁷ com um golpe de estilete no coração. De início, as autoridades pensaram tratar-se de um crime político, tendo ele mesmo declarado, em seu interrogatório, que era um anarquista, amava os operários e desejava a morte dos ricos. Condenado à prisão perpétua, escreveu suas memórias no cárcere e, somente com elas, foi possível compreender suas verdadeiras razões. A mãe de Lucheni trabalhava em Parma, na Itália, e engravidou do filho de seu patrão. Desesperada, fugiu para Paris e, após o nascimento do menino, abandonou-o em um orfanato. Luigi nunca se recuperou da rejeição materna e tentava confortar-se na ideia de que ambos (mãe e filho) eram

¹²⁶ CYRULNIK, Boris. *O Murmúrio dos Fantasmas*, 2003, p. 14.

¹²⁷ A figura da Imperatriz Elisabeth da Áustria é mundialmente conhecida em razão do estrondoso sucesso da trilogia cinematográfica *Sissi*, protagonizada pela atriz austríaca Romy Schneider, na década de 50.

vítimas de uma sociedade injusta, que não respeitava o direito de cada criança ter, ao menos, algum amor e felicidade¹²⁸.

Note-se que o abandono por parte dos genitores (de um deles ou de ambos) é assunto de extrema relevância. Algumas pessoas, na expressão de Boris Cyrulnik, passam a vida perambulando como fantasmas, atrás de explicações para a sua dor ou de um pouco de afeto de estranhos. Foge ao bom senso que pais prejudiquem deliberadamente a vida dos filhos, causando-lhes traumas significativos, sem que punição alguma recaia sobre tal comportamento.

1.3.4. O Nexo de Causalidade

Conforme já referido, a ofensa a uma norma preexistente (ou um erro de conduta) e o dano são elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil. Não basta, contudo, que o agente haja procedido contra o direito, pois, se não resultar daí um prejuízo, a conduta antijurídica não gera uma obrigação ressarcitória. Tampouco basta que a vítima sofra um dano. Para que surja o dever de indenizar, é necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou seja, o prejuízo sofrido pela vítima deve, obrigatoriamente, advir do ato ilícito praticado pelo agente¹²⁹.

A constatação do nexo causal não oferece dificuldades quando o resultado decorre de um fato simples, porquanto a relação de causalidade é estabelecida de forma direta entre o fato e o dano. A questão torna-se mais complexa nas hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando várias circunstâncias concorrem para o evento danoso. De toda forma, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorreram para o resultado são equivalentes, mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado, aquela que teve uma interferência decisiva. Assim, por exemplo, a família de uma parturiente que, durante a realização de um parto normal, teve a ruptura de um aneurisma cerebral, vindo a falecer, não pode ajuizar ação indenizatória em desfavor da maternidade e/ou do médico. Isso porque o aneurisma é indetectável nos exames do pré-natal e é quadro

¹²⁸ LUCHENI, Luigi; CAPPON, Santo. *Memórias do Assassino de Sissi*, 2007, p. 74, 136, 137.

¹²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 2001, p. 75.

fisiológico independente da gravidez, inexistindo, portanto, relação de causalidade entre o parto e a morte da paciente, não obstante a concomitância dos eventos¹³⁰.

Nos casos de abandono afetivo, deve restar caracterizada a culpa do pai, que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a prole, bem como os danos experimentados pelo filho, mas não só. É de extrema relevância que o laudo pericial estabeleça o motivo destes danos, se possuem ou não relação direta com a conduta do genitor, pois não se poderá imputar ao pai, por exemplo, um dano que tenha se manifestado na criança em época anterior ao abandono, pela flagrante ausência de nexos causal¹³¹.

1.4. As Excludentes de Responsabilidade

O estudo do nexo de causalidade ganha destaque em razão das excludentes de responsabilidade, que, no campo extracontratual, são a culpa da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou de força maior. A presença de uma das excludentes no caso concreto atenua ou extingue o dever de ressarcir, justamente por atenuar ou extinguir a relação de causalidade existente entre a ação ou omissão do agente e o dano causado à vítima¹³².

Na responsabilidade civil decorrente de abandono moral paterno, quatro são as principais excludentes: o desconhecimento do genitor de sua condição de pai, a alienação parental provocada pela mãe da criança ou por sua família, a ausência de dano psicológico na formação do jovem e a omissão paterna quando da maioridade e capacidade dos filhos.

1.4.1. O Desconhecimento do Genitor de Sua Condição de Pai

A responsabilidade pelo abandono afetivo pode ser atribuída à mãe, quando esta opta por assumir de forma independente os deveres de criação e cuidado com o filho, negando-lhe ou ocultando-lhe a identidade paterna¹³³. Trata-se dos casos em que o genitor, apesar de ter participado do ato procriativo, não toma conhecimento

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2008, p. 46, 49 e 60.

¹³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo, 2006, p. 144.

¹³² RODRIGUES, Silvío. Responsabilidade Civil, 2007, p. 164.

¹³³ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Valoração do Elo Perdido ou Não Consentido, 2006, p. 70.

da superveniência da prole, por escolha exclusiva e deliberada da genitora. Com efeito, impossível que um pai seja civilmente responsabilizado pelo rompimento da relação paterno-filial se nem ao menos conhecia sua condição de ascendente¹³⁴.

A doutrina rechaça veementemente a atitude da genitora que impede o estabelecimento do vínculo de paternidade. Isso porque tanto sofre o filho que não conheceu o pai quanto o pai que, por não saber da existência do filho, não pode com ele conviver. Autoras respeitadas, como Maria Berenice Dias¹³⁵ e Maria Celina Bodin de Moraes¹³⁶, defendem, inclusive, que esta postura pode levar à penalização da genitora, com o pagamento de indenização ao pai e ao filho, pelos danos por ela ocasionados a ambos.

No Tribunal de Justiça do nosso Estado, muitos são os casos de filhos que ajuízam ação investigatória de paternidade cumulada com ação de danos morais por abandono afetivo (ou que ingressam com esta última logo depois de comprovada a paternidade judicialmente). Alegam que foram privados da figura paterna por longos anos e que tal situação lhes trouxe os prejuízos correspondentes. Contudo, com acerto sustentam os magistrados que não se pode considerar ilícito o desamparo afetivo de quem desconhecia, até o ajuizamento da ação investigatória, o atributo de pai.

Em um dos julgados, os apelantes mesmos reconhecem que, durante muitos anos, a mãe não lhes contou a identidade paterna e, quando o fez, proibiu-os de buscar qualquer direito junto ao genitor. Os filhos somente tiveram coragem de fazê-lo (ajuizando a devida ação investigatória de paternidade) quando já adultos e após o falecimento da progenitora¹³⁷. Em outro julgado, o apelante relata que a mãe fugiu de casa, em razão do conturbado relacionamento com o então convivente. Quando do seu nascimento, registrou-o apenas com o seu nome. Ao que indicam as provas nos autos, o pai apenas tomou conhecimento da existência do filho quando citado na ação de paternidade, contando o apelante já com 25 anos¹³⁸. Negou-se provimento aos recursos, justamente por se entender que a postura das mães, nos dois casos, foi decisiva para o afastamento entre as partes.

¹³⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo, 2006, p. 134.

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 2010, p. 454.

¹³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil, 2005, p. 63.

¹³⁷ TJRS, AC 70021633128, 7ª Câmara Cível, j. 22.10.2008, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho.

¹³⁸ TJRS, AC 70024047284, 8ª Câmara Cível, j. 20.06.2008, rel. Des. Alzir Felipe Schmitz.

A situação, todavia, inverte-se quando o genitor sempre soube da existência do filho, mas nunca desejou reconhecê-lo de forma voluntária. Há quem entenda pela impossibilidade do pleito indenizatório por abandono afetivo também em tais circunstâncias, uma vez que a filiação somente se constituiria quando do trânsito em julgado da sentença declaratória de paternidade. Assim, não sendo o genitor o “pai oficial” até aquele momento, não poderia ele cumprir com os deveres inerentes à condição. Yussef Said Cahali critica fortemente tal posicionamento:

A ação de investigação de paternidade é eminentemente *declaratória*; com a sentença de procedência, o juiz limita-se à constatação da existência da relação jurídica concernente à filiação paterna; (...) o estado filial pré-existe à sentença, e a filiação não se constitui através desta (...). Em outros termos, o filho é filho desde o seu nascimento e não por obra e graça do juiz – daí, aliás, a reconhecida eficácia *ex tunc* da sentença de investigação; por outro lado, os deveres inerentes à paternidade responsável devem ser cumpridos ainda que o filho não tenha sido reconhecido voluntariamente, não podendo o genitor tirar proveito de sua própria malícia (grifo do autor)¹³⁹.

Assim, exclui-se a responsabilidade do genitor apenas quando este, de fato, desconhece a sua condição de pai, mas não quando a conhece e, ainda assim, prefere ignorá-la, convicto de que somente a justiça pode obrigá-lo a assumir suas responsabilidades.

1.4.2. A Alienação Parental Provocada pelo Genitor Guardião

A alienação parental é uma realidade triste: um dos genitores (geralmente o guardião) modifica a consciência do filho, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor (geralmente o não guardião). Não há motivos que justifiquem essa condição; é, na verdade, uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem uma justificativa real¹⁴⁰.

A origem de tal comportamento está, na maior parte das vezes, relacionada a um traumático processo de separação: a ruptura da relação conjugal gera na mãe um sentimento de abandono e rejeição, que se traduz em desejo de vingança. Ao

¹³⁹ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, 2005, p. 755.

¹⁴⁰ FREITAS, Douglas Phillips. Reflexos da Lei de Alienação Parental, 2010, p. 19.

ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, sua primeira atitude é afastar um do outro, na tentativa de se vingar do ex-cônjuge, criando uma série de situações visando a dificultar – ou até mesmo impedir – a convivência de ambos¹⁴¹.

A criança, por sua vez, pode assumir duas posturas. Na primeira hipótese, o filho se submete às determinações do alienador por medo. Ele teme desobedecê-lo e desagradá-lo, pois sabe que a aprovação ao outro genitor lhe custará uma série de ameaças. Esta criança aprende a conviver com a mentira e a expressar falsas emoções, condicionando a “verdade” ao ambiente em que se encontra e criando critérios de o que pode ser vivenciado perante um e outro genitor. A noção do certo e do errado é flutuante, o que abala a formação do seu caráter¹⁴².

Na segunda hipótese, a criança acaba desenvolvendo uma relação simbiótica com o genitor patológico, tornando-se inseparável dele e aceitando tudo o que este afirma como correto. A verdade do alienador passa a ser a verdade da criança, que, acreditando nas falsas assertivas ditas pelo guardião, vive uma existência repleta de inverídicas memórias. Sem discernir a manipulação que sofre, desenvolve negativos afetos pelo genitor alienado, a quem passa a perceber como um intruso, convencida de que deve se manter dele afastada, conforme quer o alienador. Tem um discurso pronto, com termos inadequados para a sua faixa etária, no qual os genitores são descritos de modo maniqueísta: um é inteiramente bom e outro inteiramente mau¹⁴³.

A síndrome da alienação parental mostra a sua face mais cruel quando o genitor alienador opta por implantar falsas memórias no filho, principalmente as de cunho sexual. Trabalha-se com o pensar da criança, fazendo-a acreditar que sofreu abuso sexual do pai, por exemplo. A dificuldade de se provar um fato negativo faz com que, na maioria das vezes, este pai seja afastado por um longo tempo de seu filho, até que se consiga demonstrar a inexistência do ocorrido¹⁴⁴.

Desde o ano passado, o Brasil conta com a lei nº 12.318/10, que dispõe sobre a alienação parental. Em seu artigo 2º, parágrafo único, a lei traz um rol de hipóteses da síndrome, meramente exemplificativo, que engloba dos casos mais brandos (ex.: dificultar o contato da criança com o genitor) a outros bastante graves (apresentar

¹⁴¹ VELLY, Ana Maria Frota. A Síndrome de Alienação Parental: uma Visão Jurídica e Psicológica, 2010, p. 25.

¹⁴² TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito, 2007, p. 290.

¹⁴³ PAULO, Beatrice Marinho. Alienação Parental: Identificação, Tratamento e Prevenção, 2011, p. 7 e 12.

¹⁴⁴ COSTA, Ana Surany Martins. Alienação Parental: o “Jogo Patológico” que Gera o Sepultamento Afetivo em Função do Exercício Abusivo da Guarda, 2010, p. 65.

falsa denúncia contra o genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou o adolescente). As sanções ao alienador, expostas no artigo 6º, são também variadas: de simples advertência à alteração da guarda (para compartilhada ou sua inversão) ou mesmo suspensão da autoridade parental.

A lei nº 12.318/10 estabelece que estas sanções específicas não impedem a responsabilização civil ou criminal do genitor culpado. A primeira dar-se-ia por meio de ação reparatória de danos morais, ajuizada pelo genitor alienado em desfavor do alienador. A segunda encontra guarida, entre outros dispositivos, no artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente (*submeter a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento*), podendo a pena variar de seis meses a dois anos de detenção¹⁴⁵.

A alienação parental pode configurar uma excludente de responsabilidade quando o pai comprova que, apesar de seus esforços, a iniciativa da progenitora mostrou-se crucial para o seu distanciamento do filho. Clássicos são os casos das mães que, com o deliberado intuito de privar o ex-companheiro da convivência com os descendentes, mudam-se para localidades distantes, ou impedem que o pai ao menos converse por telefone com as crianças. Hoje, o legislador brasileiro protege o homem de tais arbitrariedades; muitos, porém, devem ter sido os que, literalmente, desistiram dos filhos, por acharem que eles não mais os amavam (sem suspeitar da influência lesiva da ex-companheira).

1.4.3. A Ausência do Dano Psicológico na Formação da Criança

Conforme já referido¹⁴⁶, a jurisprudência não aceita o dano afetivo como um dano *in re ipsa*, sendo requisito fundamental para a procedência da ação que se comprovem os prejuízos sofridos pelo autor em face do abandono paterno.

Já mencionado, também, que o afastamento do pai biológico não ocasiona, necessariamente, danos significativos ao filho, sendo que cada pessoa experimenta, de modo muito particular, “consequências próprias”, de acordo com dois fatores: (a) o seu grau de resiliência; e (b) a presença ou a ausência de quem lhe faça as vezes de pai.

¹⁴⁵ DUARTE, Marcos. Alienação Parental: Comentários Iniciais à Lei nº 12.318/2010, 2010, p. 49

¹⁴⁶ Tópico 1.3.3.2. (os danos ao filho) do presente trabalho.

Assim, sintetiza Maria Celina Bodin de Moraes a exata compreensão dos tribunais a respeito do tema: para a configuração do dano moral, será preciso que tenha havido o abandono do pai concomitantemente à ausência de uma figura substituta. Se alguém o substitui, desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante comportamento moralmente condenável do genitor biológico. Não se intenciona, portanto, condenar um pai que abandonou o filho, mas reparar o dano sofrido pelo filho quando, abandonado pelo genitor biológico, não pode contar nem com o genitor biológico nem com figura substituta, configurando-se, somente aí, a ausência paterna de fato¹⁴⁷.

Maria Berenice Dias, quando desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, negou provimento ao recurso de um senhor – já se encontrava o apelante na casa dos 50 anos – que ajuizou ação investigatória de paternidade cumulada com ação indenizatória por abandono afetivo. Aduziu a magistrada que, embora tenha sido privado da companhia do genitor durante toda a vida, o apelante teve quem assumisse o papel de pai:

Já nos seus primeiros anos de vida, foi registrado como sendo filho de FÁBIO A. Q. (fl. 11), o qual desempenhou as plenas funções de pai, estabelecendo e mantendo com ele (apelante) um vínculo afetivo que, seguramente, é mais intenso, verdadeiro e permanente do que conseguiria fazê-lo um genitor com quem detivesse apenas uma ligação biológica. (...) A situação vivenciada pelo apelante, que cresceu e se desenvolveu em uma família humilde, mas sem prejuízo da proteção e amor de sua mãe e pai registral, suplantou tudo aquilo que poderia não ter tido, e dele, pois, foram afastados os eventuais graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade que pudessem repercutir negativamente ao longo de sua vida¹⁴⁸.

Não basta, portanto, o abandono do pai biológico. O filho deve comprovar os danos dele advindos, bem como sua gravidade. Mero aborrecimento ou tristeza com a lembrança de um pai biológico negligente (sentimento que provavelmente acomete pessoas que tiveram a fortuna de serem amadas por um “pai do coração”) não gera, por si só, o dever de indenizar, justamente porque se objetiva, muito antes de punir um pai, reparar (dentro do possível) a vida de um filho.

¹⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil, 2005, p. 59.

¹⁴⁸ TJRS, AC 70019239037, 7ª Câmara Cível, j. 18.07.2007, rel. Des. Maria Berenice Dias.

1.4.4. Filhos Maiores e Capazes

Este ponto apresenta posicionamentos divergentes na doutrina.

Uma corrente propugna que somente os filhos menores de idade e incapazes possuem legitimidade para pleitear indenização aos pais pela omissão de afeto. Aos filhos maiores e capazes, não teria cabimento indenização pela ausência de afeto por parte dos pais, porque não estão em fase de formação da personalidade¹⁴⁹.

A segunda corrente, a seu tempo, afirma que não há o que possa garantir que a personalidade do indivíduo não mais se modifique após a maioridade, devendo o assunto ser bem pensado e cuidadosamente analisado, no caso concreto, quando se apresentar à consideração judicial¹⁵⁰.

Ainda que as ações por dano afetivo devam ser, de fato, analisadas de forma minuciosa, caso a caso, a primeira corrente doutrinária apresenta-se como a mais adequada, pois todos os princípios e normas que embasam o dever de indenizar por abandono moral estão voltados à proteção da criança e do adolescente. Assim, se o pai de uma mulher de 25 anos resolve separar-se da esposa (mãe da jovem), casar-se com outra senhora e nunca mais procurar a filha, não há como puni-lo em face do abandono moral. O poder familiar extingue-se com a maioridade dos filhos (artigo 1.635, inciso III, CC) e não se pode exigir, a partir deste momento, que o pai siga tendo os descendentes em sua companhia.

Importante, contudo, que se faça uma pequena correção à primeira corrente doutrinária: para pleitear indenização por omissão de afeto, a parte deve ser menor quando do abandono paterno e não ao tempo do ajuizamento da ação, haja vista dois fatores: (a) a prescrição, e (b) as ações investigatórias de paternidade.

No que tange ao primeiro tópico, a jurisprudência entende que as ações de indenização por dano afetivo estão sujeitas ao lapso prescricional, como todo e qualquer pleito reparatório civil, pois nada teriam a ver com direitos de personalidade ou direitos fundamentais, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter estritamente econômico¹⁵¹. Assim, o prazo prescricional das ações ressarcitórias por dano afetivo é de três anos (art. 206, §3º, inc. V, do Código Civil), contados a partir

¹⁴⁹ COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do Autoritarismo ao Afeto*, 2005, p. 31.

¹⁵⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo*, 2006, p. 142 - 143.

¹⁵¹ TJRS, AC 70036286664, 7ª Câmara Cível, j. 14.09.2011, rel. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

da maioridade civil do autor ou de sua emancipação¹⁵². O direito subjetivo ao pleito indenizatório não cessa, portanto, com a maioridade, tendo o prejudicado ainda um prazo de três anos para a propositura da ação respectiva.

A exceção dar-se-ia quando do anterior ajuizamento de ações investigatórias de paternidade. Nesses casos, o prazo prescricional de três anos passaria a correr por ocasião do trânsito em julgado da sentença declaratória de paternidade (e não da maioridade dos postulantes, conforme regra geral), pois “somente após esta data é que os autores obtêm a capacidade postulatória ativa para ingressar com a ação indenizatória por dano afetivo”¹⁵³. Logo, é plenamente possível que uma pessoa na casa dos 40 ou 50 anos – ou até mais velha – pleiteie ressarcimento por abandono moral, desde que o pai nunca a tenha registrado e reconhecido publicamente.

¹⁵² Artigo 197, inc. II, CC: *Não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar.*

¹⁵³ TJRS, AC 70021633128, 7ª Câmara Cível, j. 22.10.2008, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho.

2. OS EFEITOS JURÍDICOS ADVINDOS DO ABANDONO AFETIVO

2.1. A Possibilidade de a Vítima Ver-se Indenizada ante os Pressupostos

O dano afetivo é uma espécie de dano moral. Logo (e conforme exposto no capítulo anterior), presentes a postura omissiva do genitor, o dolo no agir, o dano ao filho e o nexos causal entre a prática dolosa e os prejuízos à vítima, configurado está o dever de indenizar.

Estabelecidos, portanto, os pressupostos que caracterizam o abandono moral paterno, necessário se faz, neste capítulo, o estudo da reparação do dano. Este é um tópico por demais controverso na doutrina. Parte dos autores entende pela inviabilidade da reparação nos casos de abandono paterno, sustentando, inclusive, que a procedência do pleito indenizatório traria mais malefícios do que benefícios ao filho. Uma segunda corrente, todavia, entende como plenamente viável a reparação, mas se divide quanto à forma mais adequada de ressarcir a vítima – se pelo pagamento de tratamento médico específico ou diretamente em pecúnia.

Entre os autores que rejeitam a ideia de reparar por dano afetivo, destacam-se Leonardo Castro e Ivone Cândido Coelho de Souza. Em seus artigos, publicados em revistas especializadas de Direito de Família, ambos sintetizam os argumentos levantados pela doutrina contrária à compensação pecuniária por abandono paterno.

De início, o pensamento de Leonardo Castro. O autor não nega que a postura omissiva de um pai gera danos inequívocos ao filho, mas defende que, para os genitores relapsos, já há punição civil suficientemente grave: a destituição do poder familiar¹⁵⁴. Além disso, sustenta que “se a solução para o problema fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia ao objeto da reparação, o que não ocorre”¹⁵⁵.

Com a devida vênia, há que se discordar do autor. O poder familiar é hoje encarado como um poder-função ou um direito-dever dos pais: ele é exercido pelos genitores, mas serve aos interesses do filho¹⁵⁶. Assim, quando o pai deixa o filho em abandono, ele não só abdica de um direito, mas também descumpre um dever. A mais grave punição prevista para tal conduta, no âmbito do Direito de Família, é a

¹⁵⁴ CASTRO, Leonardo. O Preço do Abandono Afetivo, 2008, p. 19.

¹⁵⁵ Idem, p. 20.

¹⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 2010, p. 417 - 418.

destituição do poder familiar, ou seja, o genitor, por arbítrio judicial e a partir daquele momento, resta impedido de dirigir a vida de seu filho. Embora se compreenda o significativo impacto desta decisão para um genitor presente, o mesmo não se pode dizer para um pai ausente. Destituir o genitor omissos do dever de criar, educar e acompanhar a vida do filho não representa uma punição, mas mera continuidade de uma postura paterna negligente. Entende-se, assim, pelo cabimento da indenização pecuniária por abandono afetivo, verdadeira sanção ao genitor que, dolosamente, afasta-se da prole.

Importante, também, que não se confunda o adimplemento de pensão alimentícia com o dever de indenizar por abandono moral, pois os fundamentos dos institutos são diversos. Os alimentos prestados pelo genitor visam a satisfazer as necessidades materiais da criança, enquanto a reparação pecuniária possui caráter indenizatório. Em vista disso, não se pode afirmar que o pagamento de indenização por dano afetivo não alcançaria fins positivos baseando-se no instituto da pensão alimentícia, haja vista a última não trazer consigo qualquer pretensão ressarcitiva ou sancionatória.

Ivone Cândido Coelho de Souza, a seu tempo, expõe sua contrariedade à reparação por abandono moral em face de um segundo argumento. Para a autora, nenhuma pressão do tipo monetária seria capaz de restaurar o vínculo entre pai e filho. Ao contrário, algum pequeno equilíbrio emocional obtido por meio de uma figura paterna parcialmente preservada poderia restar ainda mais estremecido pela persistência dos conflitos judiciais¹⁵⁷.

Por certo, o argumento da autora é válido. De acordo com a psicóloga Fátima Nunes Piovensan, nos casos de distanciamento entre pai e filho, o ideal seria que este genitor pudesse conversar francamente com este filho, contar a sua história, o que o levou a abandoná-lo e tentar resgatar o vínculo perdido. Somente tal atitude traria um verdadeiro alívio emocional a ambos¹⁵⁸.

De significativa relevância este ponto levantado pela autora e pela psicóloga, pois se entende que os casos de reparação pecuniária por abandono afetivo devem, de fato, ser bastante restritos. Não é qualquer situação de afastamento entre pai e filho que merece a atenção do Judiciário, mas apenas as demandas singulares, nas

¹⁵⁷ SOUZA, Ivone M. Cândido Coelho de. *Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto*, 2010, p. 72.

¹⁵⁸ Entrevista concedida à autora em 10 de agosto de 2011.

quais o juiz possa observar, por meio de provas consistentes no processo, que, não obstante as tentativas de aproximação do filho, o genitor insiste em se manter dele afastado, causando-lhe grave abalo psicológico. Para tais casos, compreende-se pertinente o pagamento de reparação pecuniária, em razão das finalidades que a indenização visa a cumprir, conforme se analisará no próximo tópico deste trabalho.

2.2. A Natureza da Indenização por Dano Extrapatrimonial

Indenizar significa ressarcir o prejuízo, isto é, tornar indene a vítima, cobrindo todos os danos por ela experimentados. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima. A ideia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ilícito. Todavia, em numerosos casos – como na maioria das situações de danos extrapatrimoniais – é impossível se obter tal resultado. Nessa hipótese, há que se recorrer a um caminho alternativo, representado pelo pagamento de uma indenização em dinheiro, remédio nem sempre ideal, mas o único de que se pode lançar mão¹⁵⁹.

Segundo Cavalieri Filho, uma das fortes objeções que se fazia, em tempos passados, à reparabilidade do dano moral era a dificuldade para se apurar o valor desse dano, para quantificá-lo. A dificuldade, na opinião do autor, é menor do que se pensava, em face do instituto do arbitramento, meio mais eficiente para se fixar o dano moral. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio e atentando para determinados critérios, estimar uma quantia *razoável* a título de reparação¹⁶⁰:

Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meio e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano¹⁶¹.

A embasar o arbítrio judicial na valoração do dano moral encontram-se duas teorias amplamente admitidas pela doutrina e pela jurisprudência: a teoria punitiva (ou teoria do valor do desestímulo) e a teoria da compensação. A primeira possui,

¹⁵⁹ RODRIGUES, Sílvio. Responsabilidade Civil, 2007, p. 185 - 186.

¹⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2008, p. 91.

¹⁶¹ Idem, p. 93.

conforme anuncia o próprio nome, uma finalidade punitiva do lesionador pela prática do ato ofensivo ao direito da vítima, e a segunda constitui uma maneira de assegurar ao ofendido a satisfação da sua dor mediante o pagamento de uma determinada importância que guarde relação com a ofensa¹⁶².

O objetivo principal da responsabilidade civil é a reparação, a satisfação do ofendido em face do evento danoso. Todavia, secundariamente, assume o instituto função preventiva (típica da responsabilidade penal), que, apesar de secundária, não pode deixar de ser discutida, haja vista representar relevante mecanismo de dissuasão de comportamentos antissociais¹⁶³.

A reparação pecuniária do dano extrapatrimonial tem, pois, caráter duplo: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. A reparação compensatória dá-se, na prática, pela contraposição das sensações de bem-estar e de alívio aos malefícios da dor e do padecimento. Proporciona ao lesado a usufruição de outros bens com capacidade de diminuir a dor sofrida ou a duradoura indignação. Nesse sentido, visa-se a atingir um resultado altamente positivo, que ao menos beire uma reparação completa. As sensações de alívio e de conforto constituiriam um lenitivo capaz de amenizar e, em certos casos, até de neutralizar as consequências nefastas do dano sofrido¹⁶⁴.

A indenização punitiva, por sua vez, atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção do dano (dissuasão) e a punição do ofensor¹⁶⁵. De acordo com o instituto, influência dos *punitive* ou *exemplary damages* dos direitos inglês e norte-americano, a reparação por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se no patrimônio do ofensor, a fim de que sinta a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido¹⁶⁶.

A doutrina adverte, contudo, que indenizações gigantescas em situações de causalidade tênue (comuns nos *punitive damages* dos países da *common law*) causam enormes transtornos à sociedade, fazendo da responsabilidade civil não um

¹⁶² REIS, Clayton. O Verdadeiro Sentido da Indenização dos Danos Morais, 2002, p. 64.

¹⁶³ SEVERO, Sérgio. Os Danos Extrapatrimoniais, 1996, p. 187.

¹⁶⁴ MARMITT, Arnaldo. Dano Moral, 1999, p. 45.

¹⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2008, p. 94.

¹⁶⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais, 1999, p. 232 - 233.

instrumento de obtenção de paz social, mas de insegurança jurídica, um instrumento de locupletação indevida e excessiva. Qualquer adaptação do direito estrangeiro deve, pois, respeitar limites de proporcionalidade e de razoabilidade, por mais que a inovação represente experiência bem-sucedida em seu país de origem¹⁶⁷.

2.3. Métodos de Avaliação do Dano Extrapatrimonial

Leciona Sérgio Severo¹⁶⁸ que para que se possa arbitrar o *quantum* referente à satisfação dos danos extrapatrimoniais, deve-se estabelecer o método adequado de avaliá-los. Confrontam-se duas concepções: (a) uma subjetiva, voltada para a aferição *in concreto*; (b) e outra objetiva, voltada para a aferição *in abstracto*.

O método subjetivo (apreciação *in concreto*) visa a avaliar a satisfação na busca dos prejuízos reais alegados pela vítima. O método objetivo (apreciação *in abstracto*) baseia-se em *standards* jurídicos, como, por exemplo, a noção de homem médio, e em dados estatísticos, tabelas e critérios pré-estabelecidos.

A avaliação *in concreto*, para os que consideram a natureza do dever de indenizar como meramente reparatória, pauta-se principalmente pela busca do dano real, a partir do sofrimento efetivo da vítima, das suas circunstâncias pessoais e econômicas, também levando em consideração os prazeres que pode ela alcançar com a reparação. Aqueles que concebem a natureza do dever de indenizar como meramente punitiva, ao proceder à avaliação *in concreto*, buscam a discussão da culpa, por meio do grau de culpa do ofensor e de uma possível concorrência por parte da vítima, além da personalidade do ofensor, suas circunstâncias pessoais e econômicas, bem como a intensidade da punição em relação a este. Os adeptos da natureza híbrida da reparação (reparação-prevenção) utilizam todos os parâmetros.

O método objetivo (aferição *in abstracto*), na função satisfativa, avalia com maior ênfase o dano que a experiência demonstra sofrerem as pessoas, por meio de *standards* jurídicos, decisões judiciais de natureza semelhante, entre outros dados. Na função punitiva, o método objetivo utiliza padrões semelhantes para aferir o grau de punibilidade do ofensor. Ressalte-se, porém, que esta função não pode ser exercida desconectada do método subjetivo, que deve preponderar. A concepção híbrida (reparação-prevenção) adota ambos os parâmetros.

¹⁶⁷ SEVERO, Sérgio. Os Danos Extrapatrimoniais, 1996, p. 198.

¹⁶⁸ Idem, p. 203 - 205.

Avalia Sérgio Severo que, embora grandes pensadores da responsabilidade civil como Jorge Iturraspe e Geneviève Viney demonstrem simpatia por um ou outro método (Iturraspe é adepto do método subjetivo, enquanto Viney o critica), a forma mais adequada de aferição dos danos extrapatrimoniais é essencialmente híbrida, ou seja, ideal que o magistrado, ao arbitrar o *quantum* indenizatório, tanto considere os prejuízos reais sofridos pela vítima quanto se baseie em *standards* jurídicos para fins de comparação.

2.4. Outros Critérios para a Fixação do *Quantum* Indenizatório

O ordenamento jurídico brasileiro não abraçou o critério da tarifação, sistema pelo qual o *quantum* das indenizações é prefixado. Por isso, e conforme já referido anteriormente, predomina entre nós o critério do arbitramento pelo juiz, a teor do disposto no artigo 946 do Código Civil¹⁶⁹. A crítica que se faz a esse sistema é que não há uma defesa eficaz contra estimativa arbitrada pelo magistrado, uma vez que, exorbitante ou ínfima, estará ela sempre em consonância com a lei, não ensejando a criação de padrões que possibilitem o seu efetivo controle¹⁷⁰.

De qualquer sorte, esmera-se a doutrina em propor regras a serem seguidas pelo órgão judicante quando do arbitramento do dano moral, a fim de que se atinja certa homogeneidade pecuniária. Maria Helena Diniz talvez seja quem, entre os autores, apresente lista mais robusta de critérios. Onze são os tópicos que, segundo a autora, devem ser observados pelo magistrado quando da fixação do montante indenizatório¹⁷¹:

a) o juiz deve evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano¹⁷², em face da situação de penúria do lesado; tampouco, poder-se-á conceder a uma vítima rica indenização inferior ao prejuízo sofrido, em razão de sua fortuna;

b) o juiz não deve aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização;

¹⁶⁹ Artigo 946 CC: *Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.*

¹⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 2005, p. 586 - 587.

¹⁷¹ DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade Civil, 2009, p. 104 - 105.

¹⁷² Artigo 944 CC: *A indenização mede-se pela extensão do dano.*

- c) o juiz deve diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
- d) o juiz deve verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
- e) o juiz deve atentar para as peculiaridades do caso concreto e para o caráter antissocial da conduta lesiva;
- f) o juiz deve averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
- g) o juiz deve apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;
- h) o juiz deve levar em conta o contexto econômico do país¹⁷³;
- i) o juiz deve verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante;
- j) o juiz deve basear-se em prova firme e convincente do dano;
- k) o juiz deve analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura.

Por fim, deve o magistrado procurar a harmonização do valor das reparações em casos semelhantes, bem como aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso *sub judice*¹⁷⁴, buscando sempre, com prudência, a equidade.

2.5. A Reparação do Dano Afetivo

Agora que já fixados os critérios gerais para a satisfação do dano moral, cumpre analisar as peculiaridades atinentes à reparação do dano afetivo.

Em face da hodiernidade do tema, os pensamentos doutrinários e as decisões jurisprudenciais ainda não são uniformes quanto à melhor forma de compensar o filho abandonado, mas um caminho parece se formar.

Na doutrina, Maria Isabel Pereira da Costa¹⁷⁵, embora favorável ao dever de indenizar por dano afetivo, entende que a punição correta viria do constrangimento do genitor a patrocinar, por quanto tempo fosse necessário, tratamento terapêutico recomendado por profissional especializado à vítima, até a sua total recuperação.

¹⁷³ Maria Helena Diniz entende que, no Brasil, não há lugar para fixação de indenizações de grande porte, a exemplo do que acontece em países como os Estados Unidos.

¹⁷⁴ Artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

¹⁷⁵ COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do Autoritarismo ao Afeto*, 2005, p. 37 - 38.

Para a pensadora, a indenização prestada diretamente em pecúnia somente deveria ser permitida quando o tratamento terapêutico adequado não fosse mais possível ou não fosse recomendável, em face de sua ineficácia para reparar o dano e trazer a vítima ao *status quo ante*. Dessa forma, evitar-se-ia a banalização das ações indenizatórias por abandono afetivo e o locupletamento de má-fé nas relações familiares.

Em contrapartida, encontram-se os argumentos dos defensores da reparação em pecúnia. Rolf Madaleno sustenta que o pagamento de tratamento terapêutico poderia implicar em eventuais interrupções da medida pela possível inadimplência ou desobediência judicial do ofensor, causando ele novos desgastes para o filho já vitimado pela anterior ausência espiritual do seu progenitor¹⁷⁶.

Parte dos doutrinadores aduz pelo cabimento da indenização pecuniária em razão, também, de sua natureza punitiva:

No intuito de responder satisfatoriamente à tutela invocada, a forma encontrada pelo Estado-Juiz é a indenização pecuniária, mais no sentido sancionatório do que propriamente reparador, visto que, dificilmente, após ter se estabelecido o litígio, as partes tenham possibilidade de estabelecerem laços de afetividade. Presume-se que o autor da ação, antes de “bater à porta do Judiciário”, já bateu, sem obter êxito, “à porta do seu genitor”. Nestas situações, a condenação do réu ao pagamento de pecúnia terá menos o cunho de reparação de prejuízo e mais um caráter punitivo, sancionatório, de modo a desmotivar toda e qualquer atitude semelhante. Seria uma resposta à sociedade e serviria de alerta àqueles pais que não cumprirem a sua paternidade responsável¹⁷⁷.

De toda a sorte, a jurisprudência tende a conceder reparação exclusivamente pecuniária, ainda que comprovados os danos psíquicos ao filho por meio de laudo pericial¹⁷⁸.

¹⁷⁶ MADALENO, Rolf. O Preço do Afeto, 2006, p. 164 - 165.

¹⁷⁷ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo, 2006, p. 67.

¹⁷⁸ Foram analisadas as cinco decisões judiciais favoráveis à concessão de indenização por dano afetivo mais citadas pela doutrina, a saber:

(1) TAMG, AC 408.550-5, 7ª Câmara Cível, j. 01.04.2004, rel. Des. Unias Silva.

(2) TJRS, AC 70021427695, 8ª Câmara Cível, j. 29.11.2007, rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda.

(3) TJSP, AC 511.903-4/7-00-Marília-SP, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 12.03.2008, rel. Des. Caetano Lagrasta.

(4) Comarca de Capão da Canoa/RS, Processo nº 141/1030012032-0, 2ª Vara Cível, j. 16.09.2003, juiz Mário Romano Maggioni.

(5) Comarca de São Paulo/SP, Processo nº 01.36747-0, 31ª Vara Cível, j. 26.06.2004, juiz Luiz Fernando Cirillo.

O juiz Mário Romano Maggioni, em uma decisão de vanguarda, condenou um pai ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) pelo abandono financeiro e afetivo da filha, aduzindo, ao final da fundamentação da sentença, que uma reparação de ordem material amenizaria a dor da autora e, talvez, propiciaria-lhe condições de buscar auxílio psicológico e confortos outros para compensar a falta do pai¹⁷⁹. Observe-se que preferem os magistrados considerar a possibilidade do filho desejar tratar-se – e sopesar tal hipótese no cálculo do *quantum* indenizatório – do que condenar o genitor a pagamento direto de terapia. Neste processo, a escolha do juiz Maggioni talvez encontre razão nos próprios argumentos de Rolf Madaleno: o pai da autora sempre se esquivou de lhe pagar as pensões alimentícias devidas. É de se presumir que quem não honra com o adimplemento de alimentos, tampouco o fará com um tratamento psicológico de média a longa duração.

Quanto aos critérios utilizados para o arbitramento do *quantum* indenizatório, não tecem os magistrados explicações minuciosas, mas três são os fatores que aparecem reiteradamente nos julgados: (a) a gravidade da lesão; (b) o grau de culpa do genitor; e (c) o caráter compensatório-punitivo da indenização imposta.

2.5.1. A Gravidade da Lesão

A análise da gravidade da lesão imputada à vítima pelo ofensor para o cálculo da reparação pecuniária respeita o disposto no artigo 944 do Código Civil: mede-se a indenização pela extensão do dano.

Uma vez que o abandono afetivo gera prejuízos de ordem psicológica ao filho, significativa parcela dos magistrados vem buscando auxílio em laudos elaborados por peritos judiciais para melhor embasar suas decisões. No entender de Giselda Hironaka, cabe à perícia não só detectar os danos sofridos pelo filho e sua extensão, mas também esclarecer a existência ou a inexistência do nexo de causalidade entre o abandono culposo e o prejuízo vivenciado pela criança. Incumbe ao perito fixar em que época os sintomas começaram a se manifestar na vítima, pois não se poderá atribuir ao pai, por exemplo, um dano originado em época anterior ao abandono¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Comarca de Capão da Canoa/RS, Processo nº 141/1030012032-0, 2ª Vara Cível, j. 16.09.2003, juiz Mário Romano Maggioni.

¹⁸⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo, 2006, p. 144.

De acordo com o médico psiquiatra forense Sílvio Ern ¹⁸¹, a perícia diferencia meros sentimentos desagradáveis do dano psíquico infligido   vítima. Este último restará caracterizado apenas quando:

a) for possível comprovar a existência de sinais e de sintomas enquadráveis em determinada classifica o nosol gica¹⁸² que tenha aceita o no meio científico internacional (CID-OMS ou DSM);

b) for possível comprovar, por análise retrospectiva e biográfica, que os sinais ou sintomas não estavam presentes antes do fato lesivo, ou que este fato acentuou, significativamente, transtornos pré-existentes;

c) houver rela o de nexos entre os fatos desencadeantes e os sintomas. O nexo de causalidade poderá ser *causal direto* ou *indireto*, também denominado *concausal* (por acelerar, agravar ou evidenciar o prévio). Não basta, pois, provar que os sintomas antes não existiam ou não causavam problemas maiores;   necessário demonstrar que determinado fato provocou o aparecimento ou a reagudiza o do sofrimento outrora não existente;

d) o transtorno detectado ocasionar também algum grau de incapacidade, por menos valia ou qualquer outra forma de diminui o das capacidades e aptidões prévias (capacidade para desempenhar tarefas habituais, capacidade para exercer o trabalho, capacidade de relacionamento);

e) puder ser comprovado (mediante provas convincentes e sustentáveis no mundo jurídico) que o transtorno teve a dura o mínima exigida pelas classifica es nosológicas internacionalmente aceitas.

Segundo a psicóloga Fátima Nunes Piovensan¹⁸³, para descobrir o quanto o filho restou afetado pela ausência do genitor, trabalhar  a perícia de forma diversa quando for o autor adulto e quando for ele ainda criança ou jovem. No primeiro caso, a avalia o basear-se-  em como esse descendente estruturou sua vida; em como se sente a respeito de suas vivências, planos e projetos de vida; em quais escolhas pode fazer nas esferas afetiva, profissional e social; em como se sente integrado em seu cotidiano; entre outros fatores. No segundo caso, avaliar-se-  de que maneira a criança ou o adolescente está se desenvolvendo em suas diversas fases evolutivas; seu envolvimento nas atividades escolares e sociais; sua intera o com a família;

¹⁸¹ ERN , S lvio Ant nio.   Possível a Repara o Econ mica por Dano Moral em Litígios de Família? Como Provar os Danos?, 2004, p. 68 - 69.

¹⁸² Nosologia: Segmento da Medicina que trata da classifica o das doenças.

¹⁸³ Entrevista concedida   autora em 10 de agosto de 2011.

como resolve os conflitos, as frustrações do dia-a-dia; enfim, tudo o que diz respeito à sua adaptação.

Embora o juiz não seja compelido a considerar o laudo do perito¹⁸⁴, observa-se que os magistrados reservam um lugar de destaque à prova pericial em suas decisões. Isso porque é ela o instrumento que comprova a ocorrência do dano, a sua extensão e o nexo de causalidade entre a postura dolosa do pai e os prejuízos ao filho.

Em uma decisão proferida em São Paulo (SP)¹⁸⁵, o juiz Luís Fernando Cirillo expôs que o laudo da perita judicial, juntamente ao relato das testemunhas e demais elementos dos autos, mostrou-se essencial à formulação de seu entendimento pela procedência do pleito indenizatório. No caso em pauta, a autora foi abandonada pelo pai logo após o seu nascimento. Embora o genitor lhe pagasse pensão alimentícia e a visse com certa frequência (pois ambos eram membros da colônia judaica de São Paulo), negava-se a dirigir-lhe a palavra e fingia não conhecê-la, ao mesmo tempo em que se mostrava um pai bastante carinhoso com os demais filhos. Em sede de contestação, o genitor defendeu-se, alegando que a filha foi criada pelo atual marido da ex-mulher e rejeitando a sua condição de pai.

Coube, então, à perita uma análise mais detalhada dos eventos. Concluiu ela que, não obstante na teoria possuísse a autora “dois pais”, na prática, a menina não contava com a presença de qualquer deles. Isso porque, de um lado, o réu não aceitava a sua condição de pai, ao argumento de que pai é quem cria. Ao mesmo tempo, o segundo marido da mãe da demandante negava-se a assumir as funções paternas, sob a justificativa de que seu verdadeiro pai era o biológico.

Em face dos acontecimentos, a autora desenvolveu uma postura agressiva e insegura. A perita não só constatou os transtornos psíquicos na filha, como também lhes deu causa no abandono e na rejeição do genitor, conforme aponta o juiz Luís Fernando Cirillo em sua decisão:

A perita judicial concluiu que a autora apresenta conflitos, dentre os quais o de identidade, deflagrados pela rejeição do pai (situação de abandono), uma vez que o réu não demonstra afeto pela autora nem interesse pelo seu estado emocional, focando sua relação com a

¹⁸⁴ Artigo 436 do Código de Processo Civil: *O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.*

¹⁸⁵ Comarca de São Paulo/SP, Processo nº 01.36747-0, 31ª Vara Cível, j. 26.06.2004, juiz Luiz Fernando Cirillo.

requerente apenas na dimensão financeira, a ponto de considerar normal ter esquecido da filha. A autora não teve possibilidade de conviver com uma figura paterna que se relacionasse com ela de forma completa, defrontada com a situação de ser formalmente filha do réu ao mesmo tempo em que tentava vivenciar uma relação pai/filha com o segundo marido de sua mãe. Seu referencial familiar se caracterizou por comportamentos incoerentes e ambíguos, disso resultando angústia, tristeza e carência afetiva, que atrapalharam seu desenvolvimento profissional e relacionamento social.

Em vista da extensão do dano à filha, do grau de culpa do genitor (em grau máximo) e do caráter sancionatório-punitivo da indenização, entendeu o magistrado em arbitrar a reparação pecuniária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)¹⁸⁶.

2.5.2. O Grau de Culpa do Genitor

Ainda que se mensure a indenização pela extensão do dano, a observância do grau de culpa do demandado mostra-se relevante em razão das excludentes de responsabilidade, que podem atenuar ou, até mesmo, extinguir o dever de reparar. Conforme disposto no artigo 945 do Código Civil: *se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.*

Nos casos de abandono afetivo, não poderá a vítima (o filho) concorrer para a produção do evento danoso, mas sim pessoa próxima a ela, como sua mãe ou qualquer familiar que obstrua a aproximação do pai com o descendente.

É de se observar que significativa parcela das ações por dano afetivo advém de situações em que o genitor teve um relacionamento com a mãe da criança (breve ou mais duradouro) e, após a separação, constituiu nova família, negligenciando o filho concebido na relação anterior. Quando acionados na justiça, os pais tendem a responsabilizar a mãe da criança pelo distanciamento entre as partes, ou porque, de fato, é ela verdadeiro empecilho ao vínculo paterno-filial (caso em que a ação deverá ser julgada improcedente, por ausência de nexo causal) ou porque visam a minorar o valor da indenização, na hipótese de procedência da demanda.

Um caso que bem ilustra a significância da análise do grau de culpa do pai é o de Alexandre Batista Fortes, que moveu ação em prejuízo de seu genitor, Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Alegava o filho que, desde o divórcio dos pais, restou

¹⁸⁶ Data da sentença: junho de 2004.

moralmente abandonado pelo genitor, que constituiu uma nova família e não mais o procurou, muito embora cumprisse com a obrigação alimentar. Em defesa, o pai de Alexandre aduziu que visitava regularmente o filho até que, contando o menino com oito anos, a genitora tornou o convívio entre os dois insuportável, pois o insultava ao telefone, bem como instruía Alexandre a agredir a meio-irmã, fruto de seu segundo casamento.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais¹⁸⁷ entendeu que não procediam as alegações imputadas à mãe de Alexandre e que o afastamento entre as partes deu-se por culpa exclusiva do pai, arbitrando reparação pecuniária em valor equivalente a duzentos salários mínimos, na época, R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais). A decisão, contudo, restou reformada pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁸, em favor do pai de Alexandre. Entre as razões apresentadas pelo Ministro Relator Fernando Gonçalves para a rejeição do pleito indenizatório, estava a possibilidade de a mãe influenciar negativamente o filho, por sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro.

Note-se que o grau de culpa do genitor pode não só majorar ou minorar o valor da indenização como também definir pela procedência ou improcedência da demanda, uma vez que a culpa exclusiva de terceiro (no caso, da mãe ou de outro familiar próximo à criança) figura entre as excludentes de responsabilidade.

2.5.3. O Caráter Compensatório-Punitivo da Indenização

Além da extensão do dano e do grau de culpa do réu, outro critério aparece reiteradamente nas decisões dos magistrados quando estes arbitram indenização por abandono afetivo: o caráter compensatório-punitivo da reparação. A referência à natureza da condenação imposta ao genitor é, em alguns casos, explícita, conforme se pode observar nos excertos abaixo:

Uma indenização de ordem material não reparará, na totalidade, o mal que a ausência do pai vem causando à filha; no entanto, amenizará a dor desta e, talvez, propiciar-lhe-á condições de buscar auxílio psicológico e confortos outros para compensar a falta do pai. E, quanto ao demandado, o pagamento de valor pecuniário será medida profilática, pois fa-lo-á repensar sua função paterna ou, ao

¹⁸⁷ TAMG, AC 408.550-5, 7ª Câmara Cível, j. 01.04.2004, rel. Des. Uias Silva.

¹⁸⁸ STJ, REsp 757.411/MG, 4ª Turma, j. 29.11.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves.

menos, se não quiser assumir o papel de pai, que evite ter filhos no futuro¹⁸⁹.

A indenização do dano imaterial deve ser fixada por equidade pelo juiz, em atenção às circunstâncias do caso. A quantia de cinquenta mil reais se mostra suficiente para proporcionar à autora um benefício econômico relevante, ao mesmo tempo em que inflige ao réu uma perda patrimonial significativa¹⁹⁰.

Buscam os magistrados, pois, compensar a vítima pela dor advinda do evento danoso, bem como punir o ofensor em um sentido lato (impondo-lhe uma sanção pecuniária pelo ato ilícito praticado e tentando prevenir a reincidência da ação).

Os juízes, ao arbitrarem o montante das indenizações, vêm, em sua maioria, respeitando duas orientações estabelecidas pela doutrina: (a) a de não concederem reparações astronômicas, a título de punição e a exemplo dos *punitive damages* dos países da *common law*¹⁹¹; e (b) a de observarem a situação econômica do réu.

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹², o valor da reparação deve considerar as condições socioeconômicas paternas em face do princípio geral de que cabe à prole compartilhar da posição social e econômica de seus genitores.

Entre as decisões analisadas, o valor das indenizações variou de 100 (cem) a 200 (duzentos) salários mínimos, em cifras que, às suas respectivas épocas, foram de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). A exceção ficou por conta do Desembargador Caetano Lagrasta¹⁹³, que, em sede de apelação, arbitrou indenização por abandono afetivo em monta equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos regionais (Estado de São Paulo), sob a justificativa de que *pune-se para que não se reitere e observada a condição econômica do agente*.

De início, a sanção parece por demais elevada (hoje, 500 salários mínimos paulistas representariam valor em torno de 300 mil reais). Contudo, não há como se fazer uma crítica ao entendimento do magistrado, haja vista o voto não deixar claro o quão favorável é a condição econômica do genitor. Fica-se na dúvida se é o réu bastante rico ou se a punição é, de fato, rigorosa, à moda dos *punitive damages*.

¹⁸⁹ Comarca de Capão da Canoa/RS, Processo nº 141/1030012032-0, 2ª Vara Cível, j. 16.09.2003, juiz Mário Romano Maggioni.

¹⁹⁰ Comarca de São Paulo/SP, Processo nº 01.36747-0, 31ª Vara Cível, j. 26.06.2004, juiz Luiz Fernando Cirillo.

¹⁹¹ Ver as críticas de Sérgio Severo e Maria Helena Diniz nos tópicos 2.2 e 2.4 do presente trabalho, respectivamente.

¹⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil, 2005, p. 60.

¹⁹³ TJSP, AC 511.903-4/7-00-Marília-SP, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 12.03.2008, rel. Des. Caetano Lagrasta.

De qualquer forma, sensato mostrou-se o entendimento do Desembargador Claudir Fidélis Faccenda¹⁹⁴, ao confirmar a sentença de primeiro grau proferida pelo juiz Eduardo Furian Pontes, da Comarca de São Gabriel (RS). Conforme se infere da leitura do acórdão, o autor, Fábio da Silva de Mascarenhas, viveu sob a guarda do réu, seu pai, Roberto Alves de Mascarenhas, até os cinco anos de idade, tendo a mãe, então, o reivindicado para si, sob a alegação de que o genitor não bem tratava o filho. Desde a transferência da guarda, a criança foi abandonada moralmente e, pode-se dizer, materialmente pelo pai, uma vez que “a pensão alimentícia apenas era cumprida quando se aproximavam as grades do cárcere”¹⁹⁵. O parco auxílio financeiro do genitor fez com que o menino experimentasse uma série de privações, pois sua mãe, doméstica, encontrava-se há muito desempregada. Segundo o relato de pessoas próximas ao garoto, Fábio sempre se apresentava à escola com roupas muito velhas e sapatos grandes (que lhe eram doados), nunca residiu em uma moradia decente e, com frequência, contava com a ajuda dos vizinhos para poder se alimentar. Conselheiras tutelares declararam que, numerosas vezes, a mãe e a avó de Fábio levaram-no ao conselho tutelar para encontrar o pai, mas que este nunca compareceu às visitas. A respeito de sua condição psíquica, o laudo da assistência social constatou que a penúria, a dependência de terceiros, a moradia precária e as situações de estresse acarretavam problemas no desenvolvimento do autor.

O relato sobre a vida de Fábio contrastava drasticamente com a descrição do cotidiano de seu pai, Roberto. O genitor era proprietário, entre outros bens, de vasta extensão de terras, de uma frota de veículos e de um apartamento em Copacabana (RJ), onde passava férias com os demais filhos.

O juiz Eduardo Furian Pontes, em decisão ratificada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu configurada a hipótese de abandono afetivo e, em face da gravidade da lesão à personalidade do autor, do grau de culpa do réu (em grau máximo) e de sua situação econômica (muito superior à média do brasileiro), arbitrou indenização no valor de 100 (cem) salários mínimos, à época, R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais). De se referir que o requerido ainda restou condenado ao adimplemento de danos materiais (compra de uma casa mobiliada em nome do filho, aquisição de roupas e calçados, pagamento das mensalidades escolares, enfim, o mínimo para que o Fábio desfrutasse de uma vida digna).

¹⁹⁴ TJRS, AC 70021427695, 8ª Câmara Cível, j. 29.11.2007, rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda.

¹⁹⁵ Palavras que constam na sentença do juiz Eduardo Furian Pontes.

2.6. A Compreensão dos Magistrados

Em setembro de 2004, um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro chamou a atenção da doutrina. Nele, o Desembargador Mário dos Santos Paulo, nas vezes de relator, não só nega provimento ao recurso da apelante, que acionava o pai judicialmente por dano afetivo, como também lhe dirige duras críticas:

Trazendo como fachada a alegação de ausência de afeto paterno, desencadeou a autora esta gananciosa pretensão oportunista, com o claro objetivo de lucro fácil, na esteira da chamada indústria do dano moral, agora com uma nova e perigosa ramificação, como sempre protegida pelo deferimento de gratuidade de justiça¹⁹⁶.

Este desconforto da jurisprudência não é sem razão. Em uma primeira fase, entendia-se pela impossibilidade de reparar por dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se mesmo a considerar imoral estabelecer um preço para a dor¹⁹⁷. Em âmbito familiar, o tema era (é) ainda mais delicado. Nos ordenamentos que compõem o sistema romano-germânico, sempre se entendeu que pais e irmãos não respondiam pela causa negligente, e prova disto é o fato de os autores clássicos sequer mencionarem a questão. O conceito de intimidade doméstica não admitia a intromissão do Estado, exceto em casos de dolo ou culpa gravíssima¹⁹⁸.

O entendimento do passado ainda influencia os julgadores do presente. Parte da doutrina, a exemplo do promotor João Gaspar Rodrigues, também rechaça com veemência a reparação por abandono afetivo, justamente por compreender que esta é uma intromissão estatal a qual não se pode tolerar:

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

(...)

O abandono afetivo parental restringe-se à esfera da moral e não gera, portanto, sanções de ordem pública, aplicadas por autoridades legalmente constituídas. Os valores morais encontram-se dentro da consciência de cada indivíduo, cabendo a este julgar o que considera

¹⁹⁶ TJRJ, AC 2004.001.13664, 4ª Câmara Cível, j. 08.09.2004, rel. Des. Mário dos Santos Paulo.

¹⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2008, p. 81.

¹⁹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil, 2005, p. 46.

certo ou errado, tolerável ou intolerável. As sanções no campo moral, como se sabe, também são de ordem interna, como arrependimento, vergonha, censura pessoal ou social. Não se admite, nesta esfera, imposições externas, direta ou indiretamente¹⁹⁹.

O tema, por óbvio, não é unívoco. Não obstante as críticas de parcela da doutrina e de colegas magistrados, os juízes que entendem pela possibilidade de reparação por dano afetivo – ou seja, que defendem que a matéria não se restringe à esfera moral – vêm julgando os casos com cautela e enfrentando o tema com bastante seriedade.

No Estado do Rio Grande do Sul, o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, embora seja um notório defensor da viabilidade das ações indenizatórias em face do abandono paterno²⁰⁰, já declarou seu posicionamento moderado quando da análise da questão nos Tribunais:

Embora reconheça viável, em condições muito específicas, a contemplação do dano extrapatrimonial no âmbito das relações familiares (...), tenho que a jurisprudência deve agir com extrema parcimônia na análise dos casos em que se dá semelhante postulação, sob pena de que a excessiva abertura que possa ser concedida venha a gerar enxurradas de pretensões indenizatórias, com a total patrimonialização das relações de afeto²⁰¹.

Em São Paulo (SP), o Desembargador Francisco Loureiro assumiu postura semelhante à do colega sulista. Em acórdão no qual era o relator²⁰², concluiu, após análise das provas nos autos, que o genitor (réu) descuroou-se de modo imperdoável de acompanhar a criação e o desenvolvimento dos filhos menores e que aquela atitude poderia, sem dúvida, gerar-lhe o dever de indenizá-los. Contudo, observou o magistrado que o comportamento antijurídico do pai, embora tenha magoado os descendentes, não lhes provocou traumas de estatura suficiente para gerar direito à reparação. A filha, advogada, e o filho, estudante de Medicina, não aparentavam problemas psicológicos ou de relacionamento.

¹⁹⁹ RODRIGUES, João Gaspar. Abandono Afetivo Parental. Dano Passível de Reparação?, 2011, p. 52 - 53.

²⁰⁰ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Indenização por Abandono Afetivo. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_Santos/Indenizacao.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2011.

²⁰¹ TJRS, AC 70011681467, 7ª Câmara Cível, j. 10.08.2005, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos.

²⁰² TJSP, AC 410.524-4/0-00, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 08.07.2009, rel. Des. Francisco Loureiro.

Além disso, asseverou que a ação somente foi ajuizada pelos filhos após a citação deles em revisional de alimentos movida pelo pai e que aquele Tribunal não admitiria que uma demanda fundada em valores essenciais, como é a indenizatória por dano afetivo, servisse como meio de vingança ou de se obter, por via oblíqua, valores relacionados à perda de alimentos em razão da maioridade ou da conclusão de curso superior.

Mesmo nas ações julgadas procedentes, os juízes admitem a complexidade do tema. O juiz Luís Fernando Cirillo, em demanda conhecida pela doutrina como o “caso da menina judaica”, assim iniciou a sua fundamentação:

Examinada em suas linhas gerais, a presente demanda pode se afigurar, inclusive sob um ponto de vista sensato, carente de fundamento. Efetivamente, em princípio não se afigura razoável que um filho pleiteie em Juízo indenização do dano moral porque não teria recebido afeto de seu pai (...). Afiguram-se, desde logo, problemáticos aspectos imprescindíveis ao reconhecimento da procedência de tal pretensão, tais como a tradução monetária de sentimentos e a própria noção do afeto como algo obrigatório²⁰³.

Segue o ilustre magistrado, todavia, caminho diverso no parágrafo seguinte, sustentando que a dita “monetização das relações de afeto” não se mostra, para ele, argumento suficiente para desqualificar o pleito da ação:

A indenização do dano moral é sempre o sucedâneo de algo que a rigor não tem valor patrimonial, inclusive e notadamente porque o valor do bem ofendido não se compra com dinheiro. Não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra, a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens.

Em suma, o dano afetivo apresenta as mesmas problemáticas do dano moral: a procedência das ações poderia levar a um ajuizamento em massa de pedidos, e a concessão não criteriosa de reparações pecuniárias culminaria na banalização do instituto, bem como na mercantilização das relações humanas.

²⁰³ Comarca de São Paulo/SP, Processo nº 01.36747-0, 31ª Vara Cível, j. 26.06.2004, juiz Luiz Fernando Cirillo.

A responsabilização civil por danos extrapatrimoniais não surgiu, contudo, pela busca do lucro fácil, intuindo alcançar objetivos verdadeiramente nobres. Por isso, leciona a doutrina²⁰⁴ que cabe a advogados e a magistrados uma reflexão profunda sobre os seus papéis na sociedade. Aos primeiros, urge alertar-se para a necessidade de que façam uma criteriosa análise ética das circunstâncias de cada caso, a fim de verificar, antes da propositura das ações, a efetiva presença de danos causados ao filho pelo abandono afetivo paterno. Aos segundos, que não desistam da função de serem agentes transformadores de valores jurídicos, quando piamente acreditem ser assim o correto. A indenização por abandono afetivo, se utilizada com bom-senso, tende a converter-se em um instrumento para a configuração de um Direito de Família mais contemporâneo, podendo desempenhar, inclusive, um papel pedagógico no seio das relações familiares.

²⁰⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos - Além da Obrigação Legal de Caráter Material, 2010, p. 231 - 232.

CONCLUSÃO

O dano moral, por si só, já se apresenta como um tema complexo. Nem sempre o magistrado percebe com clareza se a vítima restou, de fato, gravemente atingida em seu íntimo ou se enfrentou mero aborrecimento. E, quando entende pela procedência do pedido, o juiz depara-se com outra dificuldade: quanto vale a perda de um familiar, a integridade psicológica de uma pessoa, a sua dignidade? São questões de alto grau de complexidade e que doutrina e jurisprudência esmeram-se, há muito, em apresentar caminhos e soluções.

Agora, uma espécie de dano moral mostra-se assunto ainda mais delicado: o dano afetivo. Isso porque, além de trazer todos os complicadores típicos do dano moral, o dano afetivo contém um elemento singular. Nesse caso, o autor da ação indenizatória é um filho e o réu da demanda o seu genitor. Em razão dos anos de abandono moral paterno, pleiteia o filho uma reparação pecuniária equivalente à sua dor. Para alguns, um pedido de tal natureza é um completo absurdo. Amar outrem não está na lei e não seria, portanto, uma obrigação. Se o pai prefere não conviver com o filho, não há o que se possa fazer, pois esta é uma questão moral e, no campo da moral, cada um age conforme lhe dita a sua consciência. Simples. Ou melhor, simples demais para um tema tão tortuoso.

A verdade é que este pensamento – de que o pai acompanha o crescimento do filho apenas se assim desejar – não mais encontra espaço no atual ordenamento jurídico brasileiro, plenamente voltado à proteção da criança e do jovem. Encontra-se expresso na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente que compete aos pais a criação e a educação dos filhos menores, bem como tê-los em sua guarda e companhia. Assim, não é porque o genitor adimple com a pensão alimentícia que está ele cumprindo a sua função de pai. A legislação do nosso país, há mais de vinte anos, exige-lhe muito mais.

Por isso, o voto do Ministro Fernando Gonçalves – que serve de parâmetro para as demais lides sobre dano afetivo que chegam ao Superior Tribunal de Justiça – é bastante criticado por parte dos doutrinadores do Direito de Família. A corrente majoritária entende que a compreensão do ilustre Ministro a respeito do tema não se filia a princípios constitucionais consagrados e basilares, como o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade familiar, o da afetividade e o da proteção integral a crianças e adolescentes.

Todos os argumentos apresentados pelo Ministro em seu voto, que data de novembro de 2005, já foram amplamente debatidos (e contestados) pela doutrina que defende a viabilidade da reparação por abandono moral.

A um, compreende o Ministro que, no caso de descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, prevê a legislação uma punição adequada, que é a perda do poder familiar. Esta pena civil já se encarregaria das funções punitiva e dissuasória, mostrando aos indivíduos, de maneira eficaz, que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono.

Com a devida vênia, pena é sinônimo de punição, de castigo. Que punição recebe o pai que abandona o filho quando o Estado lhe diz que ele não mais poderá dirigir a vida de seu descendente? Nenhuma, por certo. Para os genitores mais displicentes e alienados, tal decisão poderia representar até certo alívio ao invés de sanção.

A dois, defende o Ministro que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro. Com o exigido respeito, mas tal conduta já se encontra prevista na Lei nº 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), que impõe as devidas sanções ao genitor guardião que dificulte a manutenção de vínculo entre o filho e o genitor não-guardião. Assim, qualquer pai que se sinta prejudicado pelo comportamento da ex-companheira pode invocar a proteção que lhe reserva a lei. Além disso, a prática de alienação parental por parte da mãe é causa para se excluir a responsabilidade civil paterna por abandono moral.

Por último, julga o Ministro que a condenação de um pai por dano afetivo “enterraria” de vez qualquer possibilidade de reconstrução de vínculo entre este genitor e o seu filho, razão pela qual deve ser desconsiderada. Importante o ponto levantado pelo nobre julgador. De fato, pode-se prever que, após restar condenado a pagar uma indenização ao filho, dificilmente o pai o procure ou assumo o papel que lhe cabe. É por isso que se defende a procedência das ações reparatorias por abandono afetivo em casos bastante específicos.

Emblemático é o “caso da menina judaica”, no qual o genitor publicamente rejeitava a filha, fingindo não a conhecer reiteradas vezes e em frente a todos que integravam a pequena comunidade onde ambos conviviam. A atitude do pai, além de provocar tristeza, fez com que a jovem desenvolvesse uma série de problemas

psicológicos. O dano moral, neste caso, é evidente e não pode ser desconsiderado apenas porque o agressor é pai da vítima.

Por óbvio, não se está a defender que todo e qualquer distanciamento entre pais e filhos seja resolvido em perdas e danos. Isso seria de uma irresponsabilidade inescusável, uma vez que a própria psicologia moderna leciona que o filho somente encontraria o verdadeiro alívio emocional caso o genitor o procurasse e com ele restabelecesse um vínculo de afeto por meio do diálogo. A reparação pecuniária é apenas um paliativo ao filho e uma punição ao pai, e disso se tem consciência.

O que se buscou, no presente trabalho, foi uma reflexão acerca do abandono afetivo, bem como da sua possibilidade de reparação ante a presença de rígidos pressupostos. Deseja-se que, nos próximos julgados a respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça altere o seu posicionamento, de que o abandono moral nunca é um dano passível de indenização, e adote visão mais abrangente, analisando caso a caso. Conforme referido, se bem utilizada, a reparação por dano afetivo tende a se transformar em um valioso instrumento de conscientização social e de proteção aos interesses das crianças e dos adolescentes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (coord.). *Família e Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 307-321.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família: o Artigo 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v.8, n. 39, p. 131-153, dez./jan. 2007.

ARAÚJO, Sandra Maria Bacarra. *A Ausência da Função Paterna no Contexto da Violência Juvenil*. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000082005000200006&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 02 jun. 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. A Ideologia do Afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. *Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial, Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 514.350/SP*, da Quarta Turma. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em 28 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02 mai. 2011.

_____. *Recurso Especial nº 757.411/MG*, da Quarta Turma. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 567164/MG*, da Segunda Turma. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgado em 14 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 mai. 2011.

BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: FAE, 1986.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coords.). *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17-30.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da Responsabilidade Civil na Violação da Pessoa Humana na Sociedade Conjugal. *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 91-118, jun./jul. 2009.

CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273-313.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2011.

CASTRO, Leonardo. O Preço do Abandono Afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 9, n. 46, p. 14-21, fev./mar. 2008.

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

COSTA, Ana Surany Martins. Alienação Parental: o “Jogo Patológico” que Gera o Sepultamento Afetivo em Função do Exercício Abusivo da Guarda. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 16, p. 62-81, jun./jul. 2010.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do Autoritarismo ao Afeto. Como e a Quem Indenizar a Omissão do Afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 20-39, out./nov. 2005.

CYRULNIK, Boris. *O Murmúrio dos Fantasmas*. Lisboa: Temas e Debates, 2003.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Marcos. Alienação Parental: Comentários Iniciais à Lei nº 12.318/2010. *Revista Síntese Direito de Família*. Porto Alegre, v. 12, n. 62, p. 40-52, out./nov. 2010.

EIZIRIK, Mariana; BERGMANN, David Simon. *Ausência Paterna e Sua Repercussão no Desenvolvimento da Criança e do Adolescente: um Relato de Caso*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-81082004000300010&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 mai. 2011.

ERNÉ, Sílvio Antônio. É Possível a Reparação Econômica por Dano Moral em Litígios de Família? Como Provar os Danos? In: CORONEL, Luiz Carlos Illafont (org.). *Psiquiatria Legal: Informações Científicas para o Leigo*. Porto Alegre: Conceito, 2010, p. 67-70.

FREITAS, Douglas Phillips. Reflexos da Lei de Alienação Parental. *Revista Síntese Direito de Família*. Porto Alegre, v. 12, n. 62, p. 18-22, out./nov. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). *Direito das Famílias: em Busca da Consolidação de um Novo Paradigma Baseado na Dignidade, no Afeto, na Responsabilidade e na Solidariedade*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 209-236.

_____. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A Ética da Convivência Familiar e Sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 131-149.

LEMOS, Inez. Família, Modernidade e Responsabilidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 12, p. 23-30, out./nov. 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (coords.). *Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos: Estudos em Homenagem ao Professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99-114.

_____. Danos Morais e Direitos de Personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes Temas da Atualidade – Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 347-366.

_____. Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 12, p. 5-22, out./nov. 2009.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. *Curso Avançado de Direito Civil*. Volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOTUFO, Renan. Da Oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-32.

LUCHENI, Luigi; CAPPON, Santo. *Memórias do Assassino de Sissi: História de um Menino Abandonado no Fim do Século XIX Contada por Ele Mesmo*. São Paulo: Novo Conceito, 2007.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O Preço do Afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A Ética da Convivência Familiar e Sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 151-169.

MARMITT, Arnaldo. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: AIDE, 1999.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono Moral – Fundamentos da Responsabilidade Civil. *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 9, n. 46, p. 7-13, fev./mar. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. *Apelação Cível nº 408.550-5*, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Unias Silva. Julgado em 01 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 02 mai. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 1.0499.07.006379-1/002*, da Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Luciano Pinto. Julgado em 27 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A Ética da Convivência Familiar e Sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 171-201.

_____. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 7, n. 31, p. 39-66, ago./set. 2005.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de Família no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 5, n. 18, p. 5-29, jun./jul. 2003.

OLIVEIRA, Neiva Flávia de. Pátrio Poder e Poder Familiar – Diferenças Sociojurídicas. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 12-30, jul./set. 2001.

OLTROMARI, Vitor Ugo. *O Dano Moral na Ruptura da Sociedade Conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ORSELLI, Helena de Azeredo. Reflexões Acerca do Direito Fundamental do Filho à Convivência com o Genitor Que Não Detém Sua Guarda. *Revista Síntese Direito de Família*, v. 12, n. 63, p. 7-27, dez./jan. 2011.

PAULO, Beatrice Marinho. Alienação Parental: Identificação, Tratamento e Prevenção. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 19, p. 5-26, dez./jan. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de Família*. Aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O Dano Moral no Direito de Família: o Perigo dos Excessos Capazes de Repatrimonializar as Relações Familiares. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes Temas da Atualidade – Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 405-418.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente: a Convivência Familiar e Comunitária como um Direito Fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997, p. 639-694.

PIOVENSAN, Fátima Bernardete Nunes. *Entrevista com Fátima Bernardete Nunes Piovensan, psicóloga*. Porto Alegre, ago. 2011. Entrevista concedida a Paula Bodanese.

REIS, Clayton. O Verdadeiro Sentido da Indenização dos Danos Morais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes Temas da Atualidade – Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 49-94.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 2004.001.13664*, da Quarta Câmara Cível. Relator: Des. Mário dos Santos Paulo. Julgado em 08 de setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

RIO GRANDE DO SUL, Comarca de Capão da Canoa. *Processo nº 141/1030012032-0*, da Segunda Vara Cível. Juiz: Mário Romano Maggioni. Julgado em 16 de setembro de 2003. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 148-150, ago./set. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70011681467*, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 10 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 70016263923*, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio de Vasconcellos Chaves. Julgado em 18 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 14 set. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 70019239037*, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Maria Berenice Dias. Julgado em 18 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 70021427695*, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Claudir Fidélis Faccenda. Julgado em 29 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 70021633128*, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 22 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 08 out. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 70024047284*, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 20 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 08 out. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 70025261454*, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 70025687609*, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em 11 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 14 set. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 70026555177*, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Claudir Fidélis Faccenda. Julgado em 30 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 70036286664*, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 14 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 70036776078*, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Roberto Carvalho Fraga. Julgado em 26 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 14 set. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 70038836250*, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Roberto Carvalho Fraga. Julgado em 11 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, João Gaspar. Abandono Afetivo Parental. Dano Passível de Reparação? *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, n. 348, 15 jul. 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Indenização por Abandono Afetivo*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_Santos/Indenizacao.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2011.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SÃO PAULO, Comarca de São Paulo. *Processo nº 01.36747-0*, da Trigesima Primeira Vara Cível. Juiz: Luiz Fernando Cirillo. Julgado em 26 de junho de 2004. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 151-160, ago./set. 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 410.524-4/0-00*, da Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Francisco Loureiro. Julgado em 08 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

_____. *Apelação Cível nº 511.903-4/7-00*, da Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Caetano Lagrasta. Julgado em 12 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 02 mai. 2011.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Valoração do Elo Perdido ou Não Consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 8, n. 35, p. 53-77, abr./mai. 2006.

SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Marcos Alves da. De Filho para Pai – Uma Releitura da Relação Paterno-Filial a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 2, n. 6, p. 23-30, jul./set. 2000.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina. *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 11, n. 58, p. 111-126, fev./mar. 2010.

SOUZA, Ivone M. Cândido Coelho de. Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 13, p. 60-74, dez./jan. 2010.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos Principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 26, p. 18-34, out./nov. 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 138-158, out./nov. 2005.

THURLER, Ana Liési. *Paternidade Ainda É Tabu no Brasil*. São Paulo, fev. 2005.
Disponível em:
<http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=3118>.
Acesso em: 30 mai. 2011.

TRAMONTINA, Silzá. *Entrevista com Silzá Tramontina, psiquiatra*. Porto Alegre, ago. 2011. Entrevista concedida a Paula Bodanese.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VELLY, Ana Maria Frota. A Síndrome de Alienação Parental: uma Visão Jurídica e Psicológica. *Revista Síntese Direito de Família*. Porto Alegre, v. 12, n. 62, p. 23-39, out./nov. 2010.

WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002.