

**SIMPLESMENTE A VIDA COMO ELA É:
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO MORAL NAS RELAÇÕES
PATERNO-FILIAIS**

HELEN CRISTINA LEITE DE LIMA ORLEANS¹

RESUMO: Analisam-se as questões relevantes envolvendo a responsabilidade civil por abandono moral, com ênfase na jurisprudência e nas várias correntes doutrinárias sobre o tema. Neste passo, a dignidade da pessoa humana e o princípio da paternidade responsável são reconhecidos como embasamento teórico para a caracterização da responsabilidade civil por abandono moral, buscando garantir o melhor interesse da criança, que possui prioridade absoluta.

PALAVRAS-CHAVE: Dano moral; Direito de família; Dignidade da pessoa humana; Abandono moral; Paternidade responsável.

ABSTRACT: *This article examines the relevant issues involving civil liability for emotional abandonment of a minor, with emphasis on jurisprudence and doctrine. Thus, the human dignity and the principle of responsible parenthood are recognized as the theoretical basis for the characterization of civil liability for emotional abandonment, seeking to ensure childhood protection, who has absolute priority.*

KEYWORDS: *Pain and Suffering Damage; Family Law; Human Dignity; Emotional Abandonment, Responsible Parenthood.*

Sumário: 1. Introdução. 1.1. A Constituição de 1988 e o direito de família. 1.2. Breves notas sobre uma abordagem interdisciplinar. 2. Correntes sobre o tema. 2.1. Da impossibilidade de indenização. 2.2. Ocorrência de danos morais indenizáveis na hipótese. 3. Aplicabilidade da indenização

¹ Mestranda em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal.

pecuniária. 4. Alguns parâmetros para a indenização. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Busca-se no presente estudo tecer alguns comentários sobre tema muito controvertido no direito de família: a possibilidade, ou não, de condenação de pai ao pagamento de indenização por danos morais em razão de abandono afetivo de filho menor. Primeiramente, pretendemos traçar algumas notas sobre a evolução do direito de família e a importância da Constituição de 1988 nesse contexto. Serão visitados alguns princípios relacionados com o ponto chave deste trabalho, dentre os quais se destacam os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Trataremos, ainda, da nova leitura que deve ser dada à família e seu papel na sociedade. Como recurso para uma análise mais aprofundada da questão, serão tecidos alguns comentários do ponto de vista interdisciplinar, dando-se especial relevo à função de pai apontada pela psicanálise.

Ao fim desta fase introdutória, discutiremos as duas principais correntes sobre o tema. A primeira, mais tradicional, entende o direito de família como meio não sujeito à incidência da responsabilidade civil. A segunda posição, por sua vez, reconhece a possibilidade de indenização por abandono moral, tendo em vista, principalmente, os deveres dirigidos constitucionalmente aos pais. Adotando-se como fundamento deste artigo a segunda corrente referida, nossa preocupação se direciona para a justificação da indenização pecuniária nas questões existenciais que envolvem o direito de família, ou seja, vai ser perquirida qual a melhor forma de indenização. Por fim, analisaremos de maneira breve os requisitos gerais da responsabilidade civil, que caracterizam o dever de indenizar, lidos e ilustrados conforme alguns exemplos típicos das questões paterno-filiais.

O presente estudo não busca esgotar a matéria, mas sim discutir alguns pontos relevantes acerca do abandono moral. Neste caminho brevemente sumariado, será apresentado o posicionamento de diversos autores que já se debruçaram sobre o tema, bem como comentados alguns julgados importantes que tentaram optar por uma das duas correntes citadas à luz do caso concreto.

1.1. A Constituição de 1988 e o direito de família

O conceito de família evolui através dos tempos – essa é uma consideração inegável. Basta reconhecermos, por exemplo, que a família da antiga Roma possuía configuração totalmente diversa

da atual. Na verdade, nem seria preciso ir tão longe: podemos verificar todas as profundas alterações relacionadas ao direito de família que ocorreram no Brasil durante o último século². Sem dúvida, apenas uma coisa se mantém estável: a família permanece sendo o *locus* fundamental de desenvolvimento do ser humano, apresentando-se como uma constante em todas as culturas, ainda que com certas peculiaridades. Será em seu seio que a pessoa evoluirá em seus mais diversos aspectos. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”³.

Assim como a família, o direito não é estático⁴. Por isso, em sequência às transformações sociais – ou, muitas vezes, estimulando-as – o direito busca se adequar aos novos anseios sociais. No caso específico do direito de família, ponto que interessa ao presente trabalho, após uma série de graduais alterações, a Constituição Federal de 1988 trouxe a consagração de uma linha de evolução que prioriza a dignidade da pessoa humana no seio das relações familiares, notadamente no que diz respeito à filiação. A partir da Constituição – de seus princípios e disposições específicas sobre o tema – tornou-se obrigatória a releitura dos conceitos e categorias tradicionais, fundamentados no paradigma axiológico e histórico anterior.

O Código Civil de 1916 apresentava uma visão estritamente burguesa, possuindo como principal sujeito o homem, casado, pai de família, proprietário de bens e testador. Esta era a concepção que prevalecia no mundo jurídico, recebendo forte influência da idéia de família que se observava no âmbito social: esta somente seria legítima se consagrada pelo casamento; além disso, o marido seria seu chefe, exercendo a devida autoridade e comando sobre mulher e filhos. A família, neste momento, era protegida como uma instituição detentora de um fim em si mesma. Até

2 Passamos de um modelo tipicamente patriarcal, fundado no casamento, para uma nova configuração, baseada na igualdade entre os cônjuges, bem como entre os filhos, dentro da família. Além disso, houve expresse reconhecimento, através da Constituição de 1988, da legitimidade de outras entidades familiares, que não apenas o casamento. V. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 331-332: “A família brasileira do início do século XX representava o modelo aristocrático estruturado no patriarcalismo, na exclusão, na matrimonialização, no patrimonialismo e na legitimidade dos filhos (...). A estruturação da família jurídica do Código de 1916 representava o reconhecimento legal de apenas uma família sociológica: a família matrimonializada, ainda que se encontrasse desfeita de fato por eventual separação de corpos dos cônjuges, ou que um dos cônjuges tivesse procriado fora do casamento, o que impedia o ingresso da pessoa resultante de tal procriação na entidade familiar, nos termos dos arts. 358 e 364, ambos do revogado Código Civil de 1916. A proibição do reconhecimento de filho ilegítimo sob a modalidade de filho espúrio adulterino era absoluta no início do século XX, diante do sério risco à paz familiar que a criança poderia gerar à família legítima”.

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

4 Neste sentido, destacamos trecho de Gustavo Tepedino: “Com efeito, o ordenamento caracteriza-se por esta complexidade de fontes, dotadas de dinâmica própria, sensíveis às mudanças relevantes ocorridas na sociedade, a denotar a abertura do sistema a múltiplos matizes culturais, informados por valores historicamente determinados, presentes no seio social. Nesta esteira, a dinamicidade do ordenamento deve ser entendida, portanto, em dúplice sentido: expansível por regras e por princípios introduzidos legalmente dia a dia no sistema e condicionado pela evolução das exigências e hábitos, isto é, pela cultura como atualidade dos problemas e das possíveis soluções”. V. TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 363.

por isso, o casamento era indissolúvel. Em seu nome, não eram raras as hipóteses nas quais o direito das pessoas, individualmente consideradas, deveriam ceder: nenhum direito individual, regra geral, poderia prevalecer diante da necessária proteção à família. Um exemplo claro desse fenômeno poderia ser observado no campo da responsabilidade civil. Entendia-se que entre os membros da família haveria uma espécie de imunidade, não sendo legítima a pretensão de se obter qualquer tipo de indenização.

A família tutelada pela Constituição de 1988, por sua vez, não possui prevalência com base na antiga idéia de “paz doméstica”, como um interesse supra-individual. Esta vai encontrar sua justificativa de proteção por tratar-se de uma instituição meio, instrumento para o desenvolvimento das pessoas que nela estão integradas, titulares de um amplo feixe de direitos e interesses de natureza existencial. A família, portanto, deve ser analisada a partir de duplo ponto de vista: como estrutura e na qualidade de função, como aponta Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

“A grande função da família atual é a de servir aos seus integrantes, de maneira harmônica e coordenada, sem que o exercício dos direitos de um integrante viole ou afaste os direitos e os interesses dos demais. Não há mais espaço para o Direito de Família aristocrático e excludente, em que a tutela da *'família legítima'* era o objetivo maior das instituições sociais e organismos estatais, a ponto de, sob o argumento de proteção da paz familiar e do patrimônio construído, haver impossibilidade jurídica do estabelecimento da paternidade de criança fruto de reprodução carnal de homem casado com outra mulher”⁵.

É necessário ter por norte que o direito civil, incluindo-se o direito de família de modo especial, deve ser lido à luz dos preceitos constitucionais. Assim, relevante se mostra, sobretudo, o art. 1º, III da Constituição, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da ordem constitucional brasileira, ou seja, cria uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana. Essa consideração é de suma importância, como destaca Pietro Perlingieri:

“o primado dos valores da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais exclui que a área do direito civil possa ser exaurida em uma concepção patrimonialista fundada ora sobre a centralidade da propriedade, ora sobre a noção de empresa. O direito civil constitucional – segundo a tendência do constitucionalismo contemporâneo – reconhece que a forte idéia do sistema é não somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito”⁶.

Como referido acima, houve clara despatrimonialização – ou, como mencionam alguns autores, uma repersonalização – do direito de família, com preponderância do *ser* em relação ao *ter*:

5 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/2008. São Paulo: Atlas, 2008, p. 118.

6 PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

Firmou-se, sem dúvida, um virtuoso e necessário processo de valorização das situações existenciais, sendo reconhecida a preponderância destas em relação às situações patrimoniais. Assim, também as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada um de seus membros: a família, por ser comunidade intermédia, deve, antes de mais nada, estar a serviço das pessoas que a integram. Hoje, sobretudo após o impulso inicial dado pela Lei do Divórcio de 1977 e em função da Constituição de 1988⁷, prevalece a idéia de que a família não é tutelada em sua dignidade como instituição⁸, mas sim será protegida como um instrumento.

Reforçando esta idéia de despatrimonialização das relações familiares, a Constituição de 1988 garantiu expressamente a igualdade entre os cônjuges⁹, a isonomia entre os filhos¹⁰ (havidos ou não na constância do casamento¹¹) e a igualdade entre as entidades familiares¹² (que não mais se resumem ao casamento). Seu texto representou um verdadeiro marco dentro dessa importante inversão axiológica, no qual foram consagrados, além da dignidade da pessoa humana¹³, outros princípios relevantes, tais como: (i) a solidariedade¹⁴; (ii) a defesa do melhor interesse da criança¹⁵, através da doutrina da proteção integral¹⁶; (iii) a paternidade responsável; e (iv) o planejamento

7 CF/88, art. 226, §8º: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

8 Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 245: “Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem, tutelam e promovem diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo, expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres. A família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa. Devem ser rechaçadas, portanto, as várias teorias que discorrem sobre um ‘interesse familiar’ superindividual, de tipo público ou corporativo”.

9 CF/88, art. 226, §5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

10 CF/88, art. 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

11 Antes, aos filhos oriundos de relação extraconjugal não era dada a possibilidade do registro pelo pai, ainda que esse assim o desejasse, tudo em nome da então chamada “paz familiar”.

12 CF/88, art. 226, §3º e 4º: “§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

13 CF/88, art. 1º, III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

14 CF/88, art. 3º, I: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

15 CF/88, art. 227, *caput*: “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”.

16 A doutrina aponta como origem do princípio do melhor interesse da criança o Direito Inglês. Os casos *Rex v. Delaval* e *Blissets*, de 1763, foram importantes precedentes na linha desse reconhecimento. Já a jurisprudência norteamericana fez referência ao princípio no caso *Commonwealth v. Addicks*, de 1813, no qual a mãe, apesar de ter sido acusada de adultério, obteve a guarda da criança. Para maiores dados acerca da evolução deste princípio, v. PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise*: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 208 e ss.

familiar¹⁷. Como afirma Paulo Lôbo, boa parte da doutrina civilista defendeu, desde o primeiro momento, a aplicabilidade direta da Constituição, sobretudo no que diz respeito aos seus arts. 226 e 227, que estabelecem a igualdade entre cônjuges e entre filhos de qualquer origem¹⁸.

Importante ainda tecer alguns comentários sobre o princípio do melhor interesse da criança. Durante muito tempo, os direitos da criança não eram reconhecidos, ou, quando o eram, a tutela se dava apenas de maneira indireta. Contudo, após um longo e significativo processo de mudança, passou a prevalecer a noção de que a criança e o adolescente, por sua especial condição de pessoa em desenvolvimento, seriam detentores de uma vulnerabilidade inerente. A relação entre pais e filhos, portanto, seria essencialmente assimétrica, justificando não apenas a idéia de que o melhor interesse do menor deva preponderar, mas também a possibilidade do legislador interferir com mais afinco nessas relações¹⁹.

Por fim, algumas considerações sobre o poder familiar e o princípio da paternidade responsável. Era consagrado pela legislação anterior o pátrio poder, que pode ser conceituado em linhas gerais como um conjunto de direitos concedidos ao pai²⁰ sobre seu filho²¹. Seu principal papel era, antes de mais nada, a gerência de patrimônio, bem como a representação ou assistência na prática de atos jurídicos, sendo que “o processo educacional não tinha tanto relevo, uma vez que se perfazia na autoridade paterna e no dever de obediência do filho. Essa ascendência autoritária era natural e inquestionada, além de ser fundamentada na desigualdade paterno-filial”²².

17 CF/88, art. 226, §7º: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

18 V. LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 22: “Os civilistas brasileiros, estudiosos do processo de constitucionalização, nunca tiveram dúvidas da força normativa da Constituição (...). Para os civilistas brasileiros, é indiscutível a distinção que se consagrou entre nós das normas constitucionais entre princípios e regras, tendo ambos força normativa completa, sem dependência de regulamentação infraconstitucional. Assim foi, por exemplo, com o princípio da igualdade entre cônjuges e entre filhos de qualquer origem, estabelecido nos arts. 226 e 227 da Constituição, que representou verdadeira revolução no direito de família, consequentemente revogando a legislação civil anterior”.

19 Um exemplo dessa nova perspectiva, na qual o Estado é legitimado a interferir na relação entre pais e filhos, é o polêmico Projeto de Lei nº 2654/2003 (conhecido como “Projeto de Lei da Palmada”), que pretende alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para proibir qualquer forma de punição corporal, ainda que se tratem de castigos moderados e com caráter pedagógico.

20 O pátrio poder era exercido pela mãe apenas de maneira subsidiária, conforme o art. 380 do Código Civil de 1916.

21 V. MADALENO, Rolf. 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. 155: “a noção de pátrio poder era diametralmente oposta à atual e seu exercício era um privilégio do marido, a quem a lei outorgara a expressão que tradicionalmente indicava a superioridade do pai. Portanto, dentro daquela estrutura seus membros estavam subordinados à autoridade do chefe da família, sujeitados os filhos ao despótico poder paterno, que se acentuava sobre toda a movimentação familiar, dele emanando todas regras de conduta, de permissão e de restrição de ação, desde os comezinhos hábitos domésticos, como na indicação dos horários de saída e de regresso dos filhos ao lar, passando pela correção física das faltas e infrações da prole”.

22 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 128.

Atualmente, entretanto, não se fala mais em pátrio poder, mas sim em poder familiar, devendo ser exercido por ambos os genitores²³, no interesse da criança, para a salvaguarda de seus direitos e deveres²⁴. Deste modo, o poder familiar está desvinculado da relação conjugal entre os pais, perdurando mesmo quando estes se encontram separados²⁵.

Além disso, seu conteúdo foi alterado, de maneira que não encerra mais um poder, mas antes um poder-dever, tendo os pais a obrigação de assistir, criar e educar os filhos menores²⁶. Temos uma verdadeira crise da idéia de poder-sujeição, sobretudo em razão de uma visão democrática e igualitária da família²⁷. Os filhos, nesse contexto, não se apresentam como objetos, nem mesmo como sujeitos passivos da relação com os pais: são igualmente sujeitos ativos e protagonistas²⁸. Assim, “a relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjogado a outro”²⁹.

Em complemento à doutrina da proteção integral, temos o princípio constitucional da paternidade (e maternidade) responsável³⁰, reforçando a idéia de que o pai deve colaborar para a criação e educação de seu filhos, participando efetivamente de sua vida. A paternidade não pode se resumir a um aspecto meramente formal, restrita a obrigações de natureza patrimonial.

23 Além do princípio constitucional da igualdade, que já bastaria por si só, também o atual Código Civil consagrou o poder familiar compartilhado entre ambos os genitores, nos termos do art. 1631: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

24 A idéia de “poder” traduz uma atribuição de poderes e deveres a serem exercidos no interesse de terceira pessoa. Sobre o assunto, v. PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 129-130.

25 CC/2002, art. 1632: “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”.

26 LÓBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 179-180: “Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem”.

27 PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 258.

28 Destaca-se passagem de Ana Carolina Brochado Teixeira: “Os menores devem ser respeitados em seus valores e crenças, enfim, merecem respeito por serem pessoas – principalmente, por estarem em processo de desenvolvimento. Seu papel ativo cresce na medida em que adquirem discernimento e em que sua liberdade é acompanhada pela responsabilidade”. V. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 132.

29 PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 258.

30 Apesar do presente estudo ter como foco principal a conduta do pai que abandona moralmente seu filho, inegável que a mãe também poderá adotar postura semelhante. Assim, devemos falar não apenas em “paternidade responsável”, mas sim em “parentalidade responsável”, que igualmente abrange a figura materna. A maternidade, igualmente, não poderá ser irresponsável.

1.2. Breves notas sobre uma abordagem interdisciplinar

É de extrema relevância para a compreensão do tema proposto uma breve abordagem psicanalítica. Esta relação interdisciplinar, sobretudo no que diz respeito à psicologia, será crucial para uma análise mais abrangente³¹ acerca das nuances que envolvem os principais questionamentos desta pesquisa. Através da psicanálise, percebe-se com maior clareza o aspecto da subjetividade, que não pode ser ignorado pelo legislador e operador do direito. Assim, como afirma Tânia da Silva Pereira, “encontraremos na Psicologia, Pedagogia, Medicina, Sociologia, etc., recursos técnicos e princípios dogmáticos para que os fins sociais previstos na Lei nº 8.069/90 sejam atingidos”³², ou seja, poderá – e deverá – a ciência jurídica utilizar-se desses novos instrumentos, sobretudo no âmbito do direito de família. O direito não pode, definitivamente, ser analisado como uma ciência absoluta dos atos e fatos jurídicos: é necessário ir mais além.

Adotando-se a premissa acima, a importância do pai na criação dos filhos já foi comprovada por inúmeros trabalhos de temática psicanalítica³³. Para o correto desenvolvimento da criança, com destaque para suas facetas emocional, social e cognitiva, relevante será a presença do pai e da mãe. Há a necessidade de real participação da figura paterna na vida do filho, tendo em vista que sua ausência não permitirá o pleno desenvolvimento da criança e sua inserção na sociedade.

Muito mais importante que o vínculo genético, a criança necessita de alguém que exerça a *função* de pai. Pai não será aquele que consta da certidão de nascimento, como entendia a doutrina jurídica tradicional. Cada vez mais forte resta a constatação de que a paternidade não é um fator biológico, mas sim cultural e emocional. Esta será, portanto, uma função exercida por determinada pessoa³⁴.

31 Nesse sentido, SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 35, abr./maio 2006, p. 55: “Com as crescentes exigências sociais, alguns procedimentos judiciais passaram a requerer a busca de informações que esclarecessem dúvidas acerca dos comportamentos humanos, exigindo uma interdisciplinaridade do Direito com outras ciências e, sobretudo, com a Psicologia. A evolução conjunta destas duas ciências gera a Psicologia Jurídica considerada apropriada para abarcar questões que envolvem controvérsias no campo da *psique*, conflitos emocionais e comportamentais, sendo o trabalho do psicólogo instrumento indispensável no auxílio ao juiz para a aplicação da justiça”.

32 PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 38-39.

33 Dentre todos, v. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 112 e ss., notadamente o seguinte trecho, da p. 126-127: “a família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar. Nesse caso, o lugar do pai é essencial como estruturante na formação psíquica dos filhos, para ser um terceiro na relação mãe-filho. É exatamente esse terceiro (um pai) que vem separar a mãe do filho, possibilitando que ele se torne sujeito. (...) Mesmo na ausência, o pai se faz presente pelo discurso da mãe. Esta fala da mãe é decisiva para a criança e marca o referencial de ‘lei’, quando fala sobre o pai, nem que seja, como escreve o psicanalista Célio Garcia: - Quando seu pai chegar, você vai ver!”.

34 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 347: “a filiação

Assim, o papel de pai está vinculado à idéia de uma “primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, impera a ordem, disciplina, autoridade e limites”³⁵. A função do pai, sem dúvida, não se encerra com a reprodução e sustento material. Na verdade, a figura paterna deve fazer parte de um longo projeto educativo: se inicia com o nascimento da criança – e o conseqüente fim da presença exclusiva da mãe –, e se prolonga por uma série de atividades, incluindo a socialização do menor e o devido apoio, quando adolescente.

Atualmente, não é possível se pensar na figura de um pai típico, principalmente em razão de dois aspectos: (i) não há uma cartilha fechada que determine o que é ser pai, bem como não há um manual que traga as soluções para todos os casos, ou seja, a figura de um pai perfeito se apresenta apenas no mundo ideal; e (ii) a função de pai pode ser exercida por outra pessoa que não o possuidor do vínculo genético, sendo comum os casos em que avós, irmãos, padrastos, ou até a própria mãe, vão passar a desempenhar essas funções. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

“O pai pode exercer todas essas funções, inclusive a maternagem, mas elas constituem, na verdade, uma consequência, ou um derivado da função básica de um pai e que está na essência de toda cultura e de todos os tempos: o pai, ou melhor, “um” pai que exerça a função de representante da lei básica e primeira, essencial para que todo ser possa humanizar-se através da linguagem e tornar-se sujeito. Esse pai, insista-se, não é necessariamente o genitor, mas aquele que empresta o seu nome para interferir e interditar a simbiótica relação mãe-filho. Ele é o Outro que possibilita ao filho o acesso à cultura”³⁶.

Não obstante a boa intenção do legislador no sentido de pretender garantir aos filhos o reconhecimento oficial pelo seu pai biológico, bem como o conhecimento de sua origem genética – objetivo que vem sendo alcançado em larga escala pela ampliação do acesso e difusão dos exames de DNA – certo é que, fora as obrigações de índole patrimonial, não é possível obrigar que determinada pessoa se torne verdadeiramente pai. Como referido, a condição de pai advém, antes de mais nada, de um vínculo cultural e afetivo.

Apesar das grandes dificuldades financeiras e da má distribuição de renda que assola a nossa

afetiva, fundamentalmente, só era concebida no âmbito da adoção e, em alguns casos limitados, à posse de estado de filho. Trata-se do vínculo que decorre da relação socioafetiva constatada entre filho e pais – ou entre o filho e apenas um deles –, tendo como fundamento o afeto, o sentimento existente entre eles: 'melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo'. Como vem sendo defendido pela doutrina contemporânea, a verdadeira paternidade – e, conseqüentemente, filiação – somente é possível em razão *de um ato de vontade ou de um desejo*, podendo ou não decorrer do fator biológico”.

35 CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono parterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 36, jun./jul. 2006, p. 77.

36 Nesse sentido, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 222.

sociedade, não é o abandono material o pior retrato. Para este, o direito tem dado resposta eficiente, justamente através dos diversos mecanismos de sanção e cobrança que podem ser utilizados pelos filhos em face de seus genitores³⁷.

A real questão, na verdade, reside no abandono moral ou afetivo do filho menor: essa sim, a mazela a causar maiores danos. Em outras palavras, a figura do pai é de grande importância para a própria identificação da pessoa, será verdadeira “condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, é mais que um *direito fundamental*, é o *direito fundante do ser humano como sujeito*”³⁸. A não observância da figura do pai pode resultar em graves consequências.

O tempo – um dos elementos determinantes na relação de filiação – traz a consolidação da ausência da figura paterna, o que influencia sobremaneira a formação da personalidade dos filhos. Essa questão possui o condão de deixar sérias marcas, muitas vezes incuráveis. A falta de um pai, além da infelicidade que lhe é própria, gera a dificuldade em se assumir projetos de vida, tornando-se os filhos pessoas inseguras e com sentimentos de rejeição.

O ponto apresenta ainda mais relevância diante da atual “crise da paternidade”³⁹, na qual os pais biológicos, cada vez mais, deixam de assumir a responsabilidade pela criação e educação de seus filhos, assumindo a mãe todos os deveres correspondentes⁴⁰. Muitas vezes, o pai se desvincula da função antes mesmo de exercê-la. O dever do pai não pode se resumir a uma lógica patrimonial, com o mero pagamento de alimentos ao filho, devendo incluir, ao contrário, aspectos existenciais. Além do dever de sustento, a obrigação dos pais assume um aspecto muito mais amplo, como demonstra Ana Carolina Brochado Teixeira:

“A criação está diretamente ligada ao suprimento das necessidades biopsíquicas do menor, o

37 Além dos meios de cobrança disponíveis no âmbito cível, que prevêm, inclusive, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos (art. 733, §1º do CPC), também o Código Penal, em seus arts. 133 a 136 e 244 a 247, tipifica algumas condutas importantes, como o abandono material e o abandono intelectual.

38 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 227.

39 Essa expressão é utilizada por Rodrigo da Cunha Pereira, quando diz que: “podemos falar hoje de uma crise da paternidade, diante das novas representações sociais da família, frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais. Sua função básica, estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento histórico de transição de difícil compreensão onde os varões não assumem ou reconhecem para si o direito/dever e participação na formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 224.

40 Maria Celina Bodin de Moraes, comentando pesquisas realizadas por Ana Liési Thurler, afirma que: “as pesquisas realizadas demonstraram, pois, que a responsabilidade parental no Brasil, em relação a cerca de 800 mil crianças/ano, é suportada unicamente pela mãe que, em caso de gravidez acidental, vive o dilema atroz entre o aborto criminoso e a parentalidade solitária”. V. MORAES, Maria Celina Bodin. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 37.

que a atrela à assistência, ou seja, à satisfação das necessidades básicas, tais como cuidados na enfermidade, orientação moral, o apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente. Na verdade, assistência, criação e educação estão diretamente atreladas à formação da personalidade do menor, bem como ao escopo de realizar os direitos fundamentais dos filhos, seja em que seara for. O direito à educação, além desse aspecto geral, também se reporta ao incentivo intelectual, para que a criança e o adolescente tenham condições de alcançar sua autonomia, pessoal e profissional”⁴¹.

Alguns exemplos corriqueiros de abandono moral perpetrados por pais biológicos que não cumprem seus deveres em relação aos filhos são: (i) o homem, ao deixar de ser marido ou companheiro da mãe, também abandona a função de pai; (ii) ao constituir nova família, passa a assumir somente os filhos da nova mulher, não dando mais atenção aos filhos de relacionamento anterior; (iii) mesmo residindo fisicamente na mesma casa, não dá qualquer atenção aos filhos ou suporte educacional; e (iv) ao saber que a mulher com quem teve relações esporádicas está grávida, recusa-se a reconhecer o próprio filho, mesmo quando este é um fato notório.

Importante ressaltar, contudo, que a postura equivocada em relação aos filhos muitas vezes não parte apenas do pai, mas também da mãe. Esta, não raro, utiliza os filhos como um meio de atingir o antigo companheiro no contexto de uma separação, depositando sobre eles as frustrações de um casamento falido. Igualmente, a mulher, em função de novo relacionamento amoroso, pode pretender substituir a figura do pai biológico pelo novo companheiro⁴².

Necessária se faz uma verdadeira alteração de padrões culturais, no sentido de se reconhecer a importância da participação do pai no desenvolvimento e formação dos filhos. O exercício da autoridade parental compete a ambos os genitores, ainda que tenha ocorrido o fim de seu relacionamento. Como resposta a essa delicada questão, o constituinte pretendeu, de forma legítima, incentivar esses vínculos⁴³, determinando certas obrigações a serem cumpridas por todos os

41 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 32, out./nov. 2005. p. 149.

42 Na síntese de Nehemias Domingos de Melo: “a experiência cotidiana tem demonstrado que aquele que fica com a guarda isolada da criança quase sempre cria óbices e dificuldades para que o pai, ou a mãe, que não detém a guarda, não tenha acesso à criança. Comumente são transferidos à criança os sentimentos de ódio e vingança daquele que detém a sua guarda, de tal sorte que, em muitos casos, é o próprio menor que passa a não querer ver a mãe ou o pai, supostamente responsável pelas mazelas que a outra parte incute em sua cabeça”. MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral – Fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 34, mar./abr. 2005, p. 31.

43 Sobre essa relação entre a norma e o afeto, perfeitamente aplicável nas discussões acerca do direito de família, ver interessante comentário em CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 84: “A noção de afeto entra neste campo com uma boa carga e uma potência de fazer entender melhor algo que nos foge à primeira vista. No campo da ética e do direito, muitas vezes o que mais interessa é a norma e, conseqüentemente, a interdição ao desvio. Nestes casos, independentemente do processo que gera a proibição (seja dado de forma universal ou objeto de consenso construído), a ação sobre as pessoas e seus atos se ancora em um objeto de certezas que é externo. O afeto é o que antecede à norma. Onde falha o afeto, a lei urge”.

membros da sociedade, bem como, mais especificamente, pelos próprios pais, como na hipótese do art. 229 da Constituição⁴⁴. As conseqüências jurídicas destes dispositivos passarão a ser analisados nos próximos tópicos.

2. CORRENTES SOBRE O TEMA

Pois bem. Tendo em vista o quadro delineado no ponto anterior, o Judiciário foi instado a responder sobre a possibilidade de configuração de danos morais⁴⁵ por abandono afetivo de um pai em relação ao seu filho quando menor⁴⁶. A pergunta que se pretende responder é justamente se as relações afetivas, dentre as quais se incluem aquelas que se passam entre pai e filho, estão sujeitas à responsabilidade civil. Atualmente, não são raras as demandas que pretendem obter o pagamento de indenização, pelos mais diversos fundamentos. O tema apresenta grande complexidade, gerando polêmica tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Hoje é possível identificar-se duas correntes principais sobre o tema, ambas com defensores apaixonados.

2.1. Da impossibilidade de indenização

44 CF/88, art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. No mesmo sentido, v. art. 22 do ECA: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. V., ainda, art. 1566, IV (“São deveres de ambos os cônjuges: (...) IV – sustento, guarda e educação dos filhos”) e art. 1634, I e II do CC (“Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda”).

45 Inegável que não existe hoje consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre qual seria o conceito de dano moral. Parte da doutrina, inclusive, traz questionamentos importantes sobre a chamada “indústria do dano moral” e o perigo na corrente afirmação de que este dano seria representado pelos sentimentos de “dor, sofrimento e humilhação”. Por enquanto, importante esclarecer que utilizaremos como premissa a concepção de dano moral defendida pela Profa. Maria Celina Bodin de Moraes. Assim, de forma resumida, podemos afirmar que haverá responsabilidade civil por dano moral quando a conduta perpetrada pelo ofensor atingir diretamente a dignidade da vítima, ou seja, violar um de seus corolários: liberdade, integridade psicofísica, igualdade e solidariedade social. Sobre o assunto, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

46 A primeira decisão de que se tem notícia condenando um pai por abandono moral foi em agosto de 2003, proferida pelo juiz Mario Romano Maggioni, de Capão da Canoa, RS. Este caso foi julgado à revelia do pai, sendo o mesmo condenado em 200 salários mínimos.

A primeira corrente defende, de maneira sintética, que não seria possível a condenação ao pagamento de indenização por danos morais com fundamento em abandono afetivo. Um de seus principais argumentos reside na impossibilidade de se obrigar uma pessoa a nutrir afeto ou carinho por outra⁴⁷. Este seria um espaço que não pode ser abarcado pelo direito: é próprio da esfera íntima de cada ser humano e, apenas a ele, de forma individual, diz respeito. O afeto e o carinho são sentimentos pessoais subjetivos, razão pela qual deve ser levada em conta a liberdade de autodeterminação do pai, sob pena de caracterizar-se indevida ingerência sobre um dos aspectos mais básicos da pessoa: o amor pelo próximo. “Pagar pela falta de amor não faz surgir o amor, e tampouco o restabelece; pagar pela falta de companhia, não tem o dom de substituir o prazer de conviver”⁴⁸.

O afeto não estaria incluído no dever de educação imposto aos pais pela Constituição: “amor e dever não se misturam”⁴⁹. Além disso, o próprio direito de família traria a resposta da punição devida ao pai que abandona moralmente o seu filho, qual seja, a suspensão ou destituição do poder familiar, nos termos previstos pelo Código Civil. Esta consequência seria muito mais grave do que qualquer outra espécie de indenização, afastando, além disso, o risco de “monetarização” das relações existenciais⁵⁰.

47 A jurisprudência apresenta alguns julgados neste sentido. V., por exemplo, TJ/MG, Ap. nº 1.0145.05.219641-0/001(1), j. 06.12.2006, p. 15.12.2006, Rel. Des. Domingos Coelho: "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO- DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXISTÊNCIA. - A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. - **O abandono paterno atem-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências.** - O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO” (grifo nosso). No mesmo sentido, TJ/MG, Ap. 1.0024.07.790961-2/001(1), j. 11.02.2009, p. 16.03.2009, Rel. Des. Alvimar de Ávila; TJ/RS, Ap. 70018963918, j. 21/08/2008, Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura.

48 COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no direito de família. *ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*, nº 2, fev. 2005, p. 157.

49 Citando julgado que concedeu a indenização a título de dano moral ao filho, Anderson Schreiber comenta que: “Caso discutidíssimo é também o do pai condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais a indenizar em 200 salários mínimos o filho, por “ausência de amor e carinho”. (...) O acórdão gera inevitável preocupação com os contornos da tutela de valores existenciais, e causa receio, seja no que tange à adoção, implícita, de um dever de amar, incompatível com qualquer acepção do sentimento, seja no que tange à identificação expressa de um dano jurídico decorrente do desamor – e, coerentemente, também do amor excessivo, do amor contido, do amor fugaz e assim por diante”. V. SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 22, abr./jun. 2005, p. 62.

50 Leonardo Castro aponta curiosa consequência do reconhecimento da responsabilidade civil nessas hipóteses, afirmando, de maneira contundente, que seria melhor não ter pai do que um que seria ruim: “Muitos pais, não por amor, mas por temer a Justiça, passarão a exigir o direito de participar ativamente da vida do filho. Ainda que seja um mau pai, fará questão da convivência, e a mãe, zelosa, será obrigada a partilhar a guarda com alguém que claramente não possui qualquer afeto pela criança. A condição de amor compulsório poderá ser ainda pior que a ausência. Teremos, então a figura do abandono do pai presente, visto que não é preciso estar distante fisicamente para demonstrar a falta de interesse afetivo. Caso seja constatado que a presença do pai é nociva, a mãe poderá exigir judicialmente o seu

Por fim, a pretensão indenizatória causaria ainda mais afastamento na relação paterno-filial, alcançando finalidade justamente oposta à pretendida. Seria um equívoco imaginar-se possível o estabelecimento de vínculo afetivo entre pai e filho após condenação a pagamento por danos morais, como afirma Leonardo Castro⁵¹:

“O afeto não é decorrente do vínculo genético. Se não houver uma tentativa de aproximação de ambos os lados, a relação entre pai e filho estará predestinada ao fracasso. A relação afetiva deve ser fruto de aproximação espontânea cultivada reciprocamente, e não de força judicial (...) Após a lide, uma barreira intransponível os afastará ainda mais, sepultando qualquer tentativa futura de reconciliação. Se a solução fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia ao objeto da reparação, o que não ocorre”.

O STJ, em caso paradigmático do fim de 2005 – único que julgou sobre o tema até a presente data –, filiou-se a esta corrente. Na hipótese, o filho alegava o abandono moral após a separação de seus genitores e o nascimento de sua meia-irmã, fruto de novo relacionamento. O pai, por sua vez, tentou justificar sua conduta em face dos impedimentos que eram impostos pela mãe do menor, bem como em razão de estar residindo no exterior. O STJ, por maioria⁵², entretanto, utilizou como fundamento para a reforma da decisão do Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, que concedeu indenização no valor de quarenta e quatro mil reais, não a falta da culpa, mas sim a inexistência de obrigação legal de se nutrir afeto por outrem. O Judiciário não poderia obrigar alguém a manter relacionamento afetivo, nos seguintes termos:

"AÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PAI. FILHO. ABANDONO AFETIVO. A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, como dano passível de indenização. Entendeu que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que, tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil"⁵³.

No voto do Ministro Fernando Gonçalves, é afirmado ainda que a solução para esses casos

afastamento, que será forçosamente impedido de exercer a guarda do filho, abandonando-o por força de sentença. Então, nesses casos, será impossível exigir qualquer indenização pelo desprezo paterno. Logo, a presença potencialmente prejudicial será a principal tese de defesa dos pais ausentes, sujeitos à única condenação possível: a destituição da guarda”. V. CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*, nº 46, fev./mar. 2008, p. 19.

51 CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*, nº 46, fev./mar. 2008, p. 20.

52 Neste caso, houve voto vencido do Min. Barros Monteiro no sentido de que deveria haver a condenação por danos morais, eis que presentes todos os requisitos da responsabilidade civil. A destituição do poder familiar não afastaria a possibilidade de indenização por danos morais.

53 STJ, Resp nº 757411-MG, j. 29.11.2005, Inf. 269, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

reside, justamente, na perda do poder familiar. Alega o Ministro, por fim, que eventual condenação traria sérios prejuízos, de maneira que “estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos”. Já os Ministros Aldir Passarinho Junior e Cesar Asfor Rocha reafirmaram que o direito de família apresenta princípios e sanções próprias. Esses argumentos, contudo, seriam desconstruídos pela próxima corrente, analisada abaixo.

2.2. Ocorrência de danos morais indenizáveis na hipótese

Parte da doutrina, com a qual concordamos, defende a aplicação da responsabilidade civil nas hipóteses de abandono moral. O fundamento principal a justificar este entendimento seria o descumprimento por parte do pai de um dever previsto de forma expressa na Constituição: assistir, criar e educar os filhos menores, tudo nos termos do art. 229. O citado dispositivo, por tratar-se de norma constitucional, é dotado de plena efetividade⁵⁴, não podendo ser interpretado como mera sugestão ao particular.

Complementando esta idéia, há ainda o princípio da paternidade responsável, mais detidamente analisado em tópico anterior. Sobre o ponto, Simone Ramalho Novaes conclui que “se o pai não tem culpa por não amar o filho, o tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade por tê-lo abandonado, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei”⁵⁵.

O relacionamento entre pais e filhos não possui a natureza de uma relação entre iguais, não obstante o atual entendimento de que a criança é igualmente protagonista de seu processo educacional. Muito pelo contrário, a criança detém uma condição intrínseca de vulnerabilidade. Deste modo, os danos psicológicos eventualmente provocados devem ser indenizados.

54 Neste sentido, v. interessante texto de Ingo Wolfgang Sarlet, no qual comenta sobre a importância dos princípios na jurisprudência brasileira: “Também a força normativa dos princípios, por diversas vezes extraídas de outros princípios (como o da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais, por sua vez construído a partir da exegese do art. 5º, §1º da Constituição), tem sido objeto de reconhecimento e desenvolvimento por parte das jurisprudência. Com efeito, a partir do momento em que Juízes e Tribunais, ainda que com alguma resistência (embora cada vez mais isolada!), passaram a compreender os princípios como autênticas normas jurídicas, dotadas de eficácia e aplicabilidade, foi possível – já num segundo momento – ter como superada a sinonímia entre as regras e a assim designada auto-aplicabilidade, que resultava na negação da auto-aplicabilidade (hoje melhor designada de eficácia plena ou direta) dos princípios”. V. SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 304.

55 NOVAES, Simone Ramalho. Abandono moral. *Revista da EMERJ*, v. 10, nº 40, 2007, p. 44.

A jurisprudência apresenta-se de forma dividida sobre a matéria. Assim, apesar da conclusão do STJ no Resp nº 757.411-MG, alguns acórdãos já reconheceram o direito à indenização por abandono moral, como no seguinte caso, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual o voto do Des. Werson Rêgo destaca:

“No entendimento deste Magistrado, designado para a lavratura do acórdão, há, sim, situações em que o abandono moral e material dos pais em relação à saúde, à educação, ao bemestar – inclusive psicológico – dos filhos importam em violação, nítida, de atributos das personalidades destes, mormente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. (...) Se um pai não pode ser culpado pelo fato de não amar ao filho - o que, por si, já não seria natural -, de outro lado, pode ser por negligenciá-lo – e, a nosso sentir, insisto, tanto nos aspectos materiais, quanto nos aspectos morais. Creio, sinceramente, que um pai que não exerce adequadamente seu poder familiar, que descarta de seu dever de criar e de educar seus filhos, do de tê-los em sua companhia e guarda, do de assisti-los, quando tenha condições para fazê-lo, deve, sim, ser responsabilizado por negar aos mesmos uma formação plena como pessoas”⁵⁶.

Importante esclarecer que a indenização não teria por fundamento a falta de afeto, posto que não há essa obrigação jurídica, ou seja, não há esse direito subjetivo. Amor e carinho são próprios da esfera íntima de cada ser humano, não sendo possível a ingerência do direito neste aspecto⁵⁷: inexistente, portanto, a obrigação de amar⁵⁸.

Não obstante manifestações em sentido contrário⁵⁹, concordamos que o afeto não é um

56 TJ/RJ, Ap. 2007.001.45918, j. 22.11.2007, Des. Rel. p/ acórdão Werson Rêgo, com a seguinte ementa: “Responsabilidade civil. Relações familiares. Pretensão compensatória de danos morais, ajuizada pelo filho em face do pai, por abandono afetivo. Sentença de improcedência do pedido. Apelo do autor. Abandono psicológico e afetivo caracterizados, principalmente diante das cartas enviadas ao filho, denegrindo a imagem de sua genitora. Precedentes do TJRS e TJSP. (...) Recurso conhecido e provido”

57 De maneira diversa, Giselda Maria Hironaka entende que existiria um dever de afeto incluído no dever de educação, conforme passagem que se segue: “O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade”. V. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 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. 136.

58 Em sentido contrário, defendendo que o amor seria um direito fundamental do menor, ao qual corresponderia um dever por parte dos pais, v. TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 7, dez./jan. 2009, p. 109: “Segundo a melhor doutrina, o direito ao amor é um direito fundamental do menor, uma vez que entre os seus direitos essenciais se coloca, em primeiro plano, o direito de receber uma carga afetiva dos genitores, o que é primaz para a sua formação como pessoa humana”. No mesmo sentido de Flávio Tartuce, v. CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 36, jun./jul. 2006, p. 76: “A família possui deveres básicos como instituição e o principal é promover a seus filhos um clima de afeto e apoio, sem os quais o desenvolvimento psicológico saudável não é possível”.

59 V., dentre outros, COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *Revista Jurídica*, nº 368, jun. 2008, p. 53: “O princípio da afetividade está consubstanciado no princípio do respeito à dignidade humana”. No mesmo sentido, GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A mediação interdisciplinar como tuteladora da afetividade e personalidade no direito de família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controversas no novo Código Civil*. São

princípio jurídico, mas sim um valor de grande relevância ao direito de família⁶⁰, devendo permear essas relações⁶¹. Essa consideração é relevante, pois, nos termos defendidos pela melhor doutrina, o princípio é uma espécie de norma constitucional e, como tal, é dotado de plena efetividade⁶². Considerar-se o afeto como conteúdo de um princípio, portanto, seria o mesmo que se afirmar a possibilidade de sua imposição, o que não se mostra razoável.

Pois bem. Quando o afeto não mais existe – ou mesmo que, eventualmente, jamais tenha existido –, ainda assim as conseqüências jurídicas baseadas nesta relação devem persistir. Essa afirmação pode ser levada em conta tanto na relação entre cônjuges e companheiros, como naquela que se passa entre pais e filhos. O que vai fundamentar a responsabilidade é, justamente, o dever previsto constitucionalmente. A exigência jurídica não é pelo afeto⁶³, mas sim pela responsabilidade. Neste sentido, destacamos passagem de Ana Carolina Brochado Teixeira:

“no momento em que ocorre a concepção – seja ela desejada ou não – inúmeras responsabilidades envolvem este ato, inclusive o exercício da autoridade parental, nos moldes constitucionalmente estabelecidos, ou seja, é preciso que os pais ajam com responsabilidade na estruturação biopsíquica da criança. Por isso, amor não é imposto, mas responsabilidade, sim”⁶⁴.

Este tema é ligado, ainda, à discussão acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, muito em voga ultimamente. Não nos cabe, no âmbito deste trabalho, aprofundar a questão, posto que muito complexa⁶⁵. Contudo, entendendo-se pela aplicação direta e imediata

Paulo: Método, 2005, p. 136: “O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF)”.

60 Neste sentido, VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 467: “O afeto possui acepções em diversas ciências, mas, a nosso ver, quando trazido para o Direito, nada mais é senão um valor. Alguns doutrinadores têm tratado o afeto como um *valor jurídico*, que entendemos não ser a melhor corrente”.

61 Pensando um pouco diferente das duas correntes citadas anteriormente, Guilherme Calmon da Gama defende que o afeto não seria nem princípio jurídico, nem simples valor, mas sim um meio termo, qual seja: valor jurídico. Neste sentido, v. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/2008. São Paulo: Atlas, 2008, p. 127: “pode-se reconhecer como fundamental nas relações familiares contemporâneas, independentemente da sua espécie, a afetividade, que deve ser alçada a valor jurídico de fundamental importância para a constituição e manutenção das famílias modernas”.

62 V. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 241: “Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.

63 Não há dever jurídico no sentido de forçar um pai a amar, ou seja, nutrir afeto por seu filho. Pretendemos, com essa passagem, afastar a possível discussão acerca do dever moral. Apesar de entendermos pela existência deste, tal questão não será analisada, tendo em vista não ser foco do presente trabalho.

64 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 32, out./nov. 2005, p. 151.

65 De forma resumida, podemos apontar a existência de três correntes principais. A primeira defende a eficácia

dos direitos fundamentais⁶⁶, necessária se faz uma ponderação entre dois princípios constitucionais: por um lado, livre iniciativa e autonomia da vontade; por outro, o direito fundamental em conflito no caso concreto.

Como recurso apto a esclarecer o ponto, utilizaremos os critérios apontados por Luís Roberto Barroso⁶⁷ para a necessária ponderação, levando-se em conta o caso concreto: (i) nível de igualdade entre as partes; (ii) falta de razoabilidade do critério; (iii) preferência dos valores existenciais; e (iv) risco para a dignidade da pessoa humana. Seguindo essas orientações como norte, é possível concluir que a autonomia do pai, no sentido de se manter afastado da educação de seu filho, não pode prevalecer em relação ao direito fundamental do menor.

De maneira semelhante, Maria Celina Bodin de Moraes, numa posição que privilegia o direito civil-constitucional, entende que deve ser feita, neste caso, uma ponderação entre (i) a liberdade dos pais e (ii) o princípio da solidariedade familiar e integridade psico-física dos filhos, devendo este último prevalecer⁶⁸. Anderson Schreiber, por sua vez, utilizando-se de fundamento diverso, afirma que mesmo a ponderação seria desnecessária na hipótese: o próprio legislador já teria estabelecido uma relação de prevalência do interesse do menor à adequada formação de sua personalidade em relação à liberdade do pai⁶⁹.

Certo é que a sanção de suspensão ou perda do poder familiar, como disposto nos arts. 1637⁷⁰ e 1638⁷¹ do Código Civil, não se mostra suficiente para coibir esse tipo de prática social, no

direta e imediata dos direitos fundamentais, sendo possível a pretensão de um particular contra o outro, sem a mediação do Estado. A segunda corrente entende que a eficácia é imediata, mas a pretensão deve ser deduzida em face do Estado. Por fim, o terceiro entendimento afirma que a eficácia será indireta e mediata, não sendo possível estender a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre terceiros. Sobre o tema, v., dentre outros, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

66 Como afirma Paulo Lôbo, a melhor doutrina defende a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sobretudo em razão do art. 5º, §1º da Constituição: “A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – muitos dos quais relativos às relações privadas – abrange não apenas as liberdades públicas em face do Estado, mas igualmente as relações jurídicas entretecidas entre os particulares, pois a Constituição não faz qualquer restrição”. LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 26.

67 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 261.

68 MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 31, ago./set. 2005, p. 58: “procedendo à ponderação dos interesses contrapostos, ter-se-ia a tutelar os genitores o princípio da liberdade (de fazer o que bem entendessem, inclusive abandonar afetivamente os filhos), e da parte dos filhos o princípio da solidariedade familiar. Dadas a peculiar condição dos filhos e a responsabilidade dos pais na criação, educação e sustento dos mesmos, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica dos filhos. Ponderados, pois os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que sobressaem e se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores que, neste caso, dela não são titulares”.

69 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 175.

70 CC/2002, art. 1637: “Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

qual o pai abandona moralmente seu filho. Muitas vezes, em verdade, a perda do poder familiar se apresenta muito mais como um prêmio ao pai ausente, não representando qualquer alento ao filho.

Além disso, a análise das hipóteses que são levadas ao Judiciário demonstra que, no comum dos casos, quando o filho recorre aos tribunais na tentativa de obter a reparação por abandono moral, normalmente não existe mais qualquer relação paterno-filial. Deste modo, fica esvaziado o argumento de que tal pretensão afastaria ainda mais as duas pessoas, inviabilizando uma reaproximação futura. Esta preocupação não se justificaria do ponto de vista jurídico, até porque, muitas vezes, a relação paterno-filial jamais existiu.

Este breve trabalho, portanto, se filia a esta segunda corrente: a conduta de um pai ausente pode se adequar entre as hipóteses de cabimento da responsabilidade civil, desde que presentes seus requisitos. Há, sem dúvida, não apenas uma obrigação do ponto de vista moral, mas também uma responsabilidade de natureza jurídica. Esta será oriunda do descumprimento das já normas comentadas, com a conseqüente caracterização do ilícito.

Não haveria razão para que o direito de família fosse blindado pela impossibilidade de responsabilização de pai que não cumpre os deveres inerentes à sua autoridade parental, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Não se mostra razoável o argumento de que a família detém uma imunidade no tocante à responsabilidade civil, pois haveria evidente incompatibilidade com o ordenamento constitucional vigente⁷². Como já referido, a família hoje é tutelada na medida em que promove a dignidade de seus membros, e não como instituição autônoma, protegida em si mesma. O Judiciário pode – e, nos casos envolvendo menores, deve – intervir nessas questões⁷³.

Parágrafo único - Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão”.

71 CC/2002, art. 1638: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

72 Nas palavras de Pietro Perlingieri: “Imunidade’ significaria uma tendencial subtração das vicissitudes internas da família ao controle do Estado: o poder normativo do ordenamento jurídico, a sua força de afirmação dos valores sobre os quais se funda, paralisar-se-ia diante da família, vista como comunidade autônoma, em um certo modo portadora de uma própria subjetividade (...). A incompatibilidade de tais posições com o ordenamento constitucional vigente é manifesta, já que postula a programática supressão da exigência primária do desenvolvimento da pessoa, em nome de uma necessidade de coesão enquadrada em uma inaceitável lógica corporativa. As relações familiares e a disciplina que elas exprimem mesmo como testemunho de auto-regulamentação, ao contrário, não podem subtrair-se a um juízo de valor, a uma confrontação com os valores fundamentais do sistema vigente, com a sua ordem pública. O controle, por iniciativa dos próprios familiares e, por vezes, de terceiros, sobre as vicissitudes pessoais e familiares justifica-se se e na medida em que for feito em função da garantia dos direitos fundamentais”. V. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 248-249.

73 Anderson Schreiber procura indicar alguns parâmetros a serem observados pelo magistrado no caso concreto: “Neste sentido, cumpre ao juiz analisar se houve ou não violação do dever legal, tomando em consideração fatos tão objetivos quanto possível, como a participação do pai no processo educacional (escolha da escola, reuniões com professores etc.), frequência das visitas ao filho, pontual pagamento de pensão alimentícia, atividades conjuntas de lazer

3. APLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA

Antes de passarmos ao próximo tópico, assumindo como premissa a possibilidade de dano moral nas relações entre pais e filhos, importante se faz alguns breves comentários sobre a respectiva indenização. Deste modo, questiona-se se, reconhecida a caracterização dos danos morais, a única forma de reparação seria sua indenização em dinheiro. A questão está vinculada, em primeiro plano, ao perigo de uma possível inversão axiológica, pois danos inerentes à esfera existencial seriam compensados por meio de uma indenização de cunho essencialmente patrimonial. Surge, em conseqüência, a preocupação com a busca de novas formas de indenização, como demonstra Anderson Schreiber:

“Assim, a conseqüência de uma lesão a interesse não-patrimonial resulta da parte do ordenamento jurídico em uma resposta estritamente patrimonial: o dever de indenizar, dando margem aos perigos da inversão axiológica antes mencionada. Em atenção a esta dificuldade, vem se consubstanciando uma quarta tendência na responsabilidade civil brasileira: a *despatrimonialização, não já do dano, mas da reparação*. (...) Diante dos tormentos da quantificação e da inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, a doutrina e os tribunais vêm despertando para a necessidade de buscar meios não-pecuniários que, sem substituir a compensação em dinheiro, se associem a ela no sentido de efetivamente reparar ou aplacar o prejuízo moral”⁷⁴.

Nos últimos anos, houve um visível processo de multiplicação dos danos morais ressarcíveis, dentre os quais podemos incluir a hipótese de abandono moral paterno-filial. Alguns autores, preocupados com essa questão específica, tentaram indicar outras soluções, como Breno Vianna⁷⁵ e Maria Isabel Pereira da Costa⁷⁶, apontando como possível resposta o pagamento de

e assim por diante. O juiz, em sua avaliação, determinará objetivamente se houve ou não violação dos deveres pelo pai – sem adentrar, ainda, o exame de culpabilidade, que se refere às razões desta violação e sua escusabilidade nas circunstâncias concretas”. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 175.

⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 22, abr./jun. 2005, p. 64-65.

⁷⁵ VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 482: “Os danos sofridos pelos filhos em função destes descumprimentos devem ser compensados, mas dependendo da natureza daqueles, de forma diferente da habitual, qual seja, dinheiro. Caso o dano seja emocional, ou seja, se atingiu a psique da vítima, dever-se-ia compensá-la pelo pagamento de um tratamento

tratamento psicológico ou psiquiátrico. Contudo, na esteira do que defende Anderson Schreiber, acreditamos que essa medida não poderia ser pensada em substituição ao pagamento de uma indenização propriamente dita por dano moral, mas sim como seu complemento⁷⁷.

A Constituição em seu art. 5º, V e X, ao assegurar a possibilidade de indenização por danos morais, não faz qualquer ressalva que justifique a sua não aplicação às relações paterno-filiais. Logo, este direito não poderá ser restringido através de mera interpretação, sobretudo porque dissonante com o próprio espírito constitucional. Igualmente, o art. 186 do Código Civil⁷⁸, ao prescrever a obrigação de reparar o dano, não apresenta qualquer espécie de restrição. Deste modo, havendo uma lesão que atinja algum dos quatro corolários da dignidade da pessoa humana, bem como preenchidos os seus requisitos, a vítima, no caso o filho, deve obter a devida reparação.

Maria Aracy Menezes da Costa, que se mostra contrária à possibilidade de condenação por dano moral nessa hipótese, faz crítica no sentido de que com o pagamento em dinheiro não é possível obter-se amor e atenção. Assim, conclui que “na melhor das hipóteses, o pai, forçado, para não mais ser condenado à pena pecuniária, vai, sim, buscar o filho que o processou, mas vai deixá-lo na casa paterna, na companhia tão somente de uma competente empregada. E não se pode alegar que ele não esteja cumprindo a 'visitação!'”⁷⁹. A autora afirma, por fim, que somente uma “pena alternativa” teria chance de solucionar a questão, como condenar o pai a visitar um orfanato, de maneira que “seus sentimentos adormecidos ou empedernidos seriam suficientemente tocados, e ele poderia dimensionar o sofrimento de um filho abandonado emocionalmente”.

Todavia, não nos filiamos a esse entendimento. De fato, não se pode afirmar uma correlação imediata entre o pagamento da indenização e a cessação do abandono moral: não há como uma

psicológico, ou até mesmo psiquiátrico”.

76 COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão de afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 32, out./nov. 2005. p. 38: “Se a omissão de dever dos pais atingiu o desenvolvimento da personalidade do filho, a indenização deve ser no valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa corrigir ou amenizar o seu problema psicológico, mediante o tratamento terapêutico adequado, por profissional competente na área. Só quando não é possível o tratamento terapêutico adequado e específico para reparar o dano, voltando a vítima ao *status quo ante*, é que deve ser fixada a indenização em dinheiro, pois o afeto e o dinheiro são grandezas diferentes e não devem se compensar diretamente”.

77 Igualmente, Rolf Madelo aponta algumas dificuldades nessa idéia de condenação a pagamento de tratamento psicológico: “O pagamento da terapia pelo causador do dano poderá implicar em eventuais interrupções do tratamento, pela presumível inadimplência e desobediência judicial de um contumaz devedor, causando novos desgastes para o filho já vitimado pela anterior ausência espiritual de seu progenitor. De outra parte, estaria sendo indenizado em longo e interminável prazo acaso fosse concedido ao genitor custear o tratamento psicológico contratado para auxiliar na recuperação mental do filho afetivamente abandonado”. V. MADALENO, Rolf. 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. 164-165.

78 CC/2002, art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

79 COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no direito de família. *ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*, nº 2, fev. 2005, p. 158.

indenização de cunho patrimonial forçar o pai a observar seu dever na esfera existencial. Entretanto, concluir-se desta forma para afastar a responsabilidade seria equivocada. Como já referido, a relação entre pai e filho, muitas vezes, sequer existiu. Regra geral, quando o filho recorre ao Judiciário, não mais espera a reconciliação, mas sim uma compensação pelo dano sofrido.

Enquanto não for vislumbrada saída mais adequada, a responsabilidade civil, com a conseqüente indenização em dinheiro, tem se mostrado de suma importância. O simples fato de não ser possível obrigar-se o genitor a cumprir seu papel, não importa na falta de tutela do interesse legítimo do filho. O valor da indenização terá um cunho compensatório, pois esta é a natureza própria do dano moral. Comentando sobre sua quantificação, Guilherme Couto de Castro afirma que:

“O arbitramento não tem como objetivo pagar ou indenizar, na feição etimológica (*in + damnum*), de retirar o dano. Não se trata de aferir o preço da dor: o objetivo é trazer algum bem a quem sofreu o mal já consumado, que não se pode desfazer. Cuida-se de conceber benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a desligar-se do sofrimento ou da ofensa à dignidade e à honra”⁸⁰.

A justa indenização do dano causado ao filho, inclusive, está em plena conformidade com a virada ocorrida no âmbito da responsabilidade civil, que saiu da prevalência da culpa em direção à primazia do dano. Hoje, a preocupação maior é com a vítima e seu devido ressarcimento, e não com o agressor e a reprovabilidade de sua conduta⁸¹.

Além disso, a responsabilização dos pais, quando bem aplicada, pode colaborar para uma necessária mudança de paradigma cultural, nos termos expostos por Lauane Andrekowisk:

“A defesa da aplicação da condenação do dano moral nas ações de filiação não tem o intuito do enriquecimento, mesmo que no primeiro momento ocorra um acréscimo devido no patrimônio do lesado. O que se busca na verdade é algo muito mais importante, cujo resultado somente será percebido a longo prazo, qual seja, a conscientização da sociedade da seriedade que devem ser tratados os assuntos de filiação, em razão dos já expostos gravíssimos prejuízos que acarretam às partes envolvidas”⁸².

Em verdade, a crítica sobre a possibilidade de indenizar neste caso é, regra geral, a mesma feita na época da discussão acerca do próprio dano moral, pois, tradicionalmente, entendia-se que a

80 CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito civil: lições*. Niterói: Impetus, 2009, p. 181.

81 Nestes termos, MORAES, Maria Celina Bodin. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 33: “a responsabilidade civil volta-se para a tutela dos interesses da vítima, independentemente de qualquer critério de reprovabilidade em relação ao ato do agente ofensor. A tendência central é que sirva então de instrumento para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa”.

82 ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. *Revista de Direito Privado*, nº 25, jan./mar. 2006, p. 194.

dor e o sofrimento, por serem inestimáveis, não poderiam ser indenizados⁸³. Deste modo, não se mostra pertinente analisar com mais profundidade este ponto, tendo em vista valer-se dos mesmos argumentos, tratando-se hoje de discussão já superada.

Um último comentário importante diz respeito à crítica comum de que o reconhecimento dos danos morais nas relações de família ampliaria ainda mais a “indústria do dano moral”. Entretanto, esta questão se dá, em grande medida, pela definição utilizada por grande parte dos magistrados, qual seja, a chamada “lição de René de Savatier”. Através desta noção, de cunho muito genérico, extraiu-se a idéia de que o dano moral está vinculado aos sentimentos de dor, sofrimento e humilhação, sendo possível abarcar-se praticamente tudo sob a alcunha de dano moral⁸⁴. Essa vinculação a disposições emocionais íntimas próprias de cada indivíduo é extremamente problemática, tendo em vista tratarem-se de aspectos demasiadamente subjetivos, bem como sujeitos a humores passageiros, variando de pessoa a pessoa.

A hipótese de abandono moral, por sua vez, gera danos graves à dignidade da pessoa humana, ao contrário de alguns casos em que a jurisprudência tem reconhecido a ocorrência de danos morais, normalmente vinculados ao direito do consumidor. Neste sentido, destacamos o posicionamento de Lauane Andrekowisk:

“É notório que hoje muitos arrepiam-se diante dos pedidos de indenização por dano moral, posto que vem ocorrendo uma banalização deste instituto, pois qualquer abalo psicológico tem sido motivo de pleitos na justiça, com pedidos de indenizações milionárias. Apesar de toda a oposição doutrinária, atualmente os tribunais tem decidido no sentido de condenar ao pagamento de indenização por dano moral por simples negativação nos cadastros de inadimplentes, objetivando coibir essa prática, quando indevida. Com efeito, é incontroverso que os prejuízos causados dentro do Direito de Família são muito mais danosos que àqueles, posto que o cometimento de atos ilícitos na seara familiar acarreta prejuízos morais na maioria das vezes irreversíveis, uma vez que afetam o direito da personalidade, dignidade das pessoas, motivo pelo qual não merecem ser apreciadas com o preconceito decorrente das inúmeras ações fundadas em meros abalos de crédito”⁸⁵.

83 Destacamos, em complemento ao ponto, trecho de Maria Celina Bodin de Moraes, no qual busca explicar o caminho que levou ao posterior reconhecimento da indenização por danos morais: “O princípio decorre diretamente da idéia de justiça que tem a sociedade na qual incide. E o que mudou neste caso foi exatamente a consciência coletiva acerca do conceito de justiça: o que era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a ser evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser (re)compensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 147.

84 MORAES; Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 31, ago./set. 2005, p. 49.

85 ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. *Revista de Direito Privado*, nº 25, jan./mar. 2006, p. 182.

Maria Celina Bodin de Moraes, de forma acertada, apresenta concepção mais definida de dano moral, através da qual será “somente a violação a algum desses aspectos ou substratos que compõem, e conformam, a dignidade humana, isto é, a ofensa à liberdade, à igualdade, à solidariedade (familiar ou social) e à integridade psicofísica de uma pessoa humana”⁸⁶.

Desta forma, conclui-se que não há qualquer impedimento à condenação por dano moral nessas hipóteses⁸⁷, desde que presentes todos os requisitos necessários, questão que passaremos a analisar.

4. ALGUNS PARÂMETROS PARA A INDENIZAÇÃO

Como mencionado no tópico anterior, para haver a condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais, todos os requisitos genéricos da responsabilidade civil devem estar presentes, quais sejam: (i) conduta; (ii) culpa, na hipótese de responsabilidade subjetiva; (iii) nexos causal; e (iv) dano. Passaremos, agora, à análise do abandono moral à luz dos elementos clássicos da responsabilidade civil.

Começaremos com a conduta. Genericamente, a conduta pode ser uma ação ou omissão humana, capaz de gerar dano. No caso específico do abandono moral, contudo, entendemos que este se dá, em regra, em virtude de um não agir do pai, ou seja, por omissão. Essa afirmação pode ajudar a responder a difícil questão do chamado “abandono de pai presente”, ou seja, aquele que, apesar de não ausente do ponto de vista físico, não cumpre de forma correta as suas funções.

Antes de mais nada, há uma grave dificuldade prática: seria muito difícil – para não dizer impossível – ao julgador avaliar se determinada pessoa é bom ou mau pai. Haveria, nesses casos, uma complicada questão probatória. Desta forma, a solução teria que recorrer a altas doses de subjetivismo.

Ademais, a Constituição impõe ao pai o dever de guarda e educação do filho, mas não existe uma cartilha que defina como isso deve ser feito. Cada pai e mãe, dentro de alguns limites e do bom senso, determina as linhas gerais da educação e criação de seus filhos, não havendo, salvo casos

86 MORAES; Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 31, ago./set. 2005, p. 52.

87 Claudete Carvalho Canezin conclui com propriedade que: “O Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – vale salientar que há inúmeros recursos para se evitar a paternidade – deve encarregar-se de sua função sob pena de reparar os danos causados ao desenvolvimento de seus filhos”. CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 36, jun./jul. 2006, p. 86.

mais graves, um critério objetivo que determine o que é certo ou errado. Tendo em vista essas premissas, em regra, não seria possível haver indenização em face do pai presente⁸⁸. Claro que isso não exclui as punições previstas em lei para o mau pai, como a já referida perda do poder familiar, nos termos dos arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil.

Complementando o raciocínio: não haverá, no comum dos casos, indenização por danos morais com fundamento no abandono moral de pai presente. Isso não significa, contudo, que não possa haver condenação de pai presente em indenização dessa espécie, mas utilizando-se outros fundamentos. Conforme já mencionado em ponto anterior, entendemos que o dano moral se caracteriza através da lesão a um dos atributos da dignidade humana. Sendo um deles atingido, é perfeitamente possível a condenação do pai presente, tendo em vista que não há mais imunidade dentro do direito de família⁸⁹. Para ilustrar a hipótese, podemos apontar o exemplo de um pai que, apesar de presente, dirigindo a educação e criação de seu filho, contra este pratica abusos sexuais, causando-lhe sérios danos psicológicos. Em conjunto com as sanções penais cabíveis, haverá também aqui o dever de indenizar.

O segundo elemento para a responsabilidade civil é a culpa, tendo em vista que a hipótese analisada desafia a caracterização de responsabilidade subjetiva⁹⁰. Guilherme Couto de Castro define a culpa como “a inobservância de uma conduta exigível para o caso concreto, tendo em vista padrões medianamente assentes”⁹¹. Estando a culpa presente em conjunto com os demais elementos, será possível a indenização por danos morais⁹².

Contudo, o elemento culpa estaria afastado, por exemplo, quando o pai não sabe da

88 Sobre o ponto, Giselda Hironaka mostra-se preocupada: “poderá ocorrer a hipótese de um pedido indenizatório vir a ser pleiteado em face de um pai ou uma mãe fisicamente presente, mas que não tenham cumprido, a contento, as suas funções. Nestas hipóteses, dever-se-á redobrar a atenção a fim de não se perquirir a instalação de pedidos abusivos, calcados no rancor e na mágoa, como é até costumeiro acontecer”. V. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 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. 134.

89 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A culpa nas relações de família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.), *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 98: “as violências contra a prole podem ser físicas, sexuais e psicológicas ou emocionais, causando danos que vão desde transtornos no desenvolvimento psíquico a sequelas físicas, que podem levar o filho até mesmo à delinquência, devendo ser assegurado ao lesado a reparação cabível”.

90 TJ/RS, Ap. 70021427695, j. 29.11.2007, Rel. Min. Claudir Fidélis Faccenda: “A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva. O dever de indenizar decorre do agir doloso ou culposo do agente. No caso, restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos materiais e morais”.

91 CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito civil: lições*. Niterói: Impetus, 2009, p. 169.

92 Neste sentido, SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A culpa nas relações de família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.), *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 95: “Nas relações entre pais e filhos existem deveres e direitos, de modo que o conceito de culpa – descumprimento consciente de norma de conduta – e as consequências que da culpa resultam – dentre as quais o dever do lesante de indenizar o lesado pelos prejuízos que lhe foram acarretados – merecem a devida análise.”

existência do filho. Não são raros os casos em que a mãe se omite e não comunica ao pai da criança seu nascimento. Como afirma Giselda Hironaka, “parece improvável que alguém possa ser civilmente responsável por uma relação paterno-filial rompida se esta pessoa não conhecia sua condição de ascendente”⁹³.

Assim, havendo o reconhecimento forçado, através de ação de investigação de paternidade, apenas o comportamento posterior do pai será relevante para fins de indenização com fundamento em abandono moral. Não pode o filho, regra geral, requerer legitimamente a condenação se o pai não sabia de sua condição⁹⁴.

Sobre essa questão, contudo, parte da doutrina vem acenando com a possibilidade da caracterização dos danos morais mesmo em relação a período anterior ao reconhecimento jurídico da paternidade. Isso se daria quando o pai sabe de sua condição, e existem provas desse conhecimento de fato⁹⁵, bem como nas hipóteses em que, citado em processo de investigação de paternidade, adota postura nitidamente procrastinatória⁹⁶. Assim, “não pode o pai tirar proveito da

93 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 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. 134. No mesmo sentido, ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. *Revista de Direito Privado*, nº 25, jan./mar. 2006, p. 186.

94 Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a autora, então com 19 anos de idade, após a ação de investigação de paternidade, promoveu ação de indenização por danos morais em face de seu pai. No caso, contudo, ficou comprovado que o pai não sabia de sua condição, sendo que a família materna da autora sempre escondeu sua origem. Deste modo, o pedido foi julgado improcedente. V. TJ/MG, Apelação nº 1.0521.04.035604-5/001(1), j. 28.10.2008, p. 07.11.2008, Rel. Des. Marcos Lincoln: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO PATERNO-FILIAL. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE APÓS AÇÃO INVESTIGATÓRIA. NÃO-COMPROVAÇÃO DOS ELEMENTOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Não tendo a autora comprovado os três elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam; o dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade, não fará jus ao recebimento de indenização por dano moral. Não configura conduta antijurídica e não enseja dano moral o reconhecimento da paternidade somente após ação judicial de investigação. Recurso não provido”. No mesmo sentido, TJ/RS, Ap. 70024047284, j. 20.06.2008, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz.

95 Caso julgado no Tribunal de Minas Gerais, contudo, afirmou que o pai não seria obrigado a reconhecer seu filho espontaneamente. TJ/MG, Ap. 1.0702.03.056438-0/001(1), j. 25.09.2007, p. 09.10.2007, Rel. Des. Geraldo Augusto: “O abandono afetivo do pai em relação ao filho não enseja o direito à indenização por dano moral, eis que não há no ordenamento jurídico obrigação legal de amar ou de dedicar amor. Logo, não há responsabilidade civil, pretérita ou atual, do pai em relação ao filho, face à ausência de conduta ilícita ou antijurídica daquele, e devido à ausência de nexo causal entre a conduta dele e o alegado dano, **pois não há que se falar em conduta antijurídica, ou em omissão dolosa, pelo fato de o pai, não sabendo ou não acreditando na questionada paternidade, não se ter antecipado em reconhecer o filho espontaneamente**” (grifo nosso). No mesmo sentido, TJ/MG, Ap. 1.0499.08.008626-1/001(1), j. 02.04.2009, p. 28.04.2009, Rel. Des. Márcia de Paoli Balbino.

96 Regina Beatriz Tavares da Silva entende que a atitude procrastinatória do pai em reconhecer seu filho também terá aptidão para gerar dano moral: “A recusa injustificada ao reconhecimento da paternidade, especialmente quando acompanhada de atitudes procrastinatórias do feito, como a recusa à realização de exame de DNA, que denotam o propósito paterno de eximir-se de suas obrigações, como a de prestar alimentos ao filho, importa no descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, causando danos ao filho, tanto morais, já que tal comportamento fere a honra subjetiva (auto-estima) e objetiva do filho (reputação social), como materiais, pela falta de percepção de regular prestação alimentícia. Tal recusa chega a ser classificada como violência psicológica, por tratar-se de atitude negativa do adulto sobre a criança ou adolescente, diante da rejeição evidente do pai pelo filho. A aplicabilidade do princípio da responsabilidade civil nessas circunstâncias é perfeitamente possível, já que a sentença que reconhece a paternidade é

própria malícia. Filho é filho desde o seu nascimento e não por obra e graça do juiz, devendo os deveres inerentes à paternidade responsável serem cumpridos ainda que o genitor não o tenha reconhecido”⁹⁷. Maria Celina Bodin de Moraes confirma esse entendimento:

“Se este (o pai) não tinha conhecimento da existência do filho, evidentemente não poderá ser responsabilizado pela falta de convivência; se fazia vaga idéia, mas não se negou a reconhecê-lo, tampouco deverá ser responsabilizado pelo reconhecimento não-espontâneo. Outra será a situação quando se prove (e a prova é imprescindível) que tinha conhecimento e se negou ao reconhecimento, quando então caberá reparação por abandono afetivo”⁹⁸.

Voltando ao ponto. Igualmente, o afastamento ocorrido por impossibilidade fática possui o condão de afastar a culpa, como em hipótese na qual o genitor guardião se muda para cidade distante, o que, dependendo do caso concreto, pode dificultar a relação entre pai e filho. O mesmo se dá quando a mãe, normalmente a guardiã, impede o contato com pai. Da mesma forma, o afastamento não deve ter ocorrido em função de perigo ou risco que poderia ser causado ao filho, como afirma Giselda Hironaka:

“Pode acontecer, ainda, que o afastamento do outro genitor se dê em decorrência de uma situação de risco ou perigo que ele, não-guardião, poderia impingir a sua prole, preferindo, neste caso, afastar-se para não colocar a saúde ou a vida de seus filhos em risco (como é o caso, por exemplo, de o genitor ser portador de uma grave doença infecto-contagiosa, alcoolismo mórbido, drogadição, doença mental, etc.)”⁹⁹.

O terceiro elemento genérico da responsabilidade civil é o nexo causal, ou seja, o liame entre o ato lesivo do agente e o dano causado. Uma conclusão que se extrai desse elemento é que o dano deve ser posterior ao abandono, sob pena de não restar configurado esse requisito. É necessária uma análise retrospectiva, de maneira a se constatar – ainda que não de forma precisa, mas aproximada – quando os sintomas se iniciaram. Caso curioso foi analisado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual não restou configurado o nexo causal entre a conduta do pai e o

declaratória, por afirmar a existência de uma relação jurídica preexistente, que é a relação de filiação, tendo efeitos retroativos”. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A culpa nas relações de família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.), *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 95.

97 OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família. *Revista dos Tribunais*, nº 803, set. 2002, p. 121.

98 MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 31, ago./set. 2005, p. 63. No mesmo sentido, Lauane Andrekowisk defende ser possível a indenização antes do reconhecimento jurídico da paternidade não apenas quando há o abuso durante o processo (quando, por exemplo, o pai se recusa a fazer o exame ou atua de maneira procrastinatória), mas tb quando as circunstâncias demonstram que aquele homem é pai inequivocamente e, ainda assim, se recusa a reconhecer a criança. Para ela, não se trataria de impedir o homem de contestar a paternidade, mas sim exigir que isso seja feito conforme os ditames da responsabilidade e boa-fé, sem o cometimento de abusos. V. ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. *Revista de Direito Privado*, nº 25, jan./mar. 2006, p. 188 e ss.

99 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 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. 138.

dano psicológico da filha, tendo em vista que o ambiente familiar como um todo era perpassado por disputas:

“Apelação Cível. Ação indenizatória. Dano moral causado pelo pai, por maus tratos e abandono afetivo à autora. (...) A evolução social e científica, ao reconhecer que as necessidades do homem vão além das materiais e físicas, incluindo as emocionais e psíquicas, refletiu no ordenamento jurídico pátrio, que passou a contemplar normas que protegem os direitos extrapatrimoniais e, conseqüentemente, as que punem a infringência dos mesmos. Assim, não se pode limitar a aplicação do art. 159 do Código Civil/16, que tem no art. 186, correspondente no novo Código Civil/02, a inclusão do dano moral no rol dos atos ilícitos, passíveis de indenização. **Com fulcro em tais fundamentos, este Colegiado se filia à corrente que entende possível a condenação dos genitores por danos morais causados a filho (os), quando devidamente comprovados em cada caso concreto, trazido ao exame do Judiciário. Destarte, as provas trazidas aos autos não evidenciaram que o réu/apelado tenha agido com culpa ou dolo em relação à filha (autora/apelante), de modo a causar-lhe danos morais. Não há evidência de que os distúrbios e desequilíbrio psicológico de que padece a apelante decorram de atos (comissivos ou omissivos) do apelado, posto que, impõe-se reconhecer que a desarmonia familiar é geral, onde todos litigam uns com os outros. No caso em tela, embora nem sempre admiráveis as atitudes do apelado para com a apelante, não se conclui que foram extremas ao ponto de causar danos morais, passíveis de indenização.** Entretanto, não impede que o Judiciário, aproveite-se da oportunidade para, no exercício da guarda dos direitos previstos no ordenamento jurídico e de aplicador da lei em prol da justiça, fim a que se propõe, diante da constatação de desarmonia na relação paterno-filial, em caso de criança e adolescente, remeta cópia dos autos à Vara especializada para que sejam tomadas medidas de apoio e orientação, utilizando-se da equipe multidisciplinar, em prol do restabelecimento da proteção integral da (o) filho (a), criança ou adolescente. Em se tratando de filho (a) que já atingiu a maioridade civil, despedido da proteção do ECA, pode e deve o magistrado recomendar ao genitor/genitora reclamado que respeitem e procurem uma melhor relação familiar com o (s) filho (a), em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, sempre protegido pela lei e passível de proteção do Estado” (grifo nosso)¹⁰⁰.

Por fim, temos o dano. Em regra, o dano moral não necessita da prova do estado psicológico da vítima. Seria suficiente a ocorrência do fato que o enseja, ou seja, o dano é *in re ipsa*. Muitas vezes, a prova do dano moral seria impossível para a parte lesada, pelo que entende-se ser necessária apenas a prova da conduta e de sua titularidade. O STJ, inclusive, na linha da melhor doutrina, já afirmou que “em regra, não se exige a prova do dano moral, mas sim, a prova da prática ilícita donde resulta a dor e o sofrimento que o ensejam”¹⁰¹. Ora, no caso do abandono moral, não haveria motivo para se entender de forma diversa¹⁰², até porque considerar-se o dano *in re ipsa* não

100 TJ/RJ, Ap. 2006.001.62576, j. 11.04.2007, Rel. Des. Claudio de Mello Tavares.

101 STJ, Resp 204.786-SP, j. 07.02.2006, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

102 Apesar dessa afirmação aparentemente lógica, muitos autores têm exigido a realização de perícias médicas e exames psicológicos. Para eles, do abandono moral não resultaria, necessariamente, dano psíquico. V. por exemplo, TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 7, dez./jan. 2009, p. 110: “No tocante ao dano suportado pelo filho abandonado, deve ele ser provado, em regra, pelo autor da demanda, uma vez que não se indeniza o dano hipotético ou eventual. Para tanto, servirá a perícia psicológica como meio probatório para a sua efetiva demonstração”. No mesmo sentido, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA,

afasta a possibilidade do pai biológico comprovar que este, em verdade, não ocorreu.

Um exemplo seria a demonstração de que outra pessoa exerceu o papel de pai¹⁰³, nos termos do exposto no ponto 1.2 deste trabalho¹⁰⁴. Se a falta do pai biológico foi superada pela presença de outra figura paterna, que assumiu seus direitos e deveres, não deve haver condenação. Logo, por mais reprovável do ponto de vista moral que seja a conduta do pai, não será isto fundamento suficiente para ensejar a indenização, pois não estaria caracterizado o último elemento da responsabilidade civil, qual seja, o dano¹⁰⁵. Caso semelhante ao narrado acima foi analisado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, no qual o filho tinha um pai registral, que exerceu de fato esse papel, e um outro pai do ponto de vista biológico. Entendeu-se pela impossibilidade de danos morais em relação a este, nos seguintes termos:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. DESCABIMENTO NO CASO CONCRETO. Embora não se deva falar em necessidade de prova do dano sofrido pelo filho, uma vez que este decorre do próprio abandono paterno, no caso, não há ilícito indenizável. **Verdade biológica que foi omitida do autor por sua mãe durante cerca de cinquenta anos, sendo que foi registrado, já nos primeiros anos de vida, pelo marido daquela, e com quem estabeleceu vínculo afetivo, e tendo crescido e se desenvolvido em uma família sob a proteção de um pai registral.** Inexistência de provas seguras acerca de eventuais prejuízos e frustrações na realização da afetividade que pudessem repercutir negativamente ao longo da vida do autor, o qual teve oportunidade de estudar, trabalhar e constituir sua própria família. NEGADO PROVIMENTO. UNÂNIME”¹⁰⁶ (grifo nosso).

Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141. Igualmente, alguns julgados determinaram a necessidade de comprovação do dano, como no TJ/RS, Ap. 70022648075, j. 24/07/2008, Rel. Des. José S. Trindade: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA PATERNA. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO DANO. Se a omissão de afeto por parte dos pais em relação aos filhos, que estão em fase de formação da personalidade, causa-lhes danos e desequilíbrio emocional que prejudiquem o desenvolvimento pleno de sua personalidade e, por isso, é indenizável, esse dano deve restar demonstrado, porque a responsabilidade pelo ilícito civil decorre da existência do ato ilícito, que é composto não só do fato lesivo, mas também do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente. Não demonstrado o dano, o qual não se presume, mantém-se a improcedência da ação. Precedentes doutrinários e jurisprudencial. Apelação desprovida”. No mesmo sentido, TJ/RS, Ap 70025687609, j. 11/09/2008, Rel. Des. José S. Trindade.

103 Neste sentido, ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. *Revista de Direito Privado*, nº 25, jan./mar. 2006, p. 185.

104 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 121: “Assim, despreendendo-se do conceito de paternidade biológica, ou desfazendo-se das ideologias que disfarçam os sistemas de parentalidade, podemos afirmar que a paternidade constitui, segundo a Psicanálise, uma função. É essa função paterna exercida por ‘um’ pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá o seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção..., enfim, aquele que exerce uma função de pai”.

105 Claudete Carvalho Canezin parece concluir de maneira diversa: “O afeto e o carinho negado pelo pai a seu filho não pode ser suprido pelo afeto de terceiros, muito menos pode o Estado suplantar a ausência paterna. Ficará eternamente um vazio no ser humano que não poderá ser preenchido por nenhum outro tipo de carinho, nem o maior amor ou paixão ser colocado neste vazio”. V. CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 36, jun./jul. 2006, p. 79.

106 TJ/RS, Ap 70019239037, j. 18.07.2007, Rel. Des. Maria Berenice Dias.

Uma outra hipótese concreta, na qual o pai logrou demonstrar que mantinha laços de afetividade estreitos com o filho, foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Não restou caracterizado o fato alegado pelo autor, qual seja, o abandono moral. Para tanto, o pai utilizou-se de várias provas que demonstraram sua proximidade com o filho, inclusive algumas cartas e as alegações feitas em processo anterior de guarda, nos seguintes termos:

“Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Alegação de abandono moral e afetivo. Não configuração. Prova documental que comprova a boa relação entre pai e filho. Inexistência de dano moral. Não caracterização da negligência do pai para com o filho. Prova testemunhal contrária às alegações iniciais. Agravos retidos prejudicados ante à improcedência do pedido. Manutenção da bem lançada sentença. Desprovemento do recurso”¹⁰⁷.

5. Considerações finais

Diante do que foi exposto, concluímos que a Constituição impõe uma série de deveres aos pais, dentre os quais se destacam a criação, educação e assistência dos filhos. Essas condutas não seriam meras obrigações morais, mas sim dotadas de cunho jurídico, justificando a possibilidade de indenização por abandono moral. O que fundamentará a responsabilização não será um direito subjetivo ao afeto, mas sim o descumprimento dessas normas.

Para o pleno desenvolvimento da criança, não basta a observância de obrigações de cunho meramente patrimonial, como o pagamento de alimentos. A responsabilidade paterna possui um conteúdo muito mais amplo, notadamente de feições existenciais. A formação do menor como pessoa exige a efetiva presença e educação, tanto por parte do pai como da mãe. Deste modo, torna-se imprescindível uma mudança de paradigma jurídico e social: a cultura da paternidade irresponsável deve ser substituída pela consciência da necessária participação de ambos os genitores no processo de desenvolvimento do filho, cada qual cumprindo sua função.

Não se mostra razoável entender-se a família como instituição imune à ocorrência de dano moral, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Deste modo, havendo o cometimento de ato ilícito, e estando presentes os requisitos genéricos da responsabilidade civil, torna-se plenamente possível a indenização com fundamento no abandono moral. A relação entre pais e filhos possui evidente caráter desigual. Justamente em razão de sua vulnerabilidade, deve-se privilegiar o princípio do melhor interesse da criança.

107 TJ/RJ, Ap. 2007.001.11909, j. 24.04.2007, Rel. Des. Luiz Felipe Francisco.

Não obstante as críticas acerca de uma possível patrimonialização das relações existenciais de família, sem dúvida a condenação ao pagamento de danos morais tem se mostrado como um importante instrumento para o cumprimento dos deveres previstos na Constituição.

Infelizmente, o filho, alijado do amor de seu pai, apesar da eventual indenização recebida, ainda terá de conviver com os dissabores e a tristeza em sua trajetória pessoal. E isso porque o direito não possui – e nem poderia possuir – o condão de obrigar uma pessoa a nutrir afeto por outra. Assim, no comum dos casos, o filho terá que se contentar com uma indenização em pecúnia e a referência a um pai registral. Simplesmente a vida como ela é.

Contudo, através de sua busca, terá ainda o mérito de ajudar a reverter essa cultura perversa, na qual a mãe, no comum dos casos, assume todos os encargos em relação ao filho. O que se busca é a consciência de que os genitores devem ser mais responsáveis. Ou seja, a vida como ela deve ser.

6. Referências

ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. *Revista de Direito Privado*, nº 25, jan./mar. 2006, p. 181-195.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238-261.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono parterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 36, jun./jul. 2006, p. 71-87.

CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito civil: lições*. Niterói: Impetus, 2009.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*, nº 46, fev./mar. 2008, p. 14-21.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no direito de família. *ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*, nº 2, fev. 2005, p. 145-158.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *Revista Jurídica*, nº 368, jun. 2008, p. 45-69.

_____. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão de afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 32, out./nov. 2005, p. 20-39.

CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro:

Imago, 2003, p. 81-86.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/2008*. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A mediação interdisciplinar como tuteladora da afetividade e personalidade no direito de família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 129-143.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 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.

LAGRASTA, Caetano. Dano moral no direito de família. *Revista do Advogado*, nº 91, maio/2007, p. 25-33.

LAGRASTA NETO, Caetano. Responsabilidade civil nas relações familiares. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt: a revisão do direito de família*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 81-122.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-28.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 147-162.

MADALENO, Rolf. 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.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral – Fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 34, mar./abr. 2005, p. 31-37.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *Revista Forense*, nº 386, jul./ago. 2006, p. 183-201.

_____. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 31, ago./set. 2005, p. 39-66.

_____. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 29-41.

NOVAES, Simone Ramalho. Abandono moral. *Revista da EMERJ*, v. 10, nº 40, 2007, p. 40-45.

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família. *Revista dos Tribunais*, nº 803, set. 2002, p. 111-128.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 219-228.

PEREIRA, Tânia da Silva. Dano moral à criança e ao adolescente; responsabilidade dos pais ou responsável nas relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.), *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 969-993.

_____. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 207-217.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-11.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Reflexões sobre o reconhecimento da filiação extramatrimonial. *Revista de direito privado*, nº 1, jan./mar. 2000, p. 71-85.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 296-310.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 22, abr./jun. 2005. p. 45-67.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 35, abr./maio 2006, p. 53-77.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 25, ago./set. 2004, p. 122-147.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A culpa nas relações de família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.), *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 67-103.

_____. Afetividade e responsabilidade nas relações de família. *Revista do Advogado*, nº 91, maio 2007, p. 112-121.

TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 7, dez./jan. 2009, p. 100-115.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 32, out./nov. 2005, p. 138-158.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 356-371.

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 453-484.