

Órgão : 8ª TURMA CÍVEL
Classe : APELAÇÃO CÍVEL
N. Processo : 20160610153899APC
 (0015096-12.2016.8.07.0006)
Apelante(s) : _____
Apelado(s) : _____
Relatora : Desembargadora NÍDIA CORRÊA LIMA
Relator : Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO
Designado :
Acórdão N. : 1162196 - Retificação

E M E N T A**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. DANO *IN RE IPSA*.**

1. "A omissão é o pecado que com mais facilidade se comete, e com mais dificuldade se conhece, e o que facilmente se comete e dificultosamente se conhece, raramente se emenda. A omissão é um pecado que se faz não fazendo." (**Padre Antônio Vieira**. *Sermão da Primeira Dominga do Advento*. Lisboa, Capela Real, 1650).
2. A omissão não significa a mera conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não-fazer, mas, sim, o não fazer o que a lei determina.
3. "Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família." (Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora **Ministra Nancy Andrigi**).
4. "A indenização do dano moral por abandono afetivo não é opreço do amor, não se trata de novação, mas de uma transformação em que a condenação para pagar quantia certa

em dinheiro confirma a obrigação natural (moral) e a transforma em obrigação civil, mitigando a falta do que poderia ter sido melhor: *faute de pouvoir faire mieux*, fundamento da doutrina francesa sobre o dano moral. Não tendo tido o filho o melhor, que o dinheiro lhe sirva, como puder, para alguma melhoria." (**Kelle Lobato Moreira**. *Indenização moral por abandono afetivo dos pais para com os filhos*: estudo de Direito Comparado. Dissertação de Mestrado. Consórcio Erasmus Mundus: Universidade Católica Portuguesa/Université de Rouen, França/Leibniz Universität Hannover. Orientadora: Profa. Dra. Maria da Graça Trigo. Co-orientador: Prof. Dr. Vasco Pereira da Silva. Lisboa, 2010).

5. "Dinheiro, advirta-se, seria ensejado à vítima, em casos quetais, não como simples mercê, mas, e sobretudo, como algo que correspondesse a uma satisfação com vistas ao que foi lesado moralmente. Em verdade, os valores econômicos que se ensejassem à vítima, em tais situações, teriam, antes, um caráter satisfatório que, mesmo, resarcitório." (**Wilson Melo da Silva**. *O dano moral e sua reparação*, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 122).

6. Não se pode exigir, judicialmente, desde os primeiros sinais do abandono, o cumprimento da "obrigação natural" do amor. Por tratar-se de uma obrigação natural, um Juiz não pode obrigar um pai a amar uma filha. Mas não é só de amor que se trata quando o tema é a dignidade humana dos filhos e a paternidade responsável. Há, entre o abandono e o amor, o dever de cuidado. Amar é uma possibilidade; cuidar é uma obrigação civil.

7. "A obrigação diz-se natural, quando se funda num merodever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça." (**Código Civil português** - Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, em vigor desde o dia 1 de junho de 1967, artigo 402º).

8. A obrigação dos progenitores cuidarem (*lato sensu*) dos filhos é *dever de mera conduta*, independente de prova ou do resultado causal da ação ou da omissão.

9. "O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88."(Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora **Ministra Nancy Andrigi**).

10. Até 28 de março de 2019, data da conclusão deste julgamento, foram 21 anos, 2 meses e 20 dias de abandono, que correspondem a 1.107 semanas, com o mesmo número de sábados e domingos, e a 21 aniversários sem a companhia do pai.

11. A mesma lógica jurídica dos pais *mortos pela morte* deve ser adotada para os *órfãos de pais vivos*, abandonados, voluntariamente, por eles, os pais. Esses filhos não têm pai para ser visto. No simbolismo psicanalítico, há um ambicídio. Esse pai suicida-se moralmente como via para sepultar as obrigações da paternidade, ferindo de morte o filho e a determinação constitucional da paternidade responsável. 12. "O dano moral, com efeito, tem seu pressuposto maior na angústia, no sofrimento, na dor, assim como os demais fatores de ordem física ou psíquica que se concretizam em algo que traduza, de maneira efetiva, um sentimento de desilusão ou de desesperança." (**Wilson Melo da Silva**. *Idem*, p. 116).

13. O dano moral (*patema d'animo*) por abandono afetivo é *in re ipsa*

14. O valor indenizatório, no caso de abandono afetivo, não pode ter por referência percentual adotado para fixação de pensão alimentícia, nem valor do salário mínimo ou índices econômicos. A indenização por dano moral não tem um parâmetro econômico absoluto, uma tabela ou um baremo, mas representa uma estimativa feita pelo Juiz sobre o que seria razoável, levando-se em conta, inclusive, a condição econômica das partes, sem enriquecer, ilicitamente, o credor, e sem arruinar o devedor.

15. "É certo que não se pode estabelecer uma equação matemática entre a extensão desse dano [moral] e uma soma em dinheiro. A fixação de indenização por dano [moral] decorre do prudente critério do Juiz, que, ao apreciar

caso a caso e as circunstâncias de cada um, fixa o dano nesta ou naquela medida." **(Maggiorino Capello.**

Diffamazione e Ingiuria. Studio Teorico-Pratico di Diritto e Procedura.2 ed., Torino: Fratelli Bocca Editori, 1910, p. 159).

16. A indenização fixada na sentença não é absurda, nem desarrazoada, nem desproporcional. Tampouco é indevida, ilícita ou injusta. R\$ 50.000,00 equivalem, no caso, a R\$ 3,23 por dia e a R\$ 3,23 por noite. Foram cerca de 7.749 dias e noites. Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não comprehende a nostalgia das noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias.

Nelas, também há pesadelos.

17. Recurso conhecido e desprovido.

A C Ó R D Ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **8^a TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **NÍDIA CORRÊA LIMA** Relatora, **ANA CANTARINO** - 1º Vogal, **DIAULAS COSTA RIBEIRO** - 2º Vogal e Relator Designado, **EUSTÁQUIO DE CASTRO** - 3º Vogal, **MARIO-ZAM BELMIRO** 4º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **DIAULAS COSTA RIBEIRO**, em proferir a seguinte decisão: **RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. MAIORIA. VENCIDA A RELATORA, REDIGIRÁ O ACÓRDÃO O EXCELENTÍSSIMO DES. DIAULAS COSTA RIBEIRO.**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasilia(DF), 28 de Março de 2019.

Documento Assinado Eletronicamente

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Relator Designado

R E L A T Ó R I O

Trata-se de Apelação Cível interposta por _____ em face da r. sentença de fls. 97/99, cujo relatório transcrevo:

_____ ajuíza ação contra _____. Alega ter sofrido abandono afetivo por parte do réu, seu pai.

Relata a autora que nasceu em 1998, fruto da união estável havida entre sua mãe e o requerido. Informa que meses após seu nascimento seus pais deixaram de conviver, tendo o réu se mudado para São Paulo.

Diz que, desde então, não recebe qualquer atenção por parte do réu, o qual apenas passou a contribuir financeiramente para sua criação após ser acionado em ação de alimentos.

Assenta que o requerido, em 2015, demandou a autora em ação negatória de paternidade, que foi julgada improcedente após a realização de exame de DNA.

Aduz que o réu se negou a incluí-la em seu plano de saúde e cortou contato. Informa que o réu trocou seu nome de telefone e a excluiu de sua rede social, Facebook.

Defende que o réu lhe recusou afeto e o mínimo dever de cuidado, o que lhe causou danos psicológicos.

Pede que o réu seja condenado a pagar compensação por dano moral, no valor estimado de R\$ 50.000,00.

Junta documentos às fls. 13/33.

A autora está assistida pela Defensoria Pública e faz jus à gratuidade judiciária, deferida à fl. 36.

Contestação às fls. 43/57. A parte ré reconhece que não mantém laços afetivos com a autora, mas atribui o fato às circunstâncias da vida. Diz que a genitora da autora sempre dificultou o contato da filha com o pai, praticando verdadeira alienação parental; que a distância geográfica e as dificuldades financeiras, já que as partes residem em locais diferentes, também contribuíram para o distanciamento da relação. Nega ter cortado contato com a autora e diz estar disponível ao estreitamento dos laços familiares.

Defende que não praticou ato ilícito e que a autora não sofreu qualquer prejuízo psicológico em razão do distanciamento. Ressalta que a autora, por influência da mãe, não quis proximidade com o pai.

Pede, ao final, a improcedência do pedido.

Os documentos de fls. 58/83 instruem a defesa.

Procuração outorgada pelo réu à fl. 40.

Realizada audiência para conciliação e saneamento. A parte ré não compareceu ao ato e, portanto, não houve conciliação.

Nada foi requerido acerca da produção de outras provas.

Acrescento que o MM. Juiz sentenciante julgou procedente o pedido

inicial, condenando o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora.

Em virtude da sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação às fls. 102/120, reafirmando os argumentos vertidos em sua peça de defesa, no sentido de que o distanciamento afetivo decorreu de diversas circunstâncias da vida, especificamente pela tenra idade quando do nascimento da autora, distância geográfica e dificuldades financeiras. Sustentou que a genitora da autora afastou as filhas do contato paterno e destacou que jamais teria desprezado a autora.

Proseguiu o réu/apelante sustentando que a autora não se desincumbiu de comprovar o abandono afetivo, os alegados danos morais e sua real extensão. Pugnou, ao final, pela reforma da r. sentença, para que seja julgado improcedente o pedido inicial. Sucessivamente, postulou a redução do valor da indenização por danos morais.

Preparo regular (fl. 121/122).

Em contrarrazões (fls. 124/131) a autora arguiu preliminar de intempestividade do recurso. No mérito, postulou a manutenção da r. sentença.

É o relatório.

VOTOS

A Senhora Desembargadora NÍDIA CORRÊA LIMA - Relatora

Cuida-se de Apelação Cível interposta por _____ contra a r. sentença de fls. 97/99.

Conforme relatado, _____

_____ ajuizou Ação de Conhecimento em desfavor do ora apelante, alegando ter nascido de uma união estável havida entre sua genitora e o réu, o qual jamais teria assumido formalmente a paternidade. Asseverou que o réu constituiu nova família e possui uma filha, a quem dedica zelo e cuidado especial. Destacou, ainda, que foi criada apenas por sua genitora, faltando "muitas coisas materiais", além do dever de cuidado e afeto do pai, que sempre a tratou "como filho de 'segunda classe' ou 'bastardo'".

Prosssegui a autora aduzindo que o réu apenas passou a contribuir financeiramente para sua criação após o ajuizamento de ação de alimentos e destacou que, em 2015, foi ação negatória de paternidade, que foi julgada improcedente após a realização de exame de DNA. Afirmou que o réu se negou a incluí-la em seu plano de saúde e que, após tal fato, se afastou completamente. Defendeu que o réu a rejeitou, negando afeto e o mínimo de dever de cuidado, o que lhe causou sérios danos psicológicos.

A autora requereu, assim, a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Após regular trâmite do feito, o d. Magistrado sentenciante julgou procedente o pedido inicial, nos seguintes termos:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, resolvendo o mérito nos termos do art. 487, I, do CPC, para CONDENAR o réu ao pagamento de compensação financeira, a título de danos morais, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sobre o qual incidirão juros de mora de 1% a.m a contar da citação (art. 405 do CC), bem como correção monetária, pelo INPC, a contar da publicação desta sentença (súmula 362 do STJ).

Condeno o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Em suas razões de apelo, o réu aduziu que o distanciamento afetivo decorreu de sua tenra idade quando do nascimento da autora, distância geográfica e dificuldades financeiras, além do fato de ter a genitora da autora afastado do contato paterno.

O réu/apelante asseverou que jamais teria desprezado a autora e asseverou que não ficaram comprovados o abandono afetivo ou os alegados danos morais. Em caráter sucessivo, afirmou que o *quantum* fixado a título de danos morais é demasiadamente oneroso, devendo ser reduzido.

A autora, em contrarrazões arguiu preliminar de intempestividade do recurso.

É a suma dos fatos.

PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO

A autora, em contrarrazões, sustentou que o recurso foi interposto intempestivamente.

No entanto, de acordo com a certidão acostada à fl. 100, a intimação das partes a respeito da r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 22/05/2017, considerando-se como publicada no dia 23/05/2017.

Tendo em vista que o prazo para interposição de recurso de apelação, iniciado no primeiro dia útil seguinte (24/05/2017), em observância ao disposto nos artigos 219 e 1.003, § 5º, do CPC/2015, exauriu-se em 13/06/2017, data em que a petição recursal foi protocolizada pelo réu (fl. 102).

Assim, rejeito a preliminar de intempestividade e conheço do recurso de apelação, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

Quanto ao mérito, o cerne da controvérsia cinge-se à configuração, ou não, dos danos morais, decorrentes da omissão do genitor com relação à assistência moral, à educação e ao convívio em relação à sua filha, autora da demanda.

Inicialmente, sobreleva consignar que, em tese, é possível a
Código de Verificação :2019AC07LN5MGJ29SJKQ44RD9KF

reparação por danos extrapatrimoniais no âmbito do Direito de Família, embasada nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, que assim dispõem:

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Como se pode inferir da legislação acima transcrita, a responsabilidade civil extracontratual, decorrente da prática de ato ilícito, depende da presença de três pressupostos elementares: conduta culposa ou dolosa, dano e nexo de causalidade.

É consabido que nem todo ato ilícito se mostra capaz de dar ensejo a danos de ordem moral, devendo ser analisado, no caso concreto, se a conduta omissiva do réu/apelante, de fato, teve o condão de desencadear danos morais indenizáveis.

Ao discorrer sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho assinala que "(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral (...)"¹.

Não se pode negar que a conduta do réu, ora apelante, tenha causado a autora sentimentos de aflição espiritual e tristeza, no entanto, não ficou comprovado que a falta de convívio causou profundo e irremediável abalo pessoal.

Com efeito, faz-se necessária a comprovação de que o abandono afetivo por parte do autor teria causado abalo psicológico de grande intensidade na autora, porquanto não se trata de hipótese em que o dano é presumível.

¹ in Programa de Responsabilidade Civil, 8ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 83.

Código de Verificação :2019AC07LN5MGJ29SJKQ44RD9KF

Acerca do tema, trago à colação arestos do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta egrégia Corte de Justiça:

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, §3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma. 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido. (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017) - grifo nosso.

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. OFESA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGADA OCORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. APLICAÇÃO DA

TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO.
PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE NO QUE TANGE
AOS ACORDOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.
INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº.s 282 E 235 DO STF.
DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.
RECURSO ESPECIAL NÃO PROVADO. 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal a quo dirime a controvérsia de forma completa e fundamentada, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente. 2. Considerando a complexidade dos temas que envolvem as relações familiares e que a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, que somente deve ser admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória. 3. Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claro e conectados. 4. Os elementos e as peculiaridades dos autos

indicam que o Tribunal a quo decidiu com prudência e razoabilidade quando adotou um critério para afastar a responsabilidade por abandono afetivo, qual seja, o de que o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre se houver

um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa da filha por parte do genitor, o que absolutamente não ocorreu. 5. A ausência do indispensável estudo psicossocial para se estabelecer não só a existência do dano mas a sua causa, dificulta, sobremaneira, a configuração do nexo causal. Este elemento da responsabilidade civil, no caso, não ficou configurado porque não houve comprovação de que a conduta atribuída ao recorrido foi a que necessariamente causou o alegado dano à recorrente. Adoção da teoria do dano direto e imediato. 6. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes legais e regimentais, pois além de indicar o dispositivo legal e transcrever os julgados apontados como paradigmas, cabia ao recorrente realizar o cotejo analítico, demonstrando-se a identidade das situações fáticas e a interpretação diversa dada ao mesmo dispositivo legal, o que não ocorreu. 7. Recurso especial não provido.(REsp 1557978/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015) - grifo nosso.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. DANO MORAL ABANDONO AFETIVO. NÃO CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Aindenização por danos morais em decorrência de abandono afetivo somente é viável quando há descaso, rejeição, desprezo por parte do ascendente, aliado à ocorrência de danos psicológicos, não restando evidenciada, no caso em comento, tal situação. 2. Para que se configure a responsabilidade civil e o dever de indenizar, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho, bem como demonstrado o trauma psicológico sofrido e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano. Precedentes do STJ. 3. O fato de existir pouco convívio entre pai e filho não é suficiente, por si só, para caracterizar abalo moral a legitimar a pretensão indenizatória. Ao contrário, deve ficar demonstrada a rejeição deliberada do pai em relação ao autor e o abalo psicológico supostamente sofrido pelo menor. 4. Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão n. 998199, 20140111348258APC, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 22/02/2017, Publicado no DJE: 02/03/2017. Pág.: 572/609) - grifo nosso.

CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. 1. A indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo somente é viável quando há um descaso, uma rejeição, um desprezo pela pessoa por parte do ascendente, aliado ao fato de acarretar danos psicológicos em razão dessa conduta. 2. O fato de existir pouco convívio com seu genitor não é suficiente, por si só, a caracterizar o desamparo emocional a legitimar a pretensão indenizatória. 3. Embargos desprovidos.(Acórdão n. 847058, 20120110447605EIC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Revisor: JOÃO EGMONT, 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 26/01/2015, Publicado no DJE: 10/02/2015. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

In casu, pelo conjunto probatório colacionado aos autos, não vislumbro evidência inequívoca do dano decorrente da omissão paterna, quanto ao cuidado que os pais devem manter em relação aos filhos, e do nexo causal, o que poderia ser facilmente demonstrado pela realização de um laudo pericial, que pudesse atestar a existência de trauma psicológico decorrente da conduta do genitor da autora.

Ressalte-se que, das escassas provas apresentadas pelas partes, é possível inferir que a autora foi bem criada e educada por sua mãe, sabe o que é certo e errado, é inteligente e sábia, consoante conversa de texto havida entre os seus genitores via celular (fls. 28/33), não existindo qualquer indício de possíveis problemas psicológicos ou traumas.

Nesse contexto, a despeito de considerar reprovável o abandono afetivo, não há como ser a conduta desidiosa do réu enquadrada no conceito de ato ilícito.

Do cotejo entre a narrativa da inicial com a prova carreada aos autos, verifica-se que a autora não se desincumbiu, a contento, do ônus que lhe competia, conforme o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, ao deixar de

comprovar sobejamente a existência de dano ou sofrimento que pudesse justificar o reconhecimento do direito à indenização pretendida.

Com essas considerações, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO** para, reformando a r. sentença, julgar improcedente o pedido deduzido na inicial.

Por conseguinte, condeno a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que ora fixo em 11% (onze por cento) do valor atribuído à causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, já observada a majoração prevista no § 11 do mesmo dispositivo legal.

Ressalto que a exigibilidade de tais verbas deverá ficar suspensa, na forma prevista no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil, por ser a autora beneficiária da gratuidade de justiça.

É como voto.

A Senhora Desembargadora ANA CANTARINO - Vogal

Acompanho a Relatora.

O Senhor Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO - Vogal e Relator Designado

Rogo vênia à eminent Relatora para divergir do seu douto voto.

"A omissão é o pecado que com mais facilidade se comete, e com mais dificuldade se conhece, e o que facilmente se comete e dificultosamente se conhece, raramente se emenda. A omissão é um pecado que se faz não fazendo." **Padre Antônio Vieira. Sermão da Primeira Dominga do Advento.** Lisboa, Capela Real, 1650.

Trata-se de apelação cível interposta por JCDSS contra a sentença

proferida pela 1ª Vara Cível de Sobradinho que, em ação de indenização por danos morais por abandono afetivo proposta por sua filha JCDAS, julgou procedentes os pedidos para condenar o réu a indenizar a autora em R\$ 50.000,00, atualizados pelo INPC e juros de 1% ao mês, incidentes da data do arbitramento.

Em razão da sucumbência, o apelante foi condenado a pagar as custas processuais e os honorários, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

A eminente Relatora entendeu que não há resultado decorrente da conduta omissiva do pai, *verbis*:

"*In casu*, pelo conjunto probatório colacionado aos autos, não vislumbro evidência inequívoca do dano decorrente da omissão paterna, quanto ao cuidado que os pais devem manter em relação aos filhos, e do nexo causal, o que poderia ser facilmente demonstrado pela realização de um laudo pericial, que pudesse atestar a **existência** de trauma psicológico decorrente da conduta do genitor da autora.

Ressalte-se que, das escassas provas apresentadas pelas partes, é possível inferir que a autora foi bem-criada e educada por sua mãe, sabe o que é certo e errado, é inteligente e sábia, consoante conversa de texto havida entre os seus genitores via celular (fls. 28/33), não **existindo** qualquer indício de possíveis problemas psicológicos ou traumas.

Nesse contexto, a despeito de considerar reprovável o abandono afetivo, não há como ser a conduta desidiosa do réu enquadrada no conceito de ato ilícito.

Do cotejo entre a narrativa da inicial com a prova carreada aos autos, verifica-se que a autora não se desincumbiu, a contento, do ônus que lhe competia, conforme o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, ao deixar de comprovar sobejamente a **existência** de dano ou sofrimento que pudesse justificar o reconhecimento do direito à indenização pretendida. (Negritado na transcrição)

Com essas considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO para, reformando a r. sentença, julgar improcedente o pedido deduzido na inicial." [grifo na transcrição].

O abandono afetivo gera dano a um direito da personalidade que passou a demandar reparação há menos de 30 anos, com o ideário da proteção integral do interesse da criança, a única prioridade constitucional absoluta (CF, art. 227). A causa de pedir é, assim, uma construção erigida sobre pilares da Constituição Cidadã, de 1988, dentre eles o planejamento familiar como livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

É preciso viver, não só existir

Plutarco

O planejamento familiar é um direito subjetivo de todo cidadão, entendendo-se como tal a garantia de direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (Lei nº 9.263/96). E como direito subjetivo, ter filho impõe um dever objetivo: prestar-lhe cuidados para todas as dimensões *vivenciais* e não apenas *existenciais*, pelo menos até a maioridade.

A eminent Relatora fundamenta a improcedência da ação na falta de nexo causal. Não houve, segundo afirma, um insucesso "existencial" da filha que pudesse ser consequência da omissão imputada ao pai. Ressalta, ainda,

"que é possível inferir que a autora foi bem criada e educada por sua mãe, sabe o que é certo e errado, é inteligente e sábia, consoante conversa de texto havida entre os seus genitores via celular (fls. 28/33), não existindo qualquer indício de possíveis problemas psicológicos ou traumas."

Datíssima vénia, o abandono afetivo não tem, por consequência imanente, o resultado perquirido. A relação causal às avessas, decorrente da omissão, com os exemplos de resultados inerentes ao dano que a filha não teria sofrido, seria admissível no resultado típico de dano patrimonial, mas não no dano moral (*patema d'animo*).

Além de não se perquirir a relação causal às avessas no dano moral, há uma crítica filosófica e científica quanto ao nexo de causalidade nas omissões, o que fez surgir, no Direito Penal, a relação de causalidade normativa. Segundo essa construção jurídica, não há nexo de causalidade entre a omissão (abstenção) e o

resultado, mas, sim, entre o resultado e o comportamento que o agente estava juridicamente obrigado a realizar e omitiu-se. Não se pune o comportamento físico negativo em si, mas a omissão ilegal.

É necessária, portanto, "a conjugação de dois fatores: que aquele que se omitiu tivesse o dever de agir e pudesse de fato agir (dever legal + possibilidade real). Tanto a consciência da obrigação de agir como a possibilidade real de fazê-lo, sem risco pessoal, devem estar presentes. Então, se não agir para evitar o resultado, poderá ser responsável por este, a título de dolo ou culpa." (**Celso Delmanto**, *Código Penal comentado*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1991, p. 20).

A omissão não significa a conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não-fazer, mas, sim, o não-fazer-alguma-coisa-que-tenha-sido-ordenada. Enquanto o fazer é um acontecimento perceptível no mundo da realidade física, o não-fazer não tem existência materialmente detectável. A omissão é, pois, um conceito normativo, não-naturalístico e consiste "na abstenção da atividade devida, ou seja, na não realização de conduta positiva que o agente tinha o dever jurídico e a possibilidade de realizar".(**Heleno Cláudio Fragoso**, *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 238).

Se o legislador determinou a intervenção pessoal do agente, obrigando-o à realização de ação destinada à salvaguarda do bem jurídico, e se o agente desconsiderou o comando legal, omitindo tal ação, é óbvio que sua conduta se ajusta de modo direto e imediato à situação tipificada. Cuida-se, na espécie, de uma norma penal incriminadora de caráter preceptivo, isto é, de norma que ordena "uma determinada ação e impõe, consequentemente, um fazer positivo; a infração do Direito consiste, então, na omissão desse fazer". (**Hans-Heinrich Jescheck**, *Tratado de Derecho Penal*, v. II, Barcelona: Bosch, p. 828).

Rui Soares Pereira, Professor da Universidade de Lisboa, tratou do tema à luz da teoria contrafactual da causaçãode **David Kellogg Lewis**:

"Uma crítica adicional à teoria contrafactual da causação de Lewis diz respeito à circunstância de a teoria não proceder à diferenciação entre eventos atuais e os chamados '*absent events*'.

Esta crítica - que interessa de modo particular face à problemática das omissões no direito desenvolvida noutra obra - pode ser descrita da seguinte forma: admitindo a possibilidade de existir dependência contrafactual tanto nos casos de

atuações como nos casos de omissões, o certo é que costuma ser traçada, ao nível da causação, uma diferenciação entre esses casos.

Na análise subsequente à sua construção originária, Lewis teve consciência do problema e procurou discuti-lo.

Nessa sede, Lewis apresentou o problema da causação negativa ou por omissão, sobretudo como um desafio: o de encaixar a causação negativa ou por omissão na sua teoria contrafactual da causação e na teoria que posteriormente desenvolveu sobre os eventos. Porém, Lewis acabou por concluir: '*Unfortunately, I do not see how to make it fit with all that I say in general about events and about their causal dependence. So, one way or another, a special case it must be*'.

Partindo do pressuposto de que as omissões enquanto efeitos não representariam qualquer problema especial, Lewis concentrou-se na questão de saber se necessitáramos das omissões como causas. E, após fazer referência a três estratégias possíveis para abordar o problema, Lewis pareceu manifestar, em conformidade com a sua teoria de eventos, uma opção pelas alternativas que passavam por rejeitar a consideração das omissões como eventos genuínos.

De acordo com Lewis, considerar as omissões como eventos, apesar de não apresentar qualquer exceção ao que afirmava sobre a causação em geral, requer '*an exception to what I say about events in general*', mais propriamente em termos da necessidade que defendia de rejeição de eventos disjuntivos, ou seja, de eventos que poderiam ter ocorrido '*in various dissimilar ways*'.

Tal sucederia, na opinião de Lewis, devido ao fato de uma omissão que seja '*essentially specifiable as such*' ser '*highly disjunctive*', já que são tantas as formas de uma omissão poder ocorrer quanto as alternativas de ação. Ora, como referiu Lewis, '*[if] omissions are accepted as genuine events and as causes, while other alleged disjunctive events are rejected, that makes causation by omission a special case*', tornando-se aliás necessário distinguir '*the genuine omissions from other alleged events that we should still reject*'.

Já defender que as omissões não constituem eventos, apesar de ter a vantagem de se mostrar conforme com a sua teoria dos eventos, obrigaria, segundo Lewis, a fazer '*an exception to what I say about causation itself*'e ainda a mudar '*to a different kind of counterfactual*', já que, nesse caso, a pergunta seria, não o que teria sucedido caso a omissão não tivesse ocorrido, mas, sim, o que teria acontecido se um evento do tipo da omissão não tivesse ocorrido. Para Lewis essa mudança de contrafactual criaria dificuldades no que respeita à sua insistência de a dependência contrafactual existir entre eventos causalmente dependentes serem entre si distintos.

Também a estratégia de sustentar que as omissões são eventos, apesar não serem especificadas como tal, exigiria, na perspectiva de Lewis, '*especial counterfactuals for the special case*'. Como referiu Lewis, '*it is one thing to suppose away the event simpliciter, another thing to suppose it away qua omission*' , sendo certo que, ao contrário do que sucede nos outros casos, o contratual relevante para as omissões seria este último." (Rui Soares Pereira. *Pressupostos filosóficos e científicos do nexo de causalidade*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 356-357).

Nessa relação civilística há lugar para a superveniência de causa relativamente independente que, por si só, produz o resultado, mas não afasta a responsabilidade. A causa é relativa porque não se rompem todos os vínculos prévios. Mesmo com o abandono afetivo, há o vínculo genético, de ruptura impossível, que influencia, à luz da ciência moderna, aspectos vivenciais, como, por exemplo, o desempenho escolar.

Um recente estudo publicado pela revista *npj Science of Learning*, de pesquisadores da Universidade do Texas, em Austin, e do King's College, de Londres, evidencia a substancial influência dos genes no sucesso acadêmico, do ensino básico ao ensino médio, o que justifica a afirmação feita no parágrafo anterior. (**Kaili Rimfeld et al**, The stability of educational achievement across school years is largely explained by genetic factors, *npj Science of Learning* (2018). DOI:10.1038/s41539-018-0030-0).

Mas nem só de genes se faz um cidadão bem-sucedido em todos os aspectos da sua dimensão humana. Não retomo, mais de um século depois da morte de **Cesare Lombroso** (1836-1909), ante o avanço dos estudos sobre o genoma, a teoria de que o homem é fruto exclusivo do hereditarismo. Isso porque o artigo de Kaili

Código de Verificação :2019AC07LN5MGJ29SJKQ44RD9KF

Rimfeld, Margherita Malanchini, Eva Krapohl, Laurie J. Hannigan e Robert Plomin conclui que a identificação antecipada do índice poligênico, com indicador de insucesso futuro no desempenho acadêmico, permite uma intervenção familiar precoce para, dentro do possível, corrigir essa insuficiência original. Ou seja: até quando a herança gênica apresenta insuficiência para determinadas atividades vivenciais, ela pode ser suprida pelo cuidado parental.

Luís Manuel Teles Menezes Leitão restringiu o cabimento da identificação do nexo causal a situações específicas e dentro do âmbito da proteção da norma:

"Efetivamente a obrigação de reparar os danos causados constitui uma consequência jurídica de uma norma relativa à imputação de danos, o que implica que a **averiguação do nexo de causalidade apenas** se possa fazer a partir da determinação do fim específico e do âmbito de proteção da norma que determina essa consequência jurídica."(Luís Manuel Teles Menezes Leitão. *Direito das Obrigações*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 349).

A morte é a curva da estrada.

Morrer é só não ser visto.

Fernando Pessoa

Quando um pai morre, vítima de um crime, obviamente praticado por terceiro, o filho - nascituro, com pouco tempo de vida ou adulto - tem direito, incontinente, à indenização por danos morais, não ficando a ação suspensa por prejudicial, à espera do resultado do seu desconhecido futuro. O dano moral é *in re ipsa* porque até os sonhos que temos com quem partiu antes da hora (e sempre há os que partem antes da hora) provam o sofrimento, a angústia e a dor causados pela ausência.

Mário Quintana (1906-1994), o *Poeta das Coisas Simples*, tem uma belíssima quadra sobre esse instante vivencial dos que partem, estranhamente, antes do que deviam:

"Esta vida é uma estranha hospedaria,
De onde se parte quase sempre às tontas,

Pois nunca as nossas malas estão prontas,
E a nossa conta nunca está em dia."

Sobre os sonhos e o futuro, algumas palavras de **Fernando Gil** (1937-2006), filósofo português, humanizam este voto:

"O futuro é uma visão, aprender a ver obriga a saber sonhar. O sonho é o recurso do vidente que nele se refugia a fim de ganhar forças para afrontar o sentido do futuro. As diferentes chaves dos sonhos que, na sua história, as sociedades humanas fizeram funcionar, correspondem a esta necessidade fundamental. A apreensão que em nós suscita a imprevisibilidade do futuro alimenta a edificação dos sistemas interpretativos, a antecipação do que está ainda por vir amparase nestas fábricas de sentido tranquilizadoras. Mas a incerteza provoca também a excitação feliz da multiplicidade dos possíveis. Nestas cenas mitológicas, o sonho encarna o momento de antes da escolha em que os caminhos coexistem e a riqueza das alternativas suspende o curso da necessidade. Por isso gostamos de ouvir estes contos antigos e de olhar os quadros que os põem em imagens. O sonho figura o tempo da liberdade do homem, mesmo se os termos da sua decisão lhe são traçados por poderes estrangeiros e superiores. É o sonho que permite a própria escolha: sem a energia que propicia, o gosto pela invenção seria menor. No retiro que a sonolência produz, a alma concentra-se e a imaginação liberta-se. Viagem no desconhecido do futuro, o sonho é apetite de descoberta." (**Fernando Gil**, *Acentos*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 236).

A mesma lógica jurídica dos pais *mortos pela morte* deve ser adotada para os *órfãos de pais vivos*, abandonados, voluntariamente, por eles, os pais. Esses filhos não têm pai para ser visto. Também para eles, "O sonho é o recurso do vidente que nele se refugia a fim de ganhar forças para afrontar o sentido do futuro." (**Fernando Gil**, *Op. cit.*). Também eles afrontam o sentido do futuro e sonham o

Código de Verificação :2019AC07LN5MGJ29SJKQ44RD9KF

sofrimento, a angústia e a dor causados pelo desamor do pai que partiu às tontas, quando as malas não estavam prontas e a conta não estava em dia.

Neste ponto, transcrevo excerto da brilhante sentença do **MMº Juiz Samer Agi**, que julgou a causa adotando fundamentação na qual inspirei-me para parte deste voto:

"Exercemos empatia. E, tendo nos colocado no lugar de Jéssika e Jean, podemos chegar a uma conclusão: de fato, Jéssika não teve e não tem pai.

Pergunto: cabe indenização?

Começo a responder.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça ensina: se o motorista de ônibus tira a vida do ciclista, pai de família, cabe indenização por danos morais. Se o médico causa o homicídio do paciente por imperícia, devida a compensação. Se o Estado permite a morte de um preso, que também é pai, dentro do presídio, o filho merece ser indenizado.

Mas o que o motorista, o médico e o Estado têm em comum?

Todos não quiseram matar o pai. Não quiseram, mas mataram. E o que diz a jurisprudência? Eles devem responder.

O que fez Jean? Jean matou o pai de Jéssika na vida de Jéssika. Jean cometeu um "suicídio" paternal. Ele quis morrer na vida da filha. Ou, pior, ele quis nunca nascer como figura de pai para a autora.

Ora, se responsabilizamos quem culposamente subtrai o pai do filho, por qual razão não responsabilizaremos quem dolosamente subtraiu-se do próprio descendente? Quem "matou-se" como figura paterna tem maior reprovabilidade em sua conduta.

Dizer que não houve ofensa à integridade psíquica da autora é ignorar a empatia. O dano moral é dano *in re ipsa*. Comprovado o ato danoso, dispensada está a comprovação do dano, este é presumido. Conclusão: presente está o dever de indenizar (artigo 5º, X, CF).

Dizer que abandonar não é ato ilícito é pregar que o descaso é permitido pelo Direito. É dizer que o dever de ser pai é norma

imperfeita, porque prevê responsabilidade, mas não há sanção em caso de descumprimento. Claro, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (artigo 5º, II, CF). Mas a lei manda o pai cuidar da filha (artigo 4º da Lei 8.069/90).

Ah, mas o relacionamento com a mãe da autora nunca foi bom, disse o réu. Fosse a mãe quem fosse, restava incólume o dever paterno. Ações para requerer o direito de guarda, de visitas, de contato com a filha não faltaram. Faltou apenas vontade. Faltou apenas querer.

Dizer que não houve ato ilícito é permitir que o espírito que norteia o direito de família morra antes de chegar à vara cível.

Afirmar que não há dano moral é fazer imoral a moral que o Direito, neste caso, quer defender.

Não digo que a parte requerida maltratou a filha. Não maltratou. Porque quem maltrata trata de alguma forma, ainda que mal. A parte ré não tratou a filha e não tratou da filha.

Presentes os elementos dos artigos 186 e 927 do CC, resta fixar o valor da compensação por danos morais.

O valor da indenização por danos morais não deve ser alto ao ponto de promover o enriquecimento sem causa do indenizado (artigo 884 do CC). Também não pode ser ínfimo, fomentando a continuidade da prática ilícita pelo ofensor. Tenho como razoável o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O pleito autoral merece acolhida."

Não há dúvidas. No simbolismo psicanalítico, há um ambicídio. Esse pai suicida-se moralmente como via para sepultar as obrigações da paternidade, ferindo de morte o filho e a determinação constitucional da paternidade responsável. **Arnaldo Rizzato**, citado pelo **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino** no voto proferido no julgamento do REsp. 1159242/SP, tratou do tema com insuperável pertinência:

"Embora não caiba se falar em coesão familiar, e oferecer aos filhos uma estrutura regular da convivência com o pai e a mãe, o mínimo que se impõe como ditame fundamental da consciência, da moral, da natureza e da lei consiste na convivência regular com os progenitores, mesmo que espaçada, de modo a satisfazer o impulso natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu acompanhamento.

Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções.

Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios de humanidade." (Grifou-se) (Arnaldo Rizzato. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 692-693).

Por essa razão, o dano moral decorrente do abandono afetivo não depende de perícia, não depende do futuro nem do passado, tampouco depende de resultado negativo na existência filial no presente. O dano é *in re ipsa*, "traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação."

Essa solução não é inédita. A eminent **Ministra Nancy Andrighi**, relatora do REsp. 1159242/SP, julgado em 24/4/2012 (DJe 10/5/2012), abordou o tema com sabedoria e sensibilidade:

"2.2 Do dano e do nexo causal"

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal.

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuidado por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem. Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade apesar da evidente presunção de sua paternidade -, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuam, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole - recorrida -.

Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões -

fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tríade que a ele conduz: negligência, dano e nexo."

Confiro o inteiro teor da ementa desse julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foidescumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por

demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação pordanos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

REsp. 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

A autora nasceu em 8 de janeiro de 1998 e foi registrada pelo pai em 19 de janeiro de 1998 (fl. 71). É a segunda filha do casal JCDSS e H. A primogênita, J., nasceu em 27 de março de 1995 (fl. 72).

Em setembro de 2014 (fl. 18), com 16 anos, JCDAS tomou a iniciativa de procurar o pai, que a vira, pela última vez, quando a filha tinha dois anos (fl. 3). Passaram-se 14 anos sem ver e sem ser vista.

Segundo o pai, na narrativa sob medida apostila na petição inicial da ação negatória de paternidade que ajuizou contra a filha, "não tem nenhum laço de afetividade [com a filha], [que] não o procura, não faz questão alguma de vê-lo e só conversou com o suposto pai em setembro de 2014, porque o mesmo ligou demonstrando carinho o que foi em vão, fazendo o crer que não pode mais viver na dúvida, pelo que ajuíza a presente demanda". [Sic] (fl. 18).

É inacreditável a afirmação de que telefonou 12 anos após ter visto a filha pela última vez, com dúvida sobre a paternidade dela, e que tenha manifestado algum tipo de carinho. Tanto que ajuizou a ação negatória de paternidade.

A história crível é outra.

A gente não quer só comida

**A gente quer a vida Como
a vida quer...**

Arnaldo Antunes/Sérgio Brito/Marcelo Fromer

Em junho de 2014, aos 16 anos, a filha procurou o pai e obteve contato com ele. Em outubro seguinte, JCDAS teve um problema de saúde e foi assistida no Hospital de Base de Brasília (fl. 3). Para ter assistência médica mais efetiva, pediu ao pai que a incluísse como dependente no plano de saúde dele. Esses fatos não foram contestados.

Além de receber um "não" por resposta, foi excluída do *Facebook* do

Código de Verificação :2019AC07LN5MGJ29SJKQ44RD9KF

pai, onde constava como "amiga". Não bastasse, o pai mudou o número do seu telefone e não o informou à filha, encerrando, de uma vez por todas, o breve relacionamento que, por iniciativa dela, havia sido iniciado naquele ano, após 16 anos de abandono. As explicações para a mudança do número de telefone não justificam a falta de informação do novo número à filha. Se a mudança não foi proposital, o resultado foi providencial para recalcar o abandono.

O apelante tem outra filha, L., nascida do relacionamento atual, com faixa etária próxima da autora. No documento de fl. 29, em conversa entre a ex e a atual esposa, esta última registra que ele, JCDSS, "É super pai! [Que] Leva [L.] na escola, [Que] vai às reuniões [da escola]..." Na folha 83, há a prova de que L. tem plano de saúde da Unimed, prerrogativa negada à autora desta ação.

A conclusão a que se chega é a mesma da **Ministra Nancy Andrichi** no excerto do voto acima transrito, proferido em caso muito semelhante: o apelante passou pela ausência completa de contato com a filha, abandono coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado à filha posterior.

Não fosse isso o suficiente, um ano depois dessa tentativa frustrada de aproximação, em 15 de outubro de 2015, quando a autora contava com 17 anos, o pai ingressou com a ação negatória de paternidade cumulada com anulação de registro civil (Processo nº 2015.06.1.011950-0, fls. 17-26), imputando à excompanheira, sem qualquer indício de prova, o insulto desonroso da infidelidade.

O exame de DNA foi realizado em 14 de junho de 2016, quando, apesar da falta de respeito e do desprezo consolidado, a filha teve a curta esperança de encontrar o pai pela primeira vez desde que se tornou uma jovem adulta.

A resposta foi a potencialização, o agravamento da ofensa: o pai tentou entrar no laboratório de forma a não ver a filha, o que não foi autorizado pela representante da Polícia Civil, onde foi feito o exame. Como o material a ser examinado deveria ser colhido em conjunto, acabaram, pai, filha e sua mãe, no mesmo ambiente, mas sem qualquer gesto de carinho, de respeito dele para com a filha e a ex-esposa, que ali compareceu como assistente da filha, e, também, em legítima defesa da sua própria honra.

A prova genética confirmou a paternidade biológica e a ação foi julgada improcedente. Confirmou-se o insulto e a intenção deliberada de humilhar e de desprezar a autora e, por ricochete, sua mãe.

O abandono afetivo não implica derrota ao filho, nem a não-derrota exclui o dano moral dele decorrente. E a *contrario sensu*, o filho cuidado pelo pai não tem a prerrogativa intrínseca de sucesso.

A vida, representada pela mente humana, é feita de afeto, cognição

e volição. O afeto é o mais importante desses três componentes, mas não é o único e não exclui as consequências decorrentes dos demais. Após o afeto, vem o conhecimento. Mas a vida não é feita só de afeto e de conhecimento. A vida também é vontade, é livre arbítrio em que as decisões são tomadas na solidão de cada instante.

Bem a propósito, uma passagem bíblica reúne, com linguagem simbólica e própria da evolução de uma criança, esses três elementos: afeto, cognição e volição.

"Quando eu era criança, eu falava como criança, pensava como criança e agia como criança. Quando me tornei adulto, deixei para trás a infância. Agora, vemo-nos, de maneira confusa, na imagem refletida no espelho. Ainda nos veremos face a face. Ainda não sei tudo, mas saberei mais. E saberei tudo sobre mim. Até aqui, permaneceram a fé, a esperança e o amor. Mas o amor é, de todos, o maior dos sentimentos."(1ª Carta aos Coríntios: 13, 11-13).

A Bíblia demonstra que as crianças falam, pensam e agem como crianças. Às vezes não falam, mas pensam e sofrem com o abandono, buscando, desde a primeira noção da ausência paterna, a resposta que a autora, neste processo, procurou obter: - Por que ele não gosta de mim? - O que eu fiz de tão mau para ser rejeitada? - Que pecado original é esse em que a partida vem antes da chegada, em que o abandono vem antes do colo?

**Olha-te ao espelho e diz-me que rosto contemplas.
Pois é tempo que dele outro rosto se forme.**
Shakespeare

Quando a criança cresce, a maturidade assume o lugar, mas não apaga as reminiscências da infância. É como olhar nossas fotografias de criança, quando somos adultos. É nesse momento de adaptação ao mundo exterior que a criança toma consciência de si ao ver-se ao espelho. De maneira confusa, enxerga, na própria imagem, os traços de uma sombra intrusa e desconhecida, de um pai

ausente e ao mesmo tempo presente, de uma unidade (*Ego*) e de uma dualidade (*Ego e/d*) em crise. Observe-se que o texto bíblico usa o plural e o singular: "Agora, **vemos-nos**, de maneira confusa, **na imagem refletida** no espelho."

Diego Gracia, Professor Catedrático da Faculdade de Medicina da Universidade Complutense de Madrid, considerado um dos Pais da Bioética, em capítulo de livro que traduzi, adaptei e organizei a publicação, tratou do tema com plena pertinência:

"No começo de seu livro *O Ego e os mecanismos de defesa*, Anna Freud, filha de Sigmund Freud, escreveu:

'Durante certa época do desenvolvimento da ciência psicanalítica, o estudo teórico do *Ego* individual resultou francamente impopular. Muitos analistas haviam se convencido de que o trabalho analítico seria tanto melhor, científica e terapeuticamente, quanto mais profunda fosse a investigação dos estratos da vida anímica. Todo intento de inovação que propôs transferir o interesse científico - até então centrado nas camadas psíquicas profundas - para as mais superficiais, e toda mudança de direção *dold* para o *Ego* foram, de modo geral, considerados uma apostasia da psicanálise. 'Psicanálise' era a denominação a ser reservada apenas para os novos descobrimentos da vida psíquica inconsciente, o conhecimento dos impulsos instintivos reprimidos, dos afetos e das fantasias. Questões como a adaptação da criança ou do adulto ao mundo exterior, valiosos conceitos como saúde e enfermidade, virtude ou vício não deveriam interessar à psicanálise. As fantasias infantis que continuam na vida adulta, as vivências imaginárias de prazer e de temor aos castigos, que poderiam sobrevir como réplica, constituíam seu objetivo exclusivo.' (**Ana Freud**, *El yo y los mecanismos de defensa*. Buenos Aires: Paidós, 1971).

Só a partir de *Além do princípio de prazer* (1920) e de *Psicologia de grupo e análise do Ego* (1921), 'Freud iniciou uma nova orientação, graças à qual o estudo do *Ego* pôde livrar-se da antipatia que provocava seu caráter aparentemente antianalítico,

e as instâncias do *Ego* centralizaram o interesse da investigação científica de forma definitiva. A partir de então, a expressão 'Psicologia profunda' não abarca com precisão a totalidade da investigação analítica'. O estudo sistemático do *Ego* começou tarde, em 1920, enquanto o estudo dos chamados *mecanismos de defesa* do *Ego* teve início ainda mais tarde, em 1926, em um apêndice do trabalho de Freud intitulado *Inibição, sintoma e angústia*.

Anna Freud registrou que o termo *defesa*

'apareceu pela primeira vez em 1894, no estudo de Freud sobre *As neuropsicoses da defesa* e que ele o empregou nesse e em trabalhos posteriores (*Etiologia da histeria, Observações ulteriores sobre a neuropsicose de defesa*), para descrever as lutas do *Ego* contra ideias e afetos dolorosos e insuportáveis. Mais tarde, o termo foi abandonado e substituído por 'repressão'. Não obstante, a ideia da relação entre ambos permanecia indeterminada. Só em um apêndice complementar de *inibição, sintoma e angústia* (1926) Freud retomou o velho conceito de defesa, sustentando a indiscutível vantagem de empregá-lo novamente como designação geral de todas as técnicas que o *Ego* utiliza nos conflitos eventualmente suscetíveis de conduzir à neurose, e reservou o nome 'repressão' para um desses métodos de defesa que a orientação de nossa investigação nos fez conhecer em primeiro lugar. Essa é uma réplica direta da ideia de que a repressão ocupa um lugar exclusivo entre os processos psíquicos, dando lugar, na teoria psicanalítica, a outros que servem a idêntico propósito, ou seja, à proteção do *Ego* contra as exigências instintivas. O significado de repressão foi restrinido a um método particular de defesa'.

A partir de 1926, prosseguiu-se com a elaboração da teoria dos mecanismos de defesa do ego. Ao mais clássico deles, a repressão, foram acrescidos outros, até constituírem um grupo de nove ou dez, sendo certo que o décimo surgiu em 1936, quando Anna Freud escreveu seu clássico livro *o Ego e os mecanismos de defesa*:

'Aos nove métodos de defesa bem conhecidos e extensamente descritos na teoria e na prática - *repressão, regressão, formação reativa, isolamento, anulação, projeção, introjeção, inversão contra o eu e transformação no contrário (reversão)* podemos agregar o décimo, mais apropriado ao estado normal do que às neuroses: *a sublimação ou deslocamento do objeto instintivo.*'

Todos os mecanismos de defesa têm o mesmo objetivo: proteger o *Ego* contra a angústia, provocada pelo conflito entre o *Ego* e o *Id*, entre o princípio da realidade e o princípio do prazer. Essa é a origem das chamadas 'neuroses infantis', descritas por Freud em *Inibição, sintoma e angústia*. Nas 'neuroses de adultos', pelo contrário, as defesas são disparadas 'pela angústia frente ao superego'. Isso é elementar, mas Freud não se aprofundou nesse estudo, o que permitiu, desde então, o surgimento de diversas interpretações sobre o tema." (Diego Gracia Guillén. *Medice Cura Te Ipsum*. Tradução, adaptação e notas: Diaulas Costa Ribeiro. In: Diaulas Costa Ribeiro. Relação Médico-Paciente: velhas barreiras, novas fronteiras, São Paulo: São Camilo, 2010, p.

13-108.

O filho tem sua história ignorada pelo pai, que insiste em não sair do espelho, mas reluta em não se apresentar de corpo e alma. É tempo que dele outro rosto se forme.

Olhos nos olhos, quero ver o que você diz

Chico Buarque de Holanda

Ausente no afeto, presente nas marcas que os genes impõem ao rosto e que o espelho sentencia como o laudo de exame de DNA que atesta 99,999996% de certeza da paternidade (fl. 22), surge, nesse pedaço de vida, nesse agora, mais do que a vontade, a esperança de que "um" ainda será visto pelo "outro", e as duas faces, a do criador e a da criatura, enxergarão uma à outra, reciprocamente,

olhos nos olhos. As duas faces de Janus, uma olhando em sentido oposto à outra - o passado, o pai; o futuro, o filho -, encontrar-se-ão nesse dia em que o presente será o maior presente. O encontro e o reencontro podem ocorrer numa sala de audiência judicial ou em um laboratório de genética forense. O desencontro, também!

O conhecimento do filho é limitado, mas o pai o conhece, mas não o reconhece. E neste olhar confuso ante o espelho, há repressão, regressão, formação reativa, isolamento, anulação, projeção, introjeção, inversão contra o eu, transformação no contrário (reversão) e sublimação ou deslocamento do objeto instintivo (o pai). As ações judiciais são propostas, normalmente, após a sublimação ou deslocamento do objeto instintivo, o que não significa superação.

A ação de indenização de danos morais por abandono afetivo dos pais para com os filhos, de maneira simplificada, é o grito que surge da dor dos rejeitados. Rejeitados que, em vez de abrirem a boca para dizer ao mundo - Meu pai! - abriram-na para ceder e às vezes repetir a cessão de material para exame de DNA, insultados pelo pai que não tem outra palavra para responder senão ofender a geração inteira e transferir sua culpa pelo desamor à mãe, numa atitude machista e ensaiada por homens incapazes de pôr em dia a conta com os filhos e que optam, voluntariamente, por abandoná-los *in natura*, como se fossem seres de outras espécies.

Régis Jolivet tem a precisa definição dos atos morais procedentes da vontade livre:

"Os atos humanos não podem ser atos morais a não ser que procedam da vontade livre. Seu grau de valor moral dependerá, pois, do grau de liberdade com que forem realizados. Um ato não pode ser chamado voluntário senão nas seguintes condições: 1. *Deve ser espontâneo*, isto é, proceder de uma tendência própria e interior à vontade, senão é coagido e forçado. 2. *O fim deve ser conhecido como tal*, senão o ato não é voluntário, mas natural ou instintivo, pois procede de um princípio interior cego, como é o caso da atividade vegetal ou animal.

O ato voluntário pode ser: 1. *Necessário ou livre*, segundo a vontade possa ou não realizá-lo. Vimos acima que a busca da felicidade é um ato de vontade necessário. Quando dizemos *atos humanos* designamos sempre atos de vontade livre. 2. *Ilícito ou*

imputado, segundo proceda diretamente da vontade (amar, desejar) ou de uma faculdade movida (ou imputada) pela vontade (ver, pensar, escutar). 3. *Direto ou indireto*, segundo a vontade o realiza por si mesma ou como efeito previsto de um ato desejado por si mesmo. Por exemplo, em caso de guerra, um aviador que deseje destruir uma fábrica de armamentos (voluntário direto) prevê que o bombardeio causará a destruição de casas particulares próximas da fábrica (voluntário indireto). (Régis Jolivet, *Curso de Filosofia*. Trad. Eduardo Prado de Mendonça. Rio de Janeiro: Agir, 1953, p.389-390).

A dor gerada pela rejeição, ainda mais a rejeição de um pai, é uma experiência comum da vida, que dispensa consequências visíveis. Como disse certa vez nesta Turma, o dano moral pode ser demandado com palavras e fixado *in re ipsa*, dispensando imagens. Isso porque não se fotografa a dor da alma (*patema d'anima*).

A gente não quer só comer

**A gente quer prazer Pra
aliviar a dor...**

Arnaldo Antunes/Sérgio Brito/Marcelo Fromer

Kelle Lobato Moreira, em dissertação de Mestrado defendida no âmbito do Consórcio *Erasmus Mundus* - Universidade Católica Portuguesa, Université de Rouen (França) e Leibniz Universität Hannover -, concluiu sua investigação de maneira assertiva:

"Ao fim do fim, o objetivo central da ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo não é a indenização pecuniária que o filho possa receber, o que alguns denominam de monetarização do amor. Busca-se alcançar, com a reparação de danos, a função punitiva e dissuasória dessas condutas, a prevenção geral, redirecionando a atenção do pai ou sinalizando a ele que se procura realmente, com essas ações, o

reconhecimento que é devido ao filho. Nada mais." (Kelle Lobato Moreira, *Indenização moral por abandono afetivo dos pais para com os filhos: estudo de Direito Comparado*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica Portuguesa/Université de Rouen/Leibniz Universität Hannover. Orientadora: Profa. Dra. Maria da Graça Trigo. Co-orientador: Prof. Dr. Vasco Pereira da Silva. Lisboa, 2010).

A obrigação dos progenitores prestarem cuidado (*lato sensu*) aos filhos é *dever de mera conduta*, independente de prova ou do resultado causal da ação ou da omissão. E não deixa de ser uma obrigação natural, a mais natural de todas(*naturales obligationes*).

Cabe anotar que o Código Civil português (Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, em vigor desde o dia 1 de junho de 1967) apresenta a antiga noção dessa obrigação, que bem se aplica ao caso concreto:

"Obrigações naturais. Artigo 402º (Noção) - A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça."

O Código Civil francês, no segundo parágrafo (alínea) do art. 1100, com a redação dada pela *Ordonnance (Lei)* de 10 de fevereiro de 2016, retomou o conceito de obrigação natural:

"Art. 1100. - Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridique ou de l'autorité seule de la loi."

"Elles peuvent naitre de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui."

Confiro a doutrina recente. Os textos repetem, na essência, o dispositivo do Código Civil português:

"2. La consécration des obligations naturelles. (...) Le second alinéa du texte commenté dispose en effet que les obligations '*peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui.*' Les obligations naturelles sont des obligations qui n'ont pas de nature juridique et ressortent d'un devoir de conscience. Elles peuvent toutefois acquérir cette nature soit par l'engagement pris par l'intéressé de les exécuter (qui s'analyse comme un engagement unilatéral de volonté), soit par leur exécution volontaire. C'est donc la reconnaissance du devoir moral qui opère ce changement (Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., 1949, LGDJ, n° 193).

Il s'agit là d'une consécration directe de la jurisprudence. Souvenons-nous en ce sens du célèbre arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 10 octobre 1995, aux termes duquel '*la transformation improprement qualifiée novation d'une obligation naturelle en obligation civile, laquelle repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle, n'exige pas qu'une obligation civile ait elle-même préexisté à celle-ci*' (Cass. 1^{re} CIV., 10 oct. 1995, n° 93-20.300, Bull. civ. I, n° 352 ; D. 1996, p. 120, obs. Libchaber R.; D. 1997, p. 85, chron. Molfassis N.; D. 1997, p. 155, note Pignarre G.)." No mesmo sentido:

"Premières vues. - L'obligation naturelle n'est pas obligatoire; elle produit cependant certains effets de l'obligation civile. Pour en comprendre la notion et le régime, il faut la comparer à l'obligation civile, à laquelle elle s'oppose.

Lorsqu'il y a obligation civile, le créancier peut exiger du débiteur qu'il l'exécute; au contraire, l'obligation naturelle est sans sanction: le créancier ne peut contraindre le débiteur à l'exécution forcée. Elle n'est pourtant pas sans effets; elle justifie

les paiements volontaires, dont elle interdit la répétition (art. 1302, al. 2, anc. art. 1235, al. 2) et les promesses d'exécution, qu'elle rend civilement obligatoires."

"Considerações iniciais.- A obrigação natural não é compulsória; ela produz, no entanto, certos efeitos de obrigação civil. Para compreender o conceito e o regime, ela deve ser comparada à obrigação civil, à qual se opõe. Onde existe uma obrigação civil, o credor pode exigir que o devedor a cumpra; pelo contrário, a obrigação natural não dispõe de uma sanção: o credor não pode obrigar o devedor a cumpri-la em execução forçada. Isso não que dizer que ela não produza efeitos; a obrigação natural justifica os pagamentos voluntários, cuja repetição é vedada (art. 1302, parágrafo segundo; antigo art. 1235, parágrafo segundo), e as promessas de cumprimento, que se tornam civilmente compulsórias." (Tradução livre) (**Philippe Malaunie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck. Droit des Obligations.**9. ed., Issy-lesMoulineaux: LGDJ, 2017, p. 741).

Não se pode exigir, judicialmente, desde os primeiros sinais do abandono, o cumprimento da obrigação natural do afeto, do amor. Já se disse que ninguém pode ser obrigado a amar por sentença judicial. Sim, um Juiz não pode obrigar um pai a amar uma filha. Nem é o propósito deste voto.

Mas não é só de amor que se fala quando o tema é a dignidade humana dos filhos e a paternidade responsável. Há, entre o abandono e o amor, o cuidado. Neste ponto, uma vez mais destaco o voto da **Ministra Nancy Andrighi**, quando ressaltou, no caso idêntico já mencionado,

"Que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurgem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação."

E disse mais:

"Na hipótese, não se discute o amar - que é uma faculdade mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos."

Wilson Melo da Silva, antigo Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na obra "O dano moral e sua reparação", cuja primeira edição foi publicada pela Editora Forense, em 1955, quando o dano moral, no Brasil, ainda não era admitido pela legislação, apresentou conceitos e referências memoráveis sobre ele. Esses conceitos e referências ajudam a fundamentar este voto:

"O dano moral, com efeito, tem seu pressuposto maior na angústia, no sofrimento, na dor, assim como os demais fatores de ordem física ou psíquica que se concretizam em algo que traduza, de maneira efetiva, um sentimento de desilusão ou de desesperança." (p. 116).

"Dinheiro, advirta-se, seria ensejado à vítima, em casos que tais, não como simples mercê, mas, e sobretudo, como algo que correspondesse a uma satisfação com vistas ao que foi lesado moralmente. Em verdade, os valores econômicos que se ensejassem à vítima, em tais situações, teriam, antes, um caráter satisfatório que, mesmo, resarcitório." (p. 122).

A gente não quer

**Só dinheiro A gente
quer inteiro E não
pela metade.**

Arnaldo Antunes/Sérgio Brito/Marcelo Fromer

Kelle Lobato Moreira, na dissertação de Mestrado já mencionada, afirma que:

"A indenização do dano moral por abandono afetivo não é o preço do amor, não se trata de novação, mas de uma transformação em que a condenação para pagar quantia certa em dinheiro confirma a obrigação natural (moral) e a transforma em obrigação civil, mitigando a falta do que poderia ter sido melhor: *faute de pouvoir faire mieux*, fundamento da doutrina francesa sobre o dano moral. Não tendo tido o filho o melhor, que o dinheiro lhe sirva, como puder, para alguma melhoria."

Rosa Martins também tratou das mudanças ocorridas no Direito de Família. "O cuidado parental, mais do que promover o desenvolvimento das faculdades físicas, intelectuais, morais, emocionais e sociais do filho, visa agora o pleno e harmônico desenvolvimento da personalidade deste":

"Na verdade, considerar a criança e o adolescente como verdadeiros sujeitos de direito, com uma capacidade limitada no que respeita ao exercício dos seus direitos, permitiu concluir que a função protetora dos pais deve ser inversamente proporcional ao desenvolvimento físico, intelectual, moral e emocional dos filhos. À medida que estes vão crescendo e desenvolvendo as suas capacidades, a finalidade de proteção assinalada ao

cuidado parental vai perdendo sentido. Contudo, o mesmo já não se verifica relativamente à promoção do desenvolvimento do filho com vista à sua preparação para a plena autonomia e independência. Em vez de perder sentido, esta outra finalidade vai-se acentuando com o crescimento do filho. Mais ainda, uma tal finalidade ganha nova intensidade e densidade quando à consideração da criança e do adolescente como "sujeitos em idade evolutiva" acresce o reconhecimento da qualidade de pessoa do filho menor de idade, pessoa diferente da pessoa dos pais. O cuidado parental, mais do que promover o desenvolvimento das faculdades físicas, intelectuais, morais, emocionais e sociais do filho, visa agora o pleno e harmônico desenvolvimento da personalidade deste." (Rosa Martins. *Menoridade, (In)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 227-228).

Quanto ao valor arbitrado, nenhum reparo merece a sentença. Os primeiros casos julgados no Brasil, em meados da década passada, tiveram valores condenatórios semelhantes, como ocorreu, por exemplo, com a ação que ensejou o REsp. nº 757.411/MG. No REsp. 1159242/SP, o valor fixado pelo Superior Tribunal de Justiça foi de R\$ 200.000,00. Nas contrarrazões desta apelação há vários precedentes de R\$ 50.000,00.

O valor indenizatório não pode ter por referência percentual adotado para fixação de pensão alimentícia, nem valor do salário mínimo ou índices econômicos. A indenização por dano moral não tem um parâmetro econômico absoluto, uma tabela ou um baremo, mas representa uma estimativa feita pelo Juiz sobre o que seria razoável, levando-se em conta, inclusive, a condição econômica das partes, sem enriquecer, ilicitamente, o credor, e sem arruinar o devedor.

Maggiorino Capello, há mais de um século, já contestava as objeções à reparação do dano moral por serem contrárias à liberdade do Juiz na fixação do valor da indenização, tendo consignado:

"Qual'è l'animo, per poco che sia nutrito di sentimenti gentili, che non sente il dolore morale della diffamazione sparsa a proprio danno?

Certo non puossi stabilire una equazione matematica tra l'entità di questo danno e una somma pecuniaria, ma appunto per questo sottentra il prudente critério del giudice, che, apprezzando caso per caso le circostanze varie, liquida il danno in questa o in quella misura.

Così già Giustinianno: '*secundum grandum dignitatis vitaeque honestatem crescit aut minuitur estimatio injuriae.*'"

"Quem, mesmo com poucos sentimentos de bondade, não sente a dor moral do dano decorrente da difamação difundida? É certo que não se pode estabelecer uma equação matemática entre a extensão desse dano [moral] e uma soma em dinheiro. A fixação de indenização por dano [moral] decorre do prudente critério do Juiz, que, ao apreciar caso a caso e as circunstâncias de cada um, fixa o dano nesta ou naquela medida.

Como já havia dito Justiniano, "Estima-se a injúria, para mais ou para menos, com a honesta avaliação da plena dignidade da vida de quem foi ofendido". (Tradução livre). (Maggiorino Capello. *Diffamazione e Ingiuria. Studio Teorico-Pratico di Diritto e Procedura.* 2 ed., Torino: Fratelli Bocca Editori, 1910, p. 159).

Em momento algum o apelante tratou de expor sua condição econômica e financeira. Quanto a esse capítulo, limitou-se a dizer, nas razões do recurso, que o valor fixado era absurdo e impagável. Evidentemente, esses argumentos sensacionalistas, sem qualquer preocupação com a contextualização real, não podem ser levados em conta.

Quanto à autora, não há dúvida de que ela não tem um padrão econômico e financeiro elevado, sendo, inclusive, beneficiária da gratuidade de justiça.

Anote que a ação foi ajuizada quando a autora completou 18 anos, 10 meses e 20 dias de abandono. O último encontro entre pai e filha, em 2001, quando ela contava dois anos de idade, não passou de uma visita feita pela excompanheira e

suas duas filhas ao apelante, no interior de São Paulo, onde ele já havia constituído outra família, como prova a fotografia juntada com a contestação (fl. 80), destacando-se a legenda apostada à mão.

Até 28 de março de 2019, data da conclusão do julgamento deste recurso, foram 21 anos, 2 meses e 20 dias (ou 1.107 semanas). Por fim, foram 7.749 dias e noites. Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não comprehende a nostalgia das noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias.

A indenização não é, por tudo isso, absurda, nem desarrazoada, nem desproporcional. Tampouco é indevida, ilícita ou injusta. R\$ 50.000,00 equivalem, no caso, contados, ininterruptamente, desde o nascimento da autora, a R\$ 3,23 por dia e a R\$ 3,23 por noite.

Ainda que a indenização tenha sido estabelecida em valor fixo e não em dias e noites, e que esses cálculos não tenham a precisão do tempo contado por um relógio atômico, porque não se sabe o dia exato do início do abandono, não havendo dúvida, contudo, de que foi logo depois do nascimento da autora, esses números apenas ilustram a proporcionalidade e a razoabilidade do valor fixado, que deve ser mantido em R\$ 50.000,00, atualizados pelo INPC e juros de 1% ao mês, incidentes da data do arbitramento (data da sentença).

Posto isso, conheço o recurso e nego-lhe provimento.

Majoro os honorários de sucumbência em 2%, tornando-os definitivos em 12% sobre o valor da condenação.

Registro que este processo nunca esteve sob segredo de Justiça, desde a inicial.

É como voto.

CONTINUAÇÃO DE JULGAMENTO

VOTOS

O Senhor Desembargador EUSTÁQUIO DE CASTRO - Vogal Acompanho o voto da divergência.

O Senhor Desembargador MÁRIO-ZAM BELMIRO - Vogal

Senhor Presidente, tendo em vista as particularidades da questão deduzida em juízo, meu entendimento é o de que, realmente, em causas deste jaez, não há necessidade de realização de perícia, *data venia*. A meu ver, encaixa-se como dano *in re ipsa*. O abandono afetivo, induvidosamente, causa grande tristeza, perturbação espiritual, psicológica, mormente diante de momentos em que a abandonada precisava do apoio do seu genitor.

Com essas breves considerações, peço vênia à eminente Relatora para acompanhar a divergência.

D E C I S Ã O

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. MAIORIA. VENCIDA A RELATORA, REDIGIRÁ O ACÓRDÃO O EXCELENTÍSSIMO DES. DIAULAS COSTA RIBEIRO.