

ACÁSSIO SILVESTRE DE SOUZA

**A DECISÃO DO STJ E A REPARAÇÃO CIVIL POR
ABANDONO AFETIVO: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL
Nº 1159242/SP**

BACHARELADO

EM

DIREITO

FIC - MINAS GERAIS

2013

ACÁSSIO SILVESTRE DE SOUZA

**A DECISÃO DO STJ E A REPARAÇÃO CIVIL POR
ABANDONO AFETIVO: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL
Nº 1159242/SP**

**Monografia apresentada à banca examinadora da
faculdade de Direito das Faculdades Integradas de
Caratinga, como exigência parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito, sob orientação do
professor Juliano Sepe Lima Costa.**

FIC – CARATINGA

2013

AGRADECIMENTOS

A exemplo de um filho, que precisa da presença e afeto paternos em seu desenvolvimento, também precisei de verdadeiros “pais” e “mães” que me auxiliassem na produção deste trabalho.

Antes de tudo, ao PAI sempre presente em minha vida, nosso Senhor Jesus Cristo. “Porque d'Ele, por Ele e para Ele são todas as coisas...” (Romanos 11:36).

Ao meu orientador Juliano Sepe Lima Costa e professores, pelos ensinamentos e ajuda que sempre dedicaram ao longo de minha formação.

A todos meus amigos, com os quais aprendi os valores da amizade sincera e duradoura.

À minha família, pelo incentivo e apoio, em especial à minha mãe e ao meu pai.

A todos vocês, o meu “Muito Obrigado”.

DEDICATÓRIA

Dedico esta, bem como todas as minhas demais conquistas, aos meus amados pais CÉSAR e VALÉRIA pelo amor incondicional que sempre tiveram por mim. Às minhas irmãs Carolaine e Maria Clara. Aos meus avós Mirta e Sebastião. À toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida. Aos meus amigos que sempre me ajudaram e incentivaram para que essa luta fosse vencida. Dedico a todos vocês essa vitória!

RESUMO

A presente monografia aborda o tema, a decisão do STJ e a reparação civil por abandono afetivo: análise do Recurso Especial nº 1159242/SP, com a finalidade de pesquisar se há danos que poderão ser ressarcidos aos filhos abandonados e analisar os pressupostos da responsabilidade civil no julgado, diante dessa questão que atinge a sociedade brasileira que vê na família o local onde os filhos deveriam receber sua criação, educação e afeto. Traz como problema se no julgado do Recurso Especial nº 1159242/SP, o qual foi deferido à reparação por abandono afetivo, os pressupostos da responsabilidade civil estão de acordo com o ordenamento jurídico, sugerindo como hipótese a análise minuciosa destes pressupostos de modo a comprovar a omissão caracterizada por um não fazer, o nexo de causalidade e os danos, tendo como proposta educar e orientar os pais quanto à ausência de afeto, posto que cuidar é um dever. Pretende-se enfrentar o problema, tendo como marco teórico, as ideias sustentadas e fundamentadas por Rui Stoco, que discorre sobre as omissões dos genitores em relação à prole, buscando analisar os pressupostos, comprovando que a reparação civil é cabível. Sendo assim, será necessário que a sociedade de forma solidária ajude na informação dos pais, quanto às atitudes que não são compatíveis com os costumes, comprometendo a formação da criança abandonada afetivamente.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Pressupostos da Responsabilidade Civil; Abandono Afetivo; Ordenamento Jurídico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	09
CAPITULO I – RESPONSABILIDADE CIVIL E OS PRESSUPOSTOS PARA RECONHECIMENTO NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO.....	12
1.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	12
1.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	13
1.3 Pressupostos.....	14
1.3.1 Conduta.....	15
1.3.2 Dano.....	17
1.3.3Nexo Causal.....	18
CAPITULO II – OUTRAS ABORDAGENS ACERCA DA REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO.....	20
2.1 Análise dos Elementos que Compõe a Responsabilidade Civil e a sua Aderência aos Casos de Abandono Afetivo.....	20
2.2 Da Reparação Civil por Abandono Afetivo e a Função da Responsabilidade Civil: Reparar ou Compensar.....	26
CAPITULO III – ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 24.04.2012 RESP. 1159242/SP QUE RECONHECEU A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO.....	30
3.1 Análise dos fundamentos no Recurso Especial nº 1159242/SP.....	30
3.2 Precedentes contrários.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41
ANEXOS.....	43

INTRODUÇÃO

A presente monografia possui grande relevância do ponto de vista científico, destacando-se pela existência de três níveis distintos de pertinência: ganho jurídico que visa à análise dos pressupostos da responsabilidade civil com intuito de verificar se a ausência do afeto por parte de um dos genitores ocasiona a possibilidade de indenizar as pessoas vítimas de abandono afetivo, levando em consideração a atitude lesiva que seja considerada contrária ao direito. Quanto ao ponto de vista social busca-se fortalecer a influência que a família exerce na sociedade, constituindo-se em grupo social com o qual o homem tem contato, local em que desenvolve sua personalidade e conhece os valores e o modo como deve conviver com os demais integrantes da sociedade, conscientizando que a relação parental seja vista como valor fundamental da personalidade humana. Sob o ponto de vista pessoal tem relevância no fato de contribuir para o aprofundamento do conhecimento sobre os pressupostos da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, e a apreciação judicial de sua razoabilidade, necessidade e adequação.

A pesquisa delimita-se tendo como tema “A decisão do STJ e a reparação civil por abandono afetivo: análise do Recurso Especial nº 1159242/SP”, com isso, levanta-se como problema, se no julgado, o qual foi deferido à reparação por abandono afetivo, os pressupostos da responsabilidade civil estão de acordo com o ordenamento jurídico?

A partir de então, encontra-se como hipótese que, os pressupostos da responsabilidade civil deverão ser analisados minuciosamente, de modo a comprovar a omissão caracterizada por um não fazer, o nexo de causalidade e os danos, tendo como proposta educar e orientar os pais quanto à ausência do afeto, posto que cuidar é um dever. Sendo assim, será necessário que a sociedade ajude na informação dos pais, quanto às atitudes que não são compatíveis com os costumes, comprometendo a formação da criança abandonada afetivamente. De modo a fundamentar a hipótese e enfrentar o problema, tem-se como marco teórico da monografia em epígrafe, as ideias sustentadas por Rui Stoco, cuja tese central de seus trabalhos aponta o distanciamento físico e a omissão sentimental como causa da responsabilização por dano moral.

Tem por objetivo analisar os pressupostos da responsabilidade civil no Recurso Especial com o intuito de verificar se estão de acordo com o ordenamento jurídico.

A metodologia utilizada na confecção de pesquisa é teórico-dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrina, jurisprudências junto ao Superior Tribunal de Justiça, artigos, bem como a legislação pertinente ao tema. Em face do universo discutido, o trabalho se revela transdisciplinar, vez que aborda discussões envolvendo Direito Civil, Processual civil e Constitucional.

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos.

No primeiro deles, intitulado “Responsabilidade Civil e os pressupostos para reconhecimento nos casos de abandono afetivo”, pretende-se destacar os pressupostos deste instituto do Direito Civil, bem como um estudo aprofundado de cada um.

Já no segundo capítulo, denominado “Outras abordagens da reparação civil por abandono afetivo”, na qual esboça as ideias e fundamentos utilizados pelos julgadores, tendo como objetivo identificar se a reparação civil por abandono afetivo e a função da responsabilidade civil é reparar ou compensar, tendo como alvo os pressupostos.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, a saber, “Análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça de 24.04.2012 REsp 1159242/SP que reconheceu a procedência do pedido de indenização por abandono afetivo”, encerra a discussão pretendida analisando os pressupostos da responsabilidade civil na respectiva decisão, buscando também esboçar as ideias e fundamentos utilizados pelos doutrinadores e julgadores quanto a impossibilidade de reparação civil por abandono afetivo, trazendo assim, a divergência interna no STJ.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Em face da temática proposta “A decisão do STJ e a reparação civil por abandono afetivo: análise do Recurso Especial nº 1159242/SP”, é fundamental a compreensão de alguns conceitos essenciais a elucidação do presente trabalho monográfico, a saber: responsabilidade civil, pressupostos da responsabilidade civil, abandono afetivo.

A responsabilidade civil é um instituto aplicado para reparar um dano causado a outrem, restaurando o equilíbrio moral e patrimonial, encerrando a ideia de segurança ou garantia da compensação do bem sacrificado. Segundo Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.¹

Então seria uma consequência decorrente de um ato praticado por uma pessoa que gerou efeito negativo em outra, devendo aquela reparar ou compensar o dano.

Com intuito de verificar se há reparação de danos, deverão ser observados e analisados minuciosamente os pressupostos da responsabilidade, quais sejam, conduta, dano e nexo de causalidade.

A conduta ocorre de um ato ilícito ocasionado pela conduta humana voluntária, através de uma ação ou omissão, gerando consequências jurídicas.

O dano é indispensável para configuração da responsabilidade, é a lesão de qualquer bem jurídico, do patrimônio (relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro), da honra, da saúde, da vida, suscetíveis de proteção. Segundo Maria Helena Diniz “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil** – 18 ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei. N. 10.406, de 10-01-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004 p. 40, 66.

O nexo causal é um dos pressupostos que verifica a existência de nexo entre o fato ilícito e o dano produzido. Para caracterização da responsabilidade civil do agente, não basta à prática da conduta ilícita, nem mesmo que a vítima tenha sofrido um dano, é necessário que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, verificando se existe entre ambos uma relação de causa e efeito. Sem essa relação de causalidade não há a reparação (indenização).

Para Giselda Hironaka, “o abandono afetivo se configura pela omissão dos pais – ou de um deles – pelo menos no que tange ao dever de educação, entendido este em sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo.”² Na visão de Nehemias Domingos de Melo, “o dano se dá quando os pais faltam com o dever de assistência moral aos seus filhos, na medida em que se fazem ausentes e, por via de consequência, não prestam a devida assistência afetiva e amorosa durante o desenvolvimento da criança.”³

O ordenamento jurídico é o conjunto de normas jurídicas que tem como finalidade obedecer a uma hierarquia, evitar antinomias e lacunas. Segundo Norberto Bobbio, “(...) o conjunto ou complexo de normas constituem o ordenamento jurídico”.⁴

Para fundamentar a reparação civil por abandono afetivo, Rui Stoco descreve, na passagem abaixo, suas ideias quanto a omissão dos pais:

(...) Assim, o que se põe em relevo e exsurge como causa de responsabilização por dano moral é o abandono afetivo, decorrente do distanciamento físico e da omissão sentimental, ou seja, a negação de carinho, de atenção, de amor e de consideração, através do afastamento, do desinteresse, do desprezo e falta de apoio e, às vezes, da completa ausência de relacionamento entre pai (ou mãe) e filho.⁵

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. Salvador: JusPodim, 2006, p. 136.

³ MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono Moral – Fundamentos da Responsabilidade Civil**. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 7, fev./mar. 2008.

⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Claudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (reimpressão 2006), p. 19.

⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo I**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.235.

Com isso, o abandono afetivo é o afastamento, descuido dos genitores quanto à prole não cuidando, nem dando atenção, se configurando pela omissão, quanto ao acompanhamento psicológico das crianças, quanto à ausência nos momentos importantes da vida pessoal e escolar, sem dar assistência moral aos mesmos, esquecendo que o cuidar é um dever.

1- RESPONSABILIDADE CIVIL E OS PRESSUPOSTOS PARA RECONHECIMENTO NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

A responsabilidade civil é um dos temas que o Judiciário brasileiro vem dando uma certa prioridade, pois a maioria dos casos versam sobre este instituto que visa reparar o dano causado a outrem, podendo assim, retornar a situação daquele indivíduo antes do transtorno causado. Segundo Sílvio Venosa “a responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação”.⁶

Com isso, nota-se que este instituto visa identificar aquela conduta que gerou uma série de consequências, buscando ao final reparar a vítima daquele dano, reconstruindo assim o equilíbrio moral o patrimonial afetado.

1.1 – Responsabilidade civil contratual e extracontratual

A responsabilidade civil surge com o dano causado a outro, cabendo à apuração deste dano através de um ato danoso resultante de uma relação contratual ou de uma relação extracontratual.

A responsabilidade contratual tem como objeto o contrato, o qual visa um pacto entre as partes, tendo como inexecução deste negócio o ato unilateral de vontade, no qual, uma das partes decide “desfazer” o contrato, não observando os danos que futuramente podem ser causados. Segundo Rui Stoco, “a infração da obrigação legal caracteriza *ex re* a culpa contratual, geradora de obrigações, cujas consequências se relacionam, entretanto, com a inexecução do contrato, sendo, pois, disciplinadas no direito obrigacional”.⁷

Nesta responsabilidade, observa-se o dever de resultado, buscando assim a culpa a partir da inexecução que poderia ter sido presumida e evitada, ressurgindo um prejuízo a outrem, devendo ser indenizado.

⁶ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil, v. 4: responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.45.

⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo I**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 185.

A responsabilidade extracontratual é a mais comum, pois a vítima comprova os danos sofridos através de três pressupostos que são imprescindíveis para análise do caso em concreto, quais sejam: conduta (ato ilícito), dano e nexo causal, conforme preceitua artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁸

Nota-se que há uma violação dos direitos gerais de abstenção ou omissão, não respeitando a pessoa e os bens alheios, cabendo a reparação do dano. Conforme entendimento de Rui Stoco, “a culpa extracontratual advém do ato ilícito, do comportamento desconforme com a norma preexistente. É, de forma usual, denominada culpa aquiliana”.⁹

Ao procedimento adotado pelo agente que gera um dano, resultando assim na obrigação de reparar, a lesão cometida no direito alheio, dá-se o nome de ato ilícito, ou seja, aquela infração praticada contra um dever legal ou contratual.

O artigo 927 do Código Civil traz que, “aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”, com isso, fica demonstrado que o ato ilícito é uma violação legal, posto que neste caso a norma infraconstitucional sofreu uma infração.

Portanto, esta divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual respeita a conduta e qualidade das violações, pois o dever violado será o ponto de partida, não observando a relação.

1.2 – Responsabilidade objetiva e subjetiva

Para termos a responsabilidade, será necessário entendermos se a culpa será ou não considerada elemento.

⁸ BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161.

⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 185.

A responsabilidade objetiva é aquela em que o agente é obrigado a reparar um dano causado sem discutir a culpa, ou seja, visa-se a teoria do risco, assumindo o agente o resultado daquele ato ilícito que gerou a obrigação. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “na responsabilidade civil objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano”.¹⁰

A teoria do risco, que justifica a responsabilidade objetiva, determina que o agente que realiza alguma ação ou atividade cria um risco de dano a terceiros, gerando assim, proveito para o agente e riscos para outrem. Fábio Ulhoa assim dispõe, “pois bem, pela teoria do risco, imputa-se responsabilidade objetiva ao explorador da atividade fundado numa relação axiológica entre o proveito e risco: quem tem proveito deve suportar também os riscos (*ubi emolumentum, ibi onus*).”¹¹

Quem aproveita da ação para se beneficiar não lembrando dos riscos, encaixa-se na teoria do risco-proveito, fundamentando este pensamento, tem-se o entendimento de Fábio Ulhoa que diz, “a atribuição da responsabilidade pelos danos a quem aproveita a atividade geradora dos riscos é a formulação mais corrente da teoria. Chama-se teoria do risco-proveito”.

Para fundamentar a responsabilidade subjetiva é necessário a análise da culpa do agente tendo assim o dano indenizável, sendo a obrigação derivada de ato ilícito.

1.3 – Pressupostos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil busca a análise de alguns requisitos que são essenciais para solucionar o problema e chegar num veredito final, buscando como prova a culpa do agente, o que demonstra que em determinados casos, temos a responsabilidade subjetiva.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 4: responsabilidade civil** – 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, v. 2: obrigações e responsabilidade civil** – 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 359.

A responsabilidade subjetiva traz como pressupostos para análise no caso em concreto: conduta (ato ilícito), dano e nexo causal.

1.3.1 – Conduta

A conduta ou ato do agente poderá ser por uma ação ou omissão que ocasionará um dever, com a violação deste dever, ficará o responsável pela conduta reparar o dano causado a outrem.

Com isso, a omissão é considerada uma conduta negativa, surgindo assim, de alguém que não realizou uma ação quando deveria fazê-lo. Nota-se que esta conduta humana deverá ser elevada como o elemento primário de todo o ato ilícito, o que ocasionará um atentado a um bem juridicamente protegido, produzindo um dano. Segundo Fábio Ulhoa, “a omissão pode ser causa ou condição do evento danoso. Será causa se quem nela incorreu tinha o dever de agir e sua ação teria, com grande probabilidade, evitado o dano”.¹²

Pode-se neste sentido dizer que o essencial nestes casos é a voluntariedade que caracteriza a conduta humana, posto que representa a liberdade de escolha do agente, podendo ser do ponto de vista da culpa ou do dolo, dependendo da ação ou omissão do sujeito que tem a vontade de chegar a um resultado.

A culpa não abrange somente o ato ou conduta, mas também os atos ocasionados pela negligência, imprudência ou imperícia, devendo a vítima provar. Para Silvio Rodrigues:

A ação ou omissão do agente, que dá origem à indenização, geralmente decorre da infração de um dever, que pode ser legal (disparo de arma em local proibido), contratual (venda de mercadoria defeituosa, no prazo da garantia) e social (com abuso de direito: denúncia caluniosa).¹³

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, v. 2: obrigações e responsabilidade civil** – 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 321.

¹³ RODRIGUES, Silvio. *Apud in*, GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 4: responsabilidade civil** – 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59; 315.

Segundo entendimento de Rui Stoco:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direito propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*).¹⁴

O agente agindo com culpa não tem o intuito de chegar ao resultado, mas acaba atingindo a vítima ao agir sem o dever de cuidado, revelando-se assim, a imprudência, negligência ou imperícia, conforme preceitua o artigo 186 do Código Civil.

O dolo na responsabilidade civil tem o condão de causar um resultado antijurídico, ou seja, é o comportamento que tem escopo intencional, consciente, ocasionando um dano, podendo ser na esfera patrimonial ou extrapatrimonial, conforme expõe Carlos Roberto Gonçalves, “o dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico”.

A conduta nos casos de dolo já nasce ilícita, tendo como objetivo a concretização de um resultado que ocasione um dano a outrem, posto que origina do ânimo de prejudicar, tendo plena consciência do resultado que envolvem a conduta do agente.

Para configuração da omissão é necessário que tenha a existência de um dever jurídico de praticar determinado fato, demonstrando assim que com essa prática o eventual dano poderia ter sido evitado.

No entendimento de Maria Helena Diniz a conduta é:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou causa inanimada,

¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 133.

que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.¹⁵

Sendo assim, o ato comissivo ou omissivo do agente deverá ser voluntário, pois a conduta humana sempre tem que partir de uma vontade, justificando o dever de reparação, portanto, esta vontade deverá ser contrária ao ordenamento jurídico.

1.3.2 – Dano

Para termos a indenização, ressarcimento é necessário analisarmos um requisito essencial que é o dano. Entende-se, que dano é a diminuição do patrimônio, é o prejuízo sofrido por alguém que fora vítima de uma conduta irregular, atingindo a esfera patrimonial ou extrapatrimonial.

Conforme ensinamentos de Silvio Venosa:

(...) O dano que interessa à responsabilidade civil é o indenizável, que se traduz em prejuízo, em diminuição do patrimônio. Todo prejuízo resultante da perda, deterioração ou depreciação de um bem é, em princípio, indenizável.¹⁶

Para Maria Helena Diniz “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Quanto ao dever de indenizar não basta termos uma conduta por parte do agente e o nexo causal, é necessário o dano, posto que temos uma diminuição patrimonial negativa material ou imaterial nos bens em geral.

Com isso, o dano deverá ser visto somente no sentido amplo, ou seja, não abrangendo apenas o patrimônio (relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro), mas a honra, saúde, vida e dentre outros bens suscetíveis de proteção.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 7, p.43; 66.

¹⁶ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil, v. 4: responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.241.

A caracterização do dano poderá ser material ou moral, conforme sua essência e os meios de sua reparação.

No tocante ao dano material, a apuração deste é de modo mais fácil, pois a avaliação é em dinheiro, resultando assim, em prejuízos materiais. Quanto ao dano moral, este deverá ser analisado na extensão dos constrangimentos ocasionados ao lesado, de modo que sirva como uma compensação aos transtornos gerados, fugindo assim à normalidade, conforme preceitua o artigo 5º, V da Constituição Federal “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”.¹⁷

Para provar o dano, caberá a quem alega, pois é uma regra geral, mas a uma exceção, qual seja, a inversão do ônus da prova, cabendo ao magistrado proferir uma sentença líquida.

Quanto a liquidação, apura-se o valor dos danos a serem pagos pelo devedor, devendo ser acrescidos de juros e correção monetária sobre o valor da condenação.

Deverá ser analisado o caso em concreto tentando compensar a vítima, mas não gerando enriquecimento ilícito, buscando dentro de tudo isto, observar o prazo da prescrição, qual seja 03 (três) anos.

1.3.3 – Nexo Causal

O nexos de causalidade é outro pressuposto essencial para responsabilidade civil, posto que é a relação de causa e efeito entre o dano e a ação do agente, sendo necessárias que estas estejam estritamente ligadas à conduta omissiva e comissiva dos agentes, causando danos às máculas na personalidade ou patrimônio, interferindo assim na vida social e moral.

De acordo com Silvio Venosa:

¹⁷ BRASIL. Constituição Federal. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 10.

O conceito de nexa causal, nexa etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi causador do dano. Trata-se de elemento indispensável.¹⁸

Para César Fiuza, “nexa causal é relação de causa e efeito entre a conduta culpável do agente e o dano por ela provocado. O dano deve ser fruto da conduta reprovável do agente. Não havendo essa relação, não se pode falar em ato ilícito”.¹⁹

Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita, e nem mesma que a vítima tenha sofrido o dano. É imprescindível que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente e que tenha existido entre ambos uma relação de causa e efeito para configuração da responsabilidade civil.

¹⁸ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil, v. 4: responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.45.

¹⁹ FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 5 ed. ver., atual. e ampl., de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 30.

2- OUTRAS ABORDAGENS ACERCA DA REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

A reparação civil por abandono afetivo deverá ser analisado através de uma perspectiva que visa demonstrar para a sociedade a importância do dever de cuidado dos pais em relação aos filhos.

Para termos os pressupostos da responsabilidade civil o caso em apreço será objeto de análise da responsabilidade extracontratual, devendo assim, remeter a conduta, dano e nexo causal. Com isso, a reparação no âmbito familiar que tem como base o dano moral, será explicado e fundamentado nos termos da responsabilidade civil subjetiva.

2.1 – Análise dos elementos que compõe a responsabilidade civil e a sua aderência aos casos de abandono afetivo

Não é em todo e qualquer caso de ausência de afetividade entre pais e filhos que deve haver a busca da reparação civil e a consequente condenação pelo ordenamento jurídico vigente. Portanto, como nesses casos a responsabilidade civil é extracontratual, a mesma deverá ser analisada através de três pressupostos: conduta (ato ilícito), dano e nexo causal.

O objetivo da análise dos pressupostos é buscar identificar a culpa, ou seja, o dispositivo legalmente protegido que fora atingido, conforme Rui Stoco “a responsabilidade extracontratual no Direito brasileiro, conforme doutrina pacífica funda-se no princípio da culpa”.²⁰

O simples fato do filho alegar que fora vítima de abandono afetivo não ensejará a condenação dos pais (supostos causadores do prejuízo), ficando evidente que os pressupostos da responsabilidade civil serão aderidos e suficientes para análise nestes casos.

²⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo I.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1037.

O fato no abandono afetivo está ligado a conduta omissiva de um dos genitores, a ponto de privar o filho da convivência, aleijando-se voluntariamente de forma física e emocional, ou ainda, a conduta comissiva através de reiteradas atitudes de desprezo, rejeição, indiferença e humilhação, em ambas, gerando desamparo afetivo, moral e psíquico.

Nesta esteira, mostra-se essencial que este fato seja antijurídico, nascendo da não observância dos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro que evidenciam a existência do direito-dever paterno ou materno no psíquico e afetivo, podendo, o fato gerador estar tipificado em lei ou decorrer de cláusula geral de responsabilização do ato ilícito extracontratual, independente de prévia definição legal tipificada.

Segundo entendimento de Rui Stoco:

O elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior. Esse ilícito, como atentando a um bem juridicamente protegido, interessa à ordem normativa do Direito justamente porque produz um dano. Não há responsabilidade sem um resultado danoso. Mas a lesão a bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa está condicionada a existência, no plano naturalístico da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo.²¹

Este fato em regra somente pode ser imputado a um dos genitores, sendo uma ampla acepção, não excluindo nem mesmo os genitores por adoção. Entretanto, numa situação em que o genitor se desincumbiu da sua função, em face de transferência a terceiro deste direito-dever, no qual somente haverá responsabilização se a guarda tiver sido formalizada. Isto porque aquele que a formalizou judicialmente não apenas aceita a situação como de forma voluntária – independente das circunstâncias – busca criar e educar aquele menor, atribuindo a si a função de genitor.

Estes casos, apesar de difíceis e excepcionais, podem ser vistos quando um parente ou terceiro requer a guarda judicial daquele menor, entretanto, negligência nos seus cuidados a ponto de realmente abandoná-lo e não obtém a revogação da

²¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo I.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 178.

guarda, em face dos acontecimentos jamais chegarem ao conhecimento do Poder Judiciário.

Nota-se que somente nos casos em que a guarda é deferida judicialmente, onde há prova inequívoca da obrigação assumida, é que poderá ser apta a gerar imputação, excluindo assim as situações de fato. Ainda que haja situação de guarda de fato, por parte de terceiros, esta não foi juridicamente retirada dos genitores, e nem cancelada pelo Poder Judiciário, não podendo assim gerar obrigações a terceiros. Isto porque quem assume a guarda formal de uma criança está atribuindo a si todas as funções inerentes à educação, criação, desenvolvimento físico e emocional da criança, assumindo a figura do genitor ou genitora, portanto, abarca para si todas as incumbências daqueles, inclusive a obrigação afetiva.

Nos casos de alienação parental o Juiz poderá reconhecer a responsabilidade civil, com o intuito de reparar o dano causado ao filho abandonado afetivamente, posto que fora atingido pela prática de atos típicos de alienação parental. Nas palavras de Rui Stoco:

(...) impende ressaltar que o artigo 6º da Lei 12.318/2010, ao mesmo tempo em que estabelece as providências que o Juiz poderá tomar, dentre as quais declarar a ocorrência da alienação parental, ampliar o regime de convivência em favor do genitor alienado, estipular multa, determinar acompanhamento psicológico e outros, poderá ainda, sem prejuízo dessas providências, reconhecer a responsabilidade civil e criminal do agente em ação autônoma ou incidental.²²

Fica evidente que nos casos de abandono afetivo, os pressupostos são aderidos e presentes, estendendo assim as situações de guarda e alienação parental.

Diante da conduta que se apresenta é preciso que a criança tenha sofrido danos em sua personalidade, na raiz de sua dignidade. Este dano torna-se mais gravoso no momento em que se dá, ou seja, na fase de desenvolvimento da personalidade, ocasião em que necessita de paradigmas de comportamento e ainda impressões de afeto que transmitam direção e segurança para que venha a se

²² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo I.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1237.

desenvolver plenamente. Pois, na ausência, a maioria dos casos manifesta psicopatias diagnosticadas clinicamente.

Esses danos serão juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, impondo o nexo causal, que da conduta do genitor tenha causado ao menor os danos alegados, as máculas na personalidade e ou psicopatias. Necessário que estas estejam estritamente ligadas à conduta omissiva ou comissiva dos genitores, excluindo-se que o dano advenha de outras situações que possam ser pulverizadas. Os danos sofridos em tenra idade são irreparáveis, uma vez que geram sequelas na personalidade, não raras vezes acompanhadas de distúrbios.

A personalidade é algo subjetivo, devendo levar em conta a parte psicológica de cada pessoa, ou seja, nos remete a individualidade pessoal, social, refletindo assim, na seara do pensamento de cada ser humano. Segundo entendimento de Lawrence A. Pervin, Daniel Cervone e Oliver John, “personalidade é o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir e agir, ou seja, a individualidade pessoal e social de alguém”.²³

Deve-se levar em conta que esta personalidade é um direito protegido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, X, que proclama: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”,²⁴ ficando claro, que este direito é intransmissível e irrenunciável, posto que o Código Civil preceitua no artigo 11 o seguinte: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.²⁵

Fica evidente que a lesão à personalidade é o dano na esfera pessoal, ou seja, a vítima sofrerá um abalo psíquico atingindo assim a sua intimidade, não podendo com isso sofrer uma limitação, o que na maioria dos casos se torna algum evidente, pois a vítima se sente um alvo do descuido ou desamparo.

²³ PERVIN, Lawrence A.; CERVONE, Daniel; JOHN, Oliveira. *Apud in*, STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo II**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 868.

²⁴ BRASIL. Constituição Federal. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 10.

²⁵ BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

Este direito perante o dano moral é intransmissível, cabendo à vítima que fora atingida ajuizar ação reparatória buscando reverter esta situação, não deixando os atos ilícitos remeter ou ocasionar uma limitação. Observa Maria Helena Diniz:

Como a ação ressarcitória do dano moral funda-se na lesão a bens jurídicos pessoais do lesado, portanto inerentes à sua personalidade, em regra, só deveria ser intentada pela própria vítima, impossibilitando a transmissibilidade sucessória e o exercício dessa ação por via subrogatória. Todavia, há forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de se admitir que pessoas indiretamente atingidas pelo dano possam reclamar a sua reparação”.²⁶

Assevera ainda que: “é preciso não olvidar que a ação de reparação comporta transmissibilidade aos sucessores do ofendido, desde que o prejuízo tenha sido causado em vida da vítima. Realmente, pelo Código Civil, art. 1.526 (do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 943 do atual), o direito de exigir a reparação transmite-se com a herança”.

Mesmo os direitos da personalidade serem personalíssimos, sendo, portanto, intransmissíveis, caberá aos sucessores da vítima (ofendido) o direito do pedido ou exigência da reparação, ficando claro a ofensa, conforme preceitua o artigo 943 do Código Civil: “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”.²⁷

O dano terá que ser contido no âmbito da função de proteção assinada, pois se vislumbra que o dano sofrido pelo menor deve ser o objeto jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico.

Os fundamentos que criam uma redoma em torno do objeto jurídico tutelado são compostos de várias legislações, ou seja, desde o Estatuto da Criança e Adolescente ao próprio Código Civil, tanto no que verte aos deveres do poder familiar, ainda quanto às garantias de desenvolvimento da personalidade sem lesão ou ameaça à mesma. Nesta esteira, a Constituição Federal, estabelece igualmente

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Apud in*, GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 4: responsabilidade civil** – 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 387.

²⁷ BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 213.

como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa.

Este inevitavelmente abrange não apenas regras ordinárias de proteção ao menor e garantias de pleno desenvolvimento da criança, atribuição de cuidados e deveres aos que detêm o poder familiar, senão que também regra constitucional, quando estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, o mínimo de dignidade que é exigido para que uma criança possa crescer e se desenvolver plenamente em sua personalidade é que confira ao menor não apenas uma parcela da paternidade e/ou maternidade, como o sustento, senão que também a educação, nela compreendida o apoio emocional, moral e afetivo, caminhando para o desenvolvimento de um cidadão completo.

Ademais, o próprio direito e família, a partir das novas nuances e da função instrumental da família e valores inseridos em seu contexto, passa a fazer a perfeita ligação entre proteção integral de danos à pessoa e afetividade como pressupostos de apenas uma cláusula.

Deverá ser levado em consideração e trazer a tona para o conhecimento da sociedade, o chamado poder familiar, que são os deveres e responsabilidade dos pais em relação aos seus filhos, ressaltando que atualmente a família poderá ser composta por pai, mãe e filhos, formada por um dos pais e filhos, por apenas irmãos, até por casais homoafetivos. Dentre estes deveres e responsabilidades estão aqueles elencados no artigo 1.634 do Código Civil:

Artigo 1.634 – Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – Dirigir-lhes a criação e educação;

II – Tê-los em sua companhia e guarda;

III – Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevive, ou sobreveio não puder exercer o poder familiar;

V – Representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.²⁸

Sendo assim, verifica-se que os filhos possuem, proteção especial, já que, enquanto menores, necessitam de um maior apoio dos pais tanto nas escolhas da vida quanto na vida emocional.

2.2 – Da reparação civil por abandono afetivo e a função da responsabilidade civil: reparar ou compensar

Para termos um aprofundamento neste instituto e a aplicação aos casos de abandono afetivo, é necessário antes demonstrar a função da responsabilidade civil, ou seja, reparar ou compensar.

Reparação é o ato pelo qual alguém que causou dano a outrem tem para restaurar a esfera patrimonial ou extrapatrimonial e compensação nada mais é do que o modo de alguém recompensar, ressarcir outrem um dano ocasionado.

A função clássica da responsabilidade civil é a reparatória, na qual se garante a reparação do dano à vítima do evento, mas o instituto também poderá assumir outras funções.

A função punitiva da responsabilidade civil ressurgiu - pois existiu na antiguidade jurídica, mas foi preterida no decorrer da evolução do direito em razão da prevalência da ideia de que tal espécie de função seria atribuição da esfera penal - da constatação de que a compensação por danos extrapatrimoniais carregava em seu núcleo a ideia de punição ao agente causador do dano.

Para os familiares da vítima de um homicídio, por exemplo, a obtenção de uma compensação econômica paga pelo causador da morte representa uma forma

²⁸ BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 280.

civilizada de vingança, pois no imaginário popular está também a punir o ofensor pelo mal causado quando ele vem a ser condenado a pagar uma indenização.

Nota-se que nas civilizações antigas a vingança era a primeira forma encontrada para reagir contra os danos sofridos. Posteriormente, veio uma espécie de “vingança limitada” e, com o decorrer dos anos vislumbrou-se a possibilidade de reação aos atos danosos.

Vale ressaltar que, esta reação aos atos danosos se evidenciou a partir da violação a bens jurídicos tutelados, o que gerou a responsabilização na esfera cível, tendo como objetivo a reparação do dano injusto sofrido pela vítima.

A função dissuasória, diferentemente da punitiva, aplica-se segundo uma visão prospectiva, ou seja, tem por objetivo evitar o cometimento de uma conduta reprovável no futuro, sendo dirigida não só a um determinado indivíduo, mas apresenta caráter geral, pois é endereçada a toda coletividade submetida a um mesmo ordenamento jurídico.

É tradicional em nosso direito a ideia de que a função da responsabilidade civil se limita à reparação o dano. Em não sendo possível a reparação in natura do dano, busca-se ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima ou compensar seu dano através de um equivalente ou sucedâneo pecuniário.

Dispõe o art. 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do ano.”²⁹ Portanto, deve-se preocupar exclusivamente com a figura da vítima, cujo dano se busca apagar ou ao menos minorar. Não importa a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade da sua culpa, a sua fortuna, o proveito por ele obtido com o ilícito ou quaisquer outras circunstâncias que a ele digam respeito.

Estabelecida a responsabilidade, o valor da indenização é medido somente pela extensão do dano ou prejuízo. Neste ponto, a responsabilidade civil é axiologicamente neutra, pois não permite nenhuma graduação no que se refere ao desvalor da conduta ofensiva. A simples reparação do dano não considera a maior gravidade da conduta. Esse é o papel tradicional, a visão clássica da responsabilidade civil no Direito brasileiro. No entendimento de Rui Stoco: “Portanto,

²⁹ BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 234.

“dano” possui sentido econômico de diminuição ocorrida ao patrimônio de alguém, por ato ou fato estranho à sua vontade, equivalendo a perda ou prejuízo”.³⁰

Com a Constituição de 1988, podemos encarar uma modificação, pois nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, o que pode vir a ser considerado como uma mudança de paradigma, representada pela ideia de que, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, a indenização deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido.

O paradigma reparatório, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória.

Essa “crise” do paradigma reparatório leva o operador do direito a buscar a superação do modelo tradicional. Deste modo, não se deve calcar a superação no abandono da ideia de reparação, mas no redimensionamento da responsabilidade civil, que, para atender aos modernos e complexos conflitos sociais, deve exercer várias funções. Ao lado da tradicional função de reparação pecuniária do prejuízo, outras funções foram idealizadas. Atualmente, a responsabilidade civil deverá desempenhar a função de prevenção de danos.

A indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações.

A ideia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, responderia a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico.

Todavia a noção de indenização punitiva, ainda encontra considerável resistência, pois se têm apresentado várias objeções, algumas de caráter científico, outras, no entanto, carregadas de apelo emocional e motivadas pelo temor da repercussão que o instituto pode provocar nas relações socioeconômicas.

³⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo II**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 385.

Pretende-se demonstrar que a ideia da indenização punitiva é coerente com os princípios que informam o nosso Direito e constitui um mecanismo consistente e apto à consecução dos fins para ele almejados.

Para o Superior Tribunal de Justiça quanto o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul o objetivo é a prevenção geral, orientando sobre condutas a não serem adotadas. O meio para alcançar este modelo é por intermédio do exemplo, ou melhor, não exemplo, é condenar o responsável à compensação dos danos individuais, a partir de condutas que não são desejadas no seio da sociedade.

Portanto, a função da reparação civil no sistema brasileiro não é de punição e sim de reparação e compensação pelos danos, devendo assim, ser observado o caso em concreto.

3 - ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 24.04.2012 RESP. 1159242/SP QUE RECONHECEU A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

A análise da decisão se inicia pelo cerne central da questão, realmente a lide é sintetizada como bem definido no voto, pelo fato de, se a conduta do pai ao omitir-se da prática dos deveres inerentes à paternidade constitui elemento suficiente para caracterizar o dano moral compensável.

Com isso, falar em família se tem logo a ideia de afeto, amor entre pessoas parentas por vínculo sanguíneo ou por afinidade. O afeto é essencial para a família, que com o abandono dos pais em relação aos filhos vem sendo alegado nas ações indenizatórias, procurando a reparação pelos danos ocasionados. Filhos do abandono e da indiferença passaram buscar no Judiciário uma solução para as suas dores, surgindo decisões que condenam os pais que faltaram com assistência moral e afetiva.

3.1 - Análise dos fundamentos no Recurso Especial nº 1159242/SP

O Superior Tribunal de Justiça proferiu uma decisão nos autos do Recurso Especial 1159242/SP julgado em 24-04-2012 entendendo pela viabilidade da reparação civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais. O acórdão dispensa delongas se limitando basicamente à questão central, de forma extremamente técnica e objetiva justamente como devem emanar as decisões do Egrégio Tribunal.

As famílias atualmente são alvos de grandes mudanças do mundo e da sociedade, na qual, os pais com a falta de prazo e simples pensamento de que a pensão alimentícia é suficiente para cobrir o amor, deixam de visitar, participar ativamente da educação, dar amparo e principalmente como já citado ter o dever de cuidado.

Segundo o entendimento de Rui Stoco:

A vida moderna, as dificuldades de inserção na sociedade, os problemas econômicos e o abalo afetivo entre os pais repercutem nos filhos, causando ruptura do liame familiar e levando ao desamor e ao distanciamento. No cotidiano da família parte expressiva de genitores prefere sustentar ou suprir os filhos muito mais com dinheiro do que com amor, carinho, compreensão e diálogo.³¹

A conduta (ato ilícito) no caso de abandono afetivo poderá ser omissiva de um dos genitores, privando o filho da convivência, afastando-o de forma física e emocional, ou ainda, comissiva, reiterando atitudes de desprezo, rejeição, indiferença e humilhação, gerando ao final com a junção de ambas o desamparo afetivo, moral e psíquico.

Quanto ao fato, o mesmo deverá ser antijurídico, ou seja, nasça da não observância dos dispositivos do ordenamento jurídico, que evidenciam a existência do direito (dever) paterno ou materno de cuidar e proteger o filho. Segundo a Ministra Nancy Andrichi:

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese 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.³²

Concluindo a Ministra que:

“desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é

³¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo I**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1233.

³² BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, **REsp 1.159.242/SP (2009/0197301-9)**, Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-1045, DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 05 de maio de 2013.

apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.³³

Na decisão ficou demonstrada a conduta ilícita, visto que não está no desamor e sim na falta de atendimento ao dever de cuidado, devendo comprovar que o dano causado ao abandonado foi da conduta omissiva ou comissiva de um dos genitores, requisito mínimo que deverá ser empreendido a vida de uma criança para seu pleno desenvolvimento.

Sendo assim, não se puniu a falta de afeto e sim a negligência, configurando ato ilícito, conforme preceitua o artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.³⁴

O descumprimento dos deveres do pai abandonando os filhos seja no sentido material, moral e psicológico, ajudará agravar a reparação civil. Assim, a julgadora voltou sua atenção ao cuidado como o valor jurídico, pois é categoria de obrigação legal prevista no artigo 227 da Constituição da República de 1988:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.³⁵

Nota-se que o dever de assistência psicológica dos pais trata-se de uma obrigação, pois o genitor quando deixa de conviver com o filho está negando o amparo afetivo, violando um direito fundamental. Com isso, ficou evidenciado que a proteção integral à criança a vê como um ser completo e, para tanto, está incluída a

³³ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, **REsp 1.159.242/SP (2009/0197301-9)**, Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-1045, DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 05 de maio de 2013.

³⁴ BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161.

³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

sua saúde física e também emocional, mental e psicológico, sendo protegido juridicamente em função do próprio desenvolvimento de sua personalidade.

Do mesmo modo preceitua o artigo 22 da Lei 8.069/90: "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".³⁶

Educar é formar inteligência, dar condições para que a criança viva em meio a um ambiente produtivo. Dessa forma, o pai não pode eximir-se da sua obrigação, devendo indenizar caso o faça, pois fere a tutela prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não há responsabilidade civil sem dano, no caso de abandono afetivo esse dano necessita ser demonstrado. Diante da conduta que se apresenta é preciso que o filho abandonado tenha sofrido danos em sua personalidade, atingido a raiz de sua dignidade.

Esse dano é gravoso quando se dá na fase de desenvolvimento da personalidade, momento em que necessita de paradigmas de comportamento e impressões de afeto que transmitam direção e segurança para que venha se desenvolver plenamente. Ressalta-se que o dano sofrido pela vítima de abandono afetivo deve ser objeto jurídico de tutela.

Nas palavras da Ministra Nancy:

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.³⁷

³⁶ BRASIL. Lei 8.069/90 (ECA). **Vade Mecum**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 989.

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, **REsp 1.159.242/SP (2009/0197301-9)**, Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-1045, DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 05 de maio de 2013.

Prossegue a Ministra confirmando:

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 troica que a ele conduz: negligência, dano e nexo.³⁸

No tocante a configuração do dano, a fundamentação da julgadora, se baseou no tipo *in re ipsa*, conhecido como dano moral presumido, pois o puro e simples abandono afetivo ensejaria a reparação, sem necessidade de provar a culpa do genitor na conduta ilícita, ou seja, as omissões em relação do dever de cuidar da prole, conforme demonstra Rui Stoco:

(...) o dano *in re ipsa* é aquele que está pressuposto, ou seja, evidenciado pela natureza das coisas, não sendo necessária a apresentação de provas que demonstrem, *ad exemplum*, a ofensa moral da pessoa, na consideração de que o próprio fato com as suas circunstâncias já demonstra e perfecciona o dano, que está ínsito.³⁹

O nexo causal é entre o dano e ação do agente, sendo necessárias que estas estejam estritamente ligadas à conduta omissiva e comissiva dos genitores, tendo causado ao menor os danos às máculas na personalidade e ou psicopatias, bem como quando é causada uma dor intensa, um sofrimento que foge à normalidade, interferindo na vida social e moral.

Sendo assim, os reiterados atos de omissão são plenamente passíveis de indenização independente de comprovação destes danos, pois inerente à própria situação experimentada pela vítima.

O Código Civil, em seu artigo 1589, prevê a companhia de forma facultativa, sempre observados os interesses da criança. É um retrocesso a consideração da

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, **REsp 1.159.242/SP (2009/0197301-9)**, Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-1045, DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 05 de maio de 2013.

³⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo II.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 397.

companhia indispensável do pai, pois remete-nos ao retorno do extinto pátrio poder. Uma criança pode viver de forma saudável, em família, sob a guarda de apenas um dos pais, sem qualquer prejuízo ao seu desenvolvimento.

No mesmo sentido é o entendimento de Rui Stoco: “aliás, nosso ordenamento jurídico – e não só a Constituição Federal – é pleno de preceitos de proteção, afirmando o dever dos pais de cuidar e proteger os filhos, seja no plano material, educacional, afetivo e psíquico”.⁴⁰

Com a análise dos pressupostos (conduta, dano e nexos causal) será justa a aplicação das regras relativas à responsabilidade civil nas questões familiares, buscando com o apoio da sociedade a proposta de educar e orientar os pais quanto à ausência de afeto, informando que essas atitudes comprometem a personalidade do filho abandonado.

3.2 – Precedentes contrários

No Brasil o Superior Tribunal de Justiça em outro caso de abandono afetivo julgou improcedente o pedido, posto que no caso de abandono ou descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, esta é a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente que o direito e a sociedade não se compadecem com o abandono.

Esta punição aplica-se àquelas situações em que o genitor possui sérios desajustes em sua conduta social, associados ao abandono não só afetivo. Em tais hipóteses, é inequívoca a existência do dano causado à criança. Então, cabe ao julgador protegê-la, decretando a completa incapacidade daqueles pais de manter alguém sob os seus cuidados.

Nota-se também que, após o divórcio o cônjuge que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro(a), sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não

⁴⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1233.

atender ao sentimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

Após indenizar o filho por não lhe ter atendido as necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso.

O deferimento do pedido não atenderia ainda o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo neste sentido já é providenciado com a pensão alimentícia e nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil.

Vale ressaltar que, escapa ao arbítrio do Poder Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Sendo assim, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o artigo 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”,⁴¹ não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização. No entendimento de João Gaspar Rodrigues:

(..) o Estado, através de qualquer de suas formas de expressão de poder (executiva, legislativa ou judicial), não pode e nem está autorizado (pelo pacto social), direta ou indiretamente (no caso da indenização), a obrigar o indivíduo a adotar determinado padrão moral. Não é função do Estado determinar que as pessoas amem ou odeiem, que sejam religiosas ou irreligiosas, crentes ou descrentes. A moral evolui por um lento processo de baixo para cima, num ritmo próprio e espontâneo.⁴²

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 deverá ser fruto de aproximação espontânea, cultivada

⁴¹ BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161.

⁴² RODRIGUES, João Gaspar. A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20136>>. Acesso em: 9 nov. 2013.

reciprocamente, e não de força judicial. Exceto em casos extremos, onde haja comprovado nexos causal entre certo dano específico e o abandono.

Com isso, para alguns juristas, após a lide, uma barreira intransponível os afastará ainda mais, sepultando qualquer tentativa futura de reconciliação.

Se a solução para o problema fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia o objeto da reparação, o que não ocorre. A indenização deve ser encarada como medida extrema, onde certo dano de natureza grave é sanado através da pecúnia.

Nas relações familiares, cabe ao Judiciário apenas a defesa aos direitos fundamentais do menor. A sua intromissão em questões relacionadas ao sentimento é abusiva, perigosa e põe em risco relações que não são de sua alçada. O amor é resultado de algo alheio ao nosso entendimento, e não da coação.

Ao cumular a destituição do poder familiar com a indenização, podemos criar um problema mais grave. 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 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.

Em processos de indenização, haverá de um lado um filho reclamando por carinho, e do outro, um pai que alega e declara publicamente o desamor para isentar-se da obrigação, cabendo ao magistrado a redução das angústias.

Ressalta-se o argumento de que a reparação pecuniária do abandono afetivo provocaria uma monetarização do amor, conforme entendimento de João Gaspar Rodrigues:

Sem uma definição científica do que seja, realmente, o dano moral, sem uma norma estabelecendo as áreas de abrangência e, sem parâmetros legais para a sua quantificação, permite-se o perigoso e imprevisível subjetivismo do pleito, colocando o juiz numa posição pouco confortável. Ele que deve ser o executivo da norma, passa a personalizá-la, criando novos atos ilícitos e indiretamente impondo padrões morais aos indivíduos e à sociedade. A prevalecer o instituto sem critérios legais definidos, corre-se o risco de gerar insegurança jurídica e uma sociedade intolerante, na qual se promoverá o ódio, a rivalidade, a busca de vantagens sobre outrem ou até a exaltação do narcisismo. A promissora indústria do dano moral levará a esse triste quadro.⁴³

O descumprimento do poder familiar, ou seja, desse dever de convivência familiar deverá ser analisado somente na seara do direito de família, sendo o caso para perda do mesmo. Esse entendimento defende o melhor interesse da criança, pois um pai ou uma mãe que não convive com o filho não merece ter sobre ele qualquer tipo de direito.

A propositura de ação de reparação civil afetaria ainda mais a relação paterno-filial, prejudicando a convivência familiar. Por isso é que os próprios adeptos da responsabilização civil nos casos de abandono afetivo destacam que esta análise deve ser feita de forma prudente e contextualizada, devendo o juiz (julgador) verificar e pedir apoio aos profissionais de diversas áreas, com o intuito de evitar a quebra do vínculo afetivo, se ainda existente entre pai e filho.

⁴³ RODRIGUES, João Gaspar. A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20136>>. Acesso em: 9 nov. 2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 introduziu modificações significativas, no direito de família, ao determinar a igualdade de direitos entre os filhos, independentemente da origem, ao mesmo tempo em que conferiu a mais ampla proteção à criança e ao adolescente, ao considerá-los sujeitos de direitos e, portanto, merecedores de tutela jurídica.

Verificou-se, que o dever de convivência familiar exsurge no ordenamento pátrio como direito fundamental da criança e do adolescente, compreendendo o dever dos pais de prestarem afeto, carinho, atenção e orientação aos filhos. Assim, não é só a presença física dos pais que irá cumprir de forma satisfatória o dever de convivência familiar, exigindo-se, sobretudo, a presença moral e afetiva.

A violação desses deveres lesiona a integridade física, moral, intelectual e psicológica da criança, prejudicando o desenvolvimento sadio de sua personalidade, o seu amadurecimento enquanto ser humano, bem como atentando contra a sua dignidade. Desta forma, a conduta omissiva dos pais gera o dever de indenizar enquanto espécie de descumprimento de dever jurídico.

O afeto passou a ser elemento jurídico. De laço que une as pessoas saiu das famílias para integrar decisões das mais diversas cortes do país, inclusive do Superior Tribunal de Justiça. A notabilidade jurídica do afeto é tamanha que, em alguns casos, é fator preponderante da decisão, vencendo outros fatores, até mesmo superando a própria lei.

Constatou-se que o entendimento jurisprudencial, demonstra que não se está punindo a falta de afeto do pai para com o filho, mas a quebra do dever jurídico de convivência familiar, aliado a inobservância do princípio da afetividade. Portanto, não se pode admitir que o descumprimento de um dever jurídico seja reprovável tão-somente do ponto de vista moral, cabendo ao judiciário a tutela dos direitos da criança e dos adolescente de forma positiva.

Vale ressaltar que, os dispositivos legais utilizados pela julgadora na fundamentação demonstrou que os mesmos estão de acordo com o ordenamento jurídico, deixando claro que retorna para a ótica da proteção integral, fundamentada na vulnerabilidade da personalidade das crianças e adolescentes, ensejando a

reparação civil nos casos de abandono afetivo, servindo como informação para outros pais.

Diante do exposto, tendo em vista o longo caminho a ser percorrido até a concretização da reparação civil nos casos de abandono afetivo na filiação, procurou-se demonstrar a concordância e aderência no ordenamento jurídico dos pressupostos da responsabilidade civil, buscando demonstrar os direitos da personalidade da criança e do adolescente, com destaque à proteção integral e ao dever de cuidado, colocando-os a salvo de qualquer atitude negligente, que importe prejuízo para o seu desenvolvimento moral, intelectual e psíquico, direito fundamental assegurado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, **REsp 1.159.242/SP (2009/0197301-9)**, Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-1045, DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012. Acesso em 05 de maio de 2013.

BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil** – 18 ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei. N. 10.406, de 10-01-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 5 ed. ver., atual. e ampl., de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 4: responsabilidade civil** – 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. Salvador: JusPodim, 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono Moral – Fundamentos da Responsabilidade Civil**. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 7-13, fev./mar. 2008.

RODRIGUES, João Gaspar. A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20136>>. Acesso em: 9 nov. 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, tomo I e II**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil, v. 4: responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ANEXOS

ANEXO I – DECISÃO RECURSO ESPECIAL Nº 1159242/SP

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)

RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA

ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

EMENTA

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 conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, 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 por danos 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 24 de abril de 2012(Data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI – Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

Acórdão: o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Recurso especial: alega violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1638 do CC-2002.

Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n.º 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Contrarrazões: reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral. **Juízo prévio de admissibilidade:** o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

1. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descuram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como

afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil *in*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo, Atlas, pag. 75)

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

2.1. Da ilicitude e da culpa

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'. (Abrigo e alternativas de

acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309)

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'.

O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar . (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes,mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de

relacionação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo**. 6ª ed. Rio de Janeiro:LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e

termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: **“(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”**.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica. Por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese 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.

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc. Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor 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.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

2.2 Do dano e do nexa 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 descuido 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 tríada que a ele conduz: negligência, dano e nexo.

3. Do valor da compensação

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados.

Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem (26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então. Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais.

Mantidos os ônus sucumbenciais.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, **REsp 1.159.242/SP (2009/0197301-9)**, Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-1045, DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 05 de maio de 2013.