

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

CAMILA DE SOUSA MACHADO

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO

São Luís
2013

CAMILA DE SOUSA MACHADO

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. MSc José Edilson Caridade
Ribeiro

São Luís

2013

Machado, Camila de Sousa

Da responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo /
Camila de Sousa Machado. – São Luís, 2013.

116 f.

Orientador: José Edilson Caridade Ribeiro.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, 2013.

1. Direito da família – Paternidade responsável. 2.
Abandono afetivo. I. Título.

CDU 347.636:159.9

CAMILA DE SOUSA MACHADO

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. MSc José Edilson Caridade (Orientador)
Doutor em Direito
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

À minha família, ao meu lado hoje e sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelo dom da vida e por abençoar meus caminhos, tornando possíveis meus sonhos, pois sem Ele nada seria.

Aos meus pais Jurandir e Edna por sempre me apoiarem, encorajarem e por estarem sempre ao meu lado, esta conquista dedico a vocês, obrigada por TUDO!!!! Amo vocês.

A minha irmã Juliana por ser minha melhor amiga, companheira e confidente, obrigada por estar sempre me incentivando e acreditando em mim.

Ao meu namorado José, pelo companheirismo, dedicação e zelo durante toda esta jornada.

Ao meu orientador, professor José Edílson Caridade Ribeiro, pela disposição, gentileza, atenção e compreensão na condução deste trabalho.

Aos meus colegas de curso, pelos momentos felizes e descontraídos, que jamais serão esquecidos.

“Afeto é sinônimo de família.”

Mestre Ariévlis

RESUMO

A presente monografia tratará sobre a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito de família em decorrência do abandono afetivo, com enfoque nas relações materno-parterno filiais. Para discutir o tema realizou-se pesquisa bibliográfica e documental em obras clássicas e contemporâneas, além de pesquisas jurisprudenciais. Num primeiro momento traçaremos um breve histórico da família, evidenciando suas transformações com o advento da Constituição de 88, abordaremos também sobre o poder familiar e suas implicações na entidade familiar e finalmente elencamos os princípios constitucionais presente no direito de família, tendo como principais, o da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e o da afetividade. A seguir é feita uma análise do direito à convivência familiar presente na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente e buscamos demonstrar também o papel fundamental dos pais na formação de seus filhos. Em um segundo momento estudaremos o instituto da responsabilidade civil com a exposição de sua função e dos requisitos inerentes a este dando um enfoque no dano moral. Por fim realizou-se uma análise sobre o fenômeno do abandono afetivo e sobre a incidência do instituto da responsabilidade civil em decorrência deste fenômeno. Concluímos com a exposição de decisões judiciais em especial a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no Recurso Especial nº 1159242/SP que entendeu pela possibilidade de responsabilidade civil dos pais, em sede de dano moral, em decorrência de abandono afetivo suportado pelos seus filhos.

Palavras-chave: Dignidade humana. Paternidade responsável. Afetividade. Responsabilidade civil. Abandono afetivo.

ABSTRACT

This monograph will discuss the applicability of the institute of civil liability under the family law as a result of Abandonment Affective, especially on relationships affiliates. To discuss the issue was done a bibliographic and documental's research on classic and contemporary books, and a jurisprudential research. At first we will trace a brief historic of the family, showing its transformation with the advent of the Constitution of 88, we will discuss also about family power and its implications for family entity and finally we list the constitutional principles' on family's law, having as their principal, the dignity of the human person, responsible parenthood and affectivity. The following is an analysis of the right to family life present on the federal Constitution as on the Statute of Children and Adolescents and we will also demonstrate the critical role of the parents in the education of his children. In a second moment we will study the institute of civil liability with the exposure of its function and requirements inherent in this approach in giving a moral damage. Finally an analysis was carried out on the phenomenon of Abandonment Affective and on the incidence of the institute of civil liability as a result of this phenomenon. We conclude with an exhibition of judicial decisions in particular the recent decision of the Superior Court of Justice in the Resp n°1159242/SP decided for the possibility of civil liability of parents, in thirst for moral damages as a result of emotional supported by their children.

Keywords: Human dignity. Responsible fatherhood. Affectivity. Civil liability. Abandonment affective.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DA FAMÍLIA	13
2.1	Noções gerais	13
2.2	Do poder familiar	14
2.3	Princípios constitucionais do direito de família	18
2.3.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	18
2.3.2	Princípio da afetividade	20
2.3.3	Princípio da solidariedade	21
2.3.4	Planejamento familiar e paternidade responsável	22
3	DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	23
3.1	Considerações iniciais	23
3.2	Do direito à convivência familiar	24
3.3	Do papel fundamental dos pais na formação dos filhos	26
4	DA RESPONSABILIDADE CIVIL	29
4.1	Considerações iniciais	29
4.2	Conceito	30
4.3	Responsabilidade subjetiva e objetiva	31
4.4	Funções da responsabilidade civil	32
4.5	Elementos da responsabilidade civil	34
4.5.1	Ação	34
4.5.2	Culpa	35
4.5.3	Nexo causal	36
4.5.4	Imputabilidade	37
4.5.5	Dano	38
4.6	Dano moral	38
5	DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PAIS POR ABANDONO AFETIVO	42
5.1	Noções gerais	42
5.2	Abandono afetivo	44
5.3	Da responsabilidade civil por abandono afetivo	46

5.4	Decisões judiciais: posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça ..	50
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	REFERÊNCIAS	63
	ANEXO A - Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)	68

1 INTRODUÇÃO

O ramo do direito de família, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi o que mais suscitou por mudanças e o que mais sofreu modificações, em consequência dos anseios e clamores que exigiam um posicionamento diferente do legislador e julgador brasileiros.

A nova constituinte assegurou a criança e ao adolescente, com total prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de protegê-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Frente à problemática apresentada, o presente trabalho monográfico, a partir de apontamentos da doutrina e legislação que regula o Direito de Família com o amparo de posicionamentos jurisprudenciais, pretende confirmar a aplicabilidade da Responsabilidade Civil aos pais que através de suas condutas incorreram na prática de abandono afetivo contra seus filhos.

Diante da atual dinamização da estrutura familiar e o surgimento de modelos de famílias diferentes dos tradicionais, pode-se afirmar que a relação entre os pais e seus filhos sofreu diversas mudanças, principalmente, no tocante à correspondência dos direitos destes em detrimento dos direitos e deveres estabelecidos para aqueles.

Ocorreu, portanto, a transição da família antes vista apenas como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, a qual tem por função principal a promoção do desenvolvimento da personalidade de seus membros, incorporando assim uma nova feição, agora fundada na ética, na afetividade e na solidariedade.

Contudo diante da separação conjugal, do rompimento da união estável ou até mesmo uma gravidez não esperada onde os genitores decidem por não manter uma relação afetiva entre si constata-se que o convívio dos filhos com um dos genitores fica comprometido, deixando estes de exercerem as funções parentais de forma equânime.

Dessa forma o afrouxamento dos laços de afetividade entre pais e filhos, resultado da cessação do convívio, é cenário propício para que um dos genitores deixe de exercer com todas as atribuições parentais, contribuindo por vezes, apenas

financeiramente com o desenvolvimento do filho. Assim a participação desse genitor na vida da prole é de apenas um mero espectador, não vivenciando do dia-a-dia da criança, não havendo a construção de laços afetivos, os quais são tão importantes para o desenvolvimento do filho.

Percebe-se que o aspecto material vem se sobrepondo ao afetivo, dando respaldo ao genitor que não participa ativamente na vida de seu filho, que este nada lhe deixa faltar, contudo, esta assertiva não pode ser vista como verdadeira, pois sim falta, falta o afeto que um filho espera de seu pai/mãe.

Esse abandono sofrido por essa criança prejudica seu desenvolvimento, podendo acarretar traumas psicológicos que levará consigo por toda sua vida adulta. A este fenômeno de que ora tratamos dá-se o nome de Abandono Afetivo

Atualmente muitos filhos, amparados pelos princípios da proteção integral da criança e do adolescente, da paternidade responsável, da afetividade e do direito a convivência familiar, os quais devem servir de norte para a conduta dos pais quando da criação e educação de seus filhos, estão buscando o Poder Judiciário no intuito de serem reparados civilmente por seus genitores frente ao dano causado pela privação do afeto e do convívio familiar durante sua formação.

Para compreensão do tema será traçado no segundo capítulo um breve histórico sobre a estrutura familiar evidenciando suas transformações tanto em nossa nova carta republicana como no novo código civilista. Reservamos um espaço também para estudarmos sobre o poder familiar, o qual se faz presente em toda relação familiar, concluindo este capítulo com a exposição dos princípios afetos ao tema, destacando-se a dignidade da pessoa humana, a afetividade e a paternidade responsável.

A seguir é feita uma breve análise sobre o direito da criança à convivência familiar onde se levou em consideração o Estatuto da Criança e do Adolescente, que consagrou a proteção integral e o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais, e o papel fundamental dos pais na formação dos filhos.

No quarto capítulo reservou-se um espaço para estudo do instituto da responsabilidade civil, inserido no artigo 186 do Código Civil Brasileiro (CC/02), com a apresentação de conceitos bem como a demonstração dos seus requisitos que garantem sua aplicabilidade.

Por fim, será destacado no quinto capítulo a responsabilidade civil por abandono afetivo, onde se analisará o fenômeno do abandono afetivo e se buscará demonstrar que a ação, a conduta e o comportamento dos pais no exercício (ou na falta do exercício) do poder familiar são causas passíveis de caracterizar os pressupostos essenciais da responsabilidade civil. E confirmando este estudo, fazemos uma análise do entendimento jurisprudencial proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que decidiu pela aplicabilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo, tendo como consequência a indenização por dano moral.

Almeja-se com este trabalho contribuir para a discussão sobre o abandono afetivo e a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil sobre este fenômeno, e conseqüentemente, sobre quais são efetivamente os deveres dos pais perante seus filhos. Pretende-se demonstrar ainda que este instituto pode ser visto como um meio adequado para acabar ou mitigar o abandono afetivo desde que comprovado o dano aos direitos de personalidade do filho, afigurando-se como um instrumento possível de proteção aos filhos contra o abandono sofrido decorrente da conduta negligente de um dos seus genitores.

2 DA FAMÍLIA

2.1 Noções gerais

Antes de começar os estudos deste trabalho, faz-se necessário expor certos conceitos que serão necessários para a melhor compreensão da temática abordada nesta monografia.

Assim é imprescindível que conceituamos o que é família. Em procura no dicionário encontramos que família é “pai, mãe e filhos: família numerosa”. Venosa (2009) divide o conceito de família em amplo e restrito. No primeiro considera família como parentesco e conceitua família como o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar. Enquanto que no sentido restrito, família compreenderia somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

De acordo com o art. 226 §4º da CF/88 entende-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Lembrando que a CF/88 igualou os deveres e direitos entre homens e mulheres (art.5º), equiparou o casamento com a união estável (art. 226 § 3º) e em recentes decisões o Superior Tribunal Federal permitiu a união estável entre casais homoafetivos, ampliando assim através de uma interpretação sistemática da constituição o conceito de entidade familiar ou família (BRASIL, 1988).

Assim, família, no nosso entendimento, seria o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico ou afetivo que vivem sob o poder familiar. Atualmente considera-se família o conjunto de pessoas que decorrem do casamento, da união estável heteroafetiva e homoafetiva e também comunidade monoparental (art.226 §§ 3 e 4º da CF/88), sendo que esta sobrevém com a morte de um dos genitores, da adoção unilateral, da separação judicial, do divórcio, da “produção independente”. Dessa forma conceituar família hoje em dia em dia não é algo fácil em razão das múltiplas faces que esta pode vir ter (BRASIL, 1988).

Nesta esteira, com esta abrangência no entendimento do que é família, o direito de família também teve sua área de atuação ampliada por consequência, vez que este é o ramo do direito cível que estuda as relações familiares. Segundo a professora Diniz (2008a), direito de família é o complexo das normas que regulam a

celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

O direito de família está disciplinado no Livro IV do Código Civil de 2002 nos arts. 1511 a 1783, os quais vão regular todos os institutos deste ramo do direito (BRASIL, 2002). A Constituição Federal de 88 deu guarida constitucional a este ramo do direito em razão de sua importância, como se pode perceber: “Art. 226 da CF/88: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]” (BRASIL, 1988, não paginado).

O texto constitucional em seus arts. 226 a 230 reservou tópicos relativos à família ou entidade familiar por entender se tratar de um assunto fundamental para a vida em sociedade e por esta razão necessitou ter uma proteção e garantia especial.

2.2 Do poder familiar

O código civil de 1916 em seu art. 379 dispunha que “os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao **pátrio poder**, enquanto menores”, contudo com o advento da Constituição Federal de 1988, que igualou os direitos e deveres entre homens e mulheres e com a subsequente reforma da lei civilista, que apresentou o código civil (CC) de 2002, o qual preteriu a expressão **poder familiar** à pátrio poder (BRASIL, 1916).

O poder familiar está inserido dentro do Livro IV deste código, o qual trata do direito de família e vem disciplinado no capítulo IV deste livro. O art. 1630 inaugura ao tratar deste assunto e diz assim: “**Art. 1.630 - Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores**” (BRASIL, 2002, não paginado).

Assim, com esta nova redação em comparação ao do art. 379 do cc/1916, visualizamos algumas mudanças fundamentais, todas estas decorrentes da nova constituição inserida em nossa sociedade. Percebemos que o poder, antes restrito a figura paterna, agora é dividido com entre ambos os genitores, e que não há mais diferenciações entre os filhos, estando sujeitos a uma única condição, sendo esta sua menoridade.

Para Gonçalves (2002), poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.

Segundo a professora Diniz (2008a) poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho.

Arguindo que o poder familiar é um encargo imposto pela paternidade e maternidade decorrente de lei, Venosa dispõe que (2009, p. 301): “nesse sentido, entendemos o pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados com relação à pessoa destes e a seus bens.”

Pode-se perceber que o poder familiar possui características inerentes a sua natureza, vez que, como já dito, este constitui a autoridade parental de dirigir a educação da sua prole, mantendo-os sob sua guarda, proteção e companhia, sustentando-os e criando-os. Assim passamos a enumerar, e descrever estas características tão fundamentais a este instituto (DINIZ, 2008a):

- a) Constitui um *direito-função* e um poder-dever (múnus público): corresponde a uma espécie de cargo privado, onde o poder familiar estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo;
- b) Irrenunciável: os pais não podem abrir mão dele;
- c) Inalienável ou Indisponível: não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso (pensar se coloco o resto sobre a exceção);
- d) Imprescritível: não decaem dos genitores pelo fato de não o mais exercerem, somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei;
- e) Incompatível com a tutela: não se pode nomear tutor a menor, cujo genitor não foi suspenso ou destituído do poder familiar;
- f) Natureza de relação de autoridade: existência de um vínculo de subordinação entre pais e filhos, vez que os genitores tem o poder de mando e a prole, o dever de obediência (CC, art. 1.634, VII).

O art.1634 do Código Civil enumera os direitos e deveres que incumbem aos pais, referentes à pessoa de seus filhos, como vemos:

Art. 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 sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos 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 (BRASIL, 2002, não paginado).

O não cumprimento destes direitos e deveres pode levar a extinção do poder familiar do genitor que não cumpriu, e, além disso, algumas destas desobediências por serem consideradas muito relevante tiverem seu conteúdo previsto no código penal como crime, como é o caso do abandono material e o intelectual, e também a entrega de seu filho a pessoa inidônea pode configurar crime previsto no art. 245 (BRASIL, 1940).

A aplicação de castigos imoderados caracteriza o crime de maus-tratos, causa de perda do poder familiar - CC, art. 1638, I (BRASIL, 2002). O Filho pode ainda exigir judicialmente indenização pelos danos sofridos no decorrer de sua criação ou do poder familiar exercido por seus genitores.

Assim acreditamos, como se verá nos capítulos posteriores, que no abandono afetivo, outra forma de inobservância e de descumprimento dos direitos e deveres do poder familiar que o art. 1634 incube aos pais, o filho também terá direito de pedir judicialmente indenização pelo dano sofrido.

Aos pais cabem a administração e o direito de usufruto dos bens/patrimônios de seus filhos. Diferentemente do CC de 1916, o código civil de 2002, retirou este tema do título I do livro IV do código civil (do direito de família), que trata do direito pessoal o qual o poder familiar se insere no capítulo V para o Título II que trata sobre os direitos patrimoniais.

Contudo, mesmo tendo ocorrido esta mudança, a administração e o direito de usufruto dos bens da prole, como já dito anteriormente, permanece sobre proteção e guarda de seus genitores enquanto perdurar o poder familiar, sendo, portanto este um outro caso de dever dos pais em decorrência deste instituto tão importante para o direito de família.

O art. 1637 dispõe que o poder familiar pode ser suspenso em decorrência de abuso de autoridade dos genitores com seus filhos, como se vê abaixo:

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

E mais em seu parágrafo único, traz ainda outra situação que pode ocorrer a suspensão do poder familiar, sendo esta, quando, o pai ou mãe for condenado a sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois de prisão.

O art. 1635 dispõe que:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 (BRASIL, 2002, não paginado).

Este artigo traz as causas de extinção do poder familiar e pode decorrer de fatos naturais (pela morte dos pais ou do filho e maioridade), de pleno direito (pela emancipação e adoção) e por decisão judicial.

As causas de extinção do poder familiar por decisão judicial, do qual trata o inciso V do art. 1635 do CC/02 são vistas no art. 1638 do CC/02, como se vê a seguir:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

As causas de extinção do poder familiar trazidas neste artigo acima são classificadas como forma de destituição/perda do poder familiar, seria uma sanção mais grave do que a suspensão e opera-se por sentença judicial se o juiz se convencer que houve umas das causas que justificam, abrangendo, por ser medida imperativa, toda a prole e não somente um filho ou alguns filhos, conforme preleciona Diniz (2008a).

Os legitimados a promoverem ação com o intuito de destituir algum dos pais de seu poder familiar são: o outro cônjuge/genitor, por parente do menor, o próprio menor, se púbere, pela pessoa a quem se confiou sua guarda ou pelo

Ministério Público. O procedimento da perda e da suspensão do poder familiar é regido pela Lei nº 8.069/90, art.148, parágrafo único, b, 201, III, 155 a 163.

Em regra, a perda do poder familiar é permanente (CC, art. 1635, V), contudo, excepcionalmente, seu exercício possa ser restituído, se comprovada a regeneração do genitor ou se desaparecera a causa que ensejou a perda do poder, no entanto, este restabelecimento deve se dar mediante processo judicial de caráter contencioso (BRASIL, 2002).

2.3 Princípios constitucionais do direito de família

Princípios são comandos de otimização e são também utilizados como base para construir um sistema jurídico e assim lhe conferir coerência e unidade. Nesse sentido Miranda (1983, p. 199) destaca a função ordenadora dos princípios adiantando que a “ação imediata dos princípios consiste em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois eles que dão coerência geral ao sistema”.

Com a constituição federal de 1988 e constitucionalização do direito civil, os princípios constitucionais tornaram-se comando normativos que orientam toda a interpretação, integração e aplicação da ciência jurídica.

As normas e institutos de direito de família devem adequar-se aos princípios constitucionais que orbitam sobre todo o sistema jurídico constitucional. Enfim deve o Direito Civil como um todo nortear-se pela legalidade constitucional, pelas premissas fundamentais as quais guardam os valores mais relevantes do nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido percebemos que a violação a um princípio constitucional representa falta mais grave que a violação a uma norma-regra, vez que a atuação dos princípios abrange todo o ordenamento jurídico.

A Constituição Federal estabelece princípios gerais de proteção a família, dentre os quais se destacam os princípios abaixo.

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Com a inauguração da nova ordem democrática e liberal que a constituinte de 1988 consolidou em nossa sociedade, percebemos a mudança do

foco central de nossa carta magna, a qual tem agora como seu cerne principal a pessoa humana.

Com a retomada da valorização da pessoa humana visualizamos em análise desde os primeiros artigos da constituição de 1988 que esta teve sua proteção ainda mais ampliada, como se pode observar logo em art. 1º, III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988, não paginado).

Percebemos assim o respeito que o constituinte teve sobre este tema, colocando a dignidade da pessoa humana como princípio norteador que irradia seus efeitos sobre todo o sistema jurídico, vez que este é um super princípio, considerando-se a dignidade da pessoa humana o valor supremo de nosso ordenamento.

Ensina Madaleno (2010, p. 29): “A dignidade humana é princípio fundamental e, portanto, recebe integral proteção do Estado Democrático de Direito, prevalecendo sobre os demais princípios”.

Com a nova constituinte reconhece-se que não se deve proteger e assegurar apenas o direito a vida, mas sim o direito a uma vida digna, a fim de preservar a essência da pessoa humana.

Quanto à família, a qual é protegida pela constituição, deve ser o espaço onde a dignidade deve ser principalmente garantida e protegida, conforme ensina Monteiro (2004, p. 19):

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade.

Dessa forma, a dignidade tem como função dentro das relações familiares de atuar no sentido de garantir a formação de todos os indivíduos do núcleo familiar e assegurar o pleno desenvolvimento destas pessoas.

Pode-se verificar esta garantia em análise aos art. 227 e 230 da Constituição Federal de 1988, que preveem, respectivamente, que 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 e também têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (BRASIL, 1988).

Assim, compreendemos que é dever constitucional dos pais garantir um pleno desenvolvimento de sua prole, afim de que a dignidade destes seja respeitada. Contudo nem sempre vemos esta atuação dos pais, e é desta inocorrência/desrespeito que origina danos à personalidade e à dignidade dos filhos que resulta em discussões sobre quais medidas devem ser usadas nestas situações, assunto este a ser explorado neste trabalho.

2.3.2 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade é corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar (DINIZ, 2008a).

A afetividade enquanto princípio é a base do respeito à dignidade humana, a qual norteia as relações familiares e da solidariedade familiar. Por mais que este princípio nem mesmo a palavra afeto estejam expresso na constituição federal sua importância e relevância não são descartadas. Podemos percebermos sua presença em análise ao art. 226 § 8º, o qual prevê que, “o estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988, não paginado).

Vecchiatti (2008, p. 215) alerta que

[...] a Constituição brasileira consagra o princípio de que o amor familiar representa o elemento formador da família contemporânea, visto que se não é alguma formalidade que gera a entidade familiar juridicamente protegida, então só pode ser o sentimento de amor, aliada a comunhão plena de vida e

interesses, de forma pública, contínua e duradoura, o que forma a entidade familiar protegida pela Constituição Federal.

Neste mesmo sentido preleciona Madaleno (2009, p. 65):

O afeto é mola propulsora dos relacionamentos familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto.

O afeto se reproduz na confiança almejada pelos membros do núcleo familiar, no respeito da dignidade humana, fazendo com que a convivência familiar seja sentida de forma mais sincera e intensa. Deste modo a confiança é elemento imprescindível da vida social e da ordem jurídica, assim a afetividade deve vir sempre acompanhada da lealdade entre seus membros, boa-fé e confiança, que pressupõe respeito e consideração mútua (ROSENVALD; FARIAS, 2010).

Segundo lição de Teixeira e Rodrigues (2009, p. 38):

O princípio da afetividade funciona como um vetor que reestrutura a tutela jurídica do Direito de Família, que passa a se ocupar mais da qualidade dos laços travados nos núcleos familiares do que com a forma através da qual as entidades familiares se apresentam em sociedade, superando o formalismo das codificações liberais e o patrimonialismo que delas herdamos.

Desta forma, em atenção a este princípio, não é aceitável que os pais, sejam estes biológicos ou socioafetivos, façam distinções discriminatórias dentro de sua prole ou núcleo familiar, vez que cabe a eles proporcionar e garantir o convívio com seus filhos para que ocorra o desenvolvimento necessário do afeto, tão essencial para o desenvolvimento humano, respeitando assim, a dignidade da pessoa humana destes.

2.3.3 Princípio da solidariedade

Conforme o art. 229 da CF/88, *in verbis*: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988, não paginado).

O princípio da solidariedade assim como o princípio da afetividade também é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio reproduz os deveres recíprocos existentes entre os integrantes do núcleo familiar, não havendo assim diferenças vez que todos são integralmente responsáveis.

De acordo com Gama (2008), o princípio da solidariedade se vincula necessariamente aos valores éticos do ordenamento jurídico. A solidariedade surgiu como categoria ética e moral, mas que se projetou para o universo jurídico na representação de um vínculo que compele à oferta de ajuda ao outro e a todos.

Com análise do artigo 229 da CF/88 supra citada, podemos inferir que este princípio se insurge da compreensão e cooperação do membros da família de ajudarem-se mutuamente sempre que necessário, abrangendo tanto obrigações de cunho alimentar quanto de assistência imaterial (amparo, sustento, cuidado).

2.3.4 Planejamento familiar e paternidade responsável

O art. 2º da Lei nº 9263/96 define o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (BRASIL, 1996, não paginado).

Conforme o art. 227, § 7º da Constituição Federal, *in verbis*:

Parágrafo 7º: Fundados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Dessa forma percebemos que tanto o princípio da paternidade responsável, quanto o do planejamento familiar estão protegidos pela constituição federal, sendo, portanto uma garantia dos filhos que estes terão durante seu desenvolvimento planejado por pais responsáveis, contudo o estado deve dar condições necessária para que isto se materialize.

Segundo Rosenvald e Farias (2010, p. 47): “O propósito do planejamento familiar, é sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção”.

Quanto ao princípio da paternidade responsável, o constituinte impôs que os pais na condução da paternidade a faça de forma responsável a fim de priorizar o bem estar físico, psíquico e moral de seus filhos, respeitando assim o direitos destes. A afetividade, já discutida no tópico acima, é parte essencial nestas relações dando, portanto, sentido e dignidade a existência dos filhos.

3 DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

3.1 Considerações iniciais

O estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei nº 8.069/90 - veio para proteger integralmente a criança até 12 anos e o adolescente entre 12 e 18 anos, e excepcionalmente, o menor entre 18 e 21 anos, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que deverão ser respeitados, primordialmente, não só apenas pela família ou sociedade mas também pelo Estado, sob a consequência de responderem por danos causados (BRASIL, 1990).

Esta proteção integral aos direitos da criança e do adolescente está disposto no art. 3 do ECA abaixo transcrito:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990, não paginado).

O Título II do ECA elenca em capítulos um rol de direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes, dentre os quais tem-se: direito à vida e à saúde; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; direito à convivência familiar comunitária, direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; direito à profissionalização e proteção no trabalho (BRASIL, 1990).

O art. 5º do estatuto da criança e dos adolescentes dispõe que:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (BRASIL, 1990, não paginado).

Dessa maneira percebe-se que nenhuma criança ou adolescente será alvo de discriminação, negligência ou qualquer tipo de desrespeito aos seus direitos personalíssimos que impliquem infração aos seus direitos fundamentais.

Assim vislumbramos o caráter de vulnerabilidade da criança, e diante disto que o legislador previu as medidas acima, no intuito conferir as crianças e aos adolescentes prerrogativas em relação aos adultos, as quais estes devem cumprir sob pena de lhes serem impostas penalidades previstas em lei.

Portanto pretende-se a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente, resguardando seus direitos fundamentais, a fim de que estes não

sejam usurpados ainda na infância, de modo que o desenvolvimento moral, mental e social necessários para levá-los a uma vida adulta, não seja comprometido, tornando-os em adultos saudáveis e capazes de integrar a sociedade com a total integridade de sua dignidade.

3.2 Do direito à convivência familiar

A nossa Carta Magna alberga proteção especial do Estado à família, em seu art. 226, bem como garante à criança e ao adolescente, entre outros direitos fundamentais, a convivência familiar saudável e harmoniosa, na busca do máximo interesse do menor (BRASIL, 1988).

Como visto a convivência familiar é um direito constitucionalmente assegurado à criança e ao adolescente, consoante previsão do artigo 227 da CR/88:

Art. 227 .É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, não paginado, grifo nosso).

Neste contexto o Estatuto da Criança e do Adolescente privilegia o máximo interesse do menor e endossa o pugnado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (1989) sobre a convivência com os pais como um direito inalienável da criança.

De acordo com o artigo 15º do ECA (Lei nº 8.069/90) diz que toda criança e adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis (BRASIL, 1990).

Segundo Diniz (2008a, p. 659) “toda criança ou adolescente terá direito de ser criado e educado no seio da entidade familiar, seja ela natural ou substituta.”

Nesse sentido dispõe o art. 19º do ECA, como se vê:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (BRASIL, 1990, não paginado).

Os conceitos de família natural e substituta também estão presentes no ECA em seus art. 25 e 28, e entende-se por família natural a comunidade formada

pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes e por família substituta aquela que se faz mediante a guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos da lei (BRASIL, 1990).

Verifica-se, portanto que o segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente coloca como direito fundamental à criança e ao adolescente o direito a convivência familiar, não distinguindo se essa convivência se realizará com a família natural do menor ou em um familiar substituta. Não fazendo assim qualquer tipo de diferenciação entre estes dois tipos de família.

Nesse sentido percebemos que a convivência familiar é incontestável para o desenvolvimento saudável na formação da personalidade e caráter do menor, o que pode-se, por consequência, perceber que a presença do afeto dos pais juntos ao seus filhos, com a atenção e participação são necessários neste processo de formação.

Os dispositivos acima ressaltam a primazia dos direitos da criança onde se procura sempre assegurar-lhe em absoluta a integridade plena dos menores e os pais tem como dever, independentemente do estado civil, proporcionar o ambiente e os recursos necessários para o desenvolvimento saudável, não se falando apenas do aspecto material, mas também afetivo psicológico e social.

No mesmo sentido leciona Silva(2004, p. 139): “Garantir ao filho a convivência familiar significa respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade, na medida que depende de seus genitores não só materialmente.”

A prerrogativa da convivência familiar não é uma faculdade dos pais, mas sim um direito recíproco conferido tanto a pais quanto a filhos, segundo exprime Lôbo (apud DIAS; PEREIRA, 2006, p. 158) em seu artigo “Poder familiar”: “O direito à companhia dos filhos tem como contrapartida o direito dos filhos à companhia de ambos os pais e à convivência familiar constitucionalmente atribuída”.

A desobediência ao direito da criança e do adolescente à convivência familiar fere a dignidade do menor, que acaba por gerar danos neste de ordem psicológica, que o levará consigo por toda sua vida em consequência da ausência de seus genitores em sua vida.

Nem mesmo a separação/divórcio ou rompimento da união estável são motivos para o descumprimento da convivência familiar que o menor tem direito, em verdade, este deve ser reafirmado, vez que conforme ensina Silva (2004) quanto à filiação, rompe-se a coexistência ou coabitação, jamais o dever de convivência.

Portanto o direito à convivência familiar é um direito natural e fundamental protegido pela nossa Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente dentre outras normas positivadas, que deve ser preservado e respeitado, devendo ser interpretado sempre da melhor forma possível de forma a se aproximar da realidade social considerando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente.

3.3 Do papel fundamental dos pais na formação dos filhos

O primeiro contato de qualquer pessoa desde o seu nascimento é com seus pais, com eles a criança conhece as primeiras noções de família e de interação social, aprende a falar e a dar seus primeiros passos, assim, reconhecem quem são seus semelhantes e se sente segura e acolhida para o que lhe espera no futuro.

São com os pais que as crianças aprendem suas primeiras lições sobre o que é certo e o que é errado, o que é o amor, a confiança, ou seja, os pais são os primeiros amigos, confidentes, professores.

Os pais tem papel determinante na formação e crescimento dos filhos, uma vez que a personalidade e caráter deste tem relação estreita com o cuidado, afeto e educação dada pelos pais. O nível de comprometimento dos pais na criação de seus filhos irá refletir na forma que estes irão se portar na infância, na adolescência e na vida adulta.

Silva (2004, p. 132) leciona de forma acerta a dependência do filho com a criação que lhe foi dada por seus pais:

Do nascimento à fase adulta, os filhos crescem e se desenvolvem em torno da auto-estima, do senso de moralidade, responsabilidade, empatia e de outros tantos aspectos ligados à formação da personalidade. [...] A criança precisa e depende de seu criador. Se ela é negligenciada, maltratada, rejeitada ou abandonada, não desenvolve suas capacidades básicas e sofre prejuízos em sua personalidade.

Da leitura acima podemos concluir que a formação da personalidade e caráter dos filhos depende da relação que tem com seus pais, e que a omissão destes, seja por negligencia omissão abandono ou até mesmo rejeição gera danos graves a personalidades desses filhos de ordem psicológica que poderão levar pelo resto de suas vidas.

Assim a formação da personalidade dos filhos depende diretamente da participação, da atuação, do posicionamento e da forma como os genitores exercem

seus papéis de pai e mãe, como estabelecem e mantêm a convivência familiar. (SILVA, 2004).

Uma boa criação não está relacionada apenas com o fator material, ou seja, se os pais tinham ou não condição de colocar os filhos na melhor escola, dar os melhores presentes, oferecer as melhores viagens, mas sim no carinho, afeto, no comprometimento desses “pais” em mostrar para seus filhos o caminho certo a seguir para que estes não se desvirtuem, e em inseri-los na vida em sociedade com uma personalidade sólida e saudável.

Teixeira (2005, p. 149) demonstra em seu comentário abaixo a importância do tripé educação, criação e assistência na vida da criança:

Na verdade, assistência, criação e educação estão diretamente atreladas à formação da personalidade do menor, bem como no escopo de realizar os direitos fundamentais dos filhos, seja em que seara for. O direito à educação, além desse aspecto geral, também se reporta ao incentivo intelectual, para que a criança e o adolescente tenham condições de alcançar sua autonomia, pessoal e profissional.

Os pais devem entender que a formação de seus filhos depende do nível de atenção, cuidado, afeto dado durante a infância e adolescência e que o abandono, omissão pode refletir nesse processo de formação de personalidade, e que quando os pais se empenham e se comprometem para que nada falte aos filhos, principalmente quanto ao fator afetivo, evitam quando não minimizam acontecimentos negativos que podem vir ocorrer na vida de seus filhos, frente a todo o carinho e amor dado durante sua vida.

Devem, portanto, os pais, em respeito à dignidade dos filhos, permitir a eles o direito a convivência familiar harmoniosa e saudável na busca do melhor interesse do menor, em um ambiente em que lhe sejam passadas lições de moralidade, de afeto, de respeito para que durante a construção de sua personalidade estes tenham o discernimento completo do que é certo e errado a fim de que quando chegue o momento de tomar suas escolhas, opte sempre pelas melhores, evitando assim, qualquer tipo de deformação no seu caráter.

Neste trabalho queremos demonstrar o papel fundamental que os pais têm na formação da personalidade e caráter de seus filhos e que o fator principal neste processo de criação é o fator afetivo e que quando este é comprometido gera danos, por vezes, de natureza gravíssima na vida de seus filhos, este fenômeno denominamos de Abandono Afetivo.

Assim nos próximos capítulos veremos o instituto da responsabilidade civil, e como a responsabilidade civil é vista como uma alternativa viável a proporcionar a valorização da afetividade na relação parental, a reparação do dano sofrido em decorrência do abandono sofrido pela criança e a máxima solidariedade no exercício do poder familiar entre os genitores, já reconhecida pela jurisprudência pátria, permitindo-se, assim, a manutenção dos laços afetivos entre os pais e a prole, e por via de consequência, mitigação da ocorrência do fenômeno do abandono afetivo.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Considerações iniciais

A temática da responsabilidade civil no direito de família vem se tornando cada vez mais frequente na comunidade jurídica, sendo por vezes polêmica e controversa, ocasionada pelas alterações em nosso ordenamento jurídico, conforme explica Aguiar Junior (2005, p. 360):

Como facilmente se percebe das alterações do nosso ordenamento nos últimos quinze anos, o Direito Civil cada vez mais se constitucionaliza, mercê das inúmeras disposições inseridas na Carta, cujos muitos princípios, regras e políticas dizem diretamente com o direito privado. Nessa Linha, o Direito de Família se abre a considerações de ordem social e mostra uma tendência à 'socialidade', de que nos fala o Mestre Reale. Porém, o ordenamento tende a deixar cada vez mais a critério das pessoas a decisão sobre o casamento e sua dissolução, amplia o direito do filho, e nesses pontos reforça o individualismo e a autonomia da vontade; o interesse predominante passa a ser da pessoa, não o da entidade familiar.

O Direito de Família antes era impenetrado não se pensava em falar de responsabilidade civil em seu campo de estudo e atuação, pois não queriam que fosse abalada a suposta sintonia familiar. Tinha-se por pensamento que nenhum membro da estrutura familiar seria apto à produzir algum tipo de ato que se qualificaria como um ilícito e que fosse capaz de gerar qualquer tipo de responsabilização civil.

Com o advento da Constituição de 88 passou-se a ter a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual assegura à pessoa a incolumidade a qualquer tipo de agressão ou ameaça de lesão a direitos, que se expandiu a todos os ramos do direito, inclusive ao direito de família. O interesse da entidade familiar, ou seja, a função social da entidade familiar, também passou a ser outra vertente defendida nesta nova ordem jurídica, a qual atribui ao Estado o dever de preservar a família como instituição social.

Como um dos objetivos deste trabalho é demonstrar a importância da relação afetiva entre pais e filho, bem dizendo, a aplicabilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo, ou seja, a relação de pais que abandonam afetivamente seus filhos por inúmeros motivos os quais suportam sozinhos e calados a rejeição e a indiferença sofrida, e já tendo enfrentado nos tópicos anteriores temas que nos ajudaram a ambientar o foco deste estudo, faz-se necessário estudar agora o instituto da Responsabilidade Civil.

4.2 Conceito

Da vida em sociedade deriva-se deveres e obrigações, e que quando exercidas de forma contrária ao estabelecido pelo nosso ordenamento jurídico configura-se o ato ilícito, do qual pode vir a gerar o dever de reparar, quando da presença do dano.

Na concepção de Gonçalves (1995 apud FERREIRA, 2008, p. 59),:

[...] a palavra responsabilidade origina-se do latim *respondere*, que encerra a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria de tal forma o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.

Assim, 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 (DINIZ, 2008b).

Não obstante Cavaliere (2007, p. 1-2), em seus ensinamentos leciona que:

Apesar da responsabilidade civil, implicar em uma obrigação, qual seja, a de agir de acordo com o que é considerado lícito, difere dessa, no sentido de que a obrigação é anterior à responsabilidade, uma vez que esta só ocorre em função da violação daquela.

É imperioso, portanto, dizer que a responsabilidade civil, ou seja, o dever de reparar, deriva da conduta de um ato ilícito que gera dano a um terceiro, criando para o autor do ilícito uma obrigação, um dever jurídico, para com o terceiro prejudicado, o qual deve ser indenizado, dessa forma respeitando os ditames estabelecidos em nosso ordenamento jurídico que visa guardar a ordem da vida em sociedade.

Nesse sentido, Facchini Neto (2006, p. 51), com as palavras de Konrad Zweigert e Hein Kotz, bem explica:

O principal objetivo da disciplina da responsabilidade consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais dele devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as idéias de justiça e equidade dominantes na sociedade.

O artigo 927 do Código Civil de 2002 explicita essa obrigação de indenizar, *in verbis*:

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

Parágrafo único: Haverá **obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei**, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002, não paginado, qual grifo nosso).

Na medida em que a conduta ilícita deriva de uma ação ou omissão (dolo), negligência, imperícia ou imprudência que causa dano a outrem, conforme dispõe o art. 186 do CC 2002, *literis*: “Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002, não paginado).

Com a interpretação do art. 927, § único, acima transcrito, percebe-se que a responsabilidade civil, o dever de indenizar, é muito mais amplo, vez que este não decorre apenas da responsabilidade subjetiva, qual seja, aquela em que se verifica a culpa do autor do ilícito, mas também da responsabilidade objetiva como uma exceção, sendo esta a responsabilidade onde não se verifica a culpa do agente infrator mais sim a vontade ou o risco assumido de cometer a infração, uma vez que a obrigação de reparar provém do risco objetivamente considerado.

Compartilhamos assim do pensamento de França (2004, p. 70) o qual entende que a responsabilidade civil

[...] trata-se, portanto, de instituto destinado a preservar o equilíbrio do ordenamento jurídico, na medida em que impõe ao causador do dano, decorrente de ato ilícito, o dever de ressarcir ou recompensar, respectivamente, o dano material ou imaterial sofrido pela vítima.

4.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Gonçalves (2003, p. 166) dispõe:

A teoria clássica, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade civil. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova de culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito) passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

Percebemos assim que o Código Civil brasileiro filiou-se a teoria clássica ou subjetiva, como podemos visualizar no art. 186 do CC de 2002 no tópico acima transcrito.

Contudo há situações em que a lei impõe a reparação/responsabilização de um dano cometido sem a ocorrência da culpa. Nestes casos diz-se que a

responsabilidade é legal ou objetiva, uma vez que independe da culpa, satisfazendo-se apenas com o dano e o nexo de causalidade.

A teoria do risco tem como função justificar a teoria objetiva. Para ela toda pessoa que pratique alguma atividade que cria/envolva um risco de dano para terceiro deve ser obrigado a reparar, ainda que a conduta estivesse livre de culpa.

O nosso atual código civil inovou ao também adotar a responsabilidade objetiva, como se vê, no art. 927 § único, ao dizer “haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002, não paginado).

Dessa forma deixou-se um espaço aberto para que o juiz defina a responsabilidade de acordo com o risco e elimine a discussão sobre a culpa. A responsabilidade objetiva por ser exceção tem seus casos especificados em lei, como nos casos previstos no código civil, tendo como exemplo os arts. 933, 937, 937, *literis*:

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, **ainda que não haja culpa de sua parte**, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal **ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior**.

Art. 937. O dono de edifício ou construção **responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta** (BRASIL, 2002, não paginado, grifo nosso).

Esta responsabilidade também pode ser vista em leis esparsas, como a lei de acidentes de trabalho, o código brasileiro de aeronáutica, a Lei 6.453/77, a qual estabelece a responsabilidade do operador de instalação nuclear, dentre outros (BRASIL, 1977).

A teoria da responsabilidade objetiva possui várias subdivisões, contudo elas devem conviver lado a lado com a teoria subjetiva, uma vez que, esta vigora como regra e na realidade esta duas tem o mesmo objetivo reparar o dano causado pelo agente infrator suportado por um terceiro.

4.4 Funções da responsabilidade civil

Com a evolução da humanidade, o instituto da responsabilidade civil também passou por transformações a fim de se adequar com a sociedade em que

está inserida, buscando, portanto, estar sempre em sincronismo com os anseios e expectativas depositado neste instituto pelos indivíduos que dele necessitam.

Diante todas essas transformações a responsabilidade civil adquiriu funções diferentes que acabaram se moldando como um tripé, sendo este composto pelas funções compensatória (visa compensar o dano à vítima), punitiva (ideia de punir o ofensor) e a pedagógica, sendo esta a mais recente das três e que visa demonstrar a todos que condutas semelhantes (prática de ato ilícito) não serão aceitas.

A principal função da responsabilidade civil de fato é reparar o dano, ou seja, compensar o dano sofrido pela vítima, a fim de se retornar ao estado anterior ao dano (*status quo ante*), assim restabelecendo o equilíbrio econômico jurídico violado, recompondo-se assim, a situação do lesado.

Esta pretensão de obrigar o agente causador do dano a repará-lo inspirasse no mais elementar sentimento de justiça (CAVALIERI FILHO, 2008).

A principal finalidade da responsabilidade civil é fazer justiça, ou seja, reparar o dano sofrido pela vítima quando esta busca auxílio na tutela jurisdicional. Dessa forma a responsabilidade civil quando vista sob a ótica da função compensatória vemos que seu objetivo é garantir a segurança da pessoa e do patrimônio lesado mediante o restabelecimento do *status quo ante* reduzindo os efeitos do dano.

Contudo nem sempre esta compensação se dá com a restituição do próprio bem lesado, assim fixa-se um valor equivalente ao do bem ou do direito lesado, quando este não seja redutível pecuniariamente, o qual deve suportado pelo ofensor.

Deve-se sempre analisar a situação atual do lesado e a situação hipotética caso a lesão não tivesse ocorrido, dessa maneira, visa-se retornar ao mais próximo possível da situação antes do dano sofrido, assim, restabelecendo o equilíbrio econômico e jurídico do ofendido e alcançando o anseio principal deste instituto, qual seja a realização de justiça.

A segunda função é a punitiva, esta age de forma individualizada sobre o ofensor a fim de puni-lo em razão da falta de cuidado na prática de seus atos. Visa persuadi-lo a não mais cometer o ato ilícito praticado. Assim, tem por objetivo punir o infrator e desestimulá-lo a não mais praticar atos lesivos.

Por fim, a terceira função da responsabilidade é aquela de cunho pedagógico ou socioeducativo. Diferentemente da punitiva, esta função age de forma geral, ou seja, visa atingir toda a coletividade. Dessa forma objetiva alarmar a sociedade que condutas como as do ofensor não serão admitidas, uma vez que, desrespeitam as normas e a segurança da vida em sociedade, e também pois, geram desequilíbrio na vida social.

4.5 Elementos da responsabilidade civil

4.5.1 Ação

A ação é um dos elementos constitutivos da responsabilidade. Segundo Diniz (2002, p. 37) ação

[...] 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 coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Assim a ação na responsabilidade civil enseja que a conduta humana seja comissiva ou omissiva, voluntária e ilícita, vez que, a lei refere-se que comete ato ilícito qualquer pessoa que por ação ou omissão venha causar dano a outrem. A responsabilidade se baseia tanto na culpa em sentido amplo, em regra, quanto no risco considerado e assumido pelo ofensor.

O elemento ação pode ser subdividido em: ação em sentido estrito e omissão. A ação em sentido estrito vem a ser a prática de um ato que não se deveria fazer enquanto que a omissão é a não observância de um dever de agir ou da prática de um ato que se deveria realizar.

Neste sentido leciona Gonçalves (2003, p. 171):

A responsabilidade pode derivar de ato próprio (CC, art.939,940,953 etc.), e de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente (art.932) e, ainda, de danos causados por coisas (art.937) e animais (art.936) que lhe pertençam. Neste último caso, a culpa do dano é presumida(responsabilidade objetiva imprópria). Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de não se omitir pode ser imposto por (lei dever de prestar socorro às vítimas de acidentes imposto a todo condutor de veículos) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo.

Assim percebemos que a responsabilidade civil tem como alicerce, a ação, vez que esta tem que ser uma conduta humana ilícita e que viola um direito de

terceiro do qual resulte em um dano, dessa forma gera uma obrigação do ofensor com a vítima de indenizar pela lesão sofrida.

4.5.2 Culpa

A culpa inserida em nosso ordenamento jurídico pelo artigo 186 do CC/02 é a culpa em sentido amplo, a qual tem por objetivo fundamentar a responsabilidade civil subjetiva, sendo, portanto o elemento subjetivo caracterizador desta responsabilidade (BRASIL, 2002).

Esta culpa em sentido amplo é formada pelo dolo e pela culpa em sentido estrito. O dolo é marcado pela vontade consciente do agente em causar o dano, ou seja, quando há uma intenção deliberada de ocasionar prejuízo ou quando se assumi o risco de ter como resultado um dano. A culpa em sentido estrito é formada pela negligencia, imprudência e imperícia.

Venosa (2005, p. 36) leciona sobre essas três categorias da culpa em sentido estrito, como se vê:

Na negligência existe a obrigação de um dever positivo, de tomar determinada atitude, mas ocorre omissão por parte do ofensor de certa atividade que teria evitado o resultado danoso. Na imprudência o agente é precipitado e age sem prever as consequências nefastas ou prejudiciais. Enquanto que é imperito aquele que demonstra inabilidade para seu ofício, profissão ou atividade”.

Assim percebe-se que a negligência é a omissão, o descuido daquele agente que tem o dever legal de agir, contudo se queda inerte sendo essa postura determinante para a ocorrência do dano. A imprudência se dá quando o agente pratica uma ação sem qualquer tipo de cuidado ou de maneira arriscada criando assim um perigo que gera um dano a terceiro. A imperícia é vista nos casos de falta de experiência ou inaptidão para exercer determinada atividade/ofício que se propôs, e desta ação cause um dano a outrem.

Para Gonçalves (2003, p. 172):

A teoria subjetiva faz distinções com base na extensão da culpa. A culpa *lata* ou *grave*: imprópria ao comum dos homes e a modalidade que mais se avizinha do dolo,; culpa *Leve*: falta evitável com atenção ordinária; culpa *Levíssima*: falta só evitável com atenção extraordinária ou com especial habilidade.

[...]

Em geral não se mede o dano pelo grau de culpa. O montante do dano é apurado com base no prejuízo comprovado pela vítima. Todo dano provado deve ser indenizado, qualquer que seja o grau de culpa. Preceitua o art.944 do Código Civil, com efeito, que ‘A indenização mede-se pela extensão do

dano'. Aduz o parágrafo único que no entanto, se houver 'excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização'. Em algumas poucas leis especiais, como na lei de imprensa (lei n. 5.250/67), o grau de culpa pode ter influência no arbitramento do dano.

Diferentemente Venosa (2005, p. 33) entende que para fins de indenização o que importa é verificar se o agente agiu com culpa civil, em sentido lato, pois, em regra, a intensidade do dolo ou da culpa não deve graduar o montante da indenização, muito embora o presente Código Civil apresente dispositivo nesse sentido (art. 944, parágrafo único). A indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo, ou seja, a extensão do dano.

Percebemos assim que para alguns doutrinadores não se faz a necessidade de diferenciar culpa e dolo, vez que a indenização decorrente da responsabilidade civil deriva da extensão do dano. Contudo para que esta indenização seja proporcional e assim restabeleça-se *status quo ante* é necessária o estudo sobre a culpa e suas extensões a fim de que o equilíbrio buscado com a indenização seja o mais justo possível, tanto para a vítima como para o ofensor.

Com o art. 927 do CC/02 percebemos outra modalidade de responsabilidade, sendo aquela, como já vista em tópicos anteriores, que independe de culpa e tem seus casos especificados em lei, ou seja, é a responsabilidade objetiva na qual o juiz quem irá definir a responsabilidade de acordo com o risco, assim suprimindo a discussão sobre a culpa.

4.5.3 Nexo causal

O nexo causal é o liame entre a ação do agente infrator e o dano resultante desta conduta, do qual sem este elemento não há que se falar em indenização, ou seja, não gera obrigação de indenizar.

Neste sentido explica Gonçalves (2003, p. 173):

Se houve dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e, também, a obrigação de indenizar. As excludentes da responsabilidade civil, como a culpa da vítima e o caso fortuito e a força maior (CC, art.393), rompem o nexos de causalidade, afastando a responsabilidade do agente.

Dessa forma o nexos representa uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Basta que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser causa imediata, mas, se for condição para a

produção do dano, o agente responderá pela consequência. O dano poderá ter efeito indireto, mas isso não impede que seja concomitantemente, um efeito necessário da ação que o provocou (DINIZ, 2002).

Assim a vítima deve demonstrar que foi aquela ação do agente infrator a responsável pelo seu dano sofrido, gerando assim, o seu direito de reparação. Deve-se, portanto demonstrar que o dano não ocorreria caso o fato não houvesse sido produzido pelo agente infrator, confirmando a existência do nexo causal no evento danoso.

4.5.4 Imputabilidade

Nas lições de Gonçalves (2003, p. 168):

O art. 186 do Código Civil pressupõe o elemento imputabilidade, ou seja, a existência, no agente, da livre determinação de vontade. Para que alguém pratique um ato ilícito e seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha a capacidade de discernimento. Aquele que não pode querer e entender, não incorre em culpa, e por isso, não pratica ato ilícito.

A imputabilidade diz respeito aos elementos subjetivos da conduta, onde se o agente não possuía discernimento no momento da prática do ato não pode ele ser responsabilizado por eventual dano, contudo nos casos em que um terceiro possua sua guarda, ou seja, tem o dever de vigilância sobre este, deverá então responder como se o próprio tivesse praticado o ato.

Entretanto admite-se que o incapaz repare pelos seus danos causados, quando seus responsáveis não tenham meios suficientes para fazê-lo ou quando não tenham obrigação de fazer, conforme preleciona o art. 928 do CC/02¹.

Dessa maneira, a responsabilidade subjetiva, além de exigir uma conduta do agente e um ato lesivo, exige também a imputabilidade. Se o agente, quando da prática do ato ou da omissão, não tinha condições de entender o caráter ilícito da conduta não pode, em princípio, ser responsabilizado. (VENOSA, 2005, p.71).

¹ “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes.
Parágrafo Único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se ela privar do necessário o incapaz, ou as pessoas que dele dependem” (BRASIL, 2002, não paginado).

4.5.5 Dano

A responsabilidade civil, ou seja, o dever de indenizar decorre da existência de um prejuízo, devidamente comprovado, a um bem ou a um interesse jurídico, podendo este dano ser moral ou material.

No entendimento Cavalieri Filho (2008, p. 71), e do qual nos filiamos, o dano seria:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.

Assim o dano é uma ofensa a um bem jurídico, seja material ou imaterial, o qual é suportado por um terceiro que detém o direito jurídico sobre este, resultando assim no direito de ser indenizado.

Dessa forma inferimos que o dano é o principal elemento do dever de indenizar, vez que sem este ninguém poderá ser responsabilizado, já que sua existência é requisito condicionante para a responsabilidade, seja ela subjetiva ou objetiva. É o que se vê da leitura do art. 944 do CC/02, abaixo transcrito: **“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.** Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização” (BRASIL, 2002, não paginado, grifo nosso).

Neste mesmo sentido ensina Stoco (2004, p. 143) que:

A prova da existência do dano é indispensável, sob pena de ser o responsável liberado de pagar, posto que o juiz só poderá dar pela procedência do pedido se houver, na própria ação de conhecimento, prova do dano, sendo certo que na liquidação apura-se apenas o *quantum debeat*.

Dessa maneira o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer um de seus bens ou interesse jurídico, de natureza patrimonial ou moral. E para que esse dano seja indenizável é imprescindível a ocorrência dos seguintes requisitos (DINIZ, 2002):

- a) **Diminuição ou destruição do bem jurídico pertencente à outra pessoa:** a noção de dano pressupõe uma lesão que acarrete uma subtração nos interesses de outrem, tutelados juridicamente, sejam eles econômicos ou não.

- b) **Efetividade ou certeza do dano:** Lesão tem que ser certa não hipotética ou conjectural.
- c) **Causalidade:** a causa deve ser produzida pelo lesante.
- d) **Subsistência do dano:** no momento da reclamação tem que haver o dano, ou se reparado pela vítima, subsiste o *quantum* da reparação suportado pela vítima tem que ser indenizado.
- e) **Legitimidade:** a pessoa que pleiteia a reparação deve ser a titular do direito atingido.
- f) **Ausência das causas de excludente de responsabilidade:** caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, dentre outras.

Concluimos assim o estudo sobre os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil, e pode ser visto que frente a ausência de um destes requisitos não há que se falar em responsabilização nem mesmo em dever de indenizar. No próximo tópico abordaremos sobre uma das espécies de dano, qual seja, o dano moral.

4.6 Dano moral

O foco do nosso trabalho é a responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo, nessa esteira, o dano que gera o dever de indenizar nessa situação é o dano moral, decorrente da falta de relação afetiva da prole com seus genitores, da discriminação e humilhações sofridos em decorrência desse abandono afetivo suportadas pelo filho.

Zannoni (apud DINIZ, 2002, p. 82, grifo nosso) muito bem ensina-nos o que é o dano moral, *literis*:

O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espíritos contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. **O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que foram decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria reconhecido juridicamente.** P. ex.: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando este fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco próximo entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos. Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar reparação pecuniária em razão de dano moral, embora **não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas,**

tão-somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte as consequência da lesão jurídica por eles sofrida.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a reparação por dano moral passou status de direito fundamental, acabando com qualquer dúvida que possa vir a existir sobre sua previsibilidade, como pode ver visto com a redação do Art. 5º V e X, transcritos:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos seguintes termos:

[...]

V: **é assegurado** o direito de resposta, proporcional ao agravo, **além da indenização por dano** material, **moral** ou à imagem;

[...]

X : 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** (BRASIL, 1988, não paginado, grifo nosso).

Antes era inviável se pensar em reparação por danos morais, sob a fundamentação de que a dor seria algo inestimável para se mensurar/medir e que seria imoral estabelecer um preço sobre esta. A responsabilidade civil por dano morais nunca tinha sido antes prevista expressamente em uma constituição brasileira, era vista ocasionalmente em algumas leis esparsas, como na lei nº 5.250/67 (lei de imprensa), que previu a indenização por danos morais no exercício da liberdade de manifestação e expressão, podendo ser pleiteada separadamente da indenização por danos materiais (BRASIL, 1967).

Com a constitucionalização do instituto da responsabilidade civil por danos morais e a evolução acerca desse tema na doutrina e na jurisprudência pátria, o Supremo Tribunal de Justiça com o advento da súmula 387 reconheceu a possibilidade da cumulação das indenizações por dano moral e por dano estético, ambos derivados do mesmo evento danoso, deixando clara a existência da dupla lesão tanto ao patrimônio moral quanto ao corpóreo.

Percebe-se, portanto uma maior proteção agora aos direitos da personalidade, e não mais apenas aos direitos patrimoniais das pessoas. Os direitos da personalidade são aqueles direitos subjetivos de cada individuo que visam resguardar a honra, a liberdade, intimidade, integridade física e moral, enfim, a própria dignidade.

Dessa forma, a lesão a qualquer um destes direitos gera danos na esfera extrapatrimonial da pessoa lesada, razão pela qual deve haver uma separação entre os tipos de reparação, cabendo a vítima decidir, quando possível, se pleiteará pelas indenizações, moral, material ou estética, em apartadas ou cumuladas.

Assim o filho que requer indenização pelo abandono afetivo sofrido, detém o direito de pleiteá-lo judicialmente, pois, a afetividade, o dever de zelo, o direito a convivência familiar é um dever e obrigação dos pais para com seus filhos, sendo previsto tanto em nossa carta magna, quanto no código civil. Sendo assim um direito juridicamente reconhecido, qual seja o direito da personalidade, direito este subjetivo a todas as pessoas desde o seu nascimento com vida, do qual não se pede um preço pela dor sofrida, mas tão somente, um meio de atenuar em parte as consequências da lesão jurídica por eles sofrida, conforme se demonstrará no próximo capítulo.

5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PAIS POR ABANDONO AFETIVO

5.1 Noções gerais

A atual dinamização da estrutura familiar, com o surgimento de modelos de famílias diferentes dos tradicionalmente reconhecidos, em grande medida contribuiu para o alastramento de um fenômeno ainda pouco difundido entre os operadores do Direito.

Comumente vemos mães e pais solteiros, principalmente mães solteiras, seja em decorrência da separação/divórcio dos genitores, seja por uma gravidez não esperada entre genitores os quais não tinham o intuito de criar laços matrimoniais, de uma relação monoparental, de adoção dentre outras. Dessas situações um dos genitores, corriqueiramente, acaba por cumular a função de pai e mãe, vez que o outro genitor acaba por se afastar de suas funções de “pai”, colaborando na maioria das vezes apenas financeiramente na formação de seu filho, não conseguindo assim, associar os aspectos material e afetivo, que deve oferecer ao seu filho em face de seu desenvolvimento saudável.

Assim, percebe-se que o aspecto material vem se sobrepondo ao afetivo, dando respaldo ao genitor que não participa ativamente na vida de seu filho, que este nada deixa faltar ao filho, contudo, esta assertiva não pode ser vista como verdadeira, pois sim falta, falta o afeto que um filho espera de seu pai/mãe, o qual contribui para a formação e solidificação de sua personalidade e caráter.

A igualdade entre homens e mulheres apregoada no art. 5º, bem como a igualdade de deveres inerentes aos pais (art. 227 e 229), ambas estampadas na CF/88, reafirmam a importância da paternidade responsável e solidária e de que ambos os pais devem participar afetivamente da vida de seus filhos. Emergiu, assim, no contexto familiar o reconhecimento do dano afetivo causado quando da ausência do convívio da prole com um dos genitores.

Geralmente, nesse contexto de fragilidade emocional é que se desencadeia o Abandono Afetivo, fenômeno ainda pouco conhecido pelos estudiosos do direito.

O abandono Afetivo é o fenômeno que ocorre em decorrência da omissão, da humilhação, desprezo, discriminação do genitor que não acompanha o

desenvolvimento de sua prole, não lhe dando o suporte necessário para que sua personalidade venha a se desenvolver plenamente.

Ocorre que a identidade da família não pode ser confundida com a convivência do casal. Preleciona o Código Civil Brasileiro que todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando da separação ou do divórcio dos genitores, o que não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (CC, 1579), ou quando os mesmos resolvem por não se relacionarem afetivamente. Nesta esteira o Código Civil em seu art. 1634 também elencou competências que os pais devem ter com seus filhos independentemente de como essa relação parental surgiu, seja biológica ou civil, *in verbis*: “Art. 1634 Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – Tê-los em sua companhia e guarda. [...]” (BRAISL, 2002, não paginado).

A par disto, o Estatuto da Criança e do Adolescente privilegia o máximo interesse do menor e endossa o pugnado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (1989) sobre a convivência com os pais como um direito inalienável da criança.

Com efeito, a nossa Carta Magna alberga proteção especial do Estado à família, em seu art. 226, bem como garante à criança e ao adolescente, entre outros direitos fundamentais, a convivência familiar saudável e harmoniosa, na busca do máximo interesse do menor.

Nesse contexto, impende destacar o instituto da Responsabilidade Civil, erigido pelos art. 186 e 927 do CC, que favorece de sobremaneira as relações afetivas entre pais e filhos, tendo como foco a reparação e a prevenção deste fenômeno do abandono afetivo na vida da prole, visando assim, uma maior aproximação afetiva dos filhos com ambos os genitores.

Assim, o instituto se mostra como um instrumento idôneo a mitigar, ou, até mesmo, banir o fenômeno do Abandono Afetivo, já que no cumprimento do seu mister, a Responsabilidade Civil estabelece a compensação/punição do dano sofrido pela prole, sendo assim, uma forma de chamar a atenção desse genitor que causara esse abandono afetivo para que não mais o faça.

E mais, o instituto da Responsabilidade Civil visa evidenciar além da sua finalidade punitiva e compensatória, a sua finalidade pedagógica, pois demonstra para este genitor e para a sociedade que o desrespeito aos deveres constitucionais inerentes aos pais com seus filhos não podem ser aceitos. Dessa forma, visa

proporcionar a divisão igualitária de responsabilidade, tanto financeira quanto afetiva, dos pais com relação à prole.

Reitera-se que o fenômeno do qual se pretende tratar, qual seja, o Abandono Afetivo, funda-se na omissão, humilhação, desprezo e discriminação aos filhos por parte de seus genitores. Assim, a responsabilidade civil por abandono afetivo visa reaver a manutenção dos vínculos afetivos entre genitores e a prole, podendo ser indicado como instrumento hábil a combater o Abandono Afetivo, fenômeno cada vez mais comum na sociedade familiar atual, como veremos a seguir.

5.2 Abandono afetivo

A responsabilidade parental é um assunto um tanto incerto para alguns pais, uns veem esta como convergência do afeto, do acompanhamento na formação do filho, do sustento, tendo uma visão completo do que é ser pai e de sua responsabilidade com seu filho, outros apenas veem pelo aspecto econômico, isto quando assim o fazem. Diante desta segunda concepção é que se encontra o ambiente propício para o aparecimento de um fenômeno cada vez mais frequente, qual seja, o Abandono Afetivo.

Com nossa sociedade cada vez mais egocêntrica, e com a valorização do aspecto material em preterição do afetivo percebemos que essa nova feição da sociedade também se encontra presente na estrutura familiar atual, como um reflexo destas alterações estruturais contemporâneas.

A principal função da família é, sem dúvida, a de criar as condições para o desenvolvimento dos filhos para que se tornem dignos integrantes da sociedade, [...]. Daí a importância de a família ser instituída com fundamento na afetividade, sendo o afeto indispensável na convivência da família contemporânea, vivam ou não os seus componentes sob o mesmo teto (COSTA, M. I. P., 2008, p. 56-57).

O abandono afetivo é marcado pela negligência dos pais com seus deveres de assistência moral, afetivo e psíquico de seus filhos. Ressalta-se que nossa concepção de pais é amplo, abrangendo os genitores biológicos, civil, os adotantes.

Neste sentido Madaleno (2009, p. 310) leciona sobre a temática do abandono afetivo, como se vê:

Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar

o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante a interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado.

O abandono afetivo pode derivar de uma conduta omissiva de um dos genitores, que priva o filho de tê-lo em sua companhia, rompendo voluntariamente o vínculo com sua prole de forma física e emocional. Como também pode emergir de reiteradas atitudes de desprezo, discriminação, humilhação, indiferença, rejeição. Em ambas as condutas parentais é perceptível o desamparo afetivo, moral e psíquico gerado.

Estas condutas são comumente vistas quando da separação/divorcio dos genitores ou da ruptura das uniões estáveis, onde aquele que não fica com a guarda dos filhos, acaba por vezes, se distanciando do dia a dia da vida de seus filhos, não colaborando na formação da personalidade e caráter de sua prole, não havendo assim demonstrações de carinho, interesse na vida dos filhos, o qual acaba sendo abandonado afetivamente por este genitor.

Esse “pai” é visto apenas como uma fonte de renda, ou seja, sua colaboração é meramente financeira, através da pensão, assim sua participação se faz apenas no aspecto material, isso quando o faz, por que há pais que se distanciam tanto, que não respondem por nenhuma das responsabilidades parental, nem mesmo a financeira, quanto mais a afetiva.

Outra situação em que também observamos a ocorrência destas condutas que geram o abandono afetivo é a derivada de uma gravidez inesperada onde os genitores não tem o intuito de se relacionarem amorosamente.

Para Nalini (2004 apud FERREIRA, 2008), a criança é o objeto elementar de responsabilidade e o encargo parental não permite tirar férias, o recém-nascido e a criança exigem, em todos os momentos, uma responsabilidade total.

Percebemos assim que não inúmeras as situações que o abandono afetivo pode se desenvolver, ocorrendo até mesmo de um ambiente onde a prole conviva com ambos seus genitores, sejam estes casados ou estarem em uma união estável, mas que em decorrência da vida atribulada, e do egocentrismo destes pais que só vivem para o trabalho, acabam por abandonar os filhos afetivamente deixando a criação destes a cargo dos empregados que trabalham na sua casa ou

mesmo da escola, o que leva a criança passar por inúmeros sofrimentos emocionais, tais como, desprezo e indiferença. Isso ocorre, pois as responsabilidades parentais não são bem disciplinadas, fazendo os pais acreditarem que contribuindo apenas financeiramente, não deixando faltar “nada”, este estará cumprindo seu papel de pai.

Neste contexto Gomide (2004, p. 69), constata as consequências das condutas negligente dos pais:

A negligência é considerada um dos principais fatores, senão o principal, a desencadear comportamentos antissociais nas crianças. E está muito associada à história de vida de usuários de álcool e outras drogas, e de adolescentes com o comportamento infrator.

Assim não existe renúncia à paternidade, pela qual se é permanentemente responsável (GOMIDE, 2004 apud FERREIRA, 2008).

Neste sentido Nader (2010, p. 262) conclui que

[...] a vida na idade adulta e a formação deste ser resultam de experiências vividas ao longo da vida, mormente no ambiente familiar, especialmente na infância e adolescência [...]. Se a criança cresce em um ambiente sadio, benquista por seus pais, cercada de atenção, desenvolve naturalmente a autoestima, componente psicológico fundamental ao bom desempenho escolar, ao futuro sucesso profissional e ao bom relacionamento com as pessoas.

Dessa forma compreendemos que a participação dos pais na vida do filho, principalmente no aspecto afetivo, contribui de forma essencial para o desenvolvimento saudável na formação da personalidade e caráter, estabelecendo-se assim os parâmetros necessários de comportamento que os filhos devem ter, e se firmam como referência familiar para estes, que saberão que sempre terão a quem recorrer e terão nos braços destes o conforto, o amor, e a segurança durante todo seu desenvolvimento até a vida adulta e por toda vida.

5.3 Da responsabilidade civil por abandono afetivo

Adentramos por fim no tópico central de nosso estudo, qual seja, a responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo. No decorrer deste trabalho fizemos várias considerações sobre matérias pertinentes a este objeto de estudo a fim de ter uma base sólida para que pudéssemos desenvolver uma justificativa para a aplicabilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo.

O Tema proposto sem dúvida alguma é bastante sensível, vez que só agora, após calorosas discussões, que vem se solidificando tanto na doutrina quanto na jurisprudência, contudo, ainda há aqueles que não se filiam a este entendimento.

Percebemos, portanto que com as transformações na estrutura familiar e sua dinamização, e principalmente com o advento da CF/88, que deu novos contornos a família, pregoando a igualdade entre todos os membros da família, atribuindo voz direito e deveres a todos, acabando assim com aquele modelo hierarquizado que a família detinha.

Essas transformações contribuíram para o aprimoramento das relações familiares, acabando com a relação de subordinação e opressão de outros tempos que os filhos sofriam, para passarem a ter um lugar de destaque na estrutura familiar onde as decisões tomadas por seus genitores devem levar em conta o melhor interesse da sua prole.

Neste contexto que a afetividade ganhou um maior espaço na estrutura familiar, a qual passou a ser componente obrigatório. A afetividade visa resguardar a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento saudável que toda criança deve ter para que a formação de sua personalidade e caráter não sejam afetados, evitando transtornos e doenças psíquicas que podem vir aparecer na vida adulta desta criança em decorrência da falta de afeto.

É perceptível que o abandono afetivo gera diversos males para aqueles filhos vítimas deste fenômeno, e com o intuito de ser compensado por todo sofrimento, humilhação, desprezo, indiferença sofrida durante sua infância que estas pessoas têm o direito de se ver compensado de alguma forma, preservando assim sua dignidade e todos os direitos subjetivos a sua personalidade, bem como punir aquele genitor por não ter cumprido com seu papel de pai, desrespeitando o instituto do poder familiar e da paternidade responsável dentre outros, e ainda servirá de exemplo para a coletividade mostrando que não basta registrar e sustentar financeiramente o filho para ser “pai”, mas sim que, na verdade ser pai é acompanhar a formação do filho, participar do desenvolvimento de sua personalidade e o principalmente dar amor, carinho, proteção, ou seja, afeto.

Paulo Lôbo (apud PEREIRA; PEREIRA, 2006, p. 253) vem corroborar na análise deste instituto:

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada

pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares.

A conduta de um genitor ausente, que não cumpre as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar, enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos, tendo ele descumprido seus deveres parentais perante o filho, inerentes ao poder familiar, esculpidos nos arts. 22 do ECA, 1.566, IV, e 1.634, I e II, do CCB/02 (TEIXEIRA, 2005).

Dessa forma a responsabilidade age nas suas três vertentes, seja a reparatória/compensatória, a punitiva e a pedagógica. Para que ocorra a aplicabilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo é preciso que os requisitos desta sejam preenchidos, ou seja, deve haver um fato, antijurídico, que possa ser imputado a alguém, que tenha produzido danos, e que estes sejam juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado e que este dano também esteja contido no âmbito da função de proteção assinada.

Ou seja, que um dos genitores pratique a conduta de abandono afetivo, ou seja, desrespeite as normas do poder familiar, da paternidade responsável, não observe a dignidade da pessoa humana, e que, essa conduta possa ser imputada a este genitor, e que desta cause um dano, sendo este a lesão existente na formação da personalidade e caráter do filho que acaba por gerar transtornos, doenças decorrentes de todo o sofrimento, humilhação, dor, que este passou, sendo eles juridicamente considerados como reflexo da conduta do genitor que tinha o dever legal de resguardar pelo melhor interesse de seu filho.

Deste modo o dano é um elemento essencial para a afirmação deste estudo vez que ele é a lesão de um bem jurídico tutelado pelo nosso ordenamento pátrio, e o resultado dessa lesão é o prejuízo suportado por um terceiro. De tal modo a responsabilidade civil por abandono afetivo se materializada na figura da indenização por danos morais.

Cavaliere Filho (apud PEREIRA; PEREIRA, 2006, p. 4002) ensina de maneira elucidativa o conceito de dano moral, tentando acabar com qualquer tipo de dúvida sobre este instituto, e sedimenta este ensinamento no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como se vê:

Na tormentosa questão de saber o que configura dano moral cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica razoável, em busca da sensibilidade ético-social normal. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem da grande sensibilidade. Nesta linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira

intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa ou sensibilidade exacerbada.

O supremo Tribunal federal já se manifestou em julgado à tendência de eleger a dor como um dos sentimentos implícitos do dano moral, assim, percebe-se proximidade com a definição a cima transcrita do ilustre doutrinador e jurista Cavalieri Filho (2007).

Quanto ao dano decorrente por abandono afetivo Hironaka (2006, p. 141) ensina:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Gera reflexos na vida pessoal daquele que o sofre, destacando-se os de ordem psicológica e moral, uma vez que macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

Mas uma vez seguindo os ensinamentos da doutrinadora Hironaka (2006, p. 141) compartilhamos desta belíssima conclusão, onde:

A ausência injustificada do pai origina - em situações corriqueiras evidente - dor psíquica e conseqüentemente prejuízo a formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

Como já dito em tópicos anteriores percebemos que o fenômeno do abandono afetivo ocorre principalmente quando da separação/divórcio dos pais, onde apenas um destes fica com a guarda da criança e o outro genitor acaba por se afastar de seus filhos, por vezes este constrói uma nova família participando apenas financeiramente na vida daquele outro filho, abandonado-o afetivamente, vez que, não lhe dá carinho, afeto, mais sim desprezo, indiferença, o que acaba por gerar transtornos em razão da rejeição sofrida.

A rejeição afetiva do progenitor não convivente, causando sofrimentos ao descendente que se sente diminuído e menosprezado por quem tinha a missão legal e moral de promover o seu sadio desenvolvimento psíquico, sem qualquer sombra de dúvida, deve concorrer para o ressarcimento financeiro pelo dano moral causado na estima do filho menor (PEREIRA, 2008).

A violação ao direito de convivência familiar como ao direito da personalidade encorpados pelo princípio da dignidade da pessoa humana são elementos caracterizadores do dano moral previsto no art.5º V e X da CF/88.

Assim conclui-se pela aplicabilidade da responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo, através da indenização por danos morais, podendo ser elencado como elementos essenciais que justifiquem esta medida, o afeto enquanto bem jurídico tutelado, a paternidade (maternidade) responsável, o direito à convivência familiar e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5.4 Decisões judiciais: posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça

Como primeiro julgado coletado que vem confirmar os pontos levantados neste estudo vem do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais (TAMG) e tem uma importância enorme para este estudo. Nos autos da apelação cível de nº 408.550-5 datada de 01 de abril de 2004, condenando o pai ao pagamento de uma indenização no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais). Tendo o relator Unias Silva proferido o seguinte voto:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quanto a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave (MINAS GERAIS, 2004, não paginado).

Deste julgado pode ser visto o uso do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para aplicabilidade da reparação por danos morais: “A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito a convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana” (MINAS GERAIS, 2004, não paginado).

Deste acórdão proferido pelo relator TAMG o pai do menor interpusera Recurso Especial de nº757.411/MG no Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo assim primeira vez que uma corte superior enfrentara esta matéria, o qual fora conhecido e provido pelo ministro Relator Fernando Gonçalves e acompanhado pelos ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini e César Asfor Rocha julgando improcedente a ação.

Contudo houve o voto dissidente do Ministro Barros Monteiro que não conheceu do recurso por entender ser cabível a reparação por danos morais

decorrente do abandono afetivo, conforme a decisão do TAMG. Assim se pronunciou em seu voto:

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços de paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto (BRASIL, 2005, não paginado).

Nestes termos o ministro votou pela improcedência do recurso especial por entender que a possibilidade de reparação se enquadrava na norma prevista no art. 186 do CC, pois segundo ele o prejuízo de cunho moral estava subtendido no caso em questão e dessa forma finaliza seu voto:

Creio que é essa a hipótese dos autos. Haveria, sim, uma excludente de responsabilidade se o réu, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o quantum devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso (BRASIL, 2005, não paginado).

Da decisão que julgou improcedente o recurso especial pelo STJ, foi interposto extraordinário em 15 de outubro de 2007, sob o número 567.144, para o Supremo Tribunal Federal (STF) que fora julgado improcedente por não ter preenchido o requisito do prequestionamento. Contudo por mais que nessa decisão tenha sido negada a aplicabilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo, se percebe o início do entendimento jurisprudencial de alguns membros das Cortes Superiores pela possibilidade de instituto.

Outro julgado colacionado e o mais importante no âmbito da temática do nosso estudo é datado do dia 24 de abril de 2012 onde em decisão inédita a responsabilidade civil por abandono afetivo teve finalmente sua aplicabilidade reconhecida, com a frase “Amar é faculdade, cuidar é dever” da Ministra Nancy Andrighi da Terceira Turma do STJ asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais, *in verbis*:

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, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação 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 (BRASIL, 2012, não paginado).

O julgado em questão é o Recurso Especial 1159242/SP que tem como origem Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por Luciane Nunes De Oliveira Souza em desfavor do recorrente, seu pai Antonio Carlos Jamas Dos Santos, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Na sentença o Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela autora da ação, 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.

Quando do julgamento da apelação interposta pela autora o TJ/SP deu provimento ao recurso, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do seu pai, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). Dessa decisão o pai inconformado com a decisão interpôs este recurso especial, no qual se utilizou do acórdão acima estudado, o Recurso Especial (REsp) nº 757.411/MG o qual não reconheceu a possibilidade de se exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, para demonstrar a divergência jurisprudencial.

Contudo no julgamento deste novo REsp nº 1159242/SP o entendimento consolidado fora outro, neste se vislumbrou a possibilidade da indenização por dano moral em decorrência do abandono afetivo. Este novo entendimento tem como principal propulsora o voto acertadíssimo feito pela Excelentíssima Ministra Nancy Andrighi.

Neste voto a ministra, a qual fora relatora, não apenas demonstrou a possibilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo, mas deu uma aula de responsabilidade civil e dos deveres inerentes da paternidade responsável. Em seu voto, a ministra demonstra a existência do dano moral nas relações familiares, como se vê abaixo:

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 malculdado recebido pelos filhos (BRASIL, 2005, não paginado, grifo nosso).

Do trecho transcrito inferimos a aplicabilidade, defendida pela ministra, do instituto da responsabilidade civil dentro do ramo do direito de família. Dando continuidade ao seu voto a Ministra explica quais os elementos essenciais que caracterizam o dano moral, é o que se vê:

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 nexu 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 (BRASIL, 2005, não paginado, grifo nosso).

Percebemos que a responsabilidade aqui vista capaz de gerar o dever de indenizar em decorrência do abandono afetivo é a responsabilidade subjetiva, a qual tem por elementos necessários para a caracterização do dano moral: o dano, a culpa (elemento subjetivo) e o nexu causal.

Contudo não satisfeita com tudo o que já fora explicitado a ministra continua seu brilhante voto esmiuçando cada um dos elementos da responsabilidade civil que justificam a aplicabilidade deste instituto em decorrência do abandono afetivo, *literis*:

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 um 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 relação, 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 nexa 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 perpetuum, 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 tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexa** (BRASIL, 2005, não paginado, grifo nosso).

Dessa forma a ministra após passar por cada um dos elementos caracterizadores da indenização por dano moral, passou a analisar do valor da compensação/indenização por dano moral, e entendeu que a indenização fixada pelo tribunal a quo fora demasiadamente elevado, *litteris*:

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 (BRASIL, 2005, não paginado).

Assim a Ministra deu parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir o valor da compensação/indenização por danos morais fixado. Nesse julgado teve o voto divergente vencido do Ministro Massami Uyeda onde votou pela procedência do recurso e improcedência da ação.

Da mesma maneira a terceira turma do STJ por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, e como visto, teve o voto divergente do Sr. Ministro Massami Uyeda. Contudo por fim os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora, reconhecendo assim a aplicabilidade

da responsabilidade civil por abandono afetivo, que levou a condenação do réu em indenização por danos morais.

Dessa forma se percebe que com esse julgado os rumos do estudo da responsabilidade civil por abandono afetivo fora ampliado deixando de ser apenas entendimentos isolados, para ser um entendimento consolidado e já seguido por diversos tribunais por todo o país, vez que a responsabilidade civil por abandono afetivo tem como interesses principais a preservação da dignidade da pessoa humana, da paternidade-maternidade responsável, do direito a convivência familiar e da valorização jurídica do afeto nas relações familiares, convergindo assim, com o que fora explanado neste trabalho.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consideração ao que fora exposto e analisado na presente monografia é possível concluir que a Constituição Federal de 1988 inovou profundamente o conceito jurídico da família brasileira, tendo como principais alterações: a igualdade entre cônjuges, filhos, advindos ou não do casamento, o reconhecimento da união estável e da família monoparental e a proteção integral a crianças e adolescentes, em respeito ao princípio norteador desta carta magna, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A entidade familiar passou por uma série de transformações que levou a evolução de sua compreensão, a qual antes era marcada pela subordinação dos filhos aos pais que exerciam sua autoridade normalmente com rigidez e autoritarismo para uma compreensão solidária e afetiva capaz de promover o desenvolvimento saudável da personalidade e caráter de seus membros, adquirindo uma feição pautada na ética, na afetividade e na solidariedade.

A Carta Magna ao trazer em seu bojo o princípio da afetividade consagrou este como corolário do respeito à dignidade da pessoa humana, e lhe deu como função ser o princípio basilar das relações familiares e da solidariedade social. Passou-se, assim, a ter uma maior valorização das pessoas nas relações familiares, onde se perquiriu que a afetividade é elemento constitutivo e essencial para a entidade familiar.

Dessa maneira, assim como na Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente também reconheceu as crianças e aos adolescentes como sujeitos de direito fundamentais, dignos de proteção especial que deve ser dada pela família, sociedade e Estado em razão de sua condição como um ser humano em formação que necessitam tanto de amparo alimentar, quanto de afeto, carinho e convívio para o seu pleno desenvolvimento.

Percebemos, portanto, que a convivência familiar é incontestável para o desenvolvimento saudável na formação da personalidade e caráter do menor, o que se entende, por consequência, a necessidade da presença do afeto dado pelos pais para os seus filhos, da atenção, zelo tão necessários neste desenvolvimento. De tal modo que os pais, em respeito à dignidade dos filhos, tem por dever permitir a eles o direito a convivência familiar harmoniosa e saudável na busca do melhor interesse

do menor em um ambiente em que lhe sejam passadas lições de moralidade, de afeto, de respeito para que durante a construção de sua personalidade este tenha o discernimento completo do que é certo e errado a fim de que quando chegue o momento de tomar suas escolhas, opte sempre pelas melhores, evitando assim, qualquer tipo de deformação ou desvirtuamento no seu caráter.

A responsabilidade parental é vista de diferentes formas pelos pais, uns a veem como o afeto, o acompanhamento na formação do filho, o sustento, tendo assim, uma visão completo do que é ser pai e de seu dever com sua prole, outros só exercem a paternidade nos finais de semana e veem o aspecto econômico como o mais importante em seu papel de pai, isto quando o fazem. Diante desta segunda concepção é que se vislumbra o ambiente propício para o aparecimento de um fenômeno cada vez mais frequente em nossa sociedade, o Abandono Afetivo.

O abandono afetivo é o fenômeno marcado pela negligência dos pais com seus deveres de assistência moral, afetivo e psíquico de seus filhos. A concepção de “pais” utilizada neste trabalho é ampla, abrangendo os genitores biológicos, civil, os adotantes.

Das ações de indenizações tentadas em razão desse abandono sofrido pelo filho pretende-se a reparação da dor sofrida pela prole, a punição do genitor negligente a suas funções de pais e também conscientização da sociedade para o correto desempenho das funções paternas, de acordo com os ditames estabelecidos pela Constituição federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim percebemos que instituto da responsabilidade civil submerge-se no direito de família essencialmente para impedir a impunidade em face dos atos considerados ilícitos, a exemplo do abandono afetivo que configura desrespeito a direitos constitucionalmente assegurados.

Defende-se a aplicabilidade do uso do instituto da responsabilidade como meio de indenizar o abandono afetivo sofrido, contudo tem seu uso vinculado a presença de seus pressupostos dispostos no Código Civil, ou seja, deve ser comprovada a conduta nociva do genitor (intencional ou decorrente da negligência ou imprudência), o dano aos direitos da personalidade dos filhos e o nexo entre a conduta e o dano, lembrando que não é qualquer abandono que gera a obrigação de indenizar, pois levaria há banalização destas ações. No entanto a dificuldade na configuração deste dano não pode ser motivo para que estas ações sejam repelidas

de imediato, sem qualquer discussão, sob pena de promovermos irresponsabilidades.

Com a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1159242/SP percebemos um enorme avanço quanto a temática do nosso estudo, pois consolidou-se a aplicabilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo, entendendo que esta tem por finalidade a preservação da dignidade da pessoa humana, da paternidade-maternidade responsável, do direito a convivência familiar e a valorização jurídica do afeto nas relações familiares, confirmando assim, o que foi demonstrado neste trabalho.

Concluimos, portanto pela aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil por abandono afetivo, o qual pode ser visto como um meio capaz de acabar ou mitigar com o abandono afetivo. É visto também como um instrumento de proteção aos filhos contra o abandono afetivo sofrido por parte de um dos seus genitores e que aqueles quando vítimas deste abandono devem exigir judicialmente uma reparação por todos os danos causados a fim de ver seus direitos personalíssimos protegidos.

Sendo assim é um instituto possível e juridicamente reconhecido capaz de proporcionar a valorização da afetividade na relação parental, a reparação do dano sofrido em decorrência do abandono sofrido pela criança e a máxima solidariedade no exercício do poder familiar entre os genitores, permitindo-se, assim, a manutenção dos laços afetivos entre os pais e a prole, e por via de consequência, mitigação da ocorrência do fenômeno do abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil no direito de família: direitos fundamentais ao direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 out. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

BRASIL. Lei nº **8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 25 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242/SP. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 10 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-

%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757411/MG. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/relatorio-e-voto-12899600>>. Acesso em: 5 nov. 2013

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Maria Isabel Pereira. A responsabilidade Civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre, ano 56, n. 368, 2008.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo código civil**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das coisas. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008a. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 22. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n.276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008b. v. 7.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA, Alcionir Urcino Aires. O princípio da afetividade e a reparação civil por abandono paterno-filial. **Revista Jurídica Consulex**, ano XII, n. 272, maio 2008.

FRANÇA, Daniel Luiz do Nascimento. Dano moral: necessidade da prova do prejuízo para configuração da responsabilidade civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 19, jul./set. 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **Princípios constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMIDE, Paula Inez. **Pais presentes pais ausentes**: regras e limites. Petrópolis: Vozes, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e dignidade humana – **ANAIS – V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Cap. 18. Sobre peixes e afetos: Um devaneio acerca da ética no direito de família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 408.550-5/MG. Apelante: Alexandre Batista Fortes menor púbere assist. p/ sua mãe. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Desembargador Unias Silva. Belo Horizonte, 1º de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/jurisprudencias/IELF-ACORDAO-DANOMORAL-PAIEFILHO.doc>>. Acesso em: 2 nov. 2013

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 37. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. v. 2.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 7.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2010.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.122-147, ago./set. 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 7, n. 32, p.138-158, out./nov. 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima.

Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas.
Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, n. 10,
jun./jul. 2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Editora Método, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ANEXO

ANEXO A - Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

Superior Tribunal de Justiça

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 consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole 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

Superior Tribunal de Justiça

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



Superior Tribunal de Justiça

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

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

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.

Superior Tribunal de Justiça

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.

Superior Tribunal de Justiça

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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 descumram 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 comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexu 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.

Superior Tribunal de Justiça

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,

Superior Tribunal de Justiça

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 –

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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 relação, 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 empecilho sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Superior Tribunal de Justiça

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 tísado 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

Superior Tribunal de Justiça

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 nexo causal

Superior Tribunal de Justiça

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 coroadado 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.

Superior Tribunal de Justiça

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 tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexos.

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.

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Srs. Ministros, neste caso, pela leitura do voto da Sra. Ministra Relatora, muito bem feito, o pai foi, de certa maneira, forçado a reconhecer a paternidade, porque uma pessoa nasceu fora da programação da vida dele. Ele é próspero, abastado, mas, judicialmente, foi condenado a pagar alimentos na faixa de dois salários mínimos até a maioridade dessa moça.

E aí, não sei quando entrou esta ação, porque, no meio do voto, S. Exa. diz assim: agora a autora é uma pessoa já com formação, encaminhada na vida, casada, tem filhos e lamenta o abandono material no sentido de um conforto psicológico, de uma assistência, um acompanhamento que todo pai deveria ter.

O Juízo de Primeiro Grau, analisando as provas, concluiu que o pedido era improcedente. O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença e fixou uma indenização no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

Sucede que, com todo o respeito, Sra. Ministra Nancy Andrichi, a defesa dele se centra na alegação de que, se os progenitores não dão essa assistência material, o que pode surgir daí é uma perda do pátrio poder; isso é uma consequência. V. Exa. diz: não só a perda do pátrio poder, mas há o complexo dos direitos inerentes à honra, à estima, e que isso caracterizaria o dano moral.

Então, esse dano moral também poderia, independentemente da perda do pátrio poder, incidir. E faz todo o elenco das obrigações dos progenitores, seja ele de nascimento corriqueiro, vamos dizer, natural, ou seja por adoção, ou mesmo por uma imposição judicial. A paternidade exige uma responsabilidade. A paternidade, a maternidade, o pátrio poder, que é o pátrio dever.

Sucede o seguinte: como V. Exa. também bem relatou e bem expôs

Superior Tribunal de Justiça

no voto, o universo de sentimentos que implica em uma família é algo difícil de mensurar. Isso pode "cheirar" – aqui me parece – a uma pessoa que lamenta a infância perdida, a juventude perdida. Parece aquela música do Taiguara: a juventude perdida, a infância perdida. Então, essa moça, hoje, adulta, lamenta que foi abandonada à própria sorte, cujo pai nem sequer queria reconhecê-la e foi obrigado a reconhecê-la.

Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência.

O que pode acontecer nesse nível de família? Quando a situação se torna de tal maneira insustentável, separação de fato, separação judicial, divórcio. E alguém dizer que, além disso, quer o dano moral porque não foi tratado condignamente como esposa, como marido, ou, então, neste caso, como filha.

E esse pai... Sabemos que a formação das pessoas, e V. Exa. cita, aqui, estudos de psicologia muito bem calcados, os estudos são, eminentemente, programáticos no sentido de que o ideal da convivência das pessoas é que todos tivéssemos uma vida em família harmoniosa, com o pai e a mãe expedindo esse amor, esse carinho, mas manifestação de amor e carinho é meio complexo. Não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade.

O voto de V. Exa. é pioneiro, Sra. Ministra Nancy Andrighi, mas também atento para a seguinte circunstância: se abrimos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. E, se for assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar aquilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer.

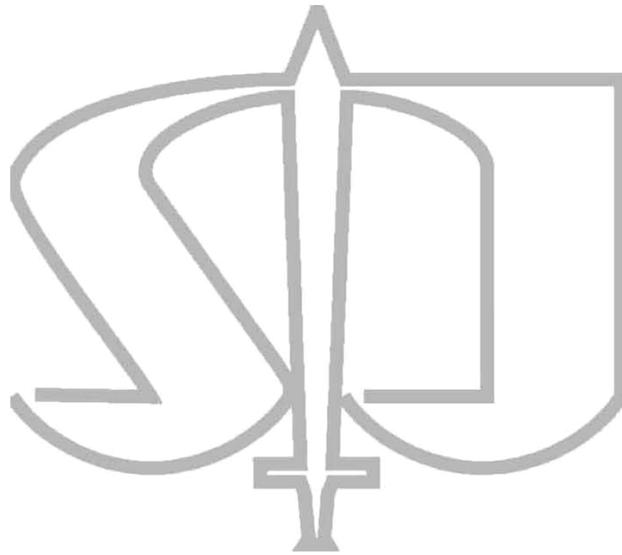
Agora, o que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os

Superior Tribunal de Justiça

filhos, hoje, já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão.

Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos.

Ministro MASSAMI UYEDA



Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **ANTONIO CARLOS J AMAS DOS S ANTOS**
ADVOGADO : **ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA**
ADVOGADO : **JOÃO LYRA NETTO**

ESCLARECIMENTOS (1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

V. Exa. ressaltou exatamente a complexidade...

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

A lei nossa, no sentido patrimonial, diz que a origem...

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (2)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Não, mas, Sra. Ministra Nancy Andrighi, a lei, para efeito de divisão patrimonial, agora, diz assim: qualquer que seja a origem no nascimento todo mundo é igual: filho espúrio, filho daquele, filho daquele.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (3)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Mas a grande dificuldade é a seguinte: ele não reconhecia a paternidade.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS**
ADVOGADO : **ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA**
ADVOGADO : **JOÃO LYRA NETTO**

APARTE (4)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Mas sabemos que existem personalidades notórias, de reconhecimento, que bateram de pés juntos, recusando, e, se for dizer assim, que a expressão fisionômica é a mesma, era a estampa do pai.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (5)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

E há quem diga também, que isso, de ter filho fora do casamento, é uma prática cultural corriqueira na nossa cultura.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VOGAL (CONTINUAÇÃO 1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Mas, com todo o respeito, já estou externando as razões da minha divergência. Não estou nem estribado em matéria de provas. As provas o Juiz de Primeiro Grau já analisou e disse que não havia. O Segundo Grau é que reformou.

Então, entre análise de prova, o Primeiro Grau e o Segundo Grau cada um fez à sua maneira. Não estou escolhendo se há prova ou se não há prova.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (6)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Estou dizendo a tese. Se abriremos essa tese aqui, olha, como diria o pessoal, sai de baixo. Este Tribunal irá cuidar de mágoas.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (7)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Não, lamentavelmente, o estágio, e agora partindo...

Ministro MASSAMI UYEDA

*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (8)**EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

Lamentavelmente, no estágio atual da evolução do ser humano do ponto de vista de evolução espiritual, estamos muito longe ainda, no grande preceito do nosso maior de todos os Mestres, o Nazareno: "Amai-vos uns aos outros como vos amei".

Até agora estamos assistindo a isso. Hoje, vimos, aqui, um processo que não era nem para ter começado. Tudo por quê? Não, quero isso, quero aquilo.

Neste caso aqui, mostra exatamente um fosso muito grande. É uma situação de inteiro desamor. Nasce uma criança que deveria ser fruto do amor, e só foi fruto do amor físico, passageiro, efêmero e não daquele amor que gera vidas e encaminha.

Mas já estou extrapolando. Esse campo entra nisso. Entra nisso, porque há esses estudos psicológicos. Eles não estão dizendo. Eles estão dizendo o "dever ser". O "dever ser" impõe a obrigação de uma paternidade, de uma maternidade responsável. Mas o que é, então, perda do pátrio poder, há o crime de abandono material (art. 344 do Código Penal).

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (9)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Mas foi o Juízo que fixou dois salários mínimos. O Juiz que fixou.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (10)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:
Quer dizer, houve uma fixação.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS**
ADVOGADO : **ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA**
ADVOGADO : **JOÃO LYRA NETTO**

APARTE (11)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Na verdade, aqui penso que faltou, na base, alguma...

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Inauguro a divergência, com todo o respeito, dando provimento ao recurso especial.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2009/0193701-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.159.242 / SP**

Números Origem: 268700 26872000 3613894200

PAUTA: 07/06/2011

JULGADO: 07/06/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO VIEIRA BRACKS**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi, negando provimento ao recurso especial e do voto divergente do Sr. Ministro Massami Uyeda, dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Aguarda o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Superior Tribunal de Justiça

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

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.- Meu voto manifesta-se em termos intermediários entre o voto da E. Relatora, Min^a NANCY ANDRIGHI, que nega provimento ao Recurso Especial, mantendo a condenação, e o do E. Min. MASSAMI UYEDA, que dá provimento ao Recurso e julga improcedente a ação.

2.- No preciso resumo da sentença, a Autora, ora Recorrida, moveu ação, visando à indenização por danos morais, contra o requerido, ora Recorrente, alegando, ela, “que, sendo filha do requerido, cuja paternidade só ocorreu na esfera judicial, sempre tentou contato com o mesmo e nas datas mais importantes de sua vida o requerido não lhe demonstrou o menor afeto ou mesmo deu qualquer importância”, e que, “ademais, transferiu bens para outros filhos em detrimento de sua legítima, fato que está sendo discutido em outros autos” (e-STJ fl. 341), pedindo, a autora, na inicial, fosse o requerido “condenado ao pagamento de quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) salários mínimos a título de indenização material e moral, em virtude do abandono total em relação à autora desde o seu nascimento” (e-STJ fl. 23).

A sentença (e-STJ fl. 341/343) julgou improcedente a ação, salientando que questões patrimoniais estão *sub judice* em outro processo e atribuindo os problemas de relacionamento à atuação especialmente agressiva da genitora da Autora, aludindo a incidentes de agressividade da parte desta, inclusive agressão ao Requerido, ora Recorrente, no Fórum,

O Acórdão da 7^a Câmara B de Direito Privado do Tribunal de Justiça

Superior Tribunal de Justiça

de São Paulo (Rel^a Des^a DAISE FAJARDO JACOT, com os votos dos Des. EDMUNDO LELLIS FILHO, Revisor, e ANTONIO MARCELO CUNZOLO RIMOLA, 3º Juiz – e-STJ fl. 429/435, rejeitados Embargos de Declaração, e-STJ fl. 449/453), por unanimidade, deu provimento em parte à Apelação, julgando procedente a ação e condenando o requerido, ora Recorrente, ao pagamento de indenização de R\$ 415.000,00, corrigida a partir da data do julgamento (26.11.2008 – e-STJ fl. 429).

3.- O dano moral configura-se em situação de consciente ação ou omissão injusta do agente, com o resultado de grave sofrimento moral ao lesado. A existência de vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão injusta.

É que, reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa dele excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei.

Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou judicial, porque a lei não admite a distinção, pelos genitores, entre as espécies de filhos – naturais ou reconhecidos.

Nesse sentido a interpretação dos dispositivos legais anotados pelo voto da E. Relatora (CF, arts. 1º, III, 5º, V e X, e CC/2001, arts. 186 e 927, e ECA, art. 227), não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar (CC/2002, art. 1638, II, c.c. art. 1634, II), porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano

Superior Tribunal de Justiça

moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).

Igualmente nesse sentido a lembrança jurisprudencial, constante do Acórdão ora recorrido:

a) com a conclusão de procedência da ação, por abandono afetivo:

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. Apelação com revisão 5119034700”, TJSP, Rel. Des. CAETANO LAGRASTA, j. 12.8.2008); Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana” (TJMG, Proc. 2.0000.00.408550-5/00, Rel. Des. UNIAS SILVA, j. 1.4.2004);

b) com admissão da indenizabilidade do dano moral, mas improcedência da ação por falta de provas:

Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Ausência de prova de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da afetividade. Improcedência dos pedidos. Não se nega que a dor sofrida por um filho, em virtude do abandono paterno, quando este o priva do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Não restando demonstrado nos autos que a autora tenha sido abandonada por seu pai, sem ao menos este tentar uma aproximação ou um contato familiar, é de se julgar improcedentes os pedidos de danos morais” (TJMG, Rel.Des. UNIAS SILVA, Apel. 10479.06.112320-0/001, j. 18.3.2008); “Responsabilidade civil. Abandono moral. Alegação de descumprimento pelo pai dos deveres legalmente impostos (arts. 129 da CF, 1634 do CC/2002 e 22 do ECA). Autora que não demonstrou ter sofrido qualquer dissabor que ensejasse reparação civil, além dos aborrecimentos normalmente admitidos em casos de desenlace matrimonial. Sentença de improcedência mantida por descumprimento do art. 333, I, do CPC. Não provimento” (TJSP, Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, Apel. 4675314400, j. 17.6.2008); “Indenização por dano moral. Abandono afetivo. Descumprimento de deveres dos pais. Ausência de prova do fato

Superior Tribunal de Justiça

alegado na inicial. Ação improcedente. Recurso improvido” (TJSP, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, j. 27.5.2008).

4.- A responsabilidade pelo dano moral deve, contudo, ser proporcional à ação ou omissão do agente em sua provocação, determinando, essa proporcionalidade, o pagamento, por ele, de indenização proporcional, e reservando ao lesado a busca de indenização de outrem, na medida da proporcionalidade deste na causação do dano.

No caso, sem dúvida tem-se que, como reconheceu a sentença, analisando o fato da agressividade da genitora da autora, com atos concretos de agressão física ao requerido, inclusive no Fórum, tornou, em grande parte, impossível a tentativa de melhor relacionamento do requerido com a autora.

Essa circunstância da ação negativa da genitora relativamente ao possível relacionamento da filha com o genitor foi, em verdade, reconhecida pelo próprio Acórdão, conquanto por redação oblíqua, afastando, contudo, qualquer repercussão desse fato na atribuição da responsabilidade exclusivamente ao genitor requerido. Diz o Acórdão: “Malgrado a motivação que levou o Magistrado sentenciante a rejeitar o pedido da autora, culpando reiteradamente a mãe por todos os males padecidos pela filha em decorrência do descaso do pai, o certo é que a questão dos autos envolve tão-somente a autora e o réu, ou seja, a filha e o pai. / Não há como conceber a escusa do pai para o exercício efetivo da paternidade em relação à filha, a pretexto de que foi sempre impedido de fazê-lo em relação ao alegado comportamento agressivo da mãe dela ou ainda a pretexto de que duvidava da paternidade até o reconhecimento judicial, acrescentando que pagou a pensão alimentícia mensal fixada judicialmente e depois elevada para dois (2) salários mínimos até a maioridade” (s-STJ fl. 431).

Deve-se, pois, proporcionalizar a indenização pelo abandono afetivo da filha autora à ação e omissão efetiva do genitor autor, descontando-se a parcela de responsabilidade da genitora, evidente nos fatos reconhecidos pela sentença e pelo

Superior Tribunal de Justiça

Acórdão – e em que pese à compreensão humana para com a situação da genitora, que, segundo os autos, teve, por oito anos, relacionamento pré-conjugal com o requerido, ora Recorrente, que veio a deixá-la grávida pouco antes do nascimento da filha autora, a qual só veio a ter a paternidade reconhecida por sentença judicial após longa resistência do genitor em duradouro processo.

Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir (e-STJ fls. 6 e seguintes), ou seja: 1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

5.- A orientação desta Corte é, em princípio, não rever a fixação de valores por dano moral realizada pelos Tribunais de origem, mas ressalvando-se a possibilidade de nova fixação, fundada na equidade, caso o valor arbitrado seja considerado irrisório ou exorbitante.

No caso, ponderados os itens de resultado efetivo de padecimento moral, constantes da petição inicial, que baliza a causa de pedir e, conseqüentemente, condiciona o pedido, deve-se concluir que, realmente, é excessivo o valor fixado, porque não observada a proporcionalidade de ação e omissão do genitor, ora Recorrente, na causação do sofrimento moral à filha, ora Recorrida.

Alguns itens destacados pela petição inicial são exclusivamente de maior responsabilidade, senão de responsabilidade exclusiva, do genitor, sem que neles possa ser atribuída responsabilidade à genitora – até porque constituem matéria objeto de decisão judicial desfavorável ao genitor, ora Recorrente: (1º) Aquisição de

Superior Tribunal de Justiça

propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

Outros itens são de responsabilidade compartilhada, ou, quiçá, talvez realmente obstada pela ação da genitora, pois não se poderia imaginar a dada de carinho, afeto, auxílio de presença pessoal, aconselhamento e semelhantes, diante de acirrada ação contrária ao genitor pela genitora, de modo que devem ser diminuídos valores componentes desses itens: (2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras.

Ponderados todos esses elementos, e realçando-se que a fixação de valores a título de indenização moral não é jamais matemática, mas estimativa, à luz de condições interagentes entre si em cada caso concreto, o que impede que se comparem objetivamente, valores com o de outros casos concretos, deve-se dosar o valor dos danos morais, proporcionalmente à responsabilidade do genitor, ora Recorrente, em valor próximo à metade do valor fixado pelo Acórdão, ou seja, R\$ 200.000,00, à mesma data do julgamento do Tribunal de Origem (26.11.2008 – e-STJ fl. 429), corrigida monetariamente a partir dessa data, com as verbas da sucumbência mantidas, como fixadas (e-STJ fl. 435) à conta do ora requerido, visto que vencido na pretensão principal (indenizatória), não se considerando, na sucumbência, o ajuste ora realizado no valor a ser pago.

Ministro SIDNEI BENETI

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2009/0193701-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1159242 / SP**

Números Origem: 268700 26872000 3613894200

PAUTA: 13/12/2011

JULGADO: 15/12/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, negando em parte do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Superior Tribunal de Justiça

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

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

Eminentes Colegas, pedi vista dos presentes autos na sessão de julgamento de 13 de dezembro de 2011 para melhor exame da controvérsia, tendo em vista a divergência até então verificada e, principalmente, considerando a especial atenção que deve ser dispensada à matéria em exame.

A eminente relatora proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso especial, para manter o acórdão recorrido, que condenou o recorrente a reparar os danos morais causados à filha por abandono afetivo.

O eminente Ministro Massami Uyeda, na mesma sessão, inaugurou a divergência, tendo votado por dar provimento ao recurso especial, para afastar a condenação.

Por sua vez, o eminente Ministro Sidnei Beneti, após pedido de vista, proferiu voto dando parcial provimento ao recurso especial, para reconhecer a responsabilidade civil do recorrente no caso em comento, porém reduzindo o montante da indenização fixado na origem.

Com a devida vênia, acompanho o voto do eminente Ministro Sidnei Beneti.

Inicialmente, ressalto que, a meu sentir, a responsabilidade civil por dano moral no Direito de Família deve ser analisada com cautela.

As relações travadas no seio da família, por afetarem a esfera íntima das pessoas, são especialmente carregadas de sentimentos.

De um lado, representam o aspecto mais espontâneo do humano e, de

Superior Tribunal de Justiça

outro, tendem a causar, em aparente contradição, mais fortúnios e infortúnios do que em qualquer outra espécie de relação.

Assim, pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo.

Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso mesmo, inevitáveis.

Sendo assim, entendo que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares.

O presente caso situa-se dentro dessa excepcionalidade, merecendo ser reconhecida a ocorrência de ato ilícito causador de dano moral.

A questão central em discussão no presente recurso especial situa-se em torno do delicado tema do abandono afetivo.

A doutrina, tanto acerca do Direito de Família como da Responsabilidade Civil, é uníssona em afirmar que o abandono moral do filho por parte dos pais tem o condão de ocasionar danos morais, que devem ser reparados.

Por oportuno, cito trecho da obra de **Arnaldo Rizzardo** (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 692-693):

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

Superior Tribunal de Justiça

seu acompanhamento.

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

Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comzeinhos princípios de humanidade. (Grifou-se)

Ressalto, todavia, que apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais.

De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal.

Felizmente, dispõe-se de uma larga margem de liberdade para educar e criar os filhos do modo que melhor se aprover, sendo que desvios, percalços e falhas são inerentes ao processo de educação e de criação.

O dever de cuidado, pois, apresenta um conteúdo inegavelmente subjetivo.

Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comzeinhas obrigações para com seu filho.

Evita-se, desse modo, eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos

Superior Tribunal de Justiça

com episódios específicos de sua criação, pleiteiam a indenização por danos supostamente sofridos.

Cito, por oportuno, a lição do ilustre **Rui Stoco** (STOCO, RUI. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7.^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 946):

A dor sofrida pelo filho em razão do abandono e desamparo dos pais, privando-o do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico e material é não só terrível, como irreversível. A mancha é indelével e o trauma irretirável.

O direito de proteção efetiva em circunstâncias tais tem fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. 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 ou psíquico.

(...)

Mas tal reconhecimento não poderá dar ensejo a abusos e criação de verdadeira indústria de ações judiciais de filho, supostamente ofendidos, contra os pais.

Cada caso deverá merecer detido estudo e atenção redobrada, só reconhecendo o dano moral em caráter excepcional e quando os pressupostos da reparação se apresentarem estreme de dúvida e ictu oculi, através de estudos sociais e laudos técnicos de equipe interdisciplinar. (Grifou-se)

No caso em comento, julgo estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil do recorrente.

Conforme bem apontado no voto da eminente relatora, o recorrente omitiu-se em seu dever de cuidado para com sua filha, tendo: a) resistido ao reconhecimento voluntário da paternidade, ainda que ela fosse presumível; b) negado oferecer voluntariamente amparo material à filha; c) deixado de prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico, deixando-a à própria sorte; d) buscado alienar fraudulentamente seus bens aos demais filhos, em

Superior Tribunal de Justiça

evidente preterição da recorrida.

Não há dúvidas de que houve, na hipótese em tela, o abandono afetivo, porquanto o recorrido de furtou total e flagrantemente ao seu dever de cuidado com relação à recorrida.

Todavia, e sem desconsiderar a gravidade do dano, entendo que o valor fixado pelo Tribunal de origem - de R\$ 415.000,00 - se mostra excessivamente alto, considerando as circunstâncias do caso em comento.

Com efeito, embora seja inafastável a culpa do recorrente, deve-se levar igualmente em consideração a conduta da mãe da recorrida, que dificultou sobremaneira o relacionamento entre pai e filha, conforme consignou o juiz, na sentença:

A prova produzida demonstra que não existiu e não existe convívio entre autora e réu, filha e pai e tal situação decorre do comportamento agressivo da genitora da autora em relação ao requerido.

Tal fato é relatado pelas testemunhas inquiridas na audiência de instrução, inclusive incidentes ocorridos no casamento do requerido, onde a genitora da autora se fez presente visando tumultuar a cerimônia. Esteve também na residência do requerido e em seu local de trabalho, promovendo escândalos, inclusive arremessando pedras contra a casa do mesmo.

Na data da audiência, nos corredores do Fórum, agrediu fisicamente o requerido e ameaçou as testemunhas que seriam inquiridas.

Tais fatos demonstram que a aproximação do requerido, à autora, sua filha, principalmente nas datas por ela mencionadas, como natal, formatura, aniversário, etc., era praticamente impossível, dado o comportamento irascível da genitora da autora.

Sendo assim, impõe-se apenas a redução do montante da indenização para R\$ 200.000,00, conforme sugerido pelo eminente Ministro Sidnei Beneti, valor que se mostra mais consentâneo com as circunstâncias do caso.

Ante o exposto, acompanhando o voto do eminente Ministro Sidnei

Superior Tribunal de Justiça

Beneti, dou parcial provimento ao recurso especial apenas para reduzir o valor da indenização.

É o voto.



Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

RATIFICAÇÃO DE VOTO VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Srs. Ministros, eu, ainda, com todo o respeito, não consigo vislumbrar isso.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

ESCLARECIMENTOS (1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Com a divergência minha.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS J AMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRASOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

ESCLARECIMENTOS (2)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:
Estou divergindo.

Ministro MASSAMI UYEDA

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2009/0193701-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.159.242 / SP**

Números Origem: 268700 26872000 3613894200

PAUTA: 24/04/2012

JULGADO: 24/04/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

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, a Turma, por maioria, deu 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.