

**O ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS
E A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO
POR DANOS MORAIS**

HELENA CARVALHO MOYSÉS

Oficial do Ministério Público
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
helenamoyses@mp.mg.gov.br

1. Acórdão

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 1.159.242-SP
Terceira Turma
Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Data do julgamento: 24/04/2012
Data da publicação: 10/05/2012

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 no 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 excluídos 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 Andrigli 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 (BRASIL, 2012).

2. Apresentação do caso

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada pela filha em face do pai, sob o argumento de ela ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e a adolescência.

Na primeira instância, o pedido foi julgado improcedente. O juiz sentenciante entendeu que o distanciamento entre pai e filha ocorreu em razão do agressivo comportamento da mãe que dificultou o contato entre eles após o término do relacionamento.

A autora interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), o qual deu provimento ao recurso e reconheceu o abandono afetivo da filha, por parte do pai, condenando-o ao pagamento de compensação por danos morais no valor de R\$ 415 mil reais.

Inconformado com a decisão, o genitor interpôs recurso especial sustentando não ter abandonado a filha e que, mesmo que tal comportamento fosse verídico, não configuraria ele ilicitude passível de compensação civil, uma vez que a única punição legalmente prevista para o caso de abandono é a perda do poder familiar.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão inédita, por voto da maioria, deu parcial provimento ao recurso especial apenas para reduzir o valor da indenização para R\$ 200 mil reais. No restante, manteve a decisão do TJSP.

3. Família e afetividade

Inicialmente, justifica-se a escolha do tema em razão de sua relevância, que vai além da esfera jurídica. A família é a base da sociedade, é o primeiro grupo social ao qual o indivíduo pertence; e, é no contato com a família que ele aprende as regras de convivência, que passa a entender que há limites, que há direitos individuais a serem respeitados, e descobre onde começa e onde termina o direito da cada um dentro desse ambiente familiar. Isso ocorre naturalmente pela vivência das questões simples do dia a dia.

Também, é junto à família que a criança forma sua personalidade, desenvolve que tipo de pessoa vai ser quando crescer, como vai agir com os outros indivíduos externos a esse círculo; enfim, é essa enorme e complexa bagagem que vai levar para todos os vários grupos sociais dos quais vai participar no decorrer da vida.

Nesse sentido, Gustavo Mônaco e Maria Luiza Campos, ao definir os papéis de pai e de mãe, afirmam o seguinte:

[...] desenvolver funções significa cuidar, prover e zelar pelo desenvolvimento bio-psico-social e emocional da prole, promovendo os cuidados de sobrevivência, saúde, educação, desenvolvimento cultural, intelectual e esportivo, além de subjetivá-lo, ou seja, transformar um ser, a princípio regido por respostas instintivas, em um ser com características únicas e diferenciadas que promovem sua individualidade e dignidade.

[...]

Vive-se atualmente uma fase de valorização (jurídica) do afeto, optando-se por uma consideração mais fática que legal das relações paterno-materno/filiais. Pais são os que educam, criam, estabelecem laços de proteção e preparação para que os filhos possam enfrentar a sociedade que os espera e para a qual são preparados. (MÔNACO; CAMPOS, 2011, p. 2).

Dada a importância do assunto, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) dedicou um capítulo especialmente à família. Seguem alguns trechos:

CAPÍTULO VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar

à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...] (BRASIL, 1988).

Nota-se que a CF/88 afirma ser a família a base da sociedade e, logo no artigo seguinte, assegura à criança e ao adolescente, não somente os direitos básicos essenciais à sobrevivência, como o direito à saúde e à alimentação, mas também assegura o direito à dignidade, ao respeito e à *convivência familiar*, entre outros.

A sociedade está em constante transformação, assim como os conceitos de família também vêm mudando ao longo do tempo. Hoje em dia, tem-se a união estável, e não mais causam espanto as uniões homoafetivas, prática esta inadmissível há algumas décadas, quando o conceito de família era pautado pelo matrimônio e pela tríade pai-mãe-filhos cujo papel de chefe era exercido pelo homem, sendo os outros entes – mãe e filhos – subordinados a ele.

Em decorrência, a Ciência do Direito e, em especial, o Direito de Família, devem acompanhar essa evolução. O Judiciário não pode fechar os olhos para as situações presentes nos núcleos familiares sob o pretexto de não haver norma regulando essa ou aquela matéria. Os fatos e as relações controversas estão aí, clamando por uma solução. A legislação, ou a falta dela, não pode engessar a Justiça, não pode ser a justificativa para os julgadores não apreciarem e não buscarem os melhores meios a fim de resolverem os problemas existentes.

O Judiciário não pode deixar de prestar sua assistência a situações reais, que necessitam de amparo jurisdicional, com a desculpa de que se deve ater à técnica. Além do mais, a lei não é a única fonte do di-

reito, e, ao se adentrar no campo da hermenêutica jurídica, verifica-se que à própria lei são aplicadas diversas modalidades de interpretação.

Constata-se, por exemplo, ao exame da Lei n. 12.318/10, que trata da alienação parental, que o afeto circunscrito às relações familiares foi reconhecido como bem jurídico. Vejamos:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, *prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar*, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Muito antes disso, em 1959, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, por unanimidade, a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Dentre os dez princípios que a compõem, merece destaque o seguinte:

Princípio VI - Direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade.

A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afecto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1959).

Em 1989, a ONU também adotou a Convenção sobre Direitos da Criança, que constitui verdadeiro instrumento de direitos huma-

nos, válida para as crianças de todo o mundo. Essa convenção foi ratificada por 193 países, incluindo o Brasil, que a aprovou mediante o Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990, e a promulgou através do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Em seu preâmbulo reconhece que: “[...] a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão; [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Tecidas essas considerações acerca da família e sobre a importância da afetividade na formação do indivíduo, percebe-se o quão essencial é, para a criança, nascer e se desenvolver dentro de um lar equilibrado, sentindo-se cuidada, respeitada e amada, principalmente por seus pais.

4. Responsabilidade civil

Inexiste no ordenamento jurídico qualquer restrição legal que impeça a aplicação das normas que regulam a responsabilidade civil às relações tuteladas pelo Direito de Família. Ao contrário, a matéria é abordada no Código Civil (CC) de maneira ampla e irrestrita. Partindo dessa premissa, passa-se ao estudo dos elementos da responsabilidade civil e da possibilidade de sua aplicação aos casos de abandono afetivo.

A relação entre pais e filhos nasce de um ato de vontade dos pais – tanto pela fecundação quanto pela adoção – e, juntamente com esse ato, emerge a responsabilidade decorrente das ações ou omissões desses mesmos pais em relação aos seus filhos. E essa responsabilidade, ressalte-se, não diz respeito apenas ao suprimento das necessidades básicas, como alimento, vestuário e abrigo, mas também, e, principalmente, decorre do vínculo afetivo que os une – ou que *deveria* uni-los.

Indiscutível é a obrigação legal dos pais de manter materialmente seus filhos até que atinjam a capacidade civil, impondo-se, inclusive, a prisão civil para aquele que descumprir sua obrigação. O vínculo afetivo é que precisa ser analisado para verificação do seu enquadramento na responsabilidade civil subjetiva.

O Código Civil, em seu art. 186, ao tratar dos atos ilícitos, dispõe que: “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).

Combinado este com o art. 927 da mesma lei, no capítulo destinado à obrigação de indenizar, tem-se: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002).

E, para que se configure a responsabilidade civil subjetiva, é necessária a ocorrência de três elementos: a culpa, o dano e o nexo causal.

Nas relações familiares, comumente marcadas pelo alto grau de subjetividade, a caracterização desses três elementos exige um olhar mais atencioso por parte do julgador; requer a observação das nuances, dos detalhes, bem como a percepção e a compreensão dos sentimentos envolvidos, o que dificulta a configuração da responsabilidade civil. Entretanto, dificuldade não é sinônimo de impossibilidade; assim, é possível identificar nos laços de família os elementos ensejadores da compensação por dano moral, quando for o caso.

Para a configuração da obrigação de indenizar, primeiramente há que se avaliar a ocorrência do requisito culpa. A ação ou omissão do pai que causa dano ao filho precisa estar associada à negligência para que exista a culpa subjetiva e, conseqüentemente, para que ele possa ser responsabilizado civilmente.

Aqui cabe levar em consideração o afeto e seu lugar de destaque frente à formação da personalidade do filho e, em contrapartida, o mal causado pela falta de afeto, com impactos, principalmente, sobre sua saúde psicológica.

O cuidado e o afeto na fase inicial da vida são essenciais para a formação de um adulto seguro, independente, portador de elevada autoestima, que sabe se posicionar frente à sociedade, que respeita os limites, que consegue reconhecer seus deveres e direitos, e que luta por eles.

Assim, não há dúvidas de que o pai negligente, que deixa faltar o cuidado e o afeto, tão indispensáveis ao filho, causa perenes danos à saúde psicológica dessa criança, com reflexos em toda sua vida. Isso não quer dizer que uma pessoa que sofreu abandono afetivo jamais lute por seus direitos ou saiba respeitar os demais indivíduos da sociedade; definitivamente, não é isso. Pelo contrário, muitas pessoas existem que passaram por esse tipo de abandono e, hoje, são adultos com família constituída, bem-sucedidos profissionalmente, exercendo seus papéis de cidadãos na sociedade. Contudo, não há como negar que a falta de afetividade causa marcas para o resto da vida, como a mágoa, a tristeza e a sensação de abandono.

Quanto ao elemento dano, há duas maneiras de se verificar a sua ocorrência. A mais simples é submeter o filho ao acompanhamento de um especialista – psicólogo/psiquiatra – que, através de laudo técnico, possa confirmar a existência de alguma patologia psicológica associada ao abandono afetivo por parte do pai.

No entanto, a compensação por dano moral não pode estar limitada à presença desse laudo nos autos. Como dito anteriormente, mesmo que o filho, ao atingir a fase adulta, consiga firmar-se como cidadão, exercendo seus direitos e deveres frente à sociedade, ainda assim trará marcas em seu íntimo, de desilusão, de abandono e de mágoa. Desse modo, mesmo ausente a patologia psicológica, ainda assim existe a possibilidade de compensação por dano moral.

A prova da ocorrência desse tipo de dano é mais complexa, mas não impossível de ser demonstrada. No caso em estudo, a filha, atualmente, tem profissão e família constituída, e está totalmente inserida na comunidade em que vive. Porém, a falta de cuidado e de afeto por parte do pai ficou configurada desde o seu nascimento, através do reconhecimento da paternidade forçado, por via judicial, passando pela ausência de contato entre eles, até culminar na diferença de tratamento dispensado aos outros filhos havidos posteriormente pelo genitor. Não há como negar o dano que o pai causou à filha, representado pelos sentimentos de mágoa, tristeza e abandono.

O último elemento indispensável para se configurar a possibilidade de compensação civil é o nexo causal, consistente na relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano provocado.

O nexo causal ficou evidentemente comprovado, uma vez que a negligência do pai em não cumprir sua obrigação de dar atenção, de cuidar e de dar afeto ocasionou à filha danos de ordem moral.

No que concerne à perda do poder familiar, presente no art. 1.638, inc. II, do CC, e apontada pelo pai como a única punição prevista na legislação, depreende-se da leitura do texto legal que a sua aplicação em nenhum momento afasta a possibilidade de compensação civil. Pelo contrário, ao fazer uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, vê-se que o objetivo do legislador é sempre o de resguardar a integridade física e psicológica das crianças e dos adolescentes.

Há de se esclarecer que o presente estudo não tem a pretensão de obrigar um pai a amar seu filho, até porque é impossível obrigar alguém a amar, o que se traduz em grave ato de restrição da liberdade individual. Porém, se o pai, usando dessa liberdade, optar por não cuidar de seu filho e por não amá-lo, deverá compensá-lo, de alguma maneira, pelo dano que vier a lhe causar. Nas palavras de Rodrigo Pereira:

[...] não se pode coagir um pai a amar seu filho, pois, afinal, o amor não tem preço e não há como obrigar alguém a amar outrem, nem mesmo pais aos filhos, ou vice-versa. Tudo isso é bem compreensível, claro: não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente.

[...]

Esta é a resposta que a sociedade deve dar, por meio da Justiça, aos pais abandonônicos. A indenização estaria então monetarizando o afeto? De maneira alguma. O valor da indenização é simbólico e tem apenas uma função punitiva. Mais que isso: uma função educativa. Afinal, não há dinheiro no mundo que pague o dano e a violação dos deveres morais à formação da personalidade de um filho rejeitado pelo pai. (PEREIRA, 2008).

5. Conclusão

O afeto e o cuidado são indispensáveis para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Além de seu caráter essencial, demonstrou-se que a falta de afeto pela omissão/negligência dos pais dá ensejo à compensação por danos morais por estarem caracterizados nessa conduta os elementos que compõem a responsabilidade civil subjetiva: a culpa, o dano e o nexo causal.

As alegações de que não existem normas no ordenamento jurídico que fundamentem o pedido de indenização nas hipóteses de abandono afetivo não podem prosperar, pois, conforme ficou evidenciado, há normas constitucionais, infraconstitucionais e até internacionais que tratam do tema e que alçam o afeto ao *status* de bem jurídico.

Outrossim, o Código Civil aborda a responsabilidade civil de maneira ampla, sem fazer restrição ou distinção quanto ao ramo do Direito sobre a qual ela vai incidir.

Por fim, viu-se que, mesmo que o julgador houvesse punido o pai com a perda do poder familiar, a aplicação desta sanção não afastaria a possibilidade de compensação pelos danos morais causados à filha.

Conclui-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça, pelo voto da relatora Ministra Nancy Andrighi, decidiu acertadamente ao condenar o pai ao pagamento de indenização por danos morais em compensação à falta de afeto e cuidado relativos à filha.

Espera-se que essa decisão, apesar de não possuir caráter vinculante, sirva de exemplo aos juízes monocráticos e aos tribunais para

que não se acomodem e acompanhem sempre a evolução da sociedade, apreciando e buscando as melhores soluções para os problemas surgidos no seio das famílias e que necessitam de amparo jurisdicional.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2012.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 out. 2012.

_____. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 31 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, 24 de abril de 2012. *DJe*, 10 maio 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RE-SUMO&b=ACOR&livre=1159242>. Acesso em: 25 out. 2012.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; CAMPOS, Maria Luiza Ferraz de. O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder familiar. *E-gov*, 5 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anejos/28373-28384-1-PB.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1959. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_da_Crian%C3%A7a>. Acesso em: 31 out. 2012.

_____. Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 31 out. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 17 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/392>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120030

