



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.087.561 - RS (2008/0201328-0)

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de recurso especial interposto por R.A.M., com base na alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado (e-STJ, fl. 290):

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO, DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABANDONO DO FILHO. FALTA DE AMPARO AFETIVO E MATERIAL POR PARTE DO PAI. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENCIONAMENTO.

A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva. O dever de indenizar decorre do agir doloso ou culposo do agente.

No caso, restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos materiais e morais.

Nas demandas condenatórias, a verba honorária deve incidir sobre o valor da condenação. Inteligência do art. 20, § 3º, do CPC.

Alega o recorrente violação ao art. 186 do Código Civil de 2002, sob o argumento de que, não existindo previsão legal que estabeleça os deveres jurídicos de convivência ou de afetividade entre pais e filhos, não se verifica, no caso presente, a prática de ato ilícito, pressuposto para a indenização no caso de responsabilidade civil subjetiva.

Narra que deteve a guarda de seu filho até os seis anos de idade, situação alterada por decisão judicial e a partir da qual cumpriu a obrigação de pagar os alimentos ajustados com a genitora do recorrido e homologados em juízo, motivo pelo qual, ausente o abandono material, entende que não se encontra configurado também o dano moral.

Acrescenta que a 4ª Turma deste Tribunal, ao examinar o REsp. 757.411/MG, concluiu que o abandono afetivo de filho não configura ato ilícito apto a ensejar a indenização com base no art. 159 do Código Civil de 1916, regra correspondente ao atual art. 186 do CC/2002.

Ressaltou, por fim, que as normas do Direito de Família, especialmente as destinadas à tutela do melhor interesse das crianças e adolescentes, devem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretadas com especial cautela pelo Poder Judiciário, de modo a evitar "a monetarização das relações familiares".

O Relator, Ministro Raul Araújo, considerou que o dever de convivência familiar dos pais com os seus filhos constitui-se em direito fundamental da criança e do adolescente, nos termos do art. 227 da Constituição; 4º, 19 e 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que impõe aos genitores ou responsáveis, além da obrigação da assistência material, o encargo de prestar auxílio afetivo, moral e psíquico aos infantes.

O Relator, a partir da interpretação dos referidos dispositivos e das precárias condições em que vivia o menor apuradas pelas instâncias de origem, entendeu que a conduta voluntária do ora recorrente de descumprir o dever de convivência familiar (ato ilícito) prejudicou o pleno desenvolvimento da personalidade e a dignidade do autor da ação (dano), afetando diretamente a sua integridade física, moral, intelectual e psicológica (nexo de causalidade), ensejando o cabimento da compensação pecuniária para reparação dos danos morais.

Ressaltando que "a falta de afeto não constitui ato ilícito, mas a quebra do dever jurídico de convivência familiar", firmou o relator a compreensão de que a correspondência entre a omissão voluntária de convivência familiar e os prejuízos suportados pelo filho justifica a indenização pelo "descumprimento dos deveres relativos ao poder familiar", reparação que ressaltou ser devida, também, com base no "princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal)".

Citou o julgamento do REsp 1.159.242/SP, no qual a 3ª Turma, acolhendo por maioria o voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi, considerou cabível a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo do filho pelo pai.

Observou, por fim, que a determinação para pagamento de indenização por danos morais não representa, no caso presente, "monetarização das relações familiares", estabelecida com a finalidade de punir genitores que não tenham dedicado "a dose necessária de amor" aos seus filhos, "mas de compensação imposta pelo descumprimento dos deveres decorrentes do exercício do poder familiar (art. 1634 do Código Civil de 2002), bem como aos direitos da criança e do adolescente à convivência familiar (art. 22, Estatuto da Criança e do Adolescente).

O Ministério Público manifestou-se às fls. 362-349, pelo não provimento do recurso especial.

Pedi vista.

II

Cuida-se de ação ajuizada por menor impúbere, representado por sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mãe, contra seu pai, postulando indenização por danos materiais e morais, decorrentes de abandono material e afetivo. Na inicial narrou as dificuldades materiais que sofre, sem condições mínimas de sobrevivência, necessitando, por vezes, de caridade até mesmo para se alimentar, uma vez que a pensão alimentícia acordada com o pai somente é paga com atraso, mediante execução judicial e ameaça de prisão, bem como o desamparo afetivo, que causa sofrimento ao menor, tudo isso em contraste com o alto padrão de vida do genitor e com a atenção prestada a seus outros filhos.

O réu contestou o abandono material, alegando pagar pensão de um salário-mínimo ao autor. Quanto ao dano moral, sustentou que a mãe do menor tem temperamento agressivo, o que o impede de conviver com o filho. Alegou que tinha a guarda do menor até os 5 anos de idade, o que foi alterado por decisão judicial provisória, ainda estando em tramitação o processo de modificação de guarda, de modo que jamais abandonou o filho.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o réu "(a) a comprar uma casa em nome do autor, com escritura onerada com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade; (b) a compra mobiliário para a referida casa, contendo o necessário a suprir necessidades básicas do menor inclusive relativamente ao lazer; (c) comprar em nome do autor, um computador e impressora; tudo - (a, b e c) - a ser apurado em liquidação de sentença; (d) ao pagamento de 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) ao autor, a título de indenização por danos morais, que deverão ser depositados em conta-poupança em nome do menor, podendo ser movimentada apenas com autorização judicial."

O acórdão recorrido manteve todos os itens da condenação, alterando apenas a verba honorária em favor do advogado do autor para 12% sobre o valor da condenação.

Para manter a indenização por dano material, o voto condutor do acórdão recorrido, respondendo ao argumento do Ministério Público de que as necessidades materiais deveriam ser supridas pela pensão alimentícia, consignou (e-STJ fl. 305-306):

"A indenização visa reparar um prejuízo real e imediato que não pode ser reparado com simples aumento da verba alimentar (fixada em dois salários mínimos).

O aumento da pensão alimentícia, sopesados os critérios da possibilidade e da necessidade, pode manter uma vida digna e confortável ao alimentado, mas está longe de recuperar os prejuízos materiais decorrentes do abandono, ao menos num curto espaço de tempo. A tendência da indenização material é recolocar a vida do autor em ordem, possibilitando-lhe, a partir de então, ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma vida normal e que possa, inclusive, manter-se com os alimentos fixados, sem recorrer ao constante ajuizamento de demandas indenizatórias" Obviamente que o estado de pobreza em que vive o autor dificilmente se modificará apenas com o pagamento da pensão alimentícia."

No presente recurso especial, impugna o réu somente a indenização por dano moral. A indenização por dano material transitou em julgado.

Assim resumida a controvérsia, observo não está em julgamento questão moral ou religiosa e nem os complexos aspectos psicológicos da relação entre pais e filhos, no seio das múltiplas formas de família hoje equiparadas pelo Direito. Trata-se de definir se o ordenamento jurídico estabelece o dever de "cuidar afetuosamente", cujo descumprimento dê causa à postulada indenização por abandono afetivo.

Princípio por lembrar que a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo não tem apoio na jurisprudência desta 4ª Turma. O primeiro caso julgado foi o REsp. 757.411-MG, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, de cujo elucidativo voto transcrevo:

"A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como "fatos da vida", hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.

Os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que "a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória. (Indenização por Abandono Afetivo, Luiz Felipe Brasil Santos, in ADV - Seleções Jurídicas, fevereiro de 2005).

Nesse sentido, também as palavras da advogada Cláudia Maria da Silva: "*Não se trata, pois, de "dar preço ao amor" – como defendem*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os que resistem ao tema em foco - , tampouco de "compensar a dor" propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave." (Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos á Personalidade do Filho, in Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VI, nº 25 – Ago-Set 2004)

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.

Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

No caso em análise, o magistrado de primeira instância alerta, **verbis**:

"De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74)

(...)

Tais elementos fático-probatórios conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os conseqüências de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiosincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão." (fls. 83)

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos, valendo transcrever trecho do conto "Para o aniversário de um pai muito ausente", a título de reflexão (*Colocando o "I" no pingo... E Outras Idéias Jurídicas e Sociais*, Jayme Vita Roso, RG Editores, 2005):

"O Corriere della Sera, famoso matutino italiano, na coluna de Paolo Mieli, que estampa cartas selecionadas dos leitores, de tempos em tempos alguma respondida por ele, no dia 15 de junho de 2002, publicou uma, escrita por uma senhora da cidade de Bari, com o título "Votos da filha, pelo aniversário do pai".

Narra Glória Smaldini, como se apresentou a remetente, e escreve: "Caro Mieli, hoje meu pai faz 67 anos. Separou-nos a vida e, no meu coração, vivo uma relação conflitual, porque me considero sua filha 'não aproveitada'. Aos três anos fui levada a um colégio interno, onde permaneci até a maioridade. Meu pai deixara minha mãe para tornar a se casar com uma senhora. Não conheço seus dois outros filhos, porque, no dizer dele, a segunda mulher 'não quer misturar as famílias'.

Faz 30 anos que nos relacionamos à distância, vemo-nos esporadicamente e presumo que isso ocorra sem que saiba a segunda mulher. Esperava que a velhice lhe trouxesse sabedoria e bom senso, dissipando antigos rancores. Hoje, aos 39 anos, encontro-me ainda a esperar. Como meu pai é leitor do Corriere, peço-lhe abrigar em suas páginas meus cumprimentos para meu pai que não aproveitei."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral. (grifo não constante do original).

Acompanhou o relator o Ministro César Asfor Rocha, com as seguintes considerações:

Sr. Presidente, é certo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais pontificou que o recorrido teria sofrido em virtude do abandono paterno; são fatos que não podem ser desconstituídos. E é justamente com base nesses fatos que aprecio o que está ora posto. **Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente - a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família. Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material. Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura - a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria "x"; se abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante. (grifo não constante do original).

O acórdão foi assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp. 757.411-MG, rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJ 27.4.2006)

Na mesma linha, o acórdão no REsp. 514.350/SP, da relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, assim ementado:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido.

Em sentido diverso, o acórdão da 3ª Turma, da relatoria da Ministra Nancy

Andrighi:

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 (REsp. 1.159.242/SP, DJe 10.5.2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A caracterização do "dever de cuidado" como dever jurídico, cujo descumprimento pode acarretar responsabilidade civil é assim sustentada no voto condutor do REsp. 1.159.242/SP pela Ministra Nancy Andrighi:

"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 tismado 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Ao REsp. 1.159.242/SP, seguiram-se dois outros precedentes da 3ª Turma, em que sublinhado o caráter excepcionalíssimo da indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo. Eis as ementas:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGADA OCORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO. PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE NO QUE TANGE AOS ACORDOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº.s 282 E 235 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal *a quo* dirime a controvérsia de forma completa e fundamentada, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente.

2. Considerando a complexidade dos temas que envolvem as relações familiares e que a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, que somente deve ser admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória.

3. Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claro e conectados.

4. Os elementos e as peculiaridades dos autos indicam que o Tribunal *a quo* decidiu com prudência e razoabilidade quando adotou um critério para afastar a responsabilidade por abandono afetivo, qual seja, o de que o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa da filha por parte do genitor, o que absolutamente não ocorreu.

5. A ausência do indispensável estudo psicossocial para se estabelecer não só a existência do dano mas a sua causa, dificulta, sobremaneira, a configuração do nexo causal. Este elemento da responsabilidade civil, no caso, não ficou configurado porque não houve comprovação de que a conduta atribuída ao recorrido foi a que necessariamente causou o alegado dano à recorrente. Adoção da teoria do dano direto e imediato.

6. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes legais e regimentais, pois além de indicar o dispositivo legal e transcrever os julgados apontados como paradigmas, cabia ao recorrente realizar o cotejo analítico, demonstrando-se a identidade das situações fáticas e a interpretação diversa dada ao mesmo dispositivo legal, o que não ocorreu.

7. Recurso especial não provido. (REsp. 1.557.978-DF, rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe 17.11.2015)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. *PACTA CORVINA*. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro.

2. Em regra, ao pai pode ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente eventual prole, por meio da ação de alimentos combinada com investigação de paternidade, desde que demonstrada a necessidade concreta do auxílio material.

3. É insindicável, nesta instância especial, revolver o nexo causal entre o suposto abandono afetivo e o alegado dano ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

4. O ordenamento pátrio veda o *pacta corvina* e o *venire contra factum proprium*.

5. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido. (REsp. 1.493.125/SP, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 1.3.2016).

A detalhada transcrição dos precedentes permite que deles se extraia o seguinte resumo. Nas hipóteses julgadas pela 4ª Turma, entendeu-se que não cabe indenizar o abandono afetivo, por maior que tenha sido o sofrimento do filho. O Direito de Família é regido por princípios próprios, que afastam a responsabilidade civil extracontratual decorrente de ato ilícito. No plano material, a obrigação jurídica dos pais consiste na prestação de alimentos. No caso de descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder.

Por outro lado, nos julgamentos da 3ª Turma prevaleceu o entendimento de que, em hipóteses excepcionais, de gravíssimo descaso em relação ao filho, é cabível a indenização por abandono afetivo. Esta conclusão foi extraída da compreensão de que o ordenamento jurídico prevê o "dever de cuidado", o qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compreende a obrigação de convivência e "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." A caracterização do que deva ser considerado abandono afetivo passível de indenização vem sofrendo interpretação bastante restritiva, a partir do *leading case* da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o único em que reconhecido o direito à indenização por abandono afetivo.

Sendo esse o panorama atual da jurisprudência deste Tribunal, filio-me ao entendimento de que não cabe indenização por abandono estritamente afetivo, embora adotando linha de argumentação um pouco diversa dos precedentes desta Turma.

Não penso, data maxima venia, que as especificidades do Direito de Família excluam a possibilidade de indenização, com base no art. 186 do Código Civil de 2002, segundo o qual "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". A proeminência do instituto "família" no ordenamento jurídico e social, ao meu sentir, corrobora a incidência das regras de responsabilidade civil no caso de infração a dever jurídico compreendido na regência do Direito de Família.

Ressalto que o ato ilícito descrito no Código Civil e do qual deriva a obrigação de reparar o dano por ele causado, todavia, pressupõe a existência: (1) de conduta humana contrária ao ordenamento jurídico ou praticada fora dos limites nele estabelecido, (2) do dano provocado a outrem e (3) de nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Cumpre, portanto, verificar se há alguma regra, em nosso ordenamento, do qual se extraia o dever jurídico de cuidado, no sentido de convivência e amparo afetivo e psicológico.

O acórdão da 3ª Turma no REsp. 1.159.242/SP e o presente voto do Relator, Ministro Raul Araújo, baseiam-se nos seguintes dispositivos:

Constituição Federal

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Civil

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (redação da Lei nº 13058/2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges:

(...)

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

Art. 3º 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-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Segundo meu entendimento, o dever de cuidado estabelecido em lei diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. A convivência familiar é garantida pela Constituição, dentro das circunstâncias de cada família, como um ideal. As vicissitudes da vida real, com vários modelos de família e características peculiares à personalidade e ao contexto social cada um de seus membros, justificam a previsão em lei da guarda unilateral ou compartilhada, da guarda por terceiros ou tutela, quando, pelos mais diversos motivos, nenhum dos pais tiver condições de permanecer com o menor.

A afetividade não é dever jurídico. Trata-se, sem dúvida, de sentimento que deve ser levado em conta pelo Juiz quando, precisamente em razão de vicissitudes ou conflitos, tem que escolher um só dos pais, parentes mais afastados ou até mesmo estranhos para exercer a função de guardião ou tutor do menor.

A convivência com ambos os genitores, o desejável sob qualquer aspecto - psicológico, moral, religioso, jurídico - em algumas hipóteses pode ser prejudicial ao menor.

Não me refiro apenas aos casos de doença física, mental ou desvio de comportamento de um dos genitores, o que certamente seria considerado para afastar a indenização por dano afetivo.

Nem tão-pouco apenas aos casos em que há comportamento negligente ou doloso do genitor, em relação aos cuidados devidos ao menor, hipóteses que seriam o campo fértil da indenização por dano afetivo.

Ressalto que há diversas idiosincrasias, características psicológicas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causadas por diferenças de personalidade, contingências, traumas e circunstâncias da vida, que tornariam a convivência familiar - talvez forçada pela necessidade de defender-se de futura acusação de abandono afetivo - flagrantemente nociva, ou, pior, inconscientemente prejudicial ao desenvolvimento psicológico do menor.

Observo que a incapacidade de amar, de cuidar afetivamente, muitas vezes é incapacidade decorrente das circunstâncias da criação, personalidade, traumas vividos pelo genitor - e também pelo filho em função do outro genitor - ao longo de sua vida.

A convivência e o afeto devem corresponder a sentimentos naturais, espontâneos, genuínos, com todas as características positivas e negativas de cada indivíduo e de cada família. Não é - nem deve ser - o cumprimento de dever jurídico, imposto pelo Estado, sob pena de punição (ou indenização punitiva).

Qual a situação preferível, do ponto de vista da dignidade e do desenvolvimento psicológico, dentre as duas extremas que figuro a seguir: a do filho que não conviveu com o pai e sua atual família, sendo criado, às expensas do pai ausente, em regime de internato, em centro educacional de excelência, no país ou no exterior; ou a do menor, forçado a conviver no seio de segunda família do genitor ou genitora, convivendo, se não com a agressão e humilhação, mas ao menos com o desprezo velado dos demais membros da família? Naturalmente, o ideal seria acolhimento afetivo pela segunda família do genitor, mas isso nem sempre ocorre. A escolha de como e onde deve se dar a educação, guarda e sustento será sempre da família, dependente de inúmeras circunstâncias, objetivas e subjetivas. Não cabe ao Estado impor essa escolha, em nome de dever de convivência e afeto que não se extrai do ordenamento jurídico.

Se o amor e o afeto não são deveres jurídicos, como o reconhece a doutrina e o acórdão da 3ª Turma no REsp. 1.159.242/SP, tão pouco o pode ser o cuidado afetivo, ou a convivência forçada, sem afeto, apenas para cumprir suposto dever jurídico.

Nesse sentido, lembro os comentários feitos por Miguel Reale Júnior, em artigo intitulado "O Afeto e a bolsa", publicado no Jornal o Estado de São Paulo, comentando precisamente o acórdão da 3ª Turma do REsp 1.159.242/SP:

"Haveria da parte dos filhos em relação aos pais, do marido em relação à mulher, da mãe em relação à filha o direito de requerer judicialmente que lhe seja dedicado afeto? Haveria a possibilidade de alguém pretender o bem-querer de outrem como dever jurídico por ser seu filho, marido ou mãe? Como impor a alguém ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afetuoso em razão de laço de sangue ou de liame matrimonial? Por não se ter sido afetuoso, pode-se transformar essa falta de afeto em dinheiro, por descumprimento do dever de agir afetosamente? Essa questão vem sendo erroneamente apreciada pelos tribunais, culminando com recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na qual se confundem integralmente direito e moral.

(...)

No STJ decidiu-se que caberia ao pai pagar à filha indenização, pois houve ausência quase completa de contato paterno com a reclamante, em descompasso com o tratamento dispensado a outros herdeiros. Hoje casada e professora, a filha declarou a este jornal: "Desde que nasci ele nunca me quis". Revelou, também, que em toda a sua vida sentiu falta de ter um pai: "Uma pessoa para me aconselhar, para conversar, para me ajudar no que eu precisasse, eu nunca tive. Eu me encontrei com meu pai algumas vezes, tanto que ele pagou a pensão porque foi obrigado, mas em nenhuma das vezes ele me deu atenção".

Para a ministra Nancy Andrighi, há deveres de convívio, cuidado, educação, transmissão, de atenção, acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico dos filhos: "Amar é faculdade, cuidar é dever". A seu ver, além do estabelecido na lei, "os pais devem garantir aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para adequada formação psicológica e inserção social".

No caso, a filha conseguiu a "inserção social", mas a ministra entendeu, conforme noticiou o Estado (2/5), não se poder negar ter havido "sofrimento, mágoa e tristeza", que persistem como decorrência das omissões de cuidado do pai, daí derivando dever de indenizar. No seu entender, há, para além da lei, deveres de transmissão de atenção e de afetividade. Estes, portanto, não defluem da lei, mas de juízo moral do julgador, comovido com o sofrimento da filha, quanto é certo não ser eventual dor, de difícil constatação, que legitima indenização, mas sim a violação a bem jurídico essencial, garantido pelo direito. A conduta do pai desatencioso com o filho, apesar de cumpridor dos deveres alimentares, pode ser moralmente censurável, mas não ilícita.

Ora, se o dever não decorre da lei, mas de juízo moral, inexistente pretensão juridicamente assegurada, pois não há direito subjetivo ao afeto, transformando-se o amor em dever jurídico. Se era incabível requerer judicialmente, quando criança, que o pai lhe dedicasse afeto, como depois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transformar a ausência desse afeto em indenização monetária? Mistura-se o moralmente reprovável com o juridicamente exigível, quando apenas cabe indenização por descumprimento de dever jurídico. Pode ser censurável não ter afeto pelo filho, mas tal não constitui falta de cuidado legalmente estatuído e a lei jamais poderia impor a efetividade de carinho paterno.

A frase de efeito, repetida na imprensa, “amar é uma faculdade, cuidar é dever” incide em equívocos, pois faculdade consiste na possibilidade de exercício de um direito. Amar não é uma faculdade, é sentimento espontâneo de bem-querer que não deriva da lei. **Cuidar de criança ou adolescente é um dever, mas dentro de quais limites legais? O Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem que cumpre aos pais prover alimentos: nutrição, saúde, habitação e educação. No Código Penal estatui-se ser crime o abandono material e intelectual consistente em deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do filho ou sua instrução. No campo do direito não se confunde cuidado com cuidar afetivamente.**

Dar afeto ou cuidar afetivamente - ser conselheiro, amigo, garantir equilíbrio emocional e inserção social - não constitui um dever jurídico, a não ser que se queira instituir a hipocrisia por força de lei. Muitas são as circunstâncias que a vida apresenta quanto aos afetos, a começar pela espontânea afinidade surgida sem se saber por quê. Pretender colocar o Estado a ditar o sentimento do afeto é um autoritarismo paternalista inaceitável. Com clareza assinalou a jornalista Eliane Brum não caber a nenhum tribunal analisar "sentimentos" e desferir punições pela ausência ou excesso de "sentimentos".

A decisão é preocupante exemplo de mercantilização das relações afetivas, com o risco de incompatibilidades naturais gerarem mágoas e, depois, a ação indenizatória como represália. Grave é o Estado assumir o papel de grande tutor, para suprir o desamor, impondo compensação em dinheiro, que algumas vezes pode apenas ter gosto de vingança. No STJ acaba-se, sem se aperceber, por consagrar o dever de cuidar amorosamente, substituindo-se pelo dever de indenizar monetariamente. ("O Afeto e a bolsa", publicado no Jornal o Estado de São Paulo, edição de 2.6.2012). (grifos não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constantes do original).

Com a devida vênia aos que defendem o ponto de vista contrário, entendo que não há dever jurídico de amor e afeto e, portanto, não há dever jurídico de cuidar afetivamente. Assim, a falta de cuidado afetivo não é comportamento que gere dano indenizável com base no art. 186 do Código Civil.

A forma de convivência familiar deve ser decidida no âmbito das famílias e não regulada e imposta pelo Estado, observados os deveres jurídicos de sustento, guarda e educação dos filhos. Ao Poder Judiciário cabe decidir os conflitos entre os pais, no tocante ao cuidados dos filhos, se necessário até mesmo destituindo a um deles ou a ambos poder familiar.

A tentativa de regulamentar o afeto e a convivência entre pais e filho, sancionando sua falta com indenização punitiva, tornaria mais conflituosa a relação, dificultando para ambas as partes a esperança de reaproximação no futuro, como bem ponderado pelo Ministro Fernando Gonçalves em seu voto condutor do REsp. 757.411-MG.

Ademais, conforme observou o Ministro César Asfor Rocha em seu voto vogal no mesmo recurso especial, incontornável a dificuldade prática para quantificar tal espécie de indenização. Como "estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria "x"; se abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante." E, prossigo eu, o argumento: sendo a ação ajuizada por menor impúbere, julgada antes da maioridade, caberia ao magistrado fixar uma indenização pela falta de cuidado amoroso até a data da sentença? Neste caso, haveria a possibilidade de periódicas ações por dano afetivo se o pai não se emendasse em sua obrigação de convivência afetiva? Ou o pagamento da indenização compensaria o desamor vindouro, até a maioridade? Seria possível ao réu - ou ao pai que já vislumbrasse a dificuldade de convivência - acordar, preventivamente, ao lado da pensão alimentícia, uma verba mensal para compensar o desamor, ou a "falta de cuidado afetivo"?

O absurdo e a inconveniência das consequências possíveis revela, data maxima vênia, o equívoco da premissa, no caso, o pretendido cabimento de indenização por abandono afetivo.

III

Embora faça ressalvas à fundamentação do acórdão recorrido, penso que a indenização por dano moral, no caso, merece ser confirmada, porque os fatos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adotados pelo acórdão para caracterizar o "abandono afetivo", na realidade, configuram gritante abandono material, com o descumprimento inescusável dos deveres jurídicos de sustento e educação da prole.

Com efeito, a situação de penúria à qual ficou submetido o autor da ação, causada por ato voluntário do ora recorrente, que não tomou providência alguma para oferecer condições dignas de sobrevivência ao seu filho, a despeito de dispor de recursos para tanto, foi descrita pela sentença, integralmente confirmada pelo acórdão recorrido (fls. 217-224):

Quanto ao dano material, no caso em tela, revela-se pela ausência do que se considera o mínimo material ao homem médio, isso levando em conta que o requerido, como se verá, tem condições de proporcionar ao filho uma vida dentro desses padrões medianos (apesar de viver acima desses padrões).

Entrementes, **evidente a precariedade das condições de vida do autor, a qual se verifica pelas fotografias juntadas, bem como pela prova testemunhal (fls. 06-11 e 141-3), sendo inclusive referido pela testemunha Maria Elena Oliveira de Oliveira, que aquele por vezes vai à sua casa para se alimentar, ou passa os fins de semana ali, por não ter alimentação em sua própria casa.**

Além disso, até mesmo no acórdão que modificou a guarda do autor (fls. 159-68) já se pode ver a calamitosa situação da criança, pois, quando vivia com o pai, queixava-se de maus tratos e agora, com a mãe **vive como um infante miserável - no exatos termos da palavra -, com privações materiais, sempre se apresentando na escola com roupas muito velhas, sapatos grandes, etc.** Ademais, a mãe não possui condições de sustentar a si e seu filho sem a ajuda da pensão alimentícia. É o desemprego que assombra a região da campanha.

Ainda, há inúmeros processos que envolvem as partes se arrastando pelo judiciário, sendo patente a displicência do pai em saldar a dívida alimentar para com seu filho. A pensão alimentícia apenas é cumprida quando se aproximam as grades do cárcere.

Nesse contexto, resta configurado o dano suportado pelo autor, que vive privado de suas necessidades básicas porque seu pai não lhe alcança condições dignas de sobrevivência, apresentando-se nesta justificativa também o ato ilícito e o nexo de causalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessários à responsabilização civil. Isso porque **nenhuma justificativa foi dada pelo requerido a respeito das privações impostas ao seu filho, verificando-se aqui a presença do elemento culpa.**

(...)

E não se diga que o dever de sustento dos filhos compete a ambos os pais. Isso não se discute. Ambos devem contribuir, porém na medida de suas possibilidades; circunstância que deve ser levada em consideração quando a mãe é empregada doméstica desempregada e o pai, homem de posses, possui mais de mil hectares de terras, apartamento em Copacabana - RJ e frota de veículos. Não há como exigir reciprocidade em no sustento do filho.

Isso seria no mínimo cruel ao infante, para não dizer totalmente fora da realidade de uma sociedade capitalista, na qual, em geral, ao pobre é dado o conforto da miséria e ao rico a esperança da aglomeração de riqueza.

Contudo, abstraindo a consciência de um pai, ao magistrado não é dado determinar que dê ao filho exatamente as mesmas condições em que vive; porém, é justo que se não o faz por vontade própria, seja condenado a dar as mínimas condições de sobrevivência digna àquele.

(...)

A situação material do autor sob os cuidados de sua mãe já restou analisada acima, ou seja, vive em condições extremamente precárias.

Sob sua condição psíquica, o laudo da assistente social realizado em 23-1 1-2006 revela: "Fábio tem prejuízo em sua vida diária, acarretando problemas em seu desenvolvimento adequado. A situação de penúria, a dependência de terceiros, a moradia precária e as situações de estresse, que via de regra vem sofrendo, fazem parte de sua vida. Aliado a isso, a consideração de abandono emocional." (fís. 153-4). Já no acórdão que confirmou a guarda à genitora fora ressaltado outro laudo revelando que "o pai não visita o filho, não o leva para passear, não lhe dispensa alimentos".

O exame dos autos demonstra, ademais, que já na tramitação da ação de alteração de guarda, as instâncias de origem constataram o tratamento degradante e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cruel ao qual o menor encontrava-se submetido, cuja causa determinante foi o manifesto propósito do ora recorrente de descumprir o seu dever jurídico de prestar assistência material ao filho, privando-o de que qualquer tipo de apoio financeiro, salvo o pequeno valor estabelecido a título de alimentos correspondente a um salário mínimo nos termos do acordo homologado judicialmente (fl. 45), obrigação que, no entanto, somente era adimplida sob a ameaça de prisão e sem justa causa alguma, dada a confortável situação patrimonial da qual desfrutava, como se extrai das seguintes passagens do voto condutor do acórdão proferido no referido processo (fls.189-190):

No Estudo social realizado em outubro de 2004 (folhas 99/104), foi constatada mudança na situação do menor, em razão do apelante ter suspenso o pagamento da pensão alimentícia "há oito meses". Foi referido o seguinte:

Na escola Fábio cursa a primeira série e segundo a Diretora e a professora, ele é uma criança que apresenta carência afetiva e material. Comparece às aulas com roupas muito usadas, parecendo realmente um menino muito pobre, o que todos na escola sabem que não é e preocupam-se com o fato dele estar passando necessidades.

Aparentemente a criança sofre constrangimentos, dependendo da boa vontade de terceiros. O pai não fornece pensão alimentícia e a mãe não está organizada individualmente.

**A criança sabe que o pai tem campo, animais, carro, que viaja e, comenta tais assuntos na escola. Ao mesmo tempo ela se apresenta como criança carente materialmente, desprovida de um mundo mínimo a nível material, estando sujeita a vontade de pessoas alheias para o atendimento de suas necessidades e desejos próprios da idade, tais como um brinquedo ou um doce.
(...)**

O pai não visita o filho, não o leva para passear, não lhe dispensa alimentos. Em sua companhia a criança relatou situação de abuso sexual e agressões paternas.

Na companhia da mãe, a situação de penúria, a dependência de terceiros, a falta de moradia e as agressões conjugais do companheiro à mãe.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foi noticiada pelo Ministério Público a existência de inúmeras execuções contra a recorrente, visando a cobrança da pensão alimentícia não paga (folha 129), o que foi reconhecido pelo recorrente (folha 140). O apelante refere que passou por dificuldades financeiras que o impediram de efetuar os pagamentos, sendo que vem arcando com os valores desde dezembro de 2004.

Por outro lado, é o próprio apelante que relaciona o patrimônio e o padrão de vida que possui, não parecendo razoável que o filho passe as necessidades relatadas no Estatuto Social.

Na contestação ao presente feito, o apelante afirma que "passa com seus dois filhos, um mês de férias anualmente no Rio de Janeiro, onde possui residência à beira-mar.

(...)

Conforme bem analisado pelo Eminentíssimo Promotor de Justiça, Sérgio Cornelles Matheus, no parecer lançado às folhas 127/130 dos autos:

A situação enfrentada pelo menor efetivamente é dolorosa. Analisando-se o conjunto probatório chega-se a conclusão que nenhum dos dois, autora e requerido, possui condições ideais para exercer a guarda do menor. De um lado, o requerido privando o menor do atendimento material e impondo-lhe uma vida miserável. Tanto é verdade que inúmeras execuções de alimentos já foram aforadas para compelir o genitor a adimplir a pensão alimentar a qual está obrigado. De outro lado, a requerente com sérios problemas de conduta envolvendo agressões recíprocas com o atual (ou anterior) companheiro, inclusive com lesões corporais conforme demonstra o registro de ocorrência policial de fl. 119. Entre as inúmeras ocorrências policiais em que esteve envolvida, Patrícia foi também detida portando uma porção de *cannabis sativa*, conforme termo de declarações de fl. 117 e documento de fl. 113.

No julgamento do mérito do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça aplica o direito aos fatos reconhecidos pelo acórdão recorrido. A circunstância de o acórdão recorrido ter subsumido esses fatos no conceito de "abandono afetivo" não impede que este Tribunal neles veja configurada violação ao dever jurídico de sustento da prole (abandono material), atribuindo-lhes as consequências próprias, dentro da causa de pedir e pedidos deduzidos na inicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando, pois, a situação fática traçada pelas instâncias de origem, não há dúvida alguma de que o dano moral suportado pelo autor da ação, representado pela situação de penúria à qual foi relegado pela vontade livre e consciente de seu genitor, decorreu do manifesto descumprimento do dever jurídico de prestar assistência material ao seu filho (sustento e educação), ao qual está obrigado pelos arts. 1566, inc. IV, 1568, 1579, 1632 e 1634, inc. I, todos do CC/2002 e 18-A, parágrafo único, inc. II, 18-b e 22 do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90), independentemente de sentimento de afeto, e que ensejou que fosse ele submetido a situação degradante de penúria e humilhação.

Esclareço que não se discute o fato de a genitora do autor da ação também encontrar-se submetida ao mesmo dever jurídico, mas, além de sua conduta não se encontrar em questão nos presentes autos como destacado pela sentença (fl. 216), o certo é que o ora recorrente é que dispunha de situação econômica e financeira suficiente e necessária para evitar ou ao menos mitigar a situação degradante à qual foi submetido o seu filho.

Acrescento que não se trata de mero descumprimento episódico de obrigação alimentar, mas de hipótese em que a reiterada falta de assistência material foi de tal ordem que revelou ter o autor sido vítima de humilhações, situações que o levaram ao ridículo, privações que prejudicaram o seu desenvolvimento, caracterizando o tratamento cruel e degradante ao qual ficou submetido em decorrência da conduta omissiva do genitor, que tinha, na época dessas ocorrências, conhecimento da situação de penúria e plenas condições de suprir suas necessidades.

Demonstrada, pois, a presença dos elementos da responsabilidade subjetiva - ato ilícito, dano e nexa causal - considero cabível a reparação por dano moral cumulada com a indenização por dano material estabelecida pelo acórdão recorrido, decorrente dos mesmos fatos (abandono material), nos termos da Súmula nº 37/STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

Em face do exposto, acompanho a conclusão do voto do eminente Relator e nego provimento ao recurso especial, embora adotando fundamentação diversa.

É como voto.