

## Responsabilidade afetiva e dano moral

Rodrigo Leandro Santos Gualandi<sup>1</sup>; Cleyson de Moraes Mello<sup>2</sup>

### Resumo

A indenização do dano moral causado pelo abandono afetivo tem sido tema controverso entre a comunidade jurídica na última década. O objetivo deste artigo foi verificar o que dispõe a legislação, examinar os julgados fundamentais mais recentes com relação ao tema e analisar a evolução da jurisprudência. Apesar de ainda não totalmente pacificada a aplicabilidade da responsabilidade civil nesses casos, a possibilidade de pleitear tal reparação não vem sendo mais discutida, mas sim os elementos que configurariam o fato indenizável. Além disso, o entendimento mais recente recomenda a máxima prudência dos magistrados ao analisar estes casos, ressaltando que todos os requisitos para a incidência da responsabilidade civil (culpa, dano e nex causal) devem estar presentes de forma clara e manifestamente conectados.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil, abandono afetivo, Direito de Família.

### Civil Responsibility and moral damage

### Abstract

The compensation for moral damages caused by affective abandonment has been a controversial topic among the legal community the last decade. The purpose of this paper was to check the legislations, to examine the most recent essential decisions about this subject and to analyze the evolution of the jurisprudence. Although not totally pacified yet the applicability of the civil responsibility in these cases, the possibility of demand such compensation is no longer discussed, but the elements that configure the indemnifiable fact. Besides, the latest understanding advice judges to analyze carefully these cases, accentuating that all requirements for incidence of the civil responsibility (guilt, damage and causation) must be clearly presents and avowedly connected.

**Keywords:** Civil responsibility, affective abandonment, Family Law.

<sup>1</sup> Acadêmico de Direito na Universidade Estácio de Sá

<sup>2</sup> Doutor em Direito

## Introdução

A família é uma instituição que se faz presente desde os primórdios da história humana. Antes mesmo da formação de qualquer tipo de civilização, a convivência em grupos foi inevitável para a sobrevivência e desenvolvimento do homem. Foi natural para os homens relacionarem-se e manterem-se unidos, sendo o laço sanguíneo o seu principal elo.

Milhares de anos passados, resta ainda mais clara a importância da família para qualquer sociedade, principalmente dentro de um Estado Democrático de Direito, como o Brasil. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 266 caput, declara “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. O Estado Brasileiro reconhece não só como imprescindível para a sociedade, mas também como um bem a ser protegido de forma singular.

O conceito do vocábulo família, especialmente no que concerne a área jurídica, tem ganhado novos contornos. Hoje não se discute o Direito da Família, mas sim o Direito das Famílias. Segundo Gonçalves (2015, p. 291), um conceito *latu senso* para família poderia ser expresso como:

Todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins.

É comum surgirem conflitos no seio da família, dada a complexidade e singularidade de suas relações. Um exemplo de conflito familiar costumeiro ocorre quando os pais confundem sua relação amorosa (mesmo que findada) com as suas funções de pais, as quais não se dirigem para eles mesmos, mas sim para os filhos.

Sobre isso, Dias (2016) nos dá uma ideia introdutória da ligação entre ambas as relações:

Viver em família é conviver com ambos os pais. O fim do relacionamento deles não pode prejudicar em nada o direito do filho ao cuidado de quem o ama. É necessário assegurar a formação da identidade e a construção da sua personalidade de forma plena. Certamente estes são os ingredientes indispensáveis para assegurar o direito fundamental à felicidade. Um direito de todos e de cada um.

A parentalidade diz respeito sobre o elo entre os genitores ou responsáveis pelos filhos, mas não com a conotação marital expressa pela conjugalidade. A parentalidade reflete a responsabilidade de ambos no suprimento das necessidades dos seus filhos, seja ela financeira, educacional, afetiva, etc. O fim da relação amorosa dos pais, em nada interfere nas funções e responsabilidades de pai e mãe, como previsto no art. 1.632 do CC/2002:

A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Alves (2016) deixa ainda mais largo o entendimento dessa relação ao concluir que “o ‘casal parental’ é a família que não deixa de existir, quando os filhos estão a exigir que esta subsista neles”. Subsistindo assim a relação parental, independente da forma como se revestiu a união dos parceiros ou ex-parceiros, bem como a situação em que estes se encontram, é indiscutível a necessidade que o Direito brasileiro venha tutelar a relação jurídica remanescente. Através de revisão bibliográfica e consulta jurisprudencial, o objetivo deste artigo foi verificar o que dispõe a legislação, examinar os julgados fundamentais mais recentes com relação ao tema e analisar a evolução da jurisprudência.

### **Responsabilidade civil**

O ordenamento jurídico atribui aos cidadãos uma série de direitos e deveres de modo a regular harmoniosamente a vida social. A cada direito concedido pela norma é atribuído um dever jurídico, o qual é necessário para que o primeiro se concretize.

Uma vez instituído o dever jurídico, o não cumprimento deste por quem lhe seja devido configura ato ilícito. Nesse sentido, Nader (2015, p. 341) pontifica que “ato ilícito é a conduta humana violadora da ordem jurídica. Só pratica ato ilícito quem possui dever jurídico. A ilicitude implica a lesão a um direito pela quebra do dever jurídico”.

O Código Civil Brasileiro (2002) traz a definição de ato ilícito atribuída pelo legislador no art. 186, *in verbis*, “aquele que, por ação ou omissão voluntária,

negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Não havendo nenhuma causa de excludência da ilicitude do ato, a ofensa ao direito alheio gera para o transgressor a responsabilidade de indenizar o dano causado a outrem. O art. 927 do CC/2002 postula que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, a norma age de forma preventiva e restitutiva, inibindo a ação ilícita do possuidor do dever jurídico e, falhando esta, garantindo a pretensão jurídica ao sujeito de direito.

Ainda nesse diapasão, é precisa a lição de Cavalieri Filho (2012, p.2-3) quando diz que:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

Do texto legal é possível depreender a existência de alguns requisitos para a configuração da responsabilidade civil: culpa da conduta ilícita (omissiva ou comissiva), dano a outrem e nexos causal entre ambas. Sendo possível identificar esses três pontos, resta clara a responsabilidade civil do agente.

### **Dano moral**

Dentre os elementos que constituem a responsabilidade civil, a primazia pertence ao dano. Sem dano, não há que falar em dever de indenizar. A reparação exigida pelo art. 927 do CC/2002 está simbioticamente ligada ao dano, sem o qual a percepção daquela configuraria situação de enriquecimento ilícito. O conceito de dano sofreu considerável alteração, como magistralmente aponta Cavalieri Filho (2012, p. 77):

Quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão da sua natureza não patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo 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.

Mello (2013), em valiosa preleção acerca do dano moral, ressalta o caráter inovador da CRFB/88, contemplando no art. 5º, incisos V e X, o dever de indenizá-lo e a necessidade de intervenção das altas instâncias do judiciário (como pela Súmula nº 37 do STJ) frente à dificuldade em efetivamente conseguir sua implantação prática devido à resistência dos tribunais.

Sob o prisma constitucional, o CC/2002 também inovou o antigo ao explicitamente prever o dano moral, ainda que exclusivo, como ato ilícito (art. 186). Por consequência, o dever de reparar que trata o art. 927 do referido instituto também alcança o agente que, em função de sua conduta, ocasiona dano moral a outrem.

### **Responsabilidade afetiva**

Dentre os vários direitos assegurados constitucionalmente à criança e ao adolescente no art. 227, tão importante quanto o direito à vida, à saúde e à alimentação, são os direitos à dignidade e à convivência familiar. Miranda (2012) faz uma correlação entre tais direitos:

O direito à vida exige uma vida digna, com desenvolvimento da personalidade do ser em toda a sua plenitude, a dignidade é entendida aqui não apenas como um valor inerente ao ser humano, mas como uma construção contínua a partir do relacionamento com o outro, desenvolvendo sua identidade e personalidade. A saúde envolve não só a saúde física, mas também a psicológica, somente podendo ser assegurada em um ambiente em que prevalece o afeto.

Mostra-se evidente a necessidade do filho receber o afeto de ambos os pais, para que sua formação biopsicossocial seja plena. Contudo, comumente essa situação não traduz a realidade nos casos concretos. É lamentável que um filho seja privado da atenção, cuidado e afeto de algum dos seus pais, seja por negligência do que se afasta ou pela dificuldade daquele que mantém a guarda.

É inegável o avanço da legislação brasileira em busca da satisfação do melhor interesse da criança e do adolescente. Exemplos disso são a lei 12.318/2010, que versa sobre a alienação parental, e também a lei 13.058/2014, que institui como padrão a guarda compartilhada. As referidas normas buscam proporcionar aos filhos uma convivência familiar equilibrada e também garantir aos pais o exercício de suas responsabilidades como tal.

Positivamente, o art. 1.638 do CC/2002 institui a perda do poder familiar como sanção a qualquer dos pais por abandono, que deve ser entendido tanto como material quanto moral, como defendido por Rodrigues (2001). De fato, não é digno de exercer o poder familiar alguém que não prioriza as necessidades de seus filhos, provendo-as em todos os aspectos possíveis.

Todavia, a perda do poder familiar seria uma punição somente ao pai ou à mãe que efetivamente tenha zelo pela prole, o que não é verificado nos casos de abandono. Na verdade, a destituição do poder familiar por si só configuraria praticamente uma gratificação ao abandonador, pois o desobrigaria de suas responsabilidades, estando assim livre de prestar qualquer assistência, sendo ineficaz como sanção e principalmente, como solução ao conflito.

O sofrimento dos filhos pela ausência dos pais desconhece o direito. Extirpar o ausente da vida da criança não trará para ela qualquer alívio ou conforto. Assim também como somente o cumprimento das obrigações materiais não é capaz de satisfazer as necessidades dos filhos. As feridas psicológicas causadas pela ausência podem acarretar traumas que os acompanharão pelo resto da vida.

Por esta razão, o judiciário tem sido provocado com frequência, sendo pleiteado que os pais ausentes reparem financeiramente seus filhos por danos morais em virtude de não satisfazerem as necessidades destes, tais como afeto, convivência familiar e dignidade.

A evolução da análise da matéria coincide com o processo de neoconstitucionalização, que vem ganhando força desde o início do século XXI, suprimindo os requerentes de argumentos embasados princípios constitucionais e direitos fundamentais, a saber: princípio da dignidade humana, direito à afetividade e à felicidade.

Tal evolução é observada também no entendimento jurisprudencial acerca do assunto. Apesar do tema não gozar de pacificidade na comunidade jurídica, percebe-

se um movimento no sentido do reconhecimento da responsabilidade afetiva estar atrelado, em algum grau, à responsabilidade civil.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelo Recurso Especial (REsp) nº 757.411 - MG, julgado em 2005, sustentou o entendimento de impossibilidade de reparação de dano moral frente o abandono afetivo. Firmou-se que a ausência afetiva do pai na vida do filho não configura ato ilícito e, portanto, não é passível de ser exigida reparação por tal feito, como se verifica na ementa:

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.

O relator do referido recurso, Ministro Fernando Gonçalves, foi contra a possibilidade da indenização do abandono afetivo e argumentou em seu voto que esta não seria nem benéfica à relação entre pai e filho, tampouco seria solução jurídica adequada, visto que o CC/2016 previa no art. 395 a perda do antigo pátrio poder em decorrência do abandono. Em suas palavras:

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 [...].

A votação deste REsp não foi unânime. Seguiram o relator, os Ministros Jorge Scartezzini e Ministro Aldir Passarinho Junior, tendo este também se referido ao art. 395 do CC/16 e utilizou-se de argumentos similares aos do relator, entendendo que “[...] essa questão - embora dolorosa nas relações entre pais e filhos, marido e mulher, nas relações de família em geral - resolve-se no campo do Direito de Família, exclusivamente”.

O Ministro Cesar Asfor Rocha também votou pela impossibilidade, não mostrando diferenças da linha de argumentação sustentada pelo relator e acrescenta em sua conclusão que:

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.

O voto vencido foi do Ministro Barros Monteiro que opinou por não conhecer do recurso. Este magistrado entendeu que restou configurado dano moral e que este seria sim indenizável, sem prejuízo da sanção da perda do poder familiar.

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.

Por anos esta decisão norteou os julgados sobre reparação por danos morais em face do abandono afetivo. No entanto, o tema permaneceu controverso nas cortes de instâncias inferiores. O cerne da discussão é se a privação dos filhos do afeto parental não violaria direitos básicos das crianças, configurando assim a ilicitude desta conduta.

Em 2012, a matéria foi apreciada novamente pelo STJ, através do Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (Terceira Turma) e a exemplo do julgado anterior, também houve divergência. A relatora, Ministra Nancy Andrighi, seguida pelos Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva, votou pelo reconhecimento da possibilidade da reparação por abandono afetivo:



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.

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, estruturou seu voto combatendo os principais argumentos contrários a possibilidade da reparação do dano moral ocasionado pelo abandono afetivo, sustentando que não há nenhuma incompatibilidade entre a aplicação do instituto da responsabilidade civil e a complexidade e singularidade das relações familiares.

Frente à alegação que o instrumento adequado para situações de abandono afetivo seja a perda do poder familiar e não a reparação do dano moral, a relatora defende assertivamente que ambos os instrumentos podem ser coaplicados, visto que seus objetivos são diversos.

[...] 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.

Com relação ao argumento que também sustenta a tese contrária, o qual pondera que indenizar o abandono afetivo seria uma forma de precificar o amor, a relatora derruba-o com maestria, apontando também a origem da conduta ilícita:

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 (grifos do autor).

O Ministro Sidnei Beneti, também concorda com a pretensão da reparação do dano causado pelo abandono. Um dos principais apontamentos feito pelo ilustre magistrado refere-se à concomitância entre a indenização e a perda do poder familiar, bem como a possível distorção causada pela aplicação de somente um destes institutos:

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 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).

Ressalta-se também a posição trazida pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. O magistrado lembra que a doutrina é pacífica quanto à possibilidade de reparação em casos semelhante ao julgado, tanto no que tange o Direito de Família quanto a Responsabilidade Civil. No entanto, alerta que:

[...] 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.

O Jurista ainda pondera sobre o liame entre aquilo que seria apenas um dissabor da vida ao qual todos passam em suas famílias daquilo que configura ilícito digno de reparação:

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

Sendo voto vencido, o Ministro Massami Uyeda reflete sobre as consequências práticas caso o entendimento da relatora fosse utilizado como vertente hermenêutica, o que em sua opinião poderia gerar um frenesi de ações pleiteando tal reparação, sendo muitas delas ilegítimas. Outro ponto arguido pelo jurista é a complexidade das relações familiares e a dificuldade em mensurar o afeto devido pelos pais aos filhos, dada a alta subjetividade acerca do tema.

Entretanto, é propícia a ressalva feita pelo magistrado vencido sobre a cautela ao se analisar este tipo de matéria:

[...] atento para a seguinte circunstância: se abrímos 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.

Em abril de 2014, houve uma oportunidade de uniformização do entendimento acerca da matéria em virtude do embargo de divergência interposto contra esta última decisão (EREsp 1159242 – SP). Este seria apreciado pela segunda turma do STJ, tendo em vista as decisões diametralmente opostas proferidas pela terceira e quarta turma. Tal decisão seria de grande valia, pois pacificaria e consolidaria um entendimento mais perene sobre o assunto.

No entanto, o Ministro Marco Buzzi, relator do embargo de divergência supra, optou por não conhecer o recurso, deixando assim de sanar a diferença de entendimentos dentro da referida casa.

Independente de uniformização, ações pleiteando a reparação por danos morais decorrentes de abandono afetivo continuaram a chegar até o STJ. As decisões mais recentes acerca da matéria na última instância seguem o julgado mais recente. Neles não foi discutida a pertinência da reparação, mas sim a configuração do ilícito reparável. O REsp 1557978 – DF (2015) ressalta a excepcionalidade do dano afetivo, a necessidade da responsabilidade e prudência do magistrado ao analisar o caso, além de:

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.

Nessa mesma linha foi a decisão sobre o REsp 1493125 – SP (2016), cuja ementa segue transcrita na íntegra:

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

É relevante notar que o REsp 1557978 – DF (2015) e o REsp 1493125– SP (2016) foram apreciados pela terceira turma do STJ, a qual havia julgado anteriormente pela possibilidade da responsabilidade civil nestes casos, divergindo da quarta turma, cujo entendimento em julgado anterior foi pela impossibilidade.

O foco da discussão jurisprudencial, *a priori*, já não é mais sobre a adequação do instrumento da responsabilidade civil, mas sim sobre a configuração do ilícito que deve ser indenizado, de modo que este não pode ser considerado como os dissabores cotidianos, mas sim a gravíssima desatenção ao dever de cuidado. Para caracterizar-se como abandono afetivo, ilícito e indenizável, é indispensável que sejam patentes os elementos pertinentes (ilícito, culpa e nexa causal).

Resta claro a imprudência de se generalizar a ilicitude do abandono afetivo. As relações familiares mostram-se extremamente complexas, sendo difícil a sua generalização e a simples subsunção dos casos concretos à norma. Contudo é imprescindível delimitar um padrão mínimo de aplicabilidade principiológica para atender também ao princípio da segurança jurídica e inibir a apreciação judicial com excessivo teor de subjetividade e discricionariedade.

Assim, a responsabilização civil de qualquer dos pais não pode e nem deve se dar sem razões substanciais. O judiciário não deve ser enxergado como o carrasco da vingança filial, muito menos como órgão de promoção de rápida capitalização. Acima de tudo, deve promover a justiça e o bem comum, sendo tutelado nesse caso específico, o melhor interesse da criança.

## **Conclusão**

A responsabilização civil é pertinente nos casos de abandono afetivo de um dos pais para com os filhos. A legislação civil em nada proíbe a indenização nas relações familiares, ainda que haja instrumentos específicos no Direito da Família. A aplicação única e exclusiva destes pode causar uma distorção de sua finalidade, que é a tutela do melhor interesse da criança e do adolescente, no caso em análise.

Não está se discutindo o sentimento que os pais devem ter pelos filhos. Não cabe ao Direito disciplinar isto. Imperioso é garantir que os pais forneçam aos filhos as condições necessárias para seu perfeito e completo desenvolvimento.

Nesse sentido, é louvável e imperiosa a intervenção da justiça para desencorajar o não comprometimento dos pais na formação biopsicossocial de seus filhos, ainda que na forma de reparação financeira.

A indenização pelo abandono não pretende diminuir a dor sentida pelo filho abandonado. Isso só seria possível com a presença dos pais. O intuito principal é inibir tal prática e, caso ocorra, puni-la. Assim, a perda do poder familiar, por si só, não afetaria o abandonador, pois este busca justamente se livrar da responsabilidade para com o filho.

Acertadamente, a jurisprudência tem julgado favoravelmente à indenização pelo dano afetivo e salientado também a complexidade das relações familiares e as circunstâncias que as envolvem, de modo que a análise desses casos deve ser revestida de máxima cautela e prudência.

Apesar de poder contar com o auxílio do judiciário para promover a justiça diante de tais casos, melhor do que responsabilização civil dos pais é a convivência harmoniosa entre estes e os filhos, propiciando o pleno desenvolvimento da criança.

Por fim, valho-me das palavras da Ministra Nancy Andrighi (REsp 1159242 – SP), para sintetizar o cerne legal do abandono afetivo e reafirmar a responsabilidade dos pais sobre o bem estar de seus filhos: "amar é faculdade, cuidar é dever".

### Referências Bibliográficas

ALVES, J. F. **O casal parental**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194869,101048-O+casal+parental>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 757.411-MG**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF)>. Acesso em: 5 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.159.242-SP**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de abril de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num\\_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF)>. Acesso em: 5 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.557.978-DF**. Relator: Moura Ribeiro. Brasília, DF, 03 de novembro de 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num\\_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF)>. Acesso em: 5 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.493.125-SP**. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1488493&num\\_registro=201401313524&data=20160301&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1488493&num_registro=201401313524&data=20160301&formato=PDF)>. Acesso em: 5 jul. 2016.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, M. B. **O direito dos filhos a seus pais**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o\\_direito\\_dos\\_filhos\\_a\\_seus\\_pais.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_direito_dos_filhos_a_seus_pais.pdf)>. Acesso em: 29 jan. 2016.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil esquematizado**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, C. M. **Curso de direito civil**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.

MIRANDA, A. O. G. Abandono afetivo: responsabilidade civil dos pais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3242, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21799>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

NADER, P. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, S. **Direito civil**, v. 6, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.