

O ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E NOS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002¹

Flávio Tartuce²

RESUMO

O presente artigo faz uma análise sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo e sua aplicação pela jurisprudência brasileira, nos 20 anos de vigência do Código Civil de 2002. Tendo como ponto de partida notório julgado do então Tribunal de Alçada de Minas Gerais, o texto aborda posições doutrinárias, entendimentos de outras Cortes Estaduais e também do Superior Tribunal de Justiça, em temas como o reconhecimento da reparação civil, o prazo prescricional incidente e o início ou termo *a quo* desse prazo.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade civil. Direito de Família. Abandono afetivo.

¹ Artigo escrito a convite dos Desembargadores Renato Dresch e Leonardo Beraldo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para obra organizada pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, em comemoração aos 20 anos do Código Civil brasileiro.

² Pós-doutorando e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Professor Titular permanente e coordenador do mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado da EPD. Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família em São Paulo (IBDFAM/SP). Conselheiro seccional da OABSP e Diretor da ESAOABSP. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico. *E-mail:* fftartuce@uol.com.br.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA

As interfaces, as interligações mutualistas, entre os diversos ramos do Direito Civil são constantes na contemporaneidade. Entre as mais marcantes estão as interações entre o Direito de Família e o Direito das Obrigações. Assim, a responsabilidade civil tem incidido nas relações familiares, seja nas relações de *parentalidade* ou nas de *conjugalidade*.

Entre pais e filhos, tidas como *relações verticais*, um dos temas mais debatidos pela civilística nacional refere-se à *tese do abandono afetivo, abandono paterno-filial* ou *teoria do desamor*, tema central deste artigo. Entra em discussão jurídica, amplamente, se o pai que não convive com o filho, dando-lhe afeto ou amor, pode ser condenado a indenizá-lo por danos morais.

Nas relações conjugais, tidas como *horizontais*, o tema da responsabilidade civil, na conjugalidade e nas relações de convivência, tem permeado as manifestações jurisprudenciais, com uma quantidade enorme de variações. E, para a análise dessas interações entre a responsabilidade civil e o Direito Civil, *quatro premissas fundamentais* devem ser lembradas.

A *primeira premissa* refere-se à normal incidência das regras relativas à responsabilidade civil no Direito de Família. Não se pode mais admitir a antiga separação entre os *direitos patrimoniais puros* – caso dos temas de Direito das Obrigações – e os *direitos existenciais* – como é propriamente o Direito de Família. Os institutos obrigacionais e contratuais também têm como cerne a pessoa humana, surgindo normas protetivas cogentes ou de ordem pública, como aquelas relacionadas com os princípios sociais contratuais. No entanto, dentro do Direito de Família, há

normas de cunho patrimonial, de ordem privada, que até podem ser contrariadas pela autonomia privada dos envolvidos por serem dispositivas. Por tal conclusão, não se pode admitir a ideia de que os princípios do Direito das Obrigações não possam influenciar o Direito de Família, ou vice-versa.

Diante dessas afirmações, discorda-se totalmente da manifestação do então Ministro Asfor Rocha, do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 757.411/MG, primeiro precedente relativo ao abandono afetivo. Foram as suas palavras:

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 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.

Ao contrário das palavras colacionadas, os *diálogos interdisciplinares* são salutares, mesmo no âmbito do próprio Direito Civil, sendo necessário sempre reconhecer a influência conceitual e categórica entre livros distintos do *Código Civil* em vigor. Essa, aliás, é uma tendência que se confirmou nos últimos anos, não só na doutrina como na jurisprudência brasileira.

A *segunda premissa* relaciona-se à culpa, um conceito unificador do sistema de responsabilidade civil. A culpa, em sentido amplo, ou *lato sensu*, ainda consta como fundamento do ato ilícito, previsto no art. 186 do atual *Código Civil*, pelo qual este é cometido por aquele que, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa em sentido estrito, ou *stricto sensu*), violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. A responsabilidade civil também está, em geral, fundada na culpa, pela menção ao ato ilícito que consta do art. 927, *caput*, do *Código* de 2002.

Relativamente ao Direito de Família e ao casamento, a culpa continua prevista expressamente no *Código Civil*, como um dos motivos da separação judicial litigiosa, conceituada como *separação-sanção*. De acordo com o *caput* do art. 1.572 da atual codificação privada, “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne

insuportável a vida em comum”. Os deveres do casamento, no sistema vigente, constam do art. 1.566 do *Código Civil*, a saber: *a*) fidelidade recíproca; *b*) vida em comum, no domicílio conjugal; *c*) mútua assistência; *d*) sustento, guarda e educação dos filhos; *e*) respeito e consideração mútuos.

A novidade parcial do atual *Código Civil*, perante o seu antecessor, está no tão criticado art. 1.573, que traz um rol exemplificativo, ou *numerus apertus*, de fatos que podem caracterizar a insuportabilidade da vida em comum.³ O dispositivo é realmente curioso. De início, parece indicar um rol taxativo, fechado (*numerus clausus*). No entanto, o seu parágrafo único prevê que o juiz pode considerar outros fatos que caracterizam a impossibilidade da comunhão plena de vida (rol exemplificativo ou *numerus apertus*). Causam certo espanto algumas das previsões do comando legal, como a do adultério, extinto como tipo penal pela Lei n. 11.106/2005; e a do abandono do lar conjugal, somente por um ano contínuo, como se esse tempo fosse o mínimo a ensejar a referida impossibilidade.

Consigne-se que, não obstante o atual *Código Privado* ter expressado a culpa, a doutrina contemporânea sempre criticou a sua previsão, uma vez que a sua investigação tornaria dificultosa a separação do casal, muitas vezes transformando a ação de separação em um *processo de vingança*.⁴ Nessa linha de pensamento, a jurisprudência vinha mitigando a análise da culpa, principalmente nos casos de difícil investigação ou de culpa recíproca.

³ CC/2002: “Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I – adultério; II – tentativa de morte; III – sevícia ou injúria grave; IV – abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo; V – condenação por crime infamante; VI – conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

⁴ Por todos: FACHIN, 2003; FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 330-332; MOREIRA ALVES, 2007; SARTORI, 2023.

Com a *Emenda do Divórcio* (EC n. 66/2010), que alterou o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, não mais mencionando a separação judicial, é forte e até majoritária a corrente doutrinária que afasta a possibilidade de debate da culpa para dissolver o casamento, mesmo que seja na ação de divórcio. Essa é a posição que prevalece entre os juristas que compõem o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Os mesmos juristas entendem que a separação de direito, a englobar tanto a separação judicial como a extrajudicial – feita por escritura pública no Tabelionato de Notas –, não mais subsiste no sistema jurídico nacional.⁵ Em outras palavras, a discussão da culpa impede a extinção célere do vínculo conjugal e sujeita, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas.

Apesar desse entendimento, como *segunda premissa*, é imperiosa a conclusão no sentido de que a culpa do ato ilícito e da responsabilidade civil é a mesma culpa motivadora do fim do casamento e a da eventual responsabilidade civil na conjugalidade.

Ambas trazem a concepção do desrespeito a um dever preexistente, o que está inspirado no clássico conceito de Chironi (1925, p. 5). Pode-se também utilizar a construção de Von Tuhr, que visualiza a culpa, em sentido amplo, como um comportamento reprovado pela lei, caracterizando a violação de um contrato ou o cometimento de um ato ilícito. Deixa claro o autor que o que a norma jurídica reprova é a vontade maligna ou negligente do indivíduo. (VON TUHR, 1934, t. I, p. 275).

⁵ Por todos: LÔBO, 2023; MADALENO, 1998.

Por tal conclusão, no sentido de que *as duas culpas são as mesmas*, surge um contraponto com relação àqueles que pretendem a extinção total da culpa nas ações de dissolução do casamento e da união estável. Se a culpa será analisada para os fins de responsabilização civil, também o pode ser para colocar fim à sociedade conjugal.

Seria ilógico pensar em *metade da culpa* somente para a imputação da responsabilidade civil, e não para findar a comunhão plena de vida. A corrente a que estou filiado é justamente a que reconhece que a culpa pode ser mitigada em alguns casos, como naqueles em que é recíproca, mas nem sempre. O caso é de sua relativização, mas não de sua morte, fim ou desaparecimento, como se quer afirmar. Nas hipóteses aqui em análise, a culpa pode imputar o dever de indenizar e, ao mesmo tempo, pôr fim à sociedade entre os cônjuges.

Como *terceira premissa* para a interação entre responsabilidade civil e Direito de Família, tenho a convicção de que a responsabilidade civil que surge nas relações de conjugalidade ou de convivência é, essencialmente, uma responsabilidade extracontratual. A afirmação, por óbvio, vale para os casos de responsabilidade civil na parentalidade.

Encerrando esta introdução, como última e *quarta premissa* fundamental para a responsabilidade civil que surge no âmbito do Direito de Família, é necessária a aplicação das regras básicas da responsabilidade civil para as relações de conjugalidade e de parentalidade, para que o diálogo que aqui se propõe seja viável metodológica e juridicamente.

Assim, não se pode esquecer dos elementos clássicos da responsabilidade civil extracontratual, que são, em geral: *a)* a conduta humana; *b)* a culpa *lato sensu*, ou em sentido amplo; *c)* o nexo de causalidade; *d)* o dano ou prejuízo.

Como decorrência lógica dessa quarta premissa, não se podem olvidar as tendências contemporâneas da responsabilidade civil, os paradigmas atuais, como o reconhecimento de novos danos reparáveis.

2 O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como aqui afirmado, a responsabilidade civil, no Direito de Família, projeta-se para além das relações de casamento ou de união estável, sendo possível a sua incidência na parentalidade ou filiação, ou seja, nas relações entre pais e filhos. Uma das situações em que isso ocorre diz respeito à responsabilidade civil por *abandono afetivo*, também denominado *abandono paterno-filial* ou *teoria do desamor*.

Trata-se de aplicação do princípio da solidariedade social ou familiar, previsto no art. 3º, inc. I, da Constituição Federal, de forma imediata a uma relação privada, ou seja, em *eficácia horizontal*. Como explica Rodrigo da Cunha Pereira, precursor da tese que admite tal indenização,

o exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível. (PEREIRA, 2015).

O jurista também fundamenta a eventual reparabilidade pelos danos decorrentes do abandono na dignidade da pessoa humana, eis que

o Direito de Família somente estará em consonância com a dignidade da pessoa humana se determinadas relações familiares, como o vínculo entre pais e filhos, não forem permeados de cuidado e de responsabilidade, independentemente da relação entre os pais, se forem casados, se o filho nascer de uma relação extraconjugal, ou mesmo se não houver conjugalidade entre os pais, se ele foi planejado ou não. [...] Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona seu filho, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele. (PEREIRA, 2015).

Para Rodrigo da Cunha Pereira, além da presença de danos morais, pode-se cogitar uma indenização suplementar, pela presença da perda da chance de convivência com o pai.

O doutrinador e Presidente Nacional do IBDFAM atuou na primeira ação judicial em que se reconheceu a indenização extrapatrimonial por abandono filial. Na ocasião, o então Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou um pai a pagar indenização de duzentos salários mínimos, a título de danos morais ao filho, por não ter com ele convivido (Apelação Cível n. 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte, 7ª Câmara Cível. Presidiu o julgamento o Juiz José Affonso da Costa Côrtes e dele participaram os Juizes Unias Silva, relator, D. Viçoso Rodrigues, revisor, e José Flávio Almeida, vogal).

Filiando-se ao julgado mineiro e à possibilidade de indenização em casos semelhantes, também está a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, uma das maiores juristas deste País na atualidade, expoente não só do Direito de Família,

mas também da Responsabilidade Civil, tendo desenvolvido a sua tese de livre-docência na Faculdade de Direito da USP sobre a *responsabilidade pressuposta*. Vejamos as suas palavras:

A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar [...]. Paralelamente, significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Poder-se-ia dizer, assim, que uma vida familiar na qual os laços afetivos são atados por sentimentos positivos, de alegria e amor recíprocos em vez de tristeza ou ódio recíprocos, é uma vida coletiva em que se estabelece não só a autoridade parental e a orientação filial, como especialmente a liberdade paterno-filial. (HIRONAKA, 2023).

Entretanto, como se sabe, o Superior Tribunal de Justiça reformou a primeira decisão do Tribunal de Minas Gerais, afastando o dever de indenizar, no caso em questão, diante da ausência de ato ilícito, pois o pai não seria obrigado a amar o filho. Em suma, o abandono afetivo seria situação incapaz de gerar reparação pecuniária (STJ, Recurso Especial n. 757.411/MG, relator o Ministro Fernando Gonçalves; votou vencido o Ministro Barros Monteiro, que não conhecia do recurso. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro relator. Data do julgamento: 29 de novembro de 2005).

De qualquer modo, tal decisão do Tribunal da Cidadania não encerrou o debate quanto à indenização por *abandono afetivo*, que permanece intenso na doutrina e na própria jurisprudência. A

minha posição é no sentido de existir o dever de indenizar em casos tais, especialmente se houver um dano psíquico ensejador de dano moral, a ser demonstrado por prova psicanalítica. O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do *Código Civil* impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de tê-los em sua companhia. Além disso, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino, ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Violado esse dever e sendo causado o dano ao filho, estará configurado o ato ilícito, nos exatos termos do que estabelece o art. 186 do *Código Civil* em vigor e de acordo com as premissas expostas no tópico introdutório deste texto.

Quanto ao argumento de eventual *monetização do afeto*, muito utilizado na prática, penso que a Constituição Federal de 1988 encerrou definitivamente tal debate, ao reconhecer expressamente a reparação dos danos morais em seu art. 5º, incs. V e X. Aliás, se tal argumento for levado ao extremo, a reparação por danos extrapatrimoniais não seria cabível, em casos como de morte de pessoa da família, por exemplo.

A propósito, demonstrando evolução quanto ao tema, surgiu, no ano de 2012, outra decisão do Superior Tribunal de Justiça, em revisão à ementa anterior, ou seja, admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo. A ementa foi assim publicada por esse Tribunal Superior:

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/1988. 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. (BRASIL, 2012a).

Em sua relatoria, a Ministra Nancy Andrighi ressaltou, de início, ser admissível aplicar o conceito de dano moral nas relações familiares, sendo despidendo qualquer tipo de discussão a esse respeito, pelos naturais *diálogos* entre livros diferentes do *Código Civil* de 2002. Seguiu, assim, o mesmo caminho exposto no início deste artigo. Desse modo, superou-se totalmente a posição firmada no primeiro julgado superior sobre o tema, especialmente o que foi desenvolvido pelo então Ministro Asfor Rocha, da impossibilidade de interação entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil.

Para a Ministra Nancy Andrighi, ainda, o dano extrapatrimonial estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Aplicando a ideia do *cuidado como valor jurídico*, com fundamento no princípio da afetividade,

a julgadora deduziu pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: “Amar é faculdade, cuidar é dever”.

Concluindo pelo nexu causal entre a conduta do pai que não reconheceu voluntariamente a paternidade de filha havida fora do casamento e o dano a ela causado pelo abandono, a magistrada entendeu por reduzir o *quantum* reparatório que foi fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de R\$415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

Esse último acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça representa correta concretização jurídica do princípio da solidariedade, sem perder de vista a função pedagógica, ou de desestímulo que deve ter a responsabilidade civil. Sempre pontuei, assim, que este posicionamento deve prevalecer na nossa jurisprudência, visando também a evitar que outros pais abandonem os seus filhos.

De todo modo, fazendo uma pesquisa mais atual, posterior ao último aresto superior, notei que há ainda grande vacilação jurisprudencial, na admissão da reparação civil por abandono afetivo, com ampla prevalência de julgados que concluem pela inexistência de ato ilícito, em casos tais, notadamente pela ausência de prova do dano.

Trilhando esse caminho, de acordo com a primeira orientação do Tribunal da Cidadania, na Corte Estadual que despertou o debate, deduziu-se que, “por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do CC, que pressupõe prática de ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação” (MINAS GERAIS, 2017).

Na mesma linha, sem prejuízo de muitas outras ementas de negação do ilícito: “a pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito. Beligerância entre os genitores.” (RIO GRANDE DO SUL, 2017a). De todo modo, pode ser notada certa confusão técnica no último *decisum*, pois não é o ilícito que é elemento do dano moral, mas vice-versa.

Por outra via, concluindo pela ausência de prova do dano, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo que

a jurisprudência pátria vem admitindo a possibilidade de dano afetivo suscetível de ser indenizado, desde que bem caracterizada a violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido. Inocorrência na espécie. Depoimentos pessoais e testemunhais altamente controvertidos. Necessidade de prova da efetiva conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexo de causalidade. Alegação genérica não amparada em elementos de prova. *Non liquet*, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, a impor a improcedência do pedido. (SÃO PAULO, 2016b).

Em complemento, e mais recentemente, o Tribunal Gaúcho aduziu que

o dano moral exige extrema cautela no âmbito do direito de família, pois deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral. Para haver obrigação de indenizar, exige-se a violação de um direito da parte, com a comprovação dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido, e o mero

distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral. (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

Muitos julgamentos seguem a última frase da ementa, segundo a qual o mero distanciamento físico entre pai e filho não configura, por si só, o ilícito indenizante.

Diante desse panorama recente, é sempre recomendável que os pedidos de indenização por abandono afetivo sejam bem formulados, inclusive com a instrução ou realização de prova psicossocial do dano suportado pelo filho. Muitos acórdãos estão orientados pela afirmação de que não basta a prova da simples ausência de convivência para que caiba a indenização.

Acrescente-se que, no próprio Superior Tribunal de Justiça, existem decisões próximas que não admitem a reparação de danos por abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. Desse modo, julgando “alegada ocorrência de abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. Não caracterização de ilícito. Precedentes.” (BRASIL, 2017). Ou, ainda, “a Terceira Turma já proclamou que antes do reconhecimento da paternidade, não há se falar em responsabilidade por abandono afetivo.” (BRASIL, 2016).

Na Edição n. 125 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* da Corte Superior, publicada em 2019, foram publicadas duas premissas que confirmam essas afirmações. Consoante a Tese n. 7, “o abandono afetivo de filho, em regra, não gera dano moral indenizável, podendo, em hipóteses excepcionais, se comprovada a ocorrência de ilícito civil que ultrapasse o mero dissabor, ser reconhecida a existência do dever de indenizar.” (precedentes citados: Ag. Int. no AREsp 492.243/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 5/6/2018, *DJe de* 12/6/2018; REsp 1.579.021/

RS, Quarta Turma, Rel.^a Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 19/10/2017, *DJe* de 29/11/2017).

Em continuidade, prevê a Tese n. 8 que “não há responsabilidade por dano moral decorrente de abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade.” (acórdãos: Ag. Int. no AREsp 492.243/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 5/6/2018, *DJe* de 12/6/2018; REsp 514.350/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28/4/2009, *DJe* de 25/5/2009).

Em suma, parece-me que a doutrina contemporânea foi bem *festiva* em relação à admissão da reparação imaterial por abandono afetivo, em especial após o julgamento do REsp 1.159.242/SP, em 2012. Porém, no âmbito da jurisprudência, há certo ceticismo, com numerosos julgados que afastam a indenização, inclusive no âmbito do próprio STJ. Muitos deles o fazem também com base na existência de prescrição da pretensão, tema a ser tratado a seguir.

3 A PRESCRIÇÃO NO CASO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Por se tratar de demanda reparatória de danos, envolvendo a responsabilidade civil extracontratual, o prazo eventualmente aplicado para o abandono afetivo é de prescrição, e não de decadência.

Como é cediço, o *Código Civil* de 2002 acabou por adotar os critérios desenvolvidos por Agnelo Amorim Filho, em clássico estudo sobre os prazos, publicado na *Revista dos Tribunais* n. 300. Isso foi feito em prol da *operabilidade*, em um sentido de facilitação dos institutos privados, um dos baluartes principiológicos da codificação

em vigor. Seguindo tal orientação, os prazos de prescrição são associados às ações condenatórias, caso das demandas relativas à responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual. Já os prazos de decadência associam-se às ações constitutivas positivas ou negativas, como ocorre no reconhecimento de nulidade relativa de um ato ou negócio jurídico, nos termos dos arts. 178 e 179 do Código Civil, sem prejuízo de outras normas que tratam da anulabilidade.

Pois bem, a corrente amplamente majoritária entende que o prazo prescricional, em casos tais, é de três anos, afirmando-se a subsunção do prazo especial para a reparação civil, previsto no art. 206, § 3º, inc. V, do *Código Civil*. No âmbito estadual, numerosos julgados seguem essa vertente do prazo exíguo, diante de uma suposta subsunção perfeita ao caso concreto. Vejamos cinco deles, das cinco regiões do País. De início, do Tribunal de Justiça do Paraná e do Tribunal Paulista:

Ação reparatória de danos morais e materiais em razão do homicídio da mãe dos autores e do abandono afetivo em tese praticado pelo requerido. Prescrição. Aplicação do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, V, CC. Autores absolutamente incapazes à época dos fatos. Início do prazo prescricional com o alcance da maioridade. (PARANÁ, 2017).
Incidência do prazo de três anos previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, em consonância com o art. 2.028 do mesmo diploma legal. (SÃO PAULO, 2016b).

Da Região Centro-Oeste, posicionou-se o Tribunal do Distrito Federal no sentido de que

a pretensão indenizatória da autora/recorrente prescreve em três anos, na esteira do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Além disso, fundamenta-se no descumprimento, pelo réu/recorrido, das

obrigações inerentes ao poder familiar, incluindo o amparo moral e econômico. Os deveres relativos ao poder familiar cessam com a maioridade plena, ainda que o genitor não os exerça. De fato, a simples alegação de que o requerido/apelado não cumpriria as obrigações relativas ao poder familiar não tem o condão de afastar a incidência da causa suspensiva prevista no art. 197, inciso II, do *Código Civil*. Sendo assim, resta claro que qualquer pretensão relacionada ao inadimplemento dos deveres inerentes ao poder familiar somente pode ser demandada, quando encerrada a causa suspensiva acima mencionada, ou seja, com a maioridade plena do filho ou com a emancipação deste. (BRASÍLIA, 2017).

Seguindo, do Estado da Paraíba, no mesmo sentido: “a pretensão de reparação civil por abandono afetivo nasce, quando cessa a menoridade civil do autor, caso a suposta paternidade seja de seu conhecimento desde a infância, estando sujeita ao prazo prescricional de três anos.” (PARAÍBA, 2016). Por derradeiro, chegando-se ao Amazonas, tem-se que

a pretensão de indenização por abandono afetivo prescreve em três anos, conforme o prazo estabelecido no art. 206, § 3º, V, do *Código Civil*, e começa a contar a partir da maioridade do alimentando. No caso concreto deve ser reconhecida a prescrição, porquanto a presente ação foi ajuizada quase sete anos após o autor atingir a maioridade. (AMAZONAS, 2017).

O entendimento é confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, como está na Tese n. 9, publicada na Edição n. 125 da sua *Jurisprudência em Teses*: “o prazo prescricional da pretensão reparatória de abandono afetivo começa a fluir a partir da maioridade do autor”.

Como se pode perceber, todos os julgados transcritos acabam por concluir que o prazo prescricional de três anos tem início com a maioridade do filho, pois, nos termos do art. 197,

inc. II, do Código Civil, não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, o que é cessado, quando o filho completa dezoito anos, em regra. Esse dispositivo, segundo tal interpretação, deve prevalecer sobre outra, enunciada pelo art. 198, inc. I, da mesma codificação privada, segundo a qual não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, os menores de dezesseis anos. Sendo assim, o prazo prescricional para o abandono afetivo acaba por vencer, quando o filho completa vinte e um anos de idade (18 anos + 3 da prescrição).

Porém, é preciso aqui fazer uma ressalva, pois, se os fatos tiverem ocorrido na vigência do *Código Civil* de 1916, há que se aplicar o prazo geral de vinte anos para as ações pessoais, previsto no art. 177 da codificação revogada. Nessa linha, importante precedente da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a merecer destaque:

Os direitos subjetivos estão sujeitos a violações e, quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retrooperante alcançar os efeitos passados das situações de direito. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos arts. 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o 'pátrio poder'. Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto à compensação por danos morais. (BRASIL, 2012b).

Com o devido respeito às posições expostas, entendo que, em casos de abandono afetivo, não há que se reconhecer qualquer prazo para a pretensão, sendo a correspondente demanda imprescritível.

Primeiro, pelo fato de a demanda envolver Direito de Família e estado de pessoas, qual seja a situação de filho. *Segundo*, por ter como conteúdo o direito da personalidade e fundamental à filiação. *Terceiro*, porque, no abandono afetivo, os danos são continuados, não sendo possível identificar concretamente qualquer termo *a quo* para o início do prazo.

Em verdade, penso que os casos de abandono afetivo são similares aos de responsabilidade civil por tortura, reconhecendo o Superior Tribunal de Justiça, em vários arestos, a imprescritibilidade da pretensão em tais situações. Assim, por exemplo, com citação de outros acórdãos:

as ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.339.344/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, *DJe* 28/2/2012; AgRg no REsp 1.251.529/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, *DJe* 1º/7/2011. (BRASIL, 2015).

Em reforço, parece-me equivocado afirmar que o prazo prescricional, pela feição subjetiva da *actio nata*, terá início a partir da maioridade do filho postulante. Pela citada teoria, desenvolvida entre nós por Câmara Leal e José Fernando Simão, o prazo prescricional tem início não da lesão ao direito subjetivo, mas do conhecimento da lesão. Diante dessa feição subjetiva da *actio nata*, não se pode dizer qual o termo *a quo* para o início do prazo.

Entendo que os danos são continuados, não cessam, não saem da memória do ofendido, mesmo em se tratando de pessoa com idade avançada. Em outras palavras, o prejuízo é de trato sucessivo, atinge a honra do filho a cada dia, a cada hora, a cada minuto e a cada segundo. Ninguém esquece o desprezo de um pai.

A respeito do início do prazo, também é preciso fazer uma objeção, adotando-se a posição majoritária pelo prazo prescricional específico. Ora, nem sempre o lapso temporal de três anos será contado da maioridade do filho. Em casos de reconhecimento posterior da paternidade, mais uma vez por aplicação da teoria da *actio nata* subjetiva, o prazo deve ser contado do trânsito em julgado da decisão que a reconhece, momento em que não há mais dúvida quanto ao vínculo dos envolvidos. Nesse sentido, conforme se retira de julgamento do Tribunal Paulista:

No caso dos autos, contudo, a autora apenas soube o nome do pai em 2013, ano em que completou 30 (trinta) anos, quando o réu dela se aproximou pela rede social Facebook. Propositura de ação de reconhecimento da paternidade pela autora embasada em exame de DNA positivo realizado em laboratório particular pelas partes. Início da contagem do prazo prescricional a partir da data do trânsito em julgado da ação de paternidade. Precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. (SÃO PAULO, 2016c).

Como se nota, o acórdão admite a possibilidade de indenização por abandono afetivo, após a maioridade, o que conta com o meu apoio.

Por derradeiro, sendo adotada a corrente pelo prazo de três anos, não se pode ignorar, ainda, a aplicação da regra de Direito Intertemporal do art. 2.028 do CC, *in verbis*: “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua

entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada". Desse modo, tendo sido o prazo reduzido de vinte para três anos, transcorrido menos da metade do prazo, deve-se aplicar o novo lapso de três anos, a partir de 11 de janeiro de 2003, data da entrada em vigor do *Código Civil* de 2002.

Sendo assim, várias pretensões reparatórias prescreveram no mesmo dia, 11 de janeiro de 2006, com exceção dos casos dos filhos que ainda não tinham atingido a maioridade, nesse período, ou cuja maioridade ainda não tinha sido reconhecida. Nesse sentido, transcreve-se:

Se a ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi proposta após o decurso do prazo de três anos de vigência do Código Civil de 2002, é imperioso reconhecer a prescrição da ação. Inteligência do art. 206, § 3º, inc. V, do CCB/2002. O novo Código Civil estabeleceu a redução do prazo prescricional para as ações de reparação civil, tendo incidência a regra de transição posta no art. 2.028 do CCB/2002. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Como se pode perceber, muitas peculiaridades técnicas devem ser percebidas, mesmo no caso de adoção do prazo de três anos. O tema do abandono afetivo, assim, apresenta dificuldades jurídicas não só no seu conteúdo, mas também na verificação da existência, ou não, da suposta pretensão.

Em suma, limitações existentes a respeito da prova do dano e do prazo prescricional têm feito com que os pedidos de reparação imaterial sejam afastados na grande maioria dos casos levados ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- AMAZONAS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0622496-32.2013.8.04.0001. Relatora: Des.^a Maria das Graças Pessoa Figueiredo. *DJe*, Manaus, 17 ago. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no AREsp. nº 766.159/MS. Relator: Min. Moura Ribeiro. *DJe*, Brasília, DF, 9 jun. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp. nº 1.4981.67/RJ. Relator: Min. Humberto Martins. *DJe*, Brasília, DF, 25 ago. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp. nº 1.071.160/SP. Relator: Min. Moura Ribeiro. *DJe*, Brasília, DF, 19 jun. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.159.242/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. *DJe*, Brasília, DF, 10 maio 2012a.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.298.576/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *DJe*, Brasília, DF, 6 set. 2012b.
- BRÁSÍLIA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2015.01.1.064396-6. Relator: Des. Rômulo de Araújo Mendes. *DJe*, Brasília, DF, 30 maio 2017.
- CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1925.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 25 fev. 2023.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>. Acesso em: 23 fev. 2023.

MADALENO, Rolf. *Conduta conjugal culposa: direito de família. Aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0647.15.013215-5/001. Relator: Des. Saldanha da Fonseca. *DJe*, Belo Horizonte, 15 maio 2017.

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Recurso nº 0028806-67.2013.815.0011. Relator: Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira. *DJe*, João Pessoa, 11 abr. 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1601201-4. Relatora: Des.^a Ângela Khury Munhoz da Rocha. *DJe*, Curitiba, 21 jul. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0048476-69.2017.8.21.7000. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. *DJe*, Porto Alegre, 4 maio 2017a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 283426-62.2013.8.21.7000. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. *DJe*, Porto Alegre, 5 set. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0087881-15.2017.8.21.7000. Relatora: Des.^a Liselena Schifino Robles Ribeiro. *DJe*, Porto Alegre, 6 jun. 2017b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0006195-03.2014.8.26.0360. Relator: Des. J. B. Paula Lima. *DJe*, São Paulo, 2 set. 2016a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0013103-59.2012.8.26.0453. Relator: Des. A. C. Mathias Coltro. *DJe*, São Paulo, 17 maio 2016b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1008272-98.2015.8.26.0564. Relator: Des. Pedro de Alcântara. *DJe*, São Paulo, 19 maio 2016c.

SARTORI, Fernando. *A culpa como causa de separação e seus efeitos*. Disponível em: http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigosc/Sartori_Culpa.doc. Acesso em: 25 fev. 2023.

VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Tradução para o espanhol de W. Roces. Madrid: Reus, 1934. t. I.