

**CRISTIANO
CHAVES
DE FARIAS**

**CONRADO
PAULINO
DA ROSA**

TEORIA GERAL DO AFETO

4ª edição
Revista, atualizada
e ampliada

**De acordo com as Propostas de
atualização do Código Civil**

2024

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br



(Provisório)

CAPÍTULO 2

Afeto como estrutura normativa aplicativa nas relações familiares patrimoniais e nas questões sucessórias

Sumário: 2.1 Indenização por abandono afetivo compreendida em perspectiva ética (postulado da afetividade); 2.1.1 Incidência dos instrumentos da responsabilidade civil nas relações familiares; 2.1.2 Ato ilícito e responsabilidade subjetiva nas relações de família; 2.1.3 Abandono afetivo *versus* violação do dever de cuidado: aplicação da norma a partir da estrutura do postulado da afetividade; 2.1.4 Competência para processar e julgar o pedido indenizatório e prescrição ; 2.2 Separação de fato e cessação dos efeitos patrimoniais do casamento e da união estável: interpretação das normas legais a partir da estrutura da afetividade; 2.2.1 Tutela jurídica da confiança aplicável nas relações de família à luz da afetividade; 2.2.2 Não comunhão dos bens adquiridos após a separação de fato como resultado de interpretação conforme o postulado da afetividade; 2.2.3 Questão da aquisição de bens após a separação de fato com sub-rogação de patrimônio adquirido na constância da relação e o uso do método *distinguishing*; 2.2.4 Relevância da definição do momento

da separação de fato para partilha de bens, teoria da carga dinâmica da prova e eventual cabimento de agravo de instrumento; 2.3. Exclusão sucessória por indignidade e deserdação interpretada à luz do postulado da afetividade e possibilidade de interpretação à luz da tipicidade finalística; 2.4. Interpretação da obrigação alimentícia à luz do postulado da afetividade; 2.4.1. Obrigação alimentar no sistema jurídico brasileiro; 2.4.2. Postulado da afetividade como meio interpretativo para estipulação da obrigação alimentar; obrigação alimentar; 2.4.2.1. Alimentos voluntários; 2.4.2.2. Alimentos em favor de enteados; 2.4.3. Afastamento da obrigação alimentar compreendido à luz do postulado da afetividade; 2.4.3.1. Relativização da reciprocidade alimentar; 2.4.3.2. Indignidade no direito aos alimentos; 2.4.3.3. A culpa pode apresentar consequências nos alimentos decorrentes das dissoluções afetivas? Uma proposta de interpretação à luz do postulado da afetividade; 2.4.3.4. Liberdade *versus* culpa: responsabilidade pelas escolhas realizadas durante a vida.

“Porque eu sei que é amor, eu não peço nada em troca; Porque eu sei que é amor, eu não peço nenhuma prova; Mesmo que você não esteja aqui, o amor está aqui agora; Mesmo que você tenha que partir, o amor não há de ir embora; Eu sei que é pra sempre, enquanto durar; Eu peço somente o que eu puder dar.” (Titãs, Porque eu sei que é amor, de Sérgio Britto e Paulo Miklos)¹

PREÂMBULO AO CAPÍTULO 2

Esgrimida a *teoria geral do afeto*, inclusive com o enquadramento de sua correta posição topológica como *postulado normativa aplicativo* das normas (regras e princípios) do Direito das Famílias, é producente apresentar casos concretos referentes às relações patrimoniais familiares, para fins de compreensão prática dos argumentos teóricos estabelecidos.

Todas as hipóteses problematizadas serão interpretadas à luz das normas respectivas, com a estrutura da afetividade como pedra de toque hermenêutica e ilustradas com decisões das Cortes Superiores.

2.1. INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO COMPREENDIDA EM PERSPECTIVA ÉTICA (POSTULADO DA AFETIVIDADE)

2.1.1. Incidência dos instrumentos da responsabilidade civil nas relações familiares

Por conta da influência da tese do *interpousal immunity* (imunidade interfamiliar ou interconjugal), oriunda da tradição anglo-saxã, durante muito tempo prevaleceu a impossibilidade de reparação de danos causados entre pessoas de uma mesma família.² A ideia tinha um *background* bíblico (Epístola de São Paulo aos Efésios 28:30-31) de que “os cônjuges

1. *Porque eu sei que é amor* integra o 13º álbum de estúdio da banda de rock brasileira *Titãs*, intitulado *Sacos Plásticos*, lançado em 2009, tendo servido como trilha sonora de conhecida novela. Devido ao enorme sucesso, a música mereceu, inclusive, uma versão acústica, dez anos depois.
2. Na literatura jurídica lusitana, Ângela Cristina da Silva Cerdeira apresenta uma profunda pesquisa sobre o tema, ressaltando que “nenhum acto ilícito praticado por um dos cônjuges em prejuízo do outro podia constituir fonte de responsabilidade” e, por conseguinte, impedia-se

são uma só carne” (*unity of spouses*). Com o passar dos tempos, ampliou-se a sua compreensão para abranger as pessoas que compunham os núcleos familiares como um todo.

Atualmente, todavia, com a incidência dos valores constitucionais, é certa e incontroversa a possibilidade de reparação civil de danos decorrentes de práticas ilícitas (CC, arts. 186 e 187) entre os componentes de uma entidade familiar, estejam entrelaçados pela conjugalidade, pelo companheirismo, pela parentalidade, pela tutela, pela curatela ou pela tomada de decisão apoiada ou por qualquer outro laço.

Em razão disso, conseqüentemente, abre-se um fecundo espaço para a aplicação do sistema indenizatório nas relações familiares, em decorrência de eventuais atos ilícitos (= antijurídicos, contrários à norma jurídica), como sói ocorrer em qualquer situação jurídica. É o que deflui em casos de lesões corporais e ofensas à saúde,³ injúrias, calúnias e difamações (violações da honra em geral),⁴ transmissões de doenças venéreas,⁵ imputação indevida de paternidade sabidamente equivocada,⁶ dentre outras infinitas hipóteses.⁷

que “um cônjuge intentasse uma acção contra o outro”, CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, op. cit., p. 19-20.

3. “Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. Circunstâncias que atinjam a pessoa e sua condição humana, que neguem essa sua qualidade, serão automaticamente consideradas violadoras de sua personalidade e, se concretizadas, causadoras de dano a moral a ser reparado”, ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. *Dano moral e Direito das Famílias*, op. cit., p. 83.
4. CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no Direito de Família*, op. cit., p. 335.
5. “A transmissão de doenças venéreas sempre foi causa das piores consequências e da maior vergonha e dissabor”, OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, op. cit., p. 119.
6. Nesse sentido, CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no Direito de Família*, op. cit., p. 530: “seria, v. g., o caso de a mãe, representando a criança, propor a ação de investigação de paternidade contra alguém que ela sabe não ser o pai da criança. Trata-se de hipótese de abuso do direito de ação”.
7. Já se prospecta, até mesmo, a possibilidade de indenização por danos morais decorrente do persistente e recorrente inadimplemento da obrigação alimentícia, por conta da afronta causada à dignidade do credor. Pioneiramente sobre o tema, vide ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família contemporâneo*, op. cit., p. 449 e seguintes.

Diante da farta possibilidade de práticas ilícitas em relações familiares, incidem os instrumentos da Responsabilidade Civil nas relações familiaristas, permitindo o manejo das categorias atinentes ao ressarcimento (pretensões reparatórias de danos) e/ou à prevenção de danos (tutelas específicas para as obrigações de fazer e de não fazer).

Aliás, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, a jurisprudência já reconhecia a aplicabilidade dos instrumentos da responsabilidade civil nas relações familiares, admitindo, ilustrativamente, a possibilidade de indenização por danos morais entre cônjuges e companheiros, por conta de danos ocasionados durante a relação afetiva:⁸ “a dignidade e o afeto são valores que devem receber prestígio em todas as relações jurídicas, especialmente às de ordem familiar, em que se deve primar pela proteção integral de seus membros, em dimensão individual e social, respeitadas as diferenças e as vulnerabilidades, sob pena de a conduta lesiva gerar o dever de reparar o dano. *Está superada, portanto, a visão de que não se aplicam os princípios da responsabilidade civil às relações familiares.*” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 1.841.953/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.11.21, DJe 29.11.21).

Chame-se a atenção, particularmente, para o fato de que a incidência dos instrumentos da Responsabilidade Civil no Direito das Famílias não viabiliza, tão somente, indenizações por prejuízos já experimentados, mas, por igual, a possibilidade de utilização dos mecanismos processuais de prevenção/eliminação de danos, através da cláusula geral (aberta) de concessão de *tutelas específicas*, conforme o permissivo dos arts. 497⁹ e 498¹⁰ do Código de Processo Civil.

-
8. Nessa direção, o Superior Tribunal de Justiça já reconhecia, de há muito, que “o sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação; caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do Especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Código Civil de 1916 (art. 186 do Código Civil de 2002), para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 37.051/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 17.4.01, DJU 25.6.01).
 9. Art. 497, Código de Processo Civil: “na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.”
 10. Art. 498, Código de Processo Civil: “na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor

Isso porque, seguindo a linha de orientação mais contemporânea, não se pode repressar o Direito dos Danos somente na ideia de reparação/compensação do prejuízo ocasionado, mas, por igual, se impõe a adoção de providências para obstar a sua ocorrência. É a chamada *função precaucional* da Responsabilidade Civil.¹¹ Com isso, a utilização das técnicas de *tutela específica* pode se mostrar adequada para precaver a ocorrência de danos, inclusive nas relações familiares. Exemplificativamente, pode ser lembrada a possibilidade de concessão pelo magistrado – de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, quando participar do processo (CPC, arts. 178 e 698) – das *medidas de apoio tendentes à obtenção do resultado prático equivalente* nas relações familiares.

Dentre as (exemplificativas) medidas de tutela específica a fixação de *multa periódica*, apelidada de *astreintes*, contemplada nos arts. 536¹² e 537¹³ do Código Instrumental, pode se mostrar com particular eficácia nas demandas de família. Cuida-se de uma *tutela inibitória*, com a pretensão de atuar impedindo a ocorrência da prática ilícita. Certamente, a depender do caso, a fixação de uma multa periódica pode exortar a parte ao cumprimento da providência que se pretende, servindo como um destímulo ao descumprimento.

Um palco iluminado para a aplicação das *astreintes* nas lides de família é a regulamentação da convivência com filhos menores. Nos casos

individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.”

11. A respeito, para aprofundamento, vide FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 85: “Para enfrentar risco e ameaças iminentes, de forma a antecipar certa carga de segurança social, o Direito se acautela lançando mão dos princípios da prevenção e da precaução”.
12. Art. 536, Código de Processo Civil: “no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”
13. Art. 537, Código de Processo Civil: “a multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.”

em que um dos pais termina impedindo, ou embaraçando, a concretização do direito de convivência pelo outro, frustrando o convívio paterno-filial, pode ser arbitrada uma multa periódica para exortar a parte a respeitar a visitação pela outra. A jurisprudência superior orienta nesse diapasão, autorizando o uso da tutela inibitória para desestimular a frustração da convivência familiar:

A aplicação das astreintes em hipótese de descumprimento do regime de visitas por parte do genitor, detentor da guarda da criança, se mostra um instrumento eficiente, e, também, menos drástico para o bom desenvolvimento da personalidade da criança, que merece proteção integral e sem limitações. (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 1.481.531/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 16.2.17, DJe 7.3.17).

Indo mais longe, à luz da percepção de que a tutela específica pode ser aplicada nas relações familiares com o escopo de impedir a prática de atos ilícitos, defendemos a possibilidade de idêntica solução (fixação das *astreintes*, como medida de tutela inibitória) para a hipótese inversa, quando o genitor que deve exercer a convivência, imotivadamente, deixa de realizá-la, deixando o filho sem o convívio, ao mesmo tempo em que impõe ao outro despesas extraordinárias.¹⁴ Nesse caso, além do cabimento da multa periódica, também é possível sustentar o eventual cabimento de perdas e danos, quando a ampliação da convivência com um dos genitores importar em acréscimo de despesas.

2.1.2. Ato ilícito e responsabilidade subjetiva nas relações de família

Não se pode afirmar, certamente, que as relações familiares caracterizariam uma atividade de risco para os seus componentes, até por conta de sua peculiar natureza.

14. No mesmo sentido, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*, op. cit., p. 142; ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família contemporâneo*, op. cit., p. 372.

Por isso, a incidência dos instrumentos da Responsabilidade Civil nas relações familiares depende da caracterização de um ato ilícito (CC, arts. 186 e 187). É dizer: a adoção de medidas preventivas (tutelas específicas) e/ou reparatórias/compensatórias (o dever de reparar danos) depende, necessariamente, da ocorrência de uma ilicitude.

Nessa ordem de ideias, resulta inexorável afirmar que, nas relações familiaristas, a responsabilidade civil é *subjetiva*,¹⁵ exigida a comprovação da culpa do agente para a decorrência de efeitos.¹⁶⁻¹⁷ Não poderia ser diferente. Admitir a responsabilização objetiva, independentemente de culpa do agente, nas relações afetivas seria entronizar um risco que lhe é estranho, estabelecendo um sobressalto na espontaneidade dos relacionamentos familiares.

A comprovação da culpa pela conduta ilícita, ordinariamente, é ônus de prova da vítima, seguindo a regra geral da normatividade processual

-
15. Para aprofundamento sobre a necessidade de prova da culpa na responsabilidade civil familiar, veja-se ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phil-lips. *Dano moral e Direito das Famílias*, op. cit., p. 73 e seguintes.
 16. A jurisprudência superior, por igual, reconhece que se trata de responsabilidade subjetiva, exigida a prova da culpa. Vide: STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.557.978/DF, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 3.11.15, DJe 17.11.15.
 17. Uma exceção, todavia, é aplicada nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher: segundo o Superior Tribunal de Justiça tal conduta independe da demonstração de dano. Nesse sentido, o julgamento do Tema Repetitivo 983: “6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. (...) TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória. (REsp n. 1.675.874/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 8/3/2018).”

(CPC, art. 373). A depender do caso, entretanto, o juiz pode determinar uma distribuição diferenciada do ônus de prova, utilizando da teoria da carga dinâmica da prova.¹⁸

Verticalizando o estudo da culpa como elemento necessário à responsabilidade civil no Direito das Famílias, não se pode olvidar que há precedente da Corte Superior de Justiça impondo o dever de ressarcimento decorrente de *dolo eventual*, a partir de um paralelo com a legislação penal. Trata-se de um caso, do estado de Minas Gerais, em que um cônjuge transmitiu doença venérea para o outro. Apesar da ausência de prova efetiva de que o réu tinha conhecimento de possuir a enfermidade, o Colegiado impôs a obrigação reparatória considerando que, conquanto não tivesse ciência, a parte assumiu o risco de produzir o resultado pela falta de cuidado no uso de substâncias entorpecentes:

(...) 4. Assim, considera-se comportamento de risco a pluralidade de parceiros sexuais e a utilização, em grupo, de drogas psicotrópicas injetáveis, e encontram-se em situação de risco as pessoas que receberam transfusão de sangue ou doações de leite, órgãos e tecidos humanos. Essas pessoas integram os denominados 'grupos de risco' em razão de seu comportamento facilitar a sua contaminação.

5. Na hipótese dos autos, há responsabilidade civil do requerido, seja por ter ele confirmado ser o transmissor (já tinha ciência de sua condição), seja *por ter assumido o risco com o seu comportamento*, estando patente a violação a direito da personalidade da autora (lesão de sua honra, de sua intimidade e, sobretudo, de sua integridade moral e física), a ensejar reparação pelos danos morais sofridos. (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.760.943/MG, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 19.3.19, DJe 6.5.19).

Chama a atenção no aresto, particularmente, a correta utilização da afetividade que permeia as relações familiares como estrutura para

18. Pode o magistrado variar a carga relativa ao dever de provar conforme se mostre mais viável a uma das partes demonstrar determinados fatos, o que pode ser relevante nas pretensões indenizatórias familiaristas. Sobre o tema, veja-se GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A prova dinâmica no Direito de Família*, op. cit., p. 25.

a interpretação e aplicação das normas (regras e princípios) aplicáveis ao caso. A da parte inicial da ementa evidencia esta estruturação interpretativa lastreada no afeto. Consigna o culto Ministro Relator: “a família deve cumprir papel funcionalizado, *servindo como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores*, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade. No entanto, muitas vezes este mesmo núcleo vem sendo justamente o espaço para surgimento de intensas angústias e tristezas dos entes que o compõem, cabendo ao aplicador do direito a tarefa de reconhecer a ocorrência de eventual ilícito e o correspondente dever de indenizar”.

Dúvida inexistente de que se realizou uma interpretação pela *ética da alteridade* aqui proposta como conteúdo do postulado da afetividade, que serve como estrutura para a interpretação e aplicação das normas familiaristas.

Ainda abordando a necessária demonstração da *culpa do agente* para a responsabilização civil nas relações de família, é importante afastar a pretensão de imputação do dever de indenizar a terceiros, restringindo-se aos componentes de uma família. Isso porque não se pode exigir de terceiros o atendimento de deveres inerentes a uma relação da qual não faz parte. É o exemplo dos deveres de fidelidade, lealdade, respeito e colaboração (CC, arts. 1.566 e 1.724), impostos aos cônjuges e aos companheiros, mas não oponíveis a terceiros. Com isso, frustra-se a tentativa de imputar o ressarcimento por danos morais ao amante ou à amante, uma vez que as obrigações familiares operam efeitos *intra partes*, sem qualquer oponibilidade a terceiros. Eventual obrigação de reparar danos em casos tais deve ser imputada ao cônjuge ou companheiro, e não a terceiros. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já cimentou o entendimento de que o terceiro-cúmplice não tem dever de indenizar a vítima de adultério:

O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 922.462/SP, rel. Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva, j. 4.4.13, DJe 13.5.13).

2.1.3. Abandono afetivo *versus* violação do dever de cuidado: aplicação da norma a partir da estrutura do postulado da afetividade

Talvez uma das mais acesas e intensas polêmicas já presenciadas, em todos os tempos, no Direito das Famílias diz respeito à (im)possibilidade de indenização por abandono afetivo.

O tema é vivo, pulsante e envolve posições doutrinárias diametralmente opostas, controvertendo quanto à indenizabilidade por danos morais decorrente de uma omissão afetiva entre pais e filhos, reciprocamente. De uma banda, advoga-se a tese de que a frustração da convivência esperada na relação paterno-filial gera um ressarcimento por danos morais, em face do descumprimento da assistência moral, não apenas material esperada.¹⁹ Lado outro, sustenta-se o entendimento de que o afeto é um valor juridicamente inexigível, defluindo da vontade do sujeito. Assim, somente seria possível reparar danos materiais, mas não morais, decorrentes da frustração da afetividade.²⁰

Certamente, escaparia aos confins teóricos desta obra penetrar incivamente nas razões e contrarrazões deste instigante debate científico. Por isso, cingimo-nos à análise do estado d'arte da matéria na jurisprudência superior, demonstrando a influência da afetividade como estrutura interpretativa.

Como era de se esperar as demandas com discussões sobre o cabimento, ou não, de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo chegaram à Corte Superior. Exortado pela primeira vez para deliberar sobre o tema em 2005, o Superior Tribunal de Justiça, em

19. Nessa levada, admitindo que a negativa de afeto implique indenização por dano moral, Bernardo Castelo Branco, em obra dedicada à análise do tema, chega mesmo a dizer que “no caso específico da filiação, a admissibilidade da reparação dos danos morais é reservada, pois, aos casos em que se constate a ausência do vínculo afetivo ou o seu desfazimento por conta do comportamento lesivo, autorizando a opção pela demanda reparatoria, sem que dela necessariamente resulte o rompimento dos laços que devem unir pais e filhos”, CASTELO BRANCO, Bernardo, *Dano moral no Direito de Família*, op. cit., p. 209.

20. “Pagar pela falta de amor não faz surgir o amor e, tampouco, o restabelece, pagar pela falta de companhia, não tem o dom de substituir o prazo do convívio”, COSTA, Maria Aracy Menezes da. *Responsabilidade civil no Direito de Família*, op. cit., p. 157.

decisão da sua 4ª Turma Julgadora, rejeitou a ideia de que a negativa de afeto, por si só, ensejaria um dano moral indenizável. Veja-se a posição sedimentada na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

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 (atual art. 186 do Código Civil de 2002) o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.11.05, DJU 27.3.06, *RBDfam* 35: 91)

O *decisum* estabeleceu a não indenizabilidade do abandono afetivo por conta de sua não exigibilidade jurídica e, indo mais longe, provocou uma reflexão sobre servir a reparação monetária para romper de uma vez por todas qualquer possibilidade de restabelecimento da relação. Então, aludiu a um interessante anúncio publicado em um periódico italiano por uma filha que, por anos, perdeu o contato com o pai:

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 aproveite!

A *ratio decidendi* do precedente foi fixada no sentido de que, não sendo um valor juridicamente exigível, o abandono afetivo não pode ensejar indenização por danos morais, por escapar “ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”.²¹ Registre-se, inclusive, que este posicionamento vem sendo mantido, como se pode notar: “Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável”²².

Tempos depois, entretantes, sobreveio uma outra decisão, desta vez da 3ª Turma Julgadora do Superior Tribunal, afirmando a possibilidade de indenização nas relações paterno-filiais em casos de abandono afetivo, porém com base na violação do dever de cuidado imposto aos pais, em relação aos seus filhos: desta vez, deferiu-se a pretensão ressarcitória com fundamento no fato de que amar seria uma opção; mas, cuidar, uma obrigação.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

21. Pouco depois, o órgão fracionário confirmou o seu posicionamento antecedente, reforçando o descabimento de indenização por abandono afetivo: “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. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido” (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 514.350/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 28.4.09, DJU 25.5.09).

22. STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1.579.021/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 19.10.17, DJe 29.11.17.

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 Constituição Federal de 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. (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 1.159.242/SP, rel. Min. Nancy Andrigli, j. 24.4.12, DJE 10.5.12)

Colhe-se da fundamentação do julgado que:

Alçando-se 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 tisonado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando

existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Percebe-se, pois, com absoluta tranquilidade, que a *motivação desta decisão estabeleceu como premissa metodológica não violar o entendimento anteriormente firmado pela Corte no sentido da inexigibilidade jurídica do afeto*. Assim, sem colidir ou confrontar com a tese jurídica anteriormente consolidada, utiliza-se o método *distinguishing* para afirmar a possibilidade de indenização por danos morais por compreender que, em certos casos, o abandono afetivo viola o dever de *cuidado*, independentemente da negativa de *afeto*.

Ora, a *necessidade de distinção entre as teses apresentadas é um corolário da isonomia substancial*,²³ não sendo possível aplicar um mesmo entendimento para situações diferenciadas entre si.

Malgrado uma análise perfunctória possa conduzir à suspeita de existência de divergência entre os posicionamentos adotados pelos dois órgãos julgadores fracionários da Corte Superior de Justiça, um cuidadoso estudo revela, com segurança, a inexistência de qualquer antinomia, contradição ou divergência entre os aludidos precedentes. Ao revés, gera a convicção de que a orientação jurisprudencial superior *é convergente e coerente* sobre a indenização por abandono afetivo.

Com o auxílio da *técnica de confronto* (método *distinguishing*), conclui-se, facilmente, que o entendimento manifestado pela 3ª Turma (reconhecendo a indenizabilidade decorrente da violação do cuidado) é convergente e complementar, não conflituoso, com a posição da 4ª Turma (inadmitindo a reparação de danos morais por simples abandono afetivo). Afirmam que (i) não se admite indenização pelo abandono afetivo puro e simples, uma vez que o afeto não é um valor jurídico exigível; todavia, (ii) é possível uma indenização por dano moral, em razão da violação do dever de cuidado.

23. Na mesma toada, DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 613.

Exatamente por isso, no julgamento do recurso de embargos de divergência interposto, suscitando a pretensa divergência, o Superior Tribunal de Justiça asseverou a inexistência de qualquer discrepância entre os julgados “por absoluta inexistência de similitude fático-jurídica entre os arestos confrontados, quando a solução dada ao caso concreto baseou-se, de forma expressa, em situação de excepcionalidade”²⁴.

E em respeito ao postulado da *colegialidade* e à segurança jurídica, as decisões prolatadas em seguida pela Corte Superior estão a manter a orientação parametrizada nos dois precedentes (distintos e complementares): cabe indenização por dano moral pela violação do dever de cuidado,²⁵ mas não é possível quando se trata de mera violação do afeto.²⁶

De fato, impõe-se, nesse contexto, utilizar a técnica de confronto (*distinguishing*)²⁷ para perceber que *i*) a *ratio decidendi* de um precedente não se confunde com o motivo determinante do outro e que *ii*) não há coincidência fática em razão das peculiaridades que marcam cada um dos casos. Enquanto uma decisão afirma que a pura e simples violação de *afeto* não é bastante para gerar uma indenização, a outra considera que a afronta ao *cuidado* mínimo necessário na peculiar relação paterno-filial gera o dever de ressarcimento. Fundamentos diferentes conduzindo deliberações distintas.

Disso decorre que o *punctum saliens* (o ponto crucial) da compreensão do tema é estabelecer a diferenciação entre os conceitos de *afeto* e de *cuidado*. Para nós, parece que o afeto é uma expressão carregada de maior subjetivismo, enquanto o cuidado se apresenta com uma face mais objetiva,

24. STJ, Ac. 2ª Seção, EREsp 1.159.242/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 9.4.14, DJe 23.5.14.

25. Assim: STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.087.561/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 13.6.17, DJe 18.8.17.

26. Nesse sentido, afirmando não se indenizar o abandono afetivo: STJ, Ac. unân. 4ª T., AgInt no AREsp. 1.286.242/MG, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 8.10.19, DJe 15.10.19; STJ, Ac. unân. 4ª T., AgInt no AREsp. 492.243/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 5.6.18, DJe 12.6.18.

27. “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base a *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente”, DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 611.

materializável. Por isso, o simples desgostar, desafeto, não é justificativa para a indenização. É preciso mais do que isso, uma postura atentatória aos cuidados materiais mínimos exigidos para a formação do filho.²⁸

Para além disso tudo, vale o registro de que, sob o prisma processual, essa distinção entre *afeto* e *cuidado* exige efetiva produção de prova – documental, testemunhal... E, bem por isso, não se mostra possível discutir a violação, ou não, do cuidado na relação paterno-filial em sede de recurso especial, por conta da vedação de apreciação de matéria fática/probatória.²⁹ Assim, somente nas instâncias ordinárias (órgão monocrático de Justiça e Tribunais de Justiça) é que será possível produzir prova a respeito da matéria.

No ponto, voltando a atenção para a prática das lides familiaristas é possível afirmar que a prova efetiva da violação do dever de cuidado há de ser analisada por um prisma mais objetivo, sem envolvimento sentimentais – que, naturalmente, não são juridicizáveis. Assim sendo, deve se demonstrar a existência de uma ausência de cuidado em sentido objetivo, como em condutas paternas de ausência em reuniões escolares, de falta de prestação de assistência educacional, cultural, de saúde, alimentícia etc. Há, inclusive, um interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça exemplificando situações caracterizadoras da violação do cuidado, a justificar indenizações por dano moral:

“(...) 7- As provas delineadas, no acervo probatório constante nos autos, dão conta da profunda tristeza dos recorridos, ao relatar os diversos episódios que sofreram ao longo dos anos, em razão do clima de beligerância que se estendeu por cerca de nove anos, desde o processo de separação, de forma que foram atribuídos ao recorrente os seguintes fatos, além da própria concessão de medida protetiva em favor dos autores, na esfera criminal: a) foi diversas vezes ao colégio, às aulas de espanhol e

28. A própria jurisprudência superior direciona essa compreensão, ao considerar 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.” (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 1.557.978/DF, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 3.11.15, DJe 17.11.15).

29. Nesse diapasão, o Enunciado 7 da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é enfático: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.