



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO NOTURNO

MAURÍCIO SILVA COLFERAI

**RESPONSABILIDADE CIVIL E REPARAÇÃO DO DANO MORAL POR
ABANDONO AFETIVO PROTAGONIZADO PELO PAI**

RIO GRANDE/RS

2015

MAURÍCIO SILVA COLFERAI

**RESPONSABILIDADE CIVIL E REPARAÇÃO DO DANO MORAL POR
ABANDONO AFETIVO PROTAGONIZADO PELO PAI**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Direito, da Universidade Federal do
Rio Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. João Moreno Pomar.

RIO GRANDE/RS

2015

MAURÍCIO SILVA COLFERAI

**RESPONSABILIDADE CIVIL E REPARAÇÃO DO DANO MORAL POR
ABANDONO AFETIVO PROTAGONIZADO PELO PAI**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Direito, da Universidade Federal do
Rio Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. João Moreno Pomar.

Rio Grande, ____ de _____ de 2015

Prof. Dr. João Moreno Pomar (Orientador – FURG)

Profa. Dra. (Membro da banca – FURG)

Profa. Dra. (Membro da banca – FURG)

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia aos meus pais. Pessoas que me oportunizaram o dom da vida, e também me ensinaram a honestidade, o trabalho, e o valor do estudo. A obstinação de vocês em proporcionar as melhores condições possíveis para meu desenvolvimento foi crucial para realização desse sonho. Certamente eu não teria o mesmo aproveitamento sem o auxílio incondicional de vocês. Guardarei esse carinho eternamente em meu coração, assim como os sorrisos e lágrimas quando nos encontramos em nossas férias.

Amo vocês!

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Eduardo e Célia, por toda dedicação, empenho e carinho, despendidos tanto durante a graduação quanto antes dela, me formando como filho, pessoa e cidadão. A confiança de vocês possibilitou a realização de um sonho, e me inspira a buscar sempre a superação dos obstáculos impostos pela vida.

Aos meus irmãos, André e Amanda, com quem aprendi a amar as pessoas como elas são. A amizade e cumplicidade de vocês ensinaram-me a importância da família, objeto de estudo neste trabalho e que aprendi a valorizar mais a cada dia que passa.

À minha namorada Camila pelo amor, dedicação, companheirismo e paciência ao longo desses três anos em que estamos juntos, e em especial durante a produção deste trabalho. À minha cunhadinha Bruna, sempre parceira para uma conversa jurídica, ou uma boa indiada.

Ao meu orientador, Prof. Pomar, que aceitou a missão de me orientar, cumprindo-a com dedicação e seriedade. Obrigado pela confiança e pelos ensinamentos.

Aos muitos colegas de estágio, do gabinete e cartório da Vara de Família, Marcelo, Carolina, Dra. Tatiana, Dra. Suzel, William, Silvia, e Dra. Fernanda, sem esquecer do Finato, Rosane, Vera, Leonardo, Bruno, Jéssyca, Manoela, Guilherme e Victória, pessoas com quem tive o prazer de compartilhar o trabalho, e que tornaram o labor diário alegre e leve. Foram dois longos anos, mas que foram superados em um piscar de olhos. Levo no coração o carinho recebido e em minha mente o aprendizado herdado.

Aos meus amigos que estão sempre ao meu lado, “amigos até debaixo d’água”, Cesinha, Cássia, Marcelo’s Martinelli e Resende, Luciano, Bruno, Roberto, Christian, Rafaela, Everson, obrigado por me acolherem nesta cidade, pela amizade e parceria. Obrigado Yanne, pelos livros emprestados e pelos bons papos que me instigaram no tema.

Agradeço também aos colegas de aula em geral, que pelo companheirismo, chimarrão compartilhado, pelas brincadeiras e festas, me fizeram sentir parte deste lindo grupo.

Agradeço aos dedicados professores, que na labuta diária compartilharam de vossas sabedorias. Guardarei com carinho o aprendizado.

*Pra enxergar o infinito debaixo dos meus pés
Não basta olhar de cima
E buscar no escuro o obscuro
A sombra que me segue todo dia
Deixo quieto e seguro as páginas dos sonhos que não li
E outra vez não me impeço de dormir
Os jornais não me informam mais
E as imagens não são tão claras
Como a vida
Vou aliviar a dor e não perder
As crianças de vista, crianças de vista
Família, um sonho ter uma família
Família, um sonho de todo dia
Família é quem você escolhe pra viver
Família é quem você escolhe pra você
Não precisa ter conta sanguínea
É preciso ter sempre um pouco mais de sintonia*

Não perca as crianças de vista - Marcelo Falcão / Alexandre Menezes / Lauro Farias / Marcelo Lobato

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de reparação de dano moral decorrente do abandono afetivo pelo genitor. Primeiramente realiza o estudo doutrinário da responsabilidade civil e seus desdobramentos, os requisitos para caracterização de ato ilícito e a imputação ao ofensor do dever de indenizar. Ato contínuo desenvolve o estudo dos princípios do direito de família constitucionais e infraconstitucionais voltados à proteção dos menores fazendo análise da evolução dos direitos dos filhos, comparando a tutela jurídica despendida à prole no Código Civil de 1916 e no vigente para identificar o surgimento e evolução dos princípios da afetividade e convivência familiar. Por final enfoca o dano moral confrontando o posicionamento jurisprudencial do e. Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais Estaduais colhendo a evolução dos fundamentos jurídico-sociais no sentido de admitir a aplicação do instituto da responsabilidade civil às relações de família e a responsabilização do pai pelo ressarcimento de dano moral decorrente do abandono afetivo da sua prole.

Palavras-chave: Família. Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Dano moral

ABSTRACT

This paper analyzes the possibility of repair moral damage resulting from emotional abandonment by father. First, realize the doctrinal study of the civil responsibility and its consequences, the requirements for characterization of illicit act and imputation to the offender's duty to indemnify. Subsequently develops the study of the principles of the right to constitutional family and subconstitutional dealing with the protection of minors making analysis of the evolution of the rights of children, comparing the legal protection expended to offspring in the Civil Code of 1916 and in actual to identify the emergence and evolution of the principles of affection and interaction family. By the end focuses on the moral damage confronting the jurisprudential positioning of Superior Court of Justice and State Courts reaping the evolution of legal and social foundations in order to allow the application of the institute of civil responsibility to family relationships and accountability of father for compensation for moral damage resulting from emotional abandonment of their offspring.

Keywords: Family. Emotional abandonment. Civil responsibility. Moral damage

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	10
1.1. Breve histórico do instituto.	10
1.2. Teorias de Responsabilização.	11
2 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	14
2.1 Diretrizes da Constituição Federal/88.	14
2.2 Princípio da afetividade	17
2.3 Princípio da convivência familiar	19
3 REPARAÇÃO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL	24
3.1 Dano moral e reparação.	24
3.2 Dano moral por abandono afetivo pelo pai.....	32
3.3 Construção jurisprudencial sobre o tema.	36
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45
ANEXO A – Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 (Código Civil de 2002).	49
ANEXO B – Ementas do STF.	53
ANEXO C – Ementas do STJ.	56
ANEXO D – Ementas de decisões de segundo grau – TAMG, TJRS e TJSP.	57

INTRODUÇÃO

No Brasil a Lei nº 6.515/77, Lei do Divórcio, à qual fez bandeira o Senador Nelson Carneiro, rompeu a barreira da indissolubilidade do casamento instituindo o divórcio sob o requisito de comprovação de prévio desquite ou separação com mais de três anos. A Constituição Federal/88 elevou o instituto ao nível constitucional assegurando a dissolução do casamento civil após prévia separação, judicial por mais de um ano ou fática por mais de dois anos, requisitos que foram afastados pela EC nº 66/10.

O sistema anterior à Lei do Divórcio, ainda que admitisse a separação e desquite, colocava as novas famílias em situação socialmente desconfortável em fenômeno que se desfez com a dissolução do casamento e a possibilidade de novo matrimônio. A consequência natural do novo ordenamento jurídico-social foram massivas ações e o crescente índice de divórcios com reflexos nas relações de família. Os núcleos familiares múltiplos e a paternidade fora da relação conjugal estável alteram a convivência diuturna entre pais e filhos e dão contornos diferentes às relações familiares, notadamente entre o genitor e filhos, comparadamente com poucas décadas.

As diferentes configurações atuais das famílias modificaram a relação convencional na qual os filhos estão sob os cuidados diretos de ambos os pais. Com frequência essas novas famílias são constituídas por mãe e filhos ou mesmo mãe, filhos e avós, distanciando a figura paterna do contato diário com sua prole ocasionando reflexos de ordem afetiva.

O conceito do abandono afetivo parental não se limita ao pai, mas como as ações que inovam na pretensão são em face do pai desenvolve-se o estudo tratando do direito dos filhos ao afeto de seu genitor e a possibilidade de reparação pelo dano moral que cause ao filho.

As causas e o novo comportamento social não são alvo do estudo, que se restringe à possibilidade de reparação do dano moral. Assim, o trabalho discorre sobre a responsabilidade civil do pai com base na obrigação de amparo psicossocial de seus filhos a partir da proteção legislativa com o advento da Constituição Federal/88, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil/02 sob a orientação doutrinária e o posicionamento jurisprudencial.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. Breve histórico do instituto.

A discussão sobre responsabilidade civil precede a qualquer debate sobre a reparação de dano. O dever de reparação decorre da existência de responsabilidade do agente. Assim, não há como falar daquela sem antes tratar desta.

Nos primórdios da humanidade a inexistência de regras e limitações geravam reação imediata do ofendido imperando a vingança privada logo regulamentada com o advento da Lei de Talião. (GONÇALVES, 2012).

Num estágio mais avançado contemporâneo ao Código de Ur-Nammu, Código de Manu e Lei das XII Tábuas, quando já impera a vontade de um soberano, a justiça pelas próprias mãos deu vez à composição econômica obrigatória e tarifada. Mas foi no Direito Romano que a dissociação entre pena e reparação começou a aparecer. Graves ofensas eram consideradas delitos públicos e a pena pecuniária recolhida aos cofres públicos; e nos privados cabia à vítima. A Lei de Aquília abandonou o critério de enumeração dos casos de composição obrigatória para estabelecer princípios, como o pressuposto da culpa, e a separação das responsabilidades civil e penal. (COELHO, 2012).

A responsabilidade civil aquiliana, baseada no ato ilícito e na culpa, passou a ser referência à responsabilidade extracontratual e, hodiernamente, é sinônimo de responsabilidade civil subjetiva, derivada da culpa. (GONÇALVES, 2012).

De acordo com Pomar (2005), a legislação pátria mais remota a tratar da responsabilidade civil é o Decreto 2.681/1912, que tratava da responsabilidade no transporte ferroviário. Pouco tempo após a publicação do Decreto, foi instituído o Código Civil, no ano de 1916.

No direito atual, o dano por ação ou omissão gera o dever de indenizar o lesado, pois é regra elementar para o equilíbrio social a responsabilização do agente situando-se a responsabilidade civil como parte do direito obrigacional, como leciona GONÇALVES (2012). Seguindo a mesma doutrina, na teoria clássica, a responsabilidade civil foi constituída de três pressupostos básicos: o dano, a culpa e a relação de causalidade, ou seja, o nexu causal, entre o ato praticado e o dano.

1.2. Teorias de Responsabilização.

No ordenamento brasileiro a teoria da responsabilidade objetiva embasou a lei de responsabilidade civil das estradas de ferro, em 1912. Neste caso, para afastar a presunção da culpa, era exigida prova de ocorrência do caso fortuito ou força maior. O Código Civil de 1916 também recepcionou tal teoria, atribuindo a presunção de culpa ao dono de animal. Neste último caso a presunção era relativa, bastando ao dono comprovar que diligenciou na guarda e vigia do animal e exonerar-se de qualquer responsabilidade. (POMAR, 2005).

No sistema brasileiro a responsabilidade civil objetiva foi sancionada em leis esparsas: Lei de Acidentes de Trabalho, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 6.453/77, Decreto legislativo nº 2.681/12, Lei nº 6.938/81, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil Brasileiro, Ação Popular e da Defesa do Patrimônio Público, entre outras. (GONÇALVES, 2012; POMAR, 2005).

O Código Civil/16 e o Código Civil/02 assentaram a regra geral de necessidade de culpa para justificar reparação do dano. O diploma atual dispõe que comete ato ilícito aquele que por ação ou omissão, negligência ou imprudência viola direito e causa dano a outrem (art. 186), assim como o titular de um direito que manifestamente excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes (art. 187); e tem o dever de indenizar (art. 927).

No Código Civil/02 também são apontadas situações que não caracterizam o ato ilícito, como a legítima defesa, o exercício regular de um direito, e a destruição ou deterioração de coisa alheia para remoção de perigo iminente, estabelecendo, inclusive, limites para este último caso (art. 188).

Nesse contexto pode-se afirmar que no sistema civilista brasileiro o dever de indenizar pressupõe ato ilícito, dano e nexos causal entre a conduta e o resultado danoso; ou como aponta GONÇALVES (2012), a responsabilidade civil tem como pressupostos uma ação ou omissão, a culpa ou o dolo e a relação de causalidade.

O novo Código Civil abarcou, também, a teoria do risco e a teoria do dano objetivo que independem de culpa, diferentemente da subjetiva. A teoria do risco se

funda na idéia de que o exercício de atividade perigosa gera a responsabilidade enquanto na teoria do dano objetivo, ainda que não haja atividade de risco a simples existência do dano enseja a responsabilidade em repará-lo, como ensina GONÇALVES (2012). Comenta o doutrinador:

A realidade, entretanto, é que se tem procurado fundamentar a responsabilidade na ideia de culpa, mas sendo esta insuficiente para atender às imposições do progresso, tem o legislador fixado os casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. É o que acontece no direito brasileiro, que se manteve fiel a teoria subjetiva no art. 186 do Código Civil. Para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa. A reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Sem prova de culpa, inexistente a obrigação de reparar o dano. Entretanto, em outros dispositivos e mesmo em lei esparsas, adotaram-se os princípios da responsabilidade objetiva, como nos arts. 936, 937 e 938, que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do edifício e do habitante da casa; e ainda arts. 927, parágrafo único, 933 e 1.299, que dizem respeito, respectivamente, à atividade potencialmente perigosa; à responsabilidade dos pais, tutores, curadores e patrões; e à responsabilidade decorrente do direito de vizinhança. A par disso, temos o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei de Acidentes do Trabalho e outras leis especiais, em que se mostra nítida a adoção, pelo legislador, da responsabilidade objetiva. (GONÇALVES, 2012, p.49-50).

Isso porque, conforme assevera Pomar:

O anseio natural exige, e a ordem jurídica impõe, o cumprimento do dever de ressarcimento dos danos causados a outrem, o que se dá pelo denominado sistema da responsabilização civil que modernamente admite diversas teorias. O tradicional princípio da responsabilidade pela culpa abriu-se para recepcionar teorias de responsabilidade pelo risco, ensejando revolucionária modificação nos fundamentos da responsabilidade civil. (2005, p. 7).

Na área conexa ao direito de família o Código Civil/02 prevê a responsabilidade objetiva no art. 932 ao estabelecer a responsabilidade dos pais em reparar os danos causados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e companhia. O Código ainda assentou a possibilidade de reparação sem análise da culpa no art. 927, parágrafo único, quando dispôs que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Verifica-se no dispositivo a recepção da teoria do dano objetivo e a teoria do risco, pois o legislador deixou à lei ordinária a possibilidade de especificar os casos de responsabilidade sem culpa (teoria do dano objetivo), e ainda, quando positivou a responsabilidade do agente que desenvolver atividade de risco em reparar o dano, independentemente de culpa.

2 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Diretrizes da Constituição Federal/88.

A Constituição Federal/88 trouxe nova visão ao direito brasileiro. A carta de princípios impôs eficácia imediata às suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais, e seus princípios são o alicerce normativo de todo ordenamento jurídico pátrio. (DIAS, 2011).

Os valores morais e éticos formam o suporte axiológico da sociedade que consolidados nos princípios constitucionais irradiam para todo sistema jurídico, conferindo-lhe coesão e harmonia. Assim, os princípios constitucionais não apenas norteiam as demais normas jurídicas, conduzindo o legislador em sua tarefa ordinária, como também irradiam efeitos no cotejo da aplicação da norma diante do caso concreto, sendo imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça. (DIAS, 2011).

Com o novo alicerce jurídico, os direitos humanos identificam-se como fundamento da pessoa humana, e alargam os direitos tutelados, os direitos e garantias fundamentais e sociais. A dignidade da pessoa humana, insculpida como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 5º, I, CF) torna insuficiente o direito positivado, pois suas regras jurídicas são limitadas para atender ao novo comando constitucional. Nesse contexto, exsurge o princípio da interpretação conforme a Constituição, propagando que a lei deve ser interpretada à luz da lei maior. É válido ressaltar a lição de Dias:

Os **princípios** são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque tem **alto grau de generalidade**, mas também por serem **mandatos de otimização**. [...] Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios. Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema e, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. (2011, p. 58). (Grifo do autor).

Deste modo, princípios são subordinantes e as regras subordinadas. A incompatibilidade entre normas que incidem, aparentemente, em um caso concreto pode considerar uma delas inválida, e aplicar-se a outra. Todavia, os princípios se

harmonizam, e não se anulam. Mesmo no conflito ou colisão de princípios pondera-se levando em consideração o peso de cada um preservando as garantias antagônicas. Em conflitos de igual importância, invoca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, absoluto dentre os princípios constitucionais. (DIAS, 2011).

Reconhece-se na doutrina e na jurisprudência inúmeros princípios constitucionais, implícitos e explícitos. E é no direito de família que se verifica com mais intensidade a ascensão de princípios norteadores, consagrados nos valores sociais dominantes. (DIAS, 2011).

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, e por isso o mais universal de todos os princípios. É o valor nuclear da ordem constitucional, pois todos os demais princípios irradiam deste macroprincípio. Além disso, a dignidade humana baliza também os atos estatais e as relações privadas que se desenvolvem na sociedade. Este princípio não apenas apresenta um limite à atuação do estado, como também impõe a obrigação de garantias mínimas, promovendo ativamente a dignidade humana. (DIAS, 2011).

A identificação da sua essência é difícil de ser capturada e transcrita, pois não há uma compreensão exclusivamente intelectual. Sua percepção se dá no plano dos afetos, e o direito de família mostra-se campo fértil para o florescimento. Isso porque as entidades familiares preservam o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a diferença, a confiança, o amor, etc. (DIAS, 2011).

Não obstante, Mazzorana (2012) refere à quatro elementos essenciais à dignidade da pessoa humana: igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade. Expõe, ainda, que a igualdade que se trata é a material, de modo a tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades, a fim de propiciar iguais oportunidades.

Quanto à liberdade, deve-se sempre ponderar ser limitada pela solidariedade. Conforme já mencionado, no choque entre os princípios, não se abre mão de qualquer deles. Ponderam-se seus valores diante do caso concreto no intuito de aproximar-se da promoção da dignidade humana. Já a integridade psicofísica é a proteção contra violação da personalidade ou do corpo dos sujeitos. (MAZZORANA, 2012).

Nesse sentido, Dias aponta que:

[...] o direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, e tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. (2011, pg. 63).

Pode-se, então, afirmar que o princípio da dignidade humana significa igual dignidade às entidades familiares, independentemente de seu tipo de constituição. Do mesmo modo, é direito da pessoa constituir família, mas também é optar por não formar uma entidade familiar. Ainda, constituindo família poderão acabar os laços de afeto, e os sujeitos extinguirem a entidade através do divórcio. Caberá também ao casal optar por ter ou não filhos. Isso porque o planejamento familiar é fundado no princípio da dignidade humana e da liberdade.

Não obstante a carta constitucional tenha atenuado a intervenção estatal dentro da família, não deixou de protegê-la, obrigando o Estado a assegurar os recursos educacionais e científicos com objetivo de propiciar a plenitude do direito ao planejamento familiar. Neste último caso, verifica-se a influência da dignidade humana, que exige uma conduta positiva do Estado a fim de efetivar-se (art. 226 e §§, CF/88). A relevância do princípio é tamanha que o legislador constitucional o coloca como a finalidade da ordem econômica (art. 170, *caput*, C.F.). Mais, segundo Oliveira (2012), o homem é colocado como centro da organização política. O Estado torna-se o meio para atingir a dignidade humana, servindo então ao homem:

Não é o homem que está a serviço do aparelho estatal, é este que deve servir ao homem para consecução do integral desenvolvimento de sua personalidade, para que atinja seus ideais de vida e sua própria realização pessoal, que em última instância é a busca incessante de sua felicidade. (OLIVEIRA, 2012, p. 17).

Com efeito, quando o legislador estabeleceu a dignidade humana como fundamento do Estado, deslocou o homem para o centro de toda atividade estatal. Qualquer atividade realizada por um particular ou do Estado em detrimento deste princípio mostra-se flagrantemente inconstitucional, desprovida de qualquer amparo normativo, tendo em conta serem os princípios constitucionais norteadores do direito positivo.

Como visto, o princípio da dignidade humana é *mater* nas diretrizes da Constituição federal/88 e por tal razão se ajusta às relações jurídico-sociais de família sendo apontado por Dias (2011) como um dos principais.

2.2 Princípio da afetividade

Não expresso na Constituição Federal, o direito ao afeto foi recepcionado pela Carta. Diversos dispositivos consagram, de forma implícita, o direito à afetividade no ordenamento jurídico, isso como forma de garantir a dignidade a todos. (DIAS, 2011).

As relações afetivas são estruturantes da personalidade da pessoa, e elemento constitutivo dos vínculos que unem os sujeitos. A importância da família na formação dos sujeitos é inconteste e reconhecida como base da sociedade e merecedora de sua proteção (art. 226, *caput*, C.F.). Em que pese a ideia formal de família tratar do comprometimento mútuo decorrente do casamento, o reconhecimento da união estável como entidade familiar desloca a proteção jurídica da família, como instituição, para os seus sujeitos. Isso porque percebe-se que a união das pessoas pelo afeto é uma expressão maior do que a própria constituição do casamento. (Dias, 2011).

A constituição de família eudemonista¹ se dá por laços de afetividade podendo expressar-se formalmente, através do casamento, ou tão somente da união fática de duas pessoas; e com filhos naturais ou não. Por isso é relevante ressaltar a igualdade estabelecida entre filiação biológica e socioafetiva (art. 227, §6º, da C.F.), a adoção (art. 227, §6º, C.F.), o reconhecimento da comunidade monoparental como entidade familiar (art. 226, § 4º, C.F.), e o direito dos filhos à convivência familiar com prioridade absoluta (art. 227), pois todas essas relações são expressões do afeto que une as pessoas.

Não obstante a Constituição e Código Civil apontem o casamento e a união estável, esta como união formal ou fática de um homem e uma mulher, como entidade familiar, o Supremo Tribunal Federal estendeu o conceito de entidade familiar às uniões entre pessoas do mesmo sexo. A decisão deu-se no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277², à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da vedação de discriminações

¹ Conforme Dias (2011, p. 55), eudemonismo “é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade”.

² (STF. ADI nº 4277, rel. Ayres Britto. Tribunal Pleno, j. 14.10.2011). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>> . Acesso em: 10 jun. 2015.

odiosas e da proteção à segurança jurídica. Merece destaque a conclusão do parecer da Procuradora-Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira naquele julgamento:

Diante desse quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de serem reconhecidas oficialmente as suas uniões afetivas, com todas as consequências jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais disso decorrentes.

Nesse contexto, verifica-se que o reconhecimento da afetividade como ligação entre duas pessoas do mesmo sexo é que o que funda a entidade familiar, merecendo proteção jurídica. Convém transcrever a lição Dias:

Com a consagração do afeto à direito fundamental, não há como deixar de reconhecer que as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo também são marcadas pelo elo da afetividade. Outra não foi a razão para identificar tais vínculos familiares: uniões homoafetivas. (2011b, p. 93).

Com lucidez, afirma Hironaka:

É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto (2005, p. 36-37).

Destarte, assim como nas relações de união conjugal, as relações paterno-filiais são fundadas no afeto. O papel desenvolvido pela família na criação e sustentação dos filhos de nada importaria sem a presença do carinho, do afeto, da solidariedade que são fundamentais para o desenvolvimento psicossocial de crianças e jovens.

2.3 Princípio da convivência familiar

As grandes mudanças estruturais da sociedade asseguradas pelos princípios constitucionais resultam no reconhecimento de novas configurações familiares, ampliando seu espectro de proteção. (DIAS, 2011).

A família, base da sociedade, já não mais pode ser reduzida ao casamento. As famílias monoparentais, recompostas, homoafetivas, também são pilares da sociedade e merecem a proteção do Estado. Não há mais como eternizar o casamento quando inexistente afeto, ou qualquer outra impossibilidade de vida em comum, nem como censurar ou impedir a formação de novas famílias, mas sem descurar dos interesses dos filhos incapazes. (DIAS, 2011).

Independentemente de sua formatação, a família cumpre papel fundamental para o Estado. É na relação familiar o suporte emocional dos indivíduos. É nela que se desenvolvem as primeiras relações afetivas, bem como a personalidade de seus integrantes, contribuindo para a construção e desenvolvimento da sociedade (DIAS, 2001).

Na chamada família patriarcal, conceito que preponderava quanto à configuração tradicional de família, predominava-se a ideia de domínio do homem sobre sua mulher e seus filhos, “desempenhava funções procriativas, econômicas religiosas e políticas” (DIAS, p. 43, 2011). Para o direito e a jurisprudência, a preocupação “na relação entre pai e filho era sua *valoração biológica e patrimonial*” (HIRONAKA, p. 37, 2005), em garantir o reconhecimento consanguíneo e o direito à alimentos e à herança, sem qualquer valoração de afeto na relação.

Atualmente, procurando-se o elemento em comum que liga os diversos arranjos de família, vislumbra-se o afeto como ligação entre os indivíduos dentro de uma família. Todavia, por diversos motivos essa família pode sofrer mutação. Em uma família tradicional pode ocorrer o divórcio e transformar-se em uma família monoparental, residindo a mãe e os filhos em um lar e o ex-marido/pai em outro. Do mesmo modo, um casal vivendo em união estável poderá convertê-la em

casamento. Um casal homoafetivo poderá adotar um filho³, converter a união estável em casamento, e se por ventura acabar o afeto poderão divorciar-se.

A nova dinâmica das relações conjugais aponta ao Estado desafios na proteção dos filhos incapazes, de modo a salvaguardar seus interesses. Na ruptura de um casamento, na dissolução de uma união estável, ou até mesmo quando fruto de uma relação esporádica, a existência de filhos traz à tona a discussão acerca da convivência dos filhos com seus pais. Haverá deliberação sobre a guarda do filhos, compartilhada ou unilateral, os alimentos que serão pagos, bem como a convivência que a criança ou jovem terá com cada um dos genitores.

A convivência familiar ganhou atenção do legislador constituinte, que no art. 227 assegurou ao filho o direito ao convívio familiar. Tal preocupação vem ao encontro da doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança, conferindo à criança e ao adolescente a condição de sujeitos de direitos. O princípio do melhor interesse da criança prepondera sobre o interesse dos pais. Deixados em segundo plano pela legislação anterior, atualmente, em razão da nova concepção de indivíduo em formação e sujeito de direito, o direito estabeleceu primazia aos seus direitos, sob à luz do respeito à sua dignidade, e a proteção a sua convivência familiar. (MAZZORANA, 2012; LÔBO, 2010).

Embora comumente se diga sobre direito de visitação, e o Código Civil ainda se utilize desse termo, parte da doutrina tem rechaçado tal expressão por “evocar uma relação de índole protocolar” (Dias, p. 447, 2011), ou até “retirando as responsabilidades que possui em relação ao filho, atrelando ao fato de que ‘só se visita aquele com quem não se convive’” (MAZZORANA, p. 67, 2012). Desta forma, falar-se em direito de visitas faz oposição ao princípio constitucional da convivência familiar, pois a mera realização de visitas não corresponde as necessidades psíquicas na formação dos filhos, sendo mais adequado estabelecerem-se formas de convivência. É através da convivência familiar que os pais cumprem seu dever constitucional de assistir, educar e criar os filhos menores.

Diniz (2007) ensina que o poder familiar é um conjunto de direitos e deveres que os pais tem para com os filhos menores e os bens destes, exercido em

³ (Embargos Infringentes Nº 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2010)

condições iguais para desempenharem o cargo imputado pela lei, tudo em razão do interesse e proteção dos filhos.

Com o advento da Lei nº 11.698/08 e da Lei nº 13.058/14 algumas disposições do Código Civil foram alteradas, em especial quanto à guarda e à convivência familiar. A primeira lei instituiu e disciplinou a guarda compartilhada, já a segunda conceituou e dispôs sobre a aplicação do tema. Em razão do pequeno lapso de tempo transcorrido desde a promulgação da lei 13.058/14, não há vasta doutrina acerca da sua interpretação e os seus efeitos, contudo pode-se reputar o intuito do legislador em priorizar a guarda compartilhada, com o objetivo de promover a convivência familiar.

No ordenamento anterior havia estipulação de que, existindo controvérsia dos pais quanto à guarda, seria estabelecida a guarda unilateral ao genitor que revelasse melhores condições de criar os filhos; e em geral os filhos ficavam com a mãe que se dedicava às atividades do lar. Com a promulgação da primeira lei, não havendo consenso entre os genitores, a guarda compartilhada surge como imperativo em detrimento da guarda unilateral sempre que possível. Com o advento da segunda lei, restringindo o conceito de “sempre que possível”, a única condição para a aplicação da guarda compartilhada é a aptidão dos genitores, e a única exceção para afastar sua incidência é a declaração do genitor de que não a deseja. (Dias, 2011).

As alterações estão sob a influência do princípio da convivência familiar. O instituto da guarda, que antes preponderava à concessão de sua modalidade unilateral, passa a priorizar à concessão da guarda compartilhada em clara manifestação de equilíbrio na distribuição da convivência dos filhos com seus pais. A nova disposição do art. 1.684 reafirma o compromisso com a guarda compartilhada quando estabelece que, mesmo após a separação ou divórcio do casal, e independentemente da situação fática existente, compete a ambos os pais pelo exercício do poder familiar; e o art. 1.584 possibilita ao juiz valer-se de orientação técnico disciplinar ou de equipe interdisciplinar para decidir sobre a guarda. (Dias, 2011).

Corrigindo o equívoco cometido pela Lei nº 11.698/08, a Lei nº 13.058/14 retirou a penalização ao genitor, através da redução no tempo de convívio, que descumprisse, de forma imotivada, alguma das cláusulas de guarda. Isso porque a

penalidade prejudicava o melhor interesse da criança, que é na convivência com os pais, retirando-lhe direito essencial à dignidade da sua pessoa, sem muitas vezes tal redução significar para o genitor de fato uma penalidade. (LÔBO, 2010).

Outros dispositivos merecem atenção por contribuírem com o tema, pois reforçam o princípio da proteção e do melhor interesse da criança, da afetividade, imputando deveres de cuidados, criação e educação, que apenas são consolidados com a convivência. São os contidos nos arts. 1.589 e 1.632, do Código Civil.

Necessário pontuar a distinção entre poder familiar e guarda, que anda por linhas diversas da doutrina. De acordo com Dias (2011), a segunda é um atributo da primeira. No mesmo sentido, Lôbo (2010) defende ser a guarda integrada ao poder familiar, sendo uma especificação do seu exercício. O poder familiar trata-se de um direito-dever, um encargo imposto por lei aos pais, e que seve de interesse aos filhos. É irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível.

A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva. (Gama, 2001 *apud* Dias, p. 425, 2011).

Quanto à guarda,

[...] concebida tradicionalmente como direito preferencial de um pai contra o outro, a proteção dos filhos constitui direito primordial destes e direito/dever de cada um dos pais. Invertendo-se os polos dos interesses protegidos, o direito à guarda converteu-se no direito à continuidade da convivência ou no direito de contato. (Lôbo, p. 187, 2010).

Desta forma, verifica-se que o genitor não guardião não perde o poder familiar por não ter a guarda do filho, mas apenas limita a sua convivência direta, mantendo as demais obrigações de cuidado, afeto, educação e proteção. Embora anterior às mudanças na disciplina mostra-se oportuna a pontuação de Lôbo, pois na nova normativa verifica-se a associação constante entre os termos guarda compartilhada e convivência, assim como guarda unilateral e a realização de visitas. Ademais, o art. 1.632 estabelece que as relações entre os pais e os filhos permanecem a mesma após a separação, com exceção do direito dos primeiros terem o segundo na sua companhia.

Superada a questão, pode-se inferir que o direito de convivência terá sempre prioridade, independentemente do tipo de guarda exercida pelos pais, constituindo-se como um poder-dever familiar. Isso porque, em razão do diálogo do direito com as ciências psicossociais escancarou-se a indispensabilidade da criação dos filhos por ambos os genitores para seu completo desenvolvimento. Concomitante, aparece o conceito de paternidade responsável, priorizando o estabelecimento da guarda compartilhada entre os pais, e também o reconhecimento de danos ocasionados pela alienação parental. Essas mudanças ocasionaram na valorização dos vínculos familiares, e a construção de “um novo paradigma doutrinário tendo por referência o compromisso ético das relações afetivas. (Dias, p. 01, 2012). No mesmo sentido aduz Lôbo:

[...] o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. (p. 308-9, 2010).

Diferentemente de quando o direito valorava as questões patrimoniais e biológicas nas relações paterno-filiais sem efetivamente preocupar-se com a afetividade, atualmente se reconhece a importância do afeto e da convivência entre os pais e sua prole, podendo-se afirmar que o direito de convivência corresponde, também, ao dever de possibilitá-la ao filho. (HIRONAKA, 2005).

Com efeito, a ausência de convivência familiar pode gerar dano e comprometimento ao desenvolvimento saudável do filho. A omissão injustificada do dever de convivência caracteriza o abandono e pode gerar a perda do poder familiar. Todavia, em algumas circunstâncias, tal penalidade isolada tornar-se-ia uma benesse. Assim, o dano à dignidade do filho em sua fase de formação como indivíduo deve ser reparado, não apenas para censurar a impunidade dos deveres parentais, como também para dissuadir qualquer inclinação ao abandono. (Dias, 2011).

3 REPARAÇÃO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL

3.1 Dano moral e reparação.

O dano é aspecto essencial para configuração da responsabilidade civil e a sua reparação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

Gagliano e Pamplona Filho conceituam o dano como “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – por ação ou omissão do sujeito infrator”. (2010, p. 75).

Deste modo, para ser considerado dano, o bem jurídico tutelado não necessita ter valor econômico podendo ocorrer a lesão aos direitos da personalidade, neste caso extrapatrimonial, caracterizando-se assim o dano moral. Esclarece Fachin:

A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial. (Fachin *apud* Gagliano; Pamplona Filho, 2010, p.79).

Extrai-se deste excerto que o direito gravita em torno da pessoa, e não do seu patrimônio, e se mostra fundamental essa perspectiva, pois restaria incompleto tutelar o patrimônio e descurar do dano à sua personalidade. Esse raciocínio desconstrói conceitos da teoria clássica do Direito Civil, de que tão somente o dano economicamente aferível poderia ser indenizável. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

Não obstante, para caracterizar-se o dano indenizável requisita-se a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial, a certeza do dano e sua subsistência, como apontam Gagliano e Pamplona Filho. Isso porque não há como

falar em dano sem haver a violação de um interesse jurídico tutelado pelo direito, independe desse interesse referir-se à um bem material ou imaterial.

Naquela linha o dano deve ser certo. Não haveria indenização de dano hipotético ou abstrato. Todavia, não se pode confundir a certeza do dano com a sua impossibilidade de aferição econômica, ocorrência que se dá na violação dos direitos personalíssimos. Assim, a certeza se liga a ideia de existência do dano, de se poder visualizar concretamente se houve ou não a sua ocorrência. Do mesmo modo, e não menos importante, para ser indenizável o dano deve subsistir quando da sua exigibilidade em juízo. O dano reparado de imediato pelo seu causador não é exigível. Não obstante, se o dano foi reparado pela própria vítima, permanece sendo exigível.

Na classificação tradicional do dano a doutrina o divide em patrimonial ou material e extrapatrimonial ou moral. Na lição de Gagliano e Pamplona Filho, “o dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular” (2010, p. 82). Ocorre, por exemplo, quando sofremos um dano em nossa casa ou carro. Porém, mais amplo é o estudo do dano material, podendo ser analisado sob o aspecto dos danos emergentes e dos lucros cessantes.

O primeiro refere-se ao prejuízo efetivo que a vítima sofreu, ou o que ela perdeu com o dano. Já o segundo, trata-se propriamente do que a vítima deixou de ganhar. Exemplo comumente empregado na doutrina é o do taxista que teve seu veículo abalroado por outro automóvel. Os danos sofridos em seu bem, como a quebra de um parachoques, uma porta danificada, dizem respeito aos danos emergentes; e caso o veículo fique inativo temporariamente para efetuar os reparos haverá prejuízo por não poder exercer a sua atividade econômica, gerando o dano por lucros cessantes.

Quanto ao dano moral, seu estudo mostra-se salutar para compreensão da possibilidade de reparação do abandono afetivo. Isso porque:

[...] a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia produz danos emocionais merecedores de reparação. (DIAS. 2011, p. 460).

No Brasil pode-se atribuir como marco à aplicação do dano moral a Constituição Federal/88, pois da década de 60 até a Constituição predominou na

doutrina e na jurisprudência o entendimento de aceitação relativa. Os entendimentos dividiam-se quanto à possibilidade de ocorrência do dano moral tão somente na hipótese de se ter caracterizado, também, o material. De outro lado, entendia-se pela aplicação do dano moral apenas isoladamente, caso a vítima ficasse sem nenhuma indenização material. (COELHO, 2012).

Coelho (2012), todavia menciona que com o advento da Constituição Federal/88 encerrou-se a divergência sobre o tema, surgindo como absoluto o entendimento de ser cabível a condenação em dano moral com fulcro em dois dispositivos:

Art. 5º, CF.

[...]

Inciso V. é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem;

[...]

Inciso X. são invioláveis a intimidade, à vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Muito embora a Constituição Federal tenha restringido-se a reconhecer a lesão a certos direitos da personalidade, a doutrina e jurisprudência não limitaram sua aplicação e concluíram pela responsabilização por danos morais em qualquer situação. (COELHO, 2012).

A esse respeito, Gonçalves (2012) afirma que a enumeração constitucional é exemplificativa e não se trata de *numerus clausus* ou rol taxativo. Por conseqüência, assim pode ser conceituado o dano moral:

[...] a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.) (CAHALI *apud* OLIVEIRA, 2012, p. 8)

Oliveira (2012) divide a aplicação do dano moral em diversas espécies: individual ou coletivo; subjetivo ou objetivo; transitório ou permanente; atual ou futuro; direto ou indireto; imediato ou ricochete.

A classificação quanto ao dano individual ou coletivo refere-se a pluralidade ou não de sujeitos atingidos. A lesão ao patrimônio moral de apenas um indivíduo, por evidente caracteriza-se como individual. Todavia, quando o dano atinge o patrimônio imaterial de uma coletividade ocorre o dano moral coletivo, que é o caso, por exemplo, do “dano ao meio ambiente, a destruição ou degradação de bens de valor histórico ou cultural; a publicidade abusiva à comunidade em geral ou de maneira discriminatória, ofensiva a um grupo social (OLIVEIRA. 2012, p. 19).

O dano subjetivo é aquele que atinge a intimidade do sujeito, sua psique, causando como efeitos o sentimento de dor, sofrimento e angústia para o lesado. Já o dano objetivo atinge a esfera social do sujeito causando-lhe também dor sofrimento, mas tendo como causa prejuízo à sua imagem em seu meio social.

O dano permanente é o perpétuo por não se extinguir com o tempo. A perda de um membro e geralmente a cegueira são irreversíveis, pois o decurso do tempo não levará o dano ao esquecimento. O dano transitório é aquele que, após certo lapso de tempo, deixará à vítima simples lembranças da sua ocorrência, sem seqüelas.

Quanto ao dano atual, a sua repercussão e extensão são imediatas. O dano futuro, que não se confunde com o dano eventual ou hipotético, já ocorreu quando do ajuizamento da ação, todavia seus efeitos negativos serão percebidos no futuro, ou até mesmo se desenvolverá posteriormente, muito embora já tenha efeitos certos e previsíveis.

Os danos, direto e indireto, caracterizam-se por se originarem, ou não, de um dano patrimonial. No primeiro caso um bem jurídico extrapatrimonial é atingido diretamente, como a honra. Já a segunda hipótese está ligada ao prejuízo de um patrimônio material, “mas com repercussão em sua esfera extrapatrimonial” (OLIVEIRA. 2012, p. 22), como a perda ou deterioração de uma jóia transmitida entre gerações na família.

No diverso ao exposto, o dano direto ou indireto pode chamar-se de imediato ou ricochete. O dano imediato é aquele que atinge diretamente à pessoa do sujeito; e em contraposição tem-se o dano ricochete ou reflexo que atinge terceiro, pois, em que pese o dano ocorra contra determinada pessoa, atingirá o patrimônio moral de outra, precipuamente quem tenha relação afetiva estreita com a vítima direta.

Constatado o dano moral surge a difícil tarefa de estabelecer a forma de reparação. Coelho (2012) considera que o dano pode ser reparado *in natura*, restaurando o bem lesado ao estado anterior, ou *in pecúnia*, quando o devedor entrega quantia equivalente ao credor. Defende o autor que a reparação pecuniária será sempre mais vantajosa ao devedor do que a reparação em espécie. Isso porque a restauração do bem danificado poderia tornar-se um inconveniente a mais na solução do conflito. Certamente o credor exigirá capricho e qualidade na reparação, em detrimento do devedor que buscará ser onerado minimamente. Da mesma forma, a quitação da obrigação em dinheiro é facilmente apurável, o que não se pode afirmar da realização do conserto sobre o bem, o que poderia eternizar o conflito.

Contudo, essas questões não são afetas ao dano moral, apenas ao dano material. Não há como restaurar a dor sofrida pelos pais em razão da morte do filho, da mulher vítima de violência sexual, ou até mesmo da pessoa vítima de abandono afetivo dos pais. Nestes casos torna-se inviável a restauração do estado anterior, restando como forma de compensação o pagamento *in pecúnia*. (COELHO, 2012).

Nesse sentido, aponta Gonçalves (2012) que a condenação no dano moral não busca o ressarcimento do credor, mas apenas a compensação pelo dano sofrido, mediante a pecúnia.

O valor da indenização é transigível pelas partes, todavia à falta do acordo que normalmente tem como fundo a negativa de culpa, cabe ao juiz fixá-la, eis que não há tarifação legislativa. Tratando-se de dano moral, o *padrão geral* utilizado, em regra, é a intensidade da dor, pois quanto maior a dor experimentada maior deve ser a reparação, posto não haver critérios objetivos, ou instrumentos hábeis para mensurar a dor. Com propósito de evitar discrepância entre indenizações de situações semelhantes, aplicando-se o *padrão geral*, o magistrado deverá atentar-se para a jurisprudência, comparando valores atualizados. (COELHO, 2012; CARVALHO NETO, 2003).

Gonçalves (2012) cita recomendações da Lei de Imprensa, presentes no art. 53 que continuam sendo utilizadas, ainda que revogada aquela lei; e aponta critérios que entende possam ser utilizados pelo julgador:

Pode-se afirmar que os principais fatores a serem considerados são: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as particularidades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter antissocial da conduta lesiva. (GONÇALVES, 2012, p. 511).

A doutrina diverge quanto a utilização da capacidade econômica do ofensor e do ofendido na quantificação da indenização. Autores como Telles, Leitão, Lourenço, Mendes, Gonçalves, Venosa e Carvalho Neto, defendem a possibilidade conjunta desses parâmetros ante a gravidade do dano. Nessa corrente, o magistrado Clayton Reis propõe critérios objetivos para estipulação do *quantum*, através de fórmula matemática que leva em consideração a situação econômica do autor e do réu, a magnitude do dano e um quociente de entendimento do lesado. No mesmo contexto Gonçalves ressalva que inobstante a aferição econômica do ofendido possa parecer, em primeiro momento, como uma diferenciação entre a dor do pobre e a dor do rico, o que se busca na quantificação do dano moral não é a equivalência com a dor, e sim a compensação por ter sofrido um mal. (LOURENÇO, 2006; MENDES, 2000; GONÇALVES, 2012; CARVALHO NETO, 2003).

A análise das condições econômicas do ofendido pode ser criticada com a observação de que justificar um valor menor de indenização em razão de menor poder aquisitivo da vítima, sob pretexto de precisar de um montante menor para sua satisfação pessoal, resulta em discriminação e tratamento desigual. Coelho ressalta a possibilidade de analisar as condições econômicas das partes, não obstante defenda que a importância não poderá ser acentuada, pois “repugna os valores cultivados pela moderna sociedade democrática discriminar a pessoa em função desses fatores”. (COELHO, 2012, p. 444).

O Direito Civil brasileiro adota o princípio da reparação integral, insculpido no art. 944, do Código Civil⁴. Deste modo, o dano sofrido pela vítima deve ser reparado na sua integralidade, de forma a restaurar o patrimônio do lesado ao estado anterior à ocorrência do dano (KAROW, 2012).

⁴ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Não obstante, a inovação do seu parágrafo único mitiga o princípio da reparação integral quando há excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Neste caso, caberá ao juiz reduzir, de forma equânime, a indenização. Bem esclarece Coelho:

A culpa pode influir no valor da indenização. Quando referente ao sujeito passivo da obrigação de indenizar, sua desproporção em face do valor dos danos possibilita a redução equitativa pelo juiz, nos termos do art. 944, parágrafo único, do CC (subitem 1.1.1); quando referente ao ativo, sua contribuição para o evento danoso reduz a indenização, por força do art. 945 do CC (subitem 1.1.2). (2012, p. 414)

A regra geral é a reparação integral do dano, medida pela sua extensão. Todavia, excepcionalmente, poderá o montante ser minorado, ponderando-se sempre entre o grau de culpa e a extensão do dano. Sergio Cavalieri Filho propõe com clareza situação hipotética:

Um atropelamento com culpa leve pode produzir um resultado gravíssimo – a vítima fica tetraplégica ou morre – ensejando, para o agente, uma sanção muito mais severa do que se tivesse praticado uma conduta dolosa – por exemplo, uma tentativa de homicídio sem resultado grave. (2007, p. 125 *apud* KAROW, 2012, p. 276).

Não há uniformidade doutrinária quanto à aplicação da redução em caso de dano extrapatrimonial, pois algumas correntes a admitem apenas para danos patrimoniais. Ao dano moral persistiria apenas outros critérios, como a situação econômica do ofensor e do ofendido. (KAROW, 2012).

Coelho defende a possibilidade de aplicação da redução de forma irrestrita, ou seja, tanto em danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais; e defende que “especialmente na fixação dos danos morais, deve o juiz fazer a ponderação equitativa, quanto tiver sido de menor gravidade a culpa do devedor” (2012, p. 415-416).

A culpa concorrente da vítima é outra situação na qual há redução do montante da indenização poderia ocorrer. Nesta hipótese, a vítima, agindo com negligência imprudência ou imperícia, deverá arcar com o ônus da sua parcela de culpa na ocorrência do dano e a diferença entre a indenização paga e o dano sofrido

seria suportada pela própria vítima, evitando-se o enriquecimento ilícito. (COELHO, 2012).

Por fim, interessa mencionar a aplicação de danos punitivos, ou *punitive damages*. Coelho ressalta que a quantificação do dano moral deverá visar tão somente à compensação do dano causado. Todavia, se o magistrado entender que a conduta do lesante é “particularmente reprovável” (2012, p. 445) poderá fixar indenização punitiva delimitando o que se refere à compensação e o que se refere à indenização punitiva. O autor entende como aplicável o instituto como sanção civil, desvinculada dos danos morais. Alega-se, em contrário que o valor arbitrado não pode superar a extensão do dano, tornando a indenização maior que o próprio. Neste caso, se a vítima percebe quantia superior ao agravo sofrido, ocorrerá o enriquecimento ilícito. Ainda, não há suporte de legalidade para aplicação da referida pena no sistema *jurídico-constitucional*. As *punitive damages* tem sua origem no direito americano, e conduzem ao arbitramento de penas milionárias. O contexto social brasileiro é diverso do americano, inclusive no sistema de seguros em nosso país. (Gonçalves, 2012).

Nessa esteira, interessa ressaltar a lição de Pomar:

Aponta-se como primitiva a função indenizatória, seja reparatória, em se tratando de dano material, ou compensatória, quando o dano for moral. No entanto, torna-se cada vez mais aceita a função sancionatória, com caráter punitivo (EUA) ou preventiva (FRA), de modo a servir de desestímulo não apenas ao agente, mas a todos que como ele podem agir. Esta última parece ser função inerente à pena que, nos seus valores implícitos, tem o caráter de servir de exemplo à sociedade e de intimidar os que possam ser tentados a incorrer em conduta lesiva ou exercer atividades que possam ocasionar dano a outrem. (2005, p. 8).

Da mesma forma, o autor defende que o arbitramento do punitivo deverá ser revertido para a sociedade, assim como a sanção. Neste caso, à vítima restará o dano arbitrado à título de compensação/reparação. (Pomar, 2005).

Assim, de maneira geral, a fixação da indenização fica a critério do juiz que analisando as condições do caso concreto deve sopesar a gravidade e repercussão do dano, a conduta e as condições econômicas do ofensor, bem como a conduta da vítima e a contribuição de terceiro para ocorrência do dano.

3.2 Dano moral por abandono afetivo pelo pai

A responsabilização do dano moral por abandono afetivo dos filhos ainda é matéria controvertida no meio jurídico, não obstante constate-se o reconhecimento de sua possibilidade em algumas decisões judiciais.

Os defensores da tese contrária sustentam não haver suporte jurídico à sua caracterização, pois a norma não assegura a proteção plena do direito ao afeto, atenção, carinho, “ou um acompanhamento tal que exige a presença dos mesmos no desenvolvimento da personalidade do infante” (KAROW, p. 214, 2012).

No entanto, se a Constituição Federal/88 e o Código Civil asseguram a proteção dos filhos, a convivência familiar em ambiente saudável e harmonioso, norteados pelo princípio da afetividade e essenciais ao desenvolvimento psicossocial, existe, pois, suporte jurídico para sustentar que o abandono possa causar dano moral. Segundo Dias, o ordenamento jurídico determina aos pais os cuidados com sua prole, e o abandono moral, “viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente” (p. 461, 2011).

No mesmo sentido, aduz Lôbo (2010) que o abandono afetivo se trata de inadimplemento do dever jurídico imputado à paternidade/maternidade. Assim, havendo o descumprimento do encargo inerente ao poder familiar, cabível o dever de indenizar. Assim, se o direito tutela os bens jurídicos que detém importância social, o não reconhecimento da possibilidade de reparação a estes bens seria negar aquela proteção.

Não se justifica, ainda, afastar a pretensão sob o fundamento de que o “amor possui valor inestimável”, ou “o afeto não se compra”, pois justamente essas são medidas para se deduzir a extensão do sofrimento de quem carece daquele afeto.

Todavia, é necessário prudência na análise de cada caso concreto, pois não haverá de ser toda e qualquer conduta de ausência ou omissão dos deveres dos pais que ensejará a indenização. A presença de alguns requisitos faz-se essencial para imputação do dever de reparar sem banalizar a aplicação do instituto. Desse modo, necessário considerar alguns aspectos da responsabilidade civil para se deduzir com justiça, notadamente a compreensão de que a responsabilidade subjetiva pressupõe a existência de nexo de causalidade entre o fato e o dano; e

para o caso que o dano esteja abrangido no *âmbito da função de proteção assinada*. (KAROW, 2012).

A família cumpre papel fundamental no desenvolvimento das crianças e adolescentes. É em seu seio que se aprende os primeiros passos e palavras, através de incentivo dos pais. A convivência familiar dos filhos com ambos os pais, baseada no respeito, afeto, carinho e educação, propicia o desenvolvimento psíquico dos filhos. Segundo Madaleno, “O amor que molda a estrutura psíquica da prole é construído no cotidiano dos relacionamentos, e é particularmente favorecido pela unidade afetiva dos pais” (p.114, 2007). Destaca Hironaka:

Tanto o pai quanto a mãe concorre para que se organize convenientemente o desenvolvimento estrutural, psíquico, moral e ético do filho, cabendo à mãe um papel que mais se relaciona com a flexibilidade, com o afeto e com o conforto, enquanto ao pai cabe um papel que mais se relaciona com a fixação do caráter e da personalidade. A conjugação de ambos os papéis e a co-relação de seus efeitos são capazes de revelar, na maioria das vezes, uma pessoa mais harmoniosa sob muitos pontos de vista sociais e de acordo com muitos modelos culturais (p. 41, 2005).

O distanciamento emocional, assim como o físico, pode ocasionar danos à psique de qualquer pessoa, mas quando se trata de criança, adolescente ou incapaz a lesão é mais evidente; e o desvendamento da culpa e da lesão requisita a análise multidisciplinar, com abordagens e contribuições de outras áreas, em especial as da saúde, como a psicanálise, a psicologia, a psiquiatria, e também o serviço social. O diálogo entre as áreas é salutar para melhor compreender as reações sofridas na psique de uma criança ou jovem em razão do abandono. Sem esse diálogo torna-se impossível a missão de compreender o que os sentimentos de dor, tristeza, humilhação, ou carência afetiva pode ter causado e de fato haver dano reparável pecuniariamente. Nesse sentido, Karow assevera que

Na reparação civil por abandono afetivo, o bem jurídico tutelado primeiramente é a integridade psíquica e emocional do menor; num segundo plano é o desenvolvimento de sua personalidade, livre de máculas, traumas, memórias inefáveis, frustrações negativas, cultivação da auto estima e, por fim, libertação de patologias. Esta valoração tem como ponto de partida a dignidade da pessoa, passando pelos deveres inerentes ao poder familiar, a função da família, tendo como limite a doutrina constitucional da proteção integral, ou seja, melhor interesse da criança. Com isso, é necessário

fazer o exercício da interdisciplinaridade, pois somente é possível a constatação dos danos da personalidade do menor e verificação das consequências do abandono afetivo através do auxílio de profissionais habilitados e especialistas na matéria, da área da saúde, em especial a psicanálise (2012, p. 239-240).

A neurociência também cumpre papel salutar no entendimento sobre o abandono afetivo. Desde a vida uterina o bebê desenvolve o seu sistema neural. Do nascimento até os cinco anos, aproximadamente, ocorre o desenvolvimento da estrutura nervosa da criança, chamada de “anos formativos”. A formação persiste durante a vida, mas com maior intensidade até os dezoito anos. Esse período intenso de aprendizagem é o que forma os *engramas*, a memória consciente e inconsciente que permanecerá viva durante toda a vida. Os estímulos recebidos nessa fase do desenvolvimento podem ser interpretados como rejeição, insegurança, medo. Esses sentimentos negativos podem acarretar na criação de um mecanismo de defesa, chamada *engramas de defesa*, que podem criar barreiras ao convívio social, bem como acarretar em patologias, como a depressão, síndrome do pânico, fobia, psicopatia, dentre outras. As mudanças provadas no cérebro por estímulos dolorosos durante a vida podem, em alguns casos, ser captadas em microscopia eletrônica. As experiências vividas durante a vida são cristalizadas nos neurônios, o que forma o psiquismo, e se manifestará na conduta do indivíduo. (OLIVEIRA, 2004)⁵.

Diversos estudos apontam severas consequências para o desenvolvimento de uma criança pela ausência de afeto, como tornar-se incapaz de sentir e viver o amor, sentimentos negativos de angústia, insatisfação, ou vazio. Esta falta pode ocasionar, ainda, em uma busca incessante de compensação pelo prazer, contribuindo para o uso de drogas e a delinquência. (TRINDADE, 2011; KAROW, 2012).

A conduta paterna no abandono afetivo pode se apresentar através de reiterados atos, tanto omissivos quanto comissivos, e a depender do relacionamento existente entre o genitor e os filhos poderá gerar àqueles danos. Do mesmo modo que reiterados atos de humilhação diante de outras pessoas, desprezo, desdém, a omissão da presença, de carinho e afeto podem ocasionar danos, e sua eventual

⁵ Artigo originalmente publicado em Canoas, Ed. Ulbra, 1999.

ocorrência poderá ser adequadamente aquilatada com o auxílio dos profissionais da saúde.

No entanto, há situações que podem contribuir em maior ou menor grau na ponderação necessária ao julgamento de cada caso. Quando a família enfrenta um processo de separação há uma ruptura entre a rotina que o filho vivenciava, de convívio diário com ambos os pais, pois em geral o pai se retira da moradia dos filhos. Esse processo por si só poderá contribuir para trazer dor e tristeza para os filhos, mas restará ponderar se os pais cumpriram o papel essencial para que não excedam ao inevitável e adotaram os meios ao seu alcance à proteção do equilíbrio emocional dos filhos. Por vezes a criança acredita inclusive ser culpada da separação, mas aos pais cabe afastar o sentimento de culpa dos filhos (TRINDADE, 2011; DIAS, 2011).

Não obstante a separação seja direito dos pais, assim como buscar sua felicidade noutra relação, também é seu dever manter boa convivência com sua prole e, inevitavelmente, um diálogo ao menos cordial com o ex-consorte. Não raras vezes o relacionamento termina carregado de ressentimentos que culminam em clima de beligerância que induz os filhos ao sofrimento. Questões como a disputa da partilha, os alimentos, a pontualidade no horário de buscar e devolver os filhos, e até mesmo a contrariedade ante nova relação afetiva do outro são motivos que por vezes, ainda que inconscientemente, estimulam a discórdia e muitas vezes são usadas como moeda de troca, como forma de pressionar ou ferir o outro, ignorando o reflexo nos filhos (TRINDADE, 2011; DIAS, 2011).

Nesse contexto, deve-se analisar de forma acurada a existência de conflito entre os pais que atrapalhe ou até mesmo obste a convivência de um dos genitores com seus filhos. A síndrome da alienação parental contribui para o distanciamento do pai com seus filhos, sem que necessariamente o pai tenha culpa ou concorrido para esse afastamento; e quando ao contrário este pode ter como motivação justamente evitar o sofrimento daqueles. Esses fatores também devem ser ponderados no julgamento do caso concreto.

No que se refere à quantificação do dano cabe considerar que o arbitramento tendo em conta a culpa concorrente da vítima não pode ser aplicável ao caso que trata do abandono de incapaz; e que a culpa do genitor guardião pode refletir no valor da reparação para ser fixada no limite da responsabilidade de cada um.

3.3 Construção jurisprudencial sobre o tema.

Na construção jurisprudencial cabe apontar o pioneirismo do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul por julgamento da Comarca de Capão da Canoa⁶. A sentença foi prolatada no ano de 2003 condenando o pai a prestar indenização de R\$ 48.000,00 (cerca de 200 SM) em feito qualificado pela contumácia. Ainda que decretada a revelia a decisão é inaugural na aplicação dos institutos de direito obrigacional no direito de família, pois os efeitos do decreto só alcançam os fatos (KAROW, 2012).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu seu primeiro acórdão⁷ em outro processo, no ano de 2007 reconhecendo direito à reparação de dano moral por abandono afetivo do genitor. A 7ª Câmara Cível, por maioria dos votos, manteve a decisão de primeiro grau. No caso, o pai, pessoa de posses, além de negar o afeto abandonou o filho em situação de miserabilidade com a mãe, trabalhadora doméstica desempregada, vindo a pagar alimentos somente sob a coerção da prisão civil, enquanto dava todo respaldo afetivo e financeiro aos filhos que estavam em sua companhia. A condenação foi de R\$ 35.000,00 (equivalente a 92 SM), mais a aquisição de um imóvel mobiliado, apto a suprir as necessidades do menor, computador e impressora, ainda que atribuído ao dano material.

No conflito da construção jurisprudencial cabe destacar julgamento do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais que acabou sendo reformado pelo Superior Tribunal de Justiça e vem referendando outros julgamentos (DIAS, 2011, p. 461)⁸. No caso, o Tribunal Estadual mineiro, em 2004, à unanimidade, reformou a decisão de improcedência; e condenou o pai a prestar indenização ao filho na ordem 170 SM com o qual manteve convívio até os seis anos de idade, mas que com o nascimento de uma filha em novo relacionamento o abandonou deixando de participar de momentos importantes na sua vida, como aniversários e formatura e não propiciando que os irmãos ao menos se conhecessem. A defesa do pai consistia na sustentação de que o distanciamento se dera em razão da conduta da genitora que

⁶ (Processo nº 141/1.03.0012032-0, de Capão da Canoa/RS).

⁷ (Apelação Cível Nº 70021427695, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 29/11/2007).

⁸ (Apelação Cível Nº 408.550-5, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Alçada de MG. Rel. Unidas Silva. Julgado em 01/04/2004).

guardava e transmitia sua mágoa ao filho e que com sua agressividade levou ao seu afastamento do menor.

No entanto, em 2005 o acórdão mineiro foi reformado em julgamento de Recurso Especial⁹. O Superior Tribunal de Justiça por quatro votos a um deu provimento ao recurso do pai. O relator Ministro Fernando Gonçalves proveu o recurso fundamentando que para o abandono o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem como punição a perda do poder familiar; que o sentimento de abandono pode decorrer de contaminação pelos sentimentos negativos de um genitor em relação ao outro; que a indenização não se presta a reparar dano da espécie e nem alcançar efeito punitivo ou dissuasório; e que a condenação pecuniária poderá frustrar a possibilidade de restituição dos vínculos afetivos.

O Ministro Adir Passarinho Junior acrescentou com o entendimento de 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”¹⁰; o Ministro Cesar Asfor Rocha seguiu a mesma linha e aditou não se poder quantificar o amor, e que admitir quantificação estabeleceria gradações do abandono “para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandonou por uma semana, o valor da indenização seria ‘x’; se abandonou por um mês, o valor da indenização seria ‘y’, e assim por diante”¹¹. O Ministro Jorge Scarterzzi votou com o relator sem acrescentar outros fundamentos. O voto divergente foi do Ministro Barros Monteiro que mantinha a condenação fundamentando estar configurado o dano moral, ser incontroverso o abandono, se tratar de conduta ilícita passível de reparação, não haver excludente de responsabilidade, ser aplicável os institutos atinentes ao Direito das Obrigações e que a destituição do poder familiar não interferia no dever de reparar o dano.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça foi alvo de Recurso Extraordinário ao qual foi negado seguimento transitando em julgado.¹² A Ministra Ellen Grace

⁹ (STJ, REsp 757.411/MG, 4ª T., rel. Min Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005).

¹⁰ Voto do Ministro Adir Passarinho, STJ, REsp 7576411-MG, 4ª T., rel. Fernando Gonçalves. j. 29.11.2005.

¹¹ Voto do Ministro Cesar Asfor Rocha, STJ, REsp 7576411-MG, 4ª T., rel. Fernando Gonçalves. j. 29.11.2005.

¹² (STF, RE 567164/MG, rel. Min. Ellen Grace, j. 14.05.2009).

sustentou o descabimento do recurso ao Supremo Tribunal Federal porque a discussão se daria no limite de matéria infraconstitucional.

No Tribunal de Justiça paulista outra ação é parâmetro que agitou o meio jurídico. Neste caso pai nunca teve convivência com o filho, pois o genitor não admitia a paternidade mesmo depois de decisão que a reconheceria; após 13 anos propôs ação negatória de paternidade para se valer de perícia genética que ao final apontou sua paternidade; e nem com o nascimento de um neto, com sérios problemas de saúde, comoveu-se para aproximar-se dos descendentes (TARTUCE, 2011).

A sentença negou reparação, mas a apelação foi provida à unanimidade para condená-lo a pagar indenização equivalente a 500 salários mínimos¹³. O relator entendeu que o pai agiu com dolo eventual tendo com sua conduta assumido o risco do resultado danoso:

Mais a mais, a atitude revestiu-se de dolo, inclusive eventual, ao assumir o resultado, e colocar o filho e seus descendentes em posição econômica de vexame, sem contar as agruras de eventuais promessas (cujo teor pode ser extraído do tempo decorrido entre o reconhecimento e a tentativa frustrada de a este renegar). O dolo, essencial à configuração, neste caso, donexo de causalidade, deve ser extraído dos fatos de ter o apelante admitido o relacionamento sexual, com a mãe do autor, recusando-se a submeter ao exame de DNA, três vezes (fl. 40); por nada opor à inafastável prova testemunhal (fls. 38 e ss.), salvo a mera declaração de haver submetido à incisão de vasectomia bilateral, recusada expressamente pelo v. Acórdão de fls. 41/49, e nada obstante sua expressiva condição financeira.” (*Apud* TARTUCE, 2011, p. 227).

O julgador, emprestando institutos criados na seara penal, reconheceu que da conduta do genitor, de desamparo e afastamento, era previsível a ocorrência de dano, o que é fundamental para caracterizar-se o dolo eventual. A previsibilidade de que a conduta culminaria no resultado de sentimento de abandono está dentro do conhecimento natural do indivíduo, pois “se o pai não alimenta, não dá amor, é previsível a deformação da prole.” (*Apud* TARTUCE, 2011, p. 228).

Finalmente, cabe destacar julgamento recente pelo Superior Tribunal de Justiça mudando o posicionamento anterior. No Recurso Especial nº 1159242/SP,

¹³ (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado; ap. com revisão nº 511.903-4/7-00 – SP, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 12.03.2008, v. u.).

julgado no ano de 2012, por quatro votos a um, vencido o Ministro Massami Uyeda foi reconhecida a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil ao direito de família¹⁴.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente a ação sob o entendimento de que o distanciamento, físico e emocional, entre o pai e a filha se dera precipuamente por culpa da genitora que manteve postura agressiva nos contatos com o pai depois da ruptura do relacionamento. Na apelação a decisão foi reformada pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou a ação procedente considerando que os pais da autora mantiveram longo relacionamento amoroso, contudo, sua ruptura ocorreu antes de seu nascimento, no curso da gravidez. O genitor apenas reconheceu a paternidade da menina após exame de DNA realizado em ação investigatória de paternidade. Mesmo após registrar a criança, o pai esquivou-se de manter qualquer relação com a filha, abanando-a moral e materialmente. Também ficou comprovado que o genitor transferiu parte de seu patrimônio aos outros filhos, por via oblíqua, em detrimento da autora. Como defesa, o pai sustentou não ter abandonado a filha e, subsidiariamente, que a única punição prevista para o caso é a destituição do poder familiar¹⁵.

A relatora Ministra Nancy Andrighi fundamentou pontuando a possibilidade de aplicação dos institutos do dano moral e da responsabilidade civil ao plano das relações intrafamiliares; e que a perda do poder familiar se trata de medida de resguardo da integridade física e psicológica do menor entregando-o a pessoa diversa para o seu cuidado e criação, como resguardo de seus interesses e não com o intuito reparatório¹⁶. Para a Ministra as relações de família originam-se das escolhas e ações dos sujeitos, seja o nascimento ou adoção de uma criança, e a responsabilidade dos pais sobre os filhos é ônus da conduta que escolheu adotar; e para satisfaz os deveres atribuídos pela lei, de cuidado, convívio, educação e criação, é necessária a atenção e o acompanhamento do desenvolvimento social e psicológico do filho, pois o cuidado deixou de ser acessório da criação para tomar relevante valor social e moral ganhando valor jurídico insculpido “em locuções e

¹⁴ (STJ, REsp 1.159.242-SP, 3ª T., rel. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012).

¹⁵ (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado; ap. com revisão nº 361.389.4/2-00 – SP, Rel. Des. Daise Fajardo Jacot, j. 26.11.2008, v. u.).

¹⁶ STJ, REsp 1.159.242-SP, 3ª T., rel. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012.

ternos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88”¹⁷.

A Relatora destacou que “aqui não se fala ou se discute amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”¹⁸. Nesse contexto, descumprido o dever inerente a paternidade ou maternidade, de cuidado, incorre o genitor em ilícito civil, de forma omissa. Não obstante, para imputação do dever de indenizar fez-se necessária a verificação de dolo ou culpa do agente enfrentando o excludente de ilicitude com base nas limitações financeiras e distâncias geográficas; e o nexo causal:

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais. Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem.¹⁹

A Relatora considerou a relutância do pai em reconhecer a paternidade e que no decorrer da vida não manteve contato com a filha tratando-a de forma desigual em relação aos outros irmãos; e que o dano se deu não obstante a filha ter superado dificuldades e conseguido inserir-se profissionalmente e constituir família, pois carregará para o resto da vida o sentimento de mágoas, tristeza, sofrimento, em razão do abandono afetivo. O dano foi considerado *in re ipsa*, ou seja, presumido diante das circunstâncias, dispensando prova da lesão.

No caso em comento, o valor da indenização, entretanto, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino pontuou que a genitora concorreu para o distanciamento do pai e da filha, através de sua conduta agressiva e a reparação foi alterada na proporção da contribuição de cada um. Fixada pelo tribunal de origem em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) restou minorada para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Merece atenção a linha de quantificação do dano por abandono afetivo

¹⁷ Voto da Ministra Nancy Andrigh, STJ, REsp 1.159.242-SP, 3ª T., rel. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012.

¹⁸ Voto da Ministra Nancy Andrigh, STJ, REsp 1.159.242-SP, 3ª T., rel. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012.

¹⁹ Voto da Ministra Nancy Andrigh, STJ, REsp 1.159.242-SP, 3ª T., rel. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012

naqueles julgados que o reconheceram. O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino quando votou pela redução do *quantum* naquele REsp 1.159.242/SP, ponderou a parcela de culpa da genitora no distanciamento do pai:

Deve-se, pois, proporcionalizar a indenização pelo abandono afetivo da filha autora à ação e omissão efetiva do genitor autor, descontando-se a parcela de responsabilidade da genitora, evidente nos fatos reconhecidos pela sentença e pelo Acórdão – e em que pese à compreensão humana para com a situação da genitora, que, segundo os autos, teve, por oito anos, relacionamento pré-conjugal com o requerido, ora Recorrente, que veio a deixá-la grávida pouco antes do nascimento da filha autora, a qual só veio a ter a paternidade reconhecida por sentença judicial após longa resistência do genitor em duradouro processo

[...]

No caso, ponderados os itens de resultado efetivo de padecimento moral, constantes da petição inicial, que baliza a causa de pedir e, conseqüentemente, condiciona o pedido, deve-se concluir que, realmente, é excessivo o valor fixado, porque não observada a proporcionalidade de ação e omissão do genitor, ora Recorrente, na causação do sofrimento moral à filha, ora Recorrida²⁰.

Constata-se que o art. 944, parágrafo único, do Código Civil foi aplicado ao caso, pois o julgador reconheceu o excesso na desproporção entre a culpa do genitor e a gravidade do dano para entender igual responsabilidade dos genitores pela lesão e fixar a indenização a ser prestada pelo pai em metade da condenação arbitrada na origem. Salienta-se que não houve condenação da genitora, pois não era parte no processo.

O precedente do Superior Tribunal de Justiça alimenta a controvérsia da matéria no âmbito jurisdicional, até mesmo porque a decisão foi alvo do recurso de Embargos Infringentes que restou desprovido no ano de 2014 por ausência de semelhança fática com os casos indicados como paradigma²¹; e a breve consulta aos sítios do TJRS, TJMG, TJSP, STJ²² permite constatar que já são inúmeros os julgados acerca do tema que ainda não resta pacificado no seu mérito.

²⁰ Voto do Ministro Sidinei Beneti, STJ, REsp 1.159.242-SP, 3ª T., rel. Nancy Andrichi, j. 24.04.2012

²¹ (REsp 1159242/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 23/05/2014)

²² <http://www.tjrs.jus.br/>, <http://www.tjmg.jus.br/portal/>, <http://www.tjsp.jus.br/> e <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>, respectivamente.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 inaugurou-se no ordenamento jurídico pátrio modelo de proteção integral à criança, ao adolescente e ao jovem. O Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente criados à luz da lei maior introduziram normas de proteção aos filhos. Passa-se a valorizar a importância do convívio entre pais e filhos e estabelecer obrigações para além das necessidades materiais. O modelo de proteção integral incluiu necessidades de índole psicossocial, de afeto, carinho, criação e educação para o seu pleno desenvolvimento, sob responsabilidade dos seus pais.

Não obstante seja notória a importância da figura dos pais para o pleno desenvolvimento dos filhos e a lei seja expressa sobre o dever de cuidado, é freqüente o abandono emocional dos filhos quando não residem em sua companhia, ocasionando o que a doutrina denomina como dano moral pelo abandono parental. A nova dinâmica da sociedade na formação e extinção de relações conjugais propicia ambiente favorável ao distanciamento físico entre pais e filhos, pois as famílias se criam, separam e recriam de forma dinâmica; e muitas vezes o distanciamento físico atinge o emocional. São pais que após a separação do casal não convivem mais com os filhos e não lhes dedicam igual tratamento a outros que venham a ter, ou tendo-os em relação não estável ou eventual deixam de atender obrigações que lhe são inerentes.

O comportamento de abandono da prole não é admissível ante o *suporte axiológico* da sociedade. Todavia, embora toda a rede de proteção criada pelo ordenamento jurídico, este se torna vazio sem não houver a possibilidade de imputação de responsabilidade pelo descumprimento obrigacional e abandono da prole. A questão do abandono afetivo ainda é controversa na doutrina e na jurisprudência à qual aportam ações de responsabilização do pai.

A corrente contrária à indenização por abandono afetivo funda-se notadamente na tese de que o direito de família é um ramo estritamente autônomo que não sofre influência do direito das obrigações que disciplina a responsabilidade civil; de que a única punição prevista ao abandono afetivo é a destituição do poder familiar; e de que o sofrimento pelo abandono não pode se expressar em pecúnia.

Na corrente oposta o fundamento nuclear é que o ordenamento jurídico constitui um sistema; que a responsabilidade civil aplica-se ao direito de família; que a destituição do poder familiar visa salvaguardar os interesses dos filhos em situação de vulnerabilidade, portanto cumpre papel de proteção, enquanto que a responsabilidade civil visa recompor o dano; que o abandono afetivo pode gerar o dever de indenizar quando presentes os elementos essenciais da responsabilidade civil, quais sejam, a ação ou omissão do pai, o dano de ordem psíquica ao filho e o nexo causal entre a conduta e a lesão.

Destarte, a imputação do dever de indenizar é medida de justiça se o dano não foi recomposto pela aproximação do pai com o filho; e a reparação em pecúnia pode trazer a compensação apontada na doutrina com base em princípios constitucionais, do direito de família e do direito obrigacional, ainda que resulte na subjetividade da quantificação que deve se ajustar a cada caso concreto. O Judiciário tem a tarefa árdua de interpretar e aplicar o direito ante as teses opostas; e a ausência de disposição expressa na lei. Esgrimam-se fundamentos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, mas as decisões não são uniformes.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 2003, em jurisdição de primeiro grau que não foi alvo de recurso inaugurou a responsabilização em dano moral por abandono afetivo pelo pai e fixou reparação no valor equivalente a 200 SM; e noutro julgamento, em 2007, abriu precedente mantendo por maioria condenação na ordem de 92 SM, além da aquisição de um imóvel mobiliado e equipamentos de informática.

O Superior Tribunal de Justiça inaugurou sua posição no ano de 2005 quando reformou acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que em 2004 arbitrara indenização equivalente a 170 SM sob o entendimento de 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”.

No entanto, em novo posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça abriu precedente para, também por maioria, manter acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo e reconhecer que “Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de

indenizar/compensar no Direito de Família”. No recurso especial houve, ainda o reconhecimento de um parâmetro quantitativo ao definir que se houve concurso dos pais a indenização de um só pode abranger a sua própria responsabilidade e reduziu a indenização por metade fixando-a no equivalente a 250 SM.

Finalmente, cabe consignar que o último precedente do Superior Tribunal de Justiça alimenta a controvérsia da matéria no âmbito jurisdicional, até mesmo porque a decisão foi alvo do recurso de Embargos Infringentes que restou desprovido no ano de 2014 por ausência de semelhança fática com os casos indicados como paradigma; e a breve consulta aos sítios do TJRS, do TJMG e do TJSP permite constatar que já são inúmeros os recursos acerca do tema, inclusive pendentes de julgamento no STJ, e o tema não resta pacificado no seu mérito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BRASIL. **Código Civil** (1916). Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015

BRASIL. **Código Civil** (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (1990). Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática no Recurso Extraordinário nº 567164/MG**. Relatora: GRACE, Ellen. Publicado no DJ de 14-05-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno. Publicado em 14-10-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no DJ de 10-05-2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 757.411/MG**. Relatora: GONÇALVES, Fernando. Publicado no DJ de 27-03-2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**: com referências ao novo Código Civil, v. IX. 1ª ed. Curitiba. Juruá, 2003.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil – Obrigações**: responsabilidade Civil. v. II. 5ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** - 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetivas: o preconceito & a justiça** – 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011b.

DIAS, Maria Berenice. **Pai! Por que me abandonaste?** [s.l., entre 2012 e 2015]. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/pai._por_que_me_abandonaste.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5º v.: direito de família. 22ª ed. ver. e atual. São Paulo. Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** – V.III. 8ª ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material.** s.l., 2005. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-contornos-jur%C3%ADdicos-da-responsabilidade-afetiva-na-ela%C3%A7%C3%A3o-entre-pais-e-filhos-al%C3%A9m-da-o>>. Acesso em 25 de julho de 2015.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais.** Curitiba. Juruá, 2012.

LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família: Novas tendências e julgamentos emblemáticos.** São Paulo. Atlas, 2011. Abandono Afetivo (indenização) – comentários a julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Danos morais por abandono moral. p. 225-239.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** São Paulo. Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 4^a ed. ver. ampl. atual. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

MAZZORANA, Danielle G. Rech. **Afeto, convivência e constituição da pessoa: etnografia das relações familiares a partir de indenizações morais por abandono afetivo no Estado de Santa Catarina.** 2012. f. 245. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina). Florianópolis, 2012.

OLIVEIRA, Maria Aparecida Domingues. A neuro-psico-sociologia do abandono/mau trato familiar. **Instituto Brasileiro de Direito de Família.** Infância em família: um compromisso de todos, p. 285-288, 2004. Obra originalmente publicada em Canoas. Ed. Ulbra, 1999.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte. Arraes Editores, 2012.

POMAR, João Moreno. **O novo sistema de responsabilização civil na perspectiva dos direitos e garantias fundamentais**. v. 11. Rio Grande. 2005. Revista Juris. Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/602/144>>. Acesso em: 29 set. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão em Embargos Infringentes nº 70034811810**. Relator: Sérgio Fernando Vasconcellos. Publicado no D.J. de 13-08-2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão em Apelação Cível nº 70021427695**. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Publicado no D.J. de 07-12-2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão em Apelação com Revisão nº 361.389.4/2-00**. Relatora: JACOT, Daise Fajardo. Publicado no D.J. de 17-12-2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.

ANEXO A – Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 (Código Civil de 2002).

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. (REVOGADO).

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. [\(Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008\).](#)

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua ([art. 1.584, § 5º](#)) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\).](#)

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:). (REVOGADO)

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\).](#) (REVOGADO).

I - (revogado); [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

II – saúde e segurança; [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\).](#) (REVOGADO).

II - (revogado); [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

III – educação. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\).](#) (REVOGADO).

III - (revogado). [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\).](#) (REVOGADO).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

§ 4º [\(VETADO\)](#). [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. [\(Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. (REVOGADO).

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica. (REVOGADO).

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [\(Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#). (REVOGADO).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#). (REVOGADO)

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#). (REVOGADO).

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#). (REVOGADO).

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. [\(Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, aplica-se quanto à guarda dos filhos as disposições do artigo antecedente. (REVOGADO).

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#).

(...)

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. [\(Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011\)](#)

(...)

Art. 1.632. 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.

ANEXO B – Ementas do STF.

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUZIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial

ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos.

Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

Responsabilidade Civil. Abandono Moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 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. Recurso especial conhecido e provido. (STF, RE 567164/MG, rel. Min. Ellen Grace, j. 14.05.2009).

ANEXO C – Ementas do STJ.

Ementa: Responsabilidade Civil. Abandono Moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 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. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 757.411/MG, 4ª T., rel. Min Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005).

Ementa: Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no direito de família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa 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. (STJ, REsp 1.159.242-SP, 3ª T., rel. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012).

ANEXO D – Ementas de decisões de segundo grau – TAMG, TJRS e TJSP.

Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que ou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG, AC 408.550-5, 7ª Cam. Cív., rel. Dr. Unidas , j. 01.04.2004).

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABANDONO DO FILHO. FALTA DE AMPARO AFETIVO E MATERIAL POR PARTE DO PAI. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENCIONAMENTO. A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva. O dever de indenizar decorre do agir doloso ou culposo do agente. No caso, restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos materiais e morais. Nas demandas condenatórias, a verba honorária deve incidir sobre o valor da condenação. Inteligência do art. 20, § 3º, do CPC. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DO REQUERIDO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70021427695, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 29/11/2007).

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado; ap. com revisão nº 511.903-4/7-00 – SP, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 12.03.2008, v. u.).

Ação de indenização. Danos morais e materiais. Filha havida de relação amorosa anterior. Abandono moral e material. Paternidade reconhecida judicialmente. Pagamento de pensão arbitrada em dois salários mínimos até a maioridade. Alimentante abastado e próspero. Improcedência. Apelação. Recurso parcialmente provido. (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado; ap. com revisão nº 361.389.4/2-00 – SP, Rel. Des. Daise Fajardo Jacot, j. 26.11.2008, v. u.).

EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte,

a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexistente vedação legal para a hipótese. Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2010).