



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
EDI SCHREINER SILVA

**DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA: O DEVER DOS PAIS DE INDENIZAR O
FILHO PREJUDICADO**

Florianópolis

2009

EDI SCHREINER SILVA

**DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA: O DEVER DOS PAIS DE INDENIZAR O
FILHO PREJUDICADO**

Monografia apresentada ao Curso de graduação
em Direito da Universidade do Sul de Santa
Catarina, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel.

Orientadora: Prof^ª. Anna Lúcia Martins Mattoso Camargo

Florianópolis

2009

EDI SCHREINER SILVA

**DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA: O DEVER DOS PAIS DE INDENIZAR O
FILHO PREJUDICADO**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, xx de novembro de 2009.

Prof^a. e orientadora Anna Lúcia Martins Mattoso Camargo
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^a. Patrícia Russi
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Flávio Nodari Monteiro
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA: O DEVER DOS PAIS DE INDENIZAR O FILHO PREJUDICADO

Declaro, para todos os fins de direitos e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, xx de novembro de 2009.

EDI SCHREINER SILVA

Dedico este trabalho a meu querido esposo, Nestor Antonio da Silva (que partiu no dia 24-07-2009), pessoa incentivadora que não me deixou desistir dos objetivos ainda que estes implicassem em sacrifícios; aos meus filhos, Antonio Roberto e Veronice, e aos meus netos, João Jorge e Guido, que igualmente me incentivaram a trilhar mais um passo de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS pela vida, saúde e pela coragem nos momentos difíceis.

Agradeço especialmente a minha orientadora, Professora Anna Lúcia Martins Mattoso Camargo, que me orientou com equilíbrio e atenção, pela competência, dedicação e disponibilidade, guiando-me e orientando-me para a realização deste trabalho.

Aos professores do curso de direito pelos conhecimentos transmitidos e pela compreensão ao longo de todos esses anos de aprendizado.

A todos os colegas de universidade, pelo companheirismo, amizade e apoio durante todo o curso e, principalmente, na oportunidade da realização deste trabalho.

Pai é alguém que, por causa do filho, tem sua vida inteira mudada de forma inexorável. Isso não é verdadeiro do pai biológico. É fácil demais ser pai biológico. Pai biológico não precisa ter alma. Um pai biológico se faz num momento. Mas há um pai que é um ser na eternidade; aquele cujo coração caminha por caminhos fora do seu corpo. Pulsa, secretamente, no corpo do seu filho (muito embora o filho não saiba disto).

(Rubem Alves)

RESUMO

Trata-se de pesquisa monográfica desenvolvida sobre o dano moral no direito de família, mais especificamente acerca do dever dos pais de indenizar o filho prejudicado, com o objetivo geral de analisar a possibilidade de responsabilização dos genitores por danos causados ao filho em virtude de abandono afetivo. Por conseguinte, os objetivos específicos consistem no estudo do instituto jurídico da responsabilidade civil, da filiação e na análise das correntes doutrinárias contrárias e favoráveis à possibilidade de aplicação da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais. Com base nas pesquisas efetuadas para realização desse trabalho, percebe-se que se trata de um tema bastante polêmico, com correntes totalmente divergentes e com argumentos relevantes de ambos os lados, tendo em vista a peculiaridade inerente ao Direito de Família. No entanto, mostram-se muito graves os danos e as conseqüências que o abandono moral causa na vida do ser humano. O papel dos genitores no desenvolvimento físico e mental dos filhos é fundamental, razão pela qual a lei elenca uma série de deveres para os pais que, por sinal, vão muito além da obrigação de sustento. Ressalta-se, ainda, que a presente pesquisa apresenta alguns exemplos de abandono afetivo nas relações paterno-filiais citados pela doutrina e jurisprudência que acabam auxiliando na compreensão da problemática discutida e na formação de uma opinião acerca do tema.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Filhos. Abandono. Indenização.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 CONCEITO	12
2.2 BREVE NOÇÃO HISTÓRICA.....	13
2.3 CLASSIFICAÇÃO.....	15
2.3.1 Responsabilidade penal e responsabilidade civil	16
2.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	17
2.3.3 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva	18
2.4 PRESSUPOSTOS.....	21
2.4.1 Da conduta humana – ação ou omissão	22
2.4.2 Da culpa	23
2.4.3 Do nexo de causalidade.....	24
2.4.4 Do dano	26
3 DA FILIAÇÃO	30
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA FILIAÇÃO	30
3.2 CONCEITO DE FILIAÇÃO	36
3.3 MODALIDADES DE FILIAÇÃO	38
3.4 O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO	43
4 DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA: O DEVER DOS PAIS DE INDENIZAR O FILHO PREJUDICADO.....	46
4.1 DEVERES DOS PAIS E DIREITOS DOS FILHOS	46
4.2 O ABANDONO AFETIVO.....	50
4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS: POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL	53
4.4 CARACTERIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O DANO AFETIVO	58
4.5 INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL E PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS...	60
5 CONCLUSÃO	65

REFERÊNCIAS.....	68
ANEXOS	73
ANEXO A – PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 700 de 2007	74
ANEXO B – PROJETO DE LEI N. 4294/2008	80
ANEXO C – PROJETO DE LEI N. 4053/2008	82

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se da importância da família, especialmente dos genitores, para o crescimento do indivíduo. Quando criança e adolescente, o papel dos pais mostra-se ainda mais relevante, considerando a formação da personalidade e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessa feita, tendo em vista o crescimento do número de separações e divórcios, muitos filhos terminam crescendo longe do convívio de um dos pais. Além disso, o genitor que não fica com a guarda, em diversos casos, como, por exemplo, em razão da constituição de uma nova família, acaba se distanciando do filho, não cumprindo com os seus deveres afetivos e materiais inerentes as relações paterno-filiais.

Em contraponto, sublinha-se que o distanciamento e o dano moral não decorrem apenas da ausência de convívio sob o mesmo teto, isso porque muitos pais, mesmo residindo junto com os filhos, não desempenham de fato o seu papel de pai e de mãe, negando carinho, atenção, educação, diálogo etc.

Todavia, é preciso salientar que na convivência familiar entre pais e filhos existem dissabores normais às relações afetivas, no entanto, muitas vezes, a falta de cuidado e atenção torna-se algo tão agressivo que acaba por acarretar danos anormais para os filhos, imprimindo marcas negativas para a vida toda.

É neste contexto que se insere o tema escolhido para a realização desta pesquisa de conclusão de curso, considerando o objetivo de analisar a possibilidade, através dos argumentos jurídicos contrários e favoráveis, de responsabilização dos pais por danos morais causados ao filho em face de abandono afetivo.

A relevância da pesquisa, por seu turno, consiste na análise de um tema ainda bastante polêmico e que, por conseqüência, precisa ser amplamente discutido por toda sociedade, considerando a necessidade de reflexão por parte de todas as pessoas acerca dos deveres inerentes à relação paterno-filial.

As idéias centrais do trabalho, por sua vez, dizem respeito ao estudo do instituto da responsabilidade civil, da filiação, e da incidência dos princípios da reparação civil no âmbito do Direito de Família.

Nesse passo, ressalta-se que o tipo de pesquisa utilizada na construção desta pesquisa consiste na técnica bibliográfica exploratória, baseada no levantamento doutrinário e jurisprudencial e no estudo da legislação vigente. No que se refere aos procedimentos metodológicos, partiu-se do método de abordagem dedutivo, sistema que se baseia em teorias e leis gerais para a análise de fenômenos particulares.

Já o método de procedimento utilizado foi o monográfico, estudo de um único tema.

Ademais, sublinha-se que a presente monografia encontra-se estruturada em cinco capítulos:

Inicialmente tem-se a introdução, capítulo de abertura reservado para apresentação do tema, dos objetivos, justificativa do trabalho e dos procedimentos metodológicos utilizados na construção da pesquisa.

O segundo capítulo, por seu turno, é destinado à análise do instituto da responsabilidade civil através do conceito, breve noção histórica, classificação e pressupostos.

Já o capítulo três traz o instituto da filiação. Nesse momento, abordam-se os aspectos históricos, o conceito, as modalidades e as hipóteses de reconhecimento da filiação.

O quarto capítulo, por conseguinte, apresenta a problemática principal proposta para a pesquisa, ou seja, analisa-se a possibilidade de responsabilização civil dos pais por danos morais causados ao filho em virtude de abandono afetivo. Nessa oportunidade, verificam-se as correntes contrárias e favoráveis à possibilidade de indenização, as conseqüências do abandono afetivo, assim como o entendimento jurisprudencial e as proposições legislativas relacionadas ao tema.

Por último tem-se a conclusão, as referências e os anexos da pesquisa.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um instituto jurídico bastante antigo que merece especial atenção, principalmente porque busca a reparação dos danos causados ilicitamente, a exemplo do dever dos pais de indenizar o dano moral causado ao filho prejudicado, tema principal deste trabalho monográfico.

Por essa razão, dedica-se este capítulo inicial à análise do conceito, de uma breve noção histórica, da classificação e dos pressupostos da responsabilidade civil frente ao ordenamento jurídico brasileiro vigente.

2.1 CONCEITO

A doutrina civilista, a exemplo de Maria Helena Diniz¹ e Rui Stoco², registra que a conceito de responsabilidade civil pode ser inicialmente extraído da origem etimológica da palavra que, por sua vez, é proveniente do latim *respondere*, que exprime a necessidade de responsabilização do agente que causa dano a outrem.

Trata-se, em resumo, de “[...] um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.³

A responsabilidade civil, para Silvio Rodrigues, pode ser definida “[...] como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.⁴

Na mesma linha, extrai-se da lição de Maria Helena Diniz a seguinte explicação:

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 39.

² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 118.

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 24.

⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. rev e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. p. 6.

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia da culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa.⁵

Verifica-se, conforme citação acima, que a responsabilidade civil é o mecanismo jurídico dirigido à reparação dos danos materiais ou morais causados ilicitamente.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a idéia de responsabilidade civil implica em uma atividade danosa de alguém que violou a norma jurídica preexistente, estando esta pessoa subordinada às conseqüências de seu ato, com a obrigação de reparar o dano causado.⁶

Por conseguinte, Rogério Marrone de Castro Sampaio lembra que a responsabilidade civil encontra-se definida como parte integrante do direito obrigacional, considerando a obrigação que tem o agente de um ilícito de indenizar a vítima pelos prejuízos a ela causados.⁷

Destaca-se, com base nesses conceitos elucidativos, o que é a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, pode-se definir, sinteticamente, que a responsabilidade civil é o instituto jurídico capaz de promover a reparação de danos experimentos pela vítima em face de ato ilícito omissivo ou comissivo praticado pelo agente.

2.2 BREVE NOÇÃO HISTÓRICA

Encontra-se no direito romano, segundo a doutrina, a origem histórica da responsabilidade civil. A famosa Lei do Talião, que pregava a retribuição do mal pelo

⁵ DINIZ, 2004, p. 40.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4. p. 9.

⁷ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

mal, “olho por olho, dente por dente”, já exprimia uma forma de reparação do dano.⁸

Denota-se que, nessa época, a responsabilidade civil era pautada na vingança. Entretanto, posteriormente, verificou-se uma evolução do instituto no direito romano, visto que a lei passou a aceitar a hipótese de transação entre a vítima e o ofensor, evitando a aplicação da pena de Talião. Com isso, a vítima receberia, a título de indenização ou pena, determinada importância pecuniária.⁹

Cumprido ressaltar, todavia, que “[...] um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquilia*, cuja importância foi tão grande que deu nome a nova designação da responsabilidade *delitual* ou extracontratual.¹⁰

Nesse quadrante, anota-se a lição de Alvino Lima:

Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão-somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da idéia da pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a idéia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória. A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva da vingança; o caráter penal da ação da lei Aquilia, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência. [grifo do autor].¹¹

Extraí-se da citação acima que a evolução do instituto da responsabilidade civil encarregou-se de introduzir no sistema o pressuposto culpa e de distinguir a responsabilidade civil da penal.

Nesse viés, percebe-se que é na chamada “[...] lei Aquilia que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda ‘uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno’, [...]”.¹²

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v.4. p.14.

⁹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 11.

¹⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, loc. cit.

¹¹ LIMA, Alvino, [s/d] apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, loc. cit.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência**. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5.

Sobre a influência desta tendência no ordenamento jurídico brasileiro, transcreve-se a doutrina:

Permitindo-se um salto histórico, observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela idéia de reparação do dano sofrido – foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.¹³

Resulta clara a influência do direito romano no direito brasileiro, especialmente no que se refere à teoria da responsabilidade civil pautada na teoria da culpa. Por outro lado, importante anotar que o instituto sofreu importantes mudanças até chegar aos patamares atuais.

Observa-se que “a tendência, hoje facilmente verificável, de não se deixar irressarcida a vítima de atos ilícitos, sobrecarrega os nossos pretórios de ações de indenização das mais variadas espécies”.¹⁴

Denota-se, portanto, embora de maneira bastante superficial, as origens históricas do instituto da responsabilidade civil e a influência do direito romano no direito brasileiro.

2.3 CLASSIFICAÇÃO

Significante parcela da doutrina divide o instituto da responsabilidade, em sentido amplo, em responsabilidade civil e penal. A responsabilidade civil, por seu turno, objeto da presente monografia, é classificada em contratual e extracontratual, bem como em subjetiva e objetiva, tema que será abordado a seguir.

¹³ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 13.

¹⁴ GONÇALVES, 2002, p. 1.

2.3.1 Responsabilidade penal e responsabilidade civil

O Código Civil Brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu artigo 935 declara que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.¹⁵

Com base no dispositivo legal mencionado, percebe-se a ausência, salvo a exceção quanto aos efeitos da decisão criminal, de dependência entre a responsabilidade civil e penal.

Acerca do tema, importante colacionar a lição do civilista Sílvio de Salvo Venosa:

De início há um divisor de águas entre a responsabilidade penal e a civil. A ilicitude pode ser civil ou penal. Como a descrição da conduta penal é sempre uma tipificação restrita, em princípio a responsabilidade penal ocasiona o dever de indenizar. Por essa razão, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal, na forma dos arts. 91, I do Código Penal, 63 do CPP e 584, II do CPC. As jurisdições penal e civil em nosso país são independentes, mas há reflexões no juízo cível, não só sob o mencionado aspecto da sentença penal condenatória, como também porque não podemos discutir no cível a existência do fato e da autoria do ato ilícito, se essas questões foram decididas no juízo criminal e encontram-se sob o manto da coisa julgada (art. 64 do CPP, art. 935 do atual Código Civil). De outro modo, a sentença penal absolutória, por falta de provas quanto ao fato, quanto à autoria, ou a que reconhece uma dirimente ou justificativa, sem estabelecer a culpa, por exemplo, não tem influência na ação indenizatória que pode revolver autonomamente toda a matéria em seu bojo.¹⁶

Desta maneira, sublinha-se que, a despeito da independência da esfera civil e criminal, a decisão penal condenatória provoca coisa julgada no cível, considerando que a autoria e a existência dos fatos não poderão ser novamente aventadas nesta seara. Em descompasso, no caso de decisão criminal absolutória por falta de provas, não ocorre interferência no cível, ou seja, a independência é preservada.

Ainda, segundo a doutrina,

¹⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2009.

¹⁶ VENOSA, 2004, p. 23.

Importante frisar que não é incomum a mesma conduta configurar ilícito penal e civil. Diante dessa situação, ao mesmo tempo em que se autoriza ao Estado aplicar uma sanção penal prevista em lei, atribui-se também à vítima o direito de se indenizar pelos prejuízos causados em função do mesmo comportamento.¹⁷

À luz desse fundamento, denota-se que uma mesma conduta humana é passível de responsabilização civil e penal. Ademais, destaca-se que, ao passo que a responsabilidade penal encontra-se sob a alçada do direito público, a responsabilidade civil é submetida às regras do direito privado.

2.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

Lembra o doutrinador Silvio Rodrigues que merece especial relevância “[...] a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, pois uma pessoa pode causar prejuízo a outra tanto por descumprir uma obrigação contratual como por praticar outra espécie de ato ilícito”.¹⁸

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona “contratual é o inadimplemento da obrigação prevista no contrato (violação de norma contratual anteriormente fixada pelas partes), fundamentada nos arts. 389 e 395 do Código Civil”. Já a responsabilidade “extracontratual ou aquiliana é a violação direta de uma norma legal, com fundamento nos arts. 186 a 188 e 927 do Código Civil”.¹⁹

De modo semelhante, Rogério Marrone de Castro Sampaio leciona acerca da responsabilidade contratual:

Na responsabilidade contratual, o dever de indenizar os prejuízos decorre do descumprimento de uma obrigação contratualmente prevista. Tanto é assim que estabelece o art. 389 do Código Civil que, “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. No Código de 1916, o tema vinha regulado no art. 1.056, que manteve a idéia central, apenas referindo-se, genericamente, ao dever de reparar perdas e danos.²⁰

¹⁷ SAMPAIO, 2003, p. 23.

¹⁸ RODRIGUES, 2003, p. 8.

¹⁹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 17.

²⁰ SAMPAIO, op. cit., p. 24.

Denota-se, através da leitura da citação supracitada que, de acordo com o Código Civil, nos casos de inadimplemento da obrigação contratual, de regra, o devedor responde pelas perdas e danos causados ao credor, acrescidos de juros, atualização monetária e honorários de advogado.

Sobre a responsabilidade extracontratual, anota-se:

No tocante à responsabilidade extracontratual ou aquiliana, o dever de indenizar os danos causados decorre da prática de um ato ilícito propriamente dito (ilícito extracontratual), que se consubstancia em uma conduta humana positiva ou negativa violadora de um dever de cuidado (culpa em sentimento lato). Encontra previsão legal no art. 186 do Código Civil (art. 159 do CC/1916). Em outras palavras, a obrigação de reparar o dano não está relacionada à existência anterior de um contrato e ao descumprimento culposo de uma obrigação por ele gerada. Origina-se, outrossim, de um comportamento (genericamente tratado pelo ordenamento jurídico no referido art. 186 do CC) socialmente reprovável. Cita-se como exemplo a hipótese do indivíduo que, dirigindo imprudentemente seu veículo, atropela um pedestre, causando-lhe lesões corporais.²¹

Frisa-se que, na hipótese de responsabilidade civil extracontratual, em regra, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direto e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.²²

Por fim, observa-se que diferença básica verificada entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, conforme observado, reside na existência ou inexistência de um vínculo jurídico entre as partes anterior a ocorrência do evento danoso.

2.3.3 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva

Dentre as classificações da responsabilidade civil, sublinha-se aquela que a divide em responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Nesta senda, Silvio Rodrigues lembra que, “em rigor não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o

²¹ SAMPAIO, 2003, p. 24.

²² BRASIL, 2002.

dano”.²³

A responsabilidade civil subjetiva encontra-se fundamentada no art. 186 do Código Civil, assim como no art. 927 do mesmo Código, *in verbis*: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.²⁴

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, a noção culpa está intimamente relacionada à responsabilidade, por essa razão que, em regra, “[...] ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva”.²⁵

Sobre a responsabilidade civil subjetiva explica a doutrina:

A responsabilidade civil subjetiva ou clássica, em que se estruturava o Código Civil de 1916, funda-se, essencialmente, na teoria da culpa. Tem-se como elemento essencial a gerar o dever de indenizar o fator culpa entendido em sentido amplo (dolo ou culpa em estrito). Ausente tal elemento, não há que se falar em responsabilidade civil. Assim, para que se reconheça a obrigação de indenizar, não basta apenas que o dano advenha de um comportamento humano, pois é preciso um comportamento humano qualificado pelo elemento subjetivo culpa, ou seja, é necessário que o autor da conduta a tenha praticado com a intenção deliberada de causar um prejuízo (dolo), ou, ao menos, que esse comportamento reflita a violação de um dever de cuidado (culpa em sentido estrito).²⁶

De acordo com o pensamento externado na citação acima, denota-se que a responsabilidade civil subjetiva baseia-se na noção de culpa em sentido amplo, ou seja, compreende o dolo.

Sílvio de Salvo Venosa, por seu turno, assevera que “[...], dentro da concepção tradicional, a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente”. Dessa maneira, “a prova de culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito”.²⁷

Verifica-se, portanto, que na responsabilidade civil subjetiva, “a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro

²³ RODRIGUES, 2003, p. 11.

²⁴ BRASIL, 2002.

²⁵ CAVALIERI FILHO, 2004, p. 38.

²⁶ SAMPAIO, 2003, p. 26.

²⁷ VENOSA, 2004, p. 11.

desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa”.²⁸

De outra banda, sublinha-se que somente a partir da segunda metade do século XIX a responsabilidade objetiva tomou corpo, aparecendo como um sistema autônomo no campo da responsabilidade civil.²⁹

Essa espécie de responsabilidade, por oportuno, encontra guarida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.³⁰

Caio Mário da Silva Pereira anota que:

O Código Civil de 2002 não ficou imune ao desenvolvimento da responsabilidade civil sem culpa, tendo em diversas hipóteses previsto este tipo de responsabilidade. A regra mais importante é a do parágrafo único do art. 927, que instituiu uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, ao determinar que haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para direitos de outrem.³¹

Com isso, percebe-se que, na responsabilidade civil objetiva, a reparação de danos está pautada na teoria do risco, por isso não há necessidade de comprovação da culpa para que surja a obrigação de indenizar. Nesse caso, a culpa “[...] é presumida por lei, invertendo-se o ônus da prova. O autor da ação precisa apenas provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu”.³²

Colaciona-se da obra de Silvio de Salvo Venosa:

Na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano, em detrimento do dolo ou da culpa. Desse modo, para o dever de indenizar, bastam o dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa. Em que pese a permanência da responsabilidade subjetiva como regra geral entre nós, por força do art. 159 do Código de 1916 e do art. 186 do atual Código, é crescente, como examinamos, o número de fenômenos que são regulados sob a responsabilidade objetiva. O próprio Código Civil de 1916 adotara a responsabilidade objetiva em algumas situações, como a do art.

²⁸ GONÇALVES, 2002, p. 21.

²⁹ Ibid., p. 23.

³⁰ BRASIL, 2002.

³¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 563.

³² GONÇALVES, op. cit., p. 22.

1.529 (atual, art. 938) (responsabilidade do habitante de casa por queda ou lançamento de coisas em lugar indevido). Tendo em vista a realidade da adoção crescente da responsabilidade objetiva pela legislação, torna-se desnecessária a discussão de sua conveniência no âmbito de nosso estudo e no atual estágio da ciência jurídica.³³

Com base nessa citação, percebe-se que a configuração da responsabilidade civil objetiva prescinde de comprovação do elemento culpa.

Inácio de Carvalho Neto explica que “[...] na responsabilidade subjetiva, além da prova da ação ou omissão do agente, do dano experimentado pela vítima e da relação de causalidade entre um e outro, faz-se mister provar a culpa com que agiu o agente”. Por outro lado, “[...] na responsabilidade objetiva, esta culpa é irrelevante; são suficientes aqueles três requisitos”.³⁴

Logo, conforme aduz Maria Helena Diniz, na responsabilidade civil objetiva “a vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu”.³⁵

Desse modo, a “[...] responsabilidade objetiva é referida, normalmente, como a responsabilidade sem culpa. Em termos de maior apuro técnico, o melhor é defini-la como ocorrente independentemente de culpa; ou seja, esta pode ou não existir.”³⁶

Assim, denota-se que a principal diferença entre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva reside no pressuposto culpa, considerando que, nesta última hipótese, a obrigação de indenizar independe da comprovação da conduta culposa ou dolosa do agente.

2.4 PRESSUPOSTOS

Da leitura do art. 186³⁷ do Código Civil, já mencionado anteriormente,

³³ VENOSA, 2004, p. 22.

³⁴ CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. v. IX. p. 48-49.

³⁵ DINIZ, 2004, p. 58.

³⁶ CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 31.

³⁷ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direto e

percebe-se a existência de alguns requisitos inerentes ao instituto da responsabilidade civil. Segundo Silvio Rodrigues, “desdobrando-se o art. 186 do Código Civil, acima transcrito, verificamos que ele envolve algumas idéias que implicam a existência de alguns pressupostos, ordinariamente necessários, para que a responsabilidade civil emerja”.³⁸

Para Silvio de Salvo Venosa, decantado esse dispositivo, “[...] verifica-se que nele estão presentes os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e, finalmente, culpa”.³⁹

Nesse viés, ressalta-se que esses quatro requisitos previstos para a caracterização da responsabilidade civil, nos moldes da legislação vigente, serão explicados nos tópicos seguintes desta pesquisa.

2.4.1 Da conduta humana – ação ou omissão

A caracterização da responsabilidade civil depende de um comportamento humano, sendo ele positivo (ação) ou negativo (omissão).⁴⁰

O requisito da ação ou omissão do agente, para Maria Helena Diniz, consiste no ato “[...] humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”.⁴¹

A doutrina de Sergio Cavalieri Filho explica a conduta humana comissiva e a omissiva, assim como segue:

Um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já, a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma

causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

³⁸ RODRIGUES, 2003, p. 15.

³⁹ VENOSA, 2004, p. 14.

⁴⁰ SAMPAIO, 2003, p. 31

⁴¹ DINIZ, 2004, p. 43.

conduta devida.⁴²

Importante destacar também, nesse passo, que “a responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertença.”⁴³

Na mesma linha, Sílvio Rodrigues registra que obrigação de reparar o dano pode resultar de ato próprio do agente “[...] ou de ato de terceiro. Mas pode, igualmente, ser ele obrigado a reparar o dano causado por coisa ou animal que estava sob sua guarda, ou por dano derivado de coisas que tombem de sua morada”.⁴⁴

Com base nessas citações, verifica-se a definição do pressuposto conduta humana. Por conseguinte, passa-se, a seguir, a análise do requisito denominado culpa.

2.4.2 Da culpa

A culpa, nas palavras de Sérgio Cavaleri Filho, pode ser conceituada “como conduta voluntária, contrária ao dever de cuidado imposto pelo direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.⁴⁵

Nesse viés, Rogério Marrone de Castro Sampaio ensina que, para a configuração da responsabilidade civil é preciso que: “[...] O agente tenha causado o dano, porque quis o resultado (dolo), ou porque não se ateuve ao dever de cuidado que se poderia exigir de um homem médio”.⁴⁶

Nesse sentido, Maria Helena Diniz afirma que o requisito culpa “[...] em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela”, engloba “o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação

⁴² CAVALIERI FILHO, 2004, p. 24

⁴³ GONÇALVES, 2002, p. 32.

⁴⁴ RODRIGUES, 2003, p. 16.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 34

⁴⁶ SAMPAIO, 2003, p. 77

de violar um dever”. Logo, “não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas conseqüências”.⁴⁷

Entretanto, na forma como leciona Silvio Rodrigues:

Ordinariamente, para que a vítima obtenha a indenização, deverá provar entre outras coisas que o agente causador do dano agiu culposamente. O encargo de provar a culpa, imposto à vítima, às vezes se apresenta tão difícil que a pretensão daquela de ser indenizada na prática se torna inatingível. Com efeito, não é fácil, para o herdeiro, provar que o motorista do automóvel que atropelou seu pai e de cujo acidente lhe resultou a morte, vinha dirigindo com imprudência.⁴⁸

Conforme pensamento supracitado, verifica-se que a prova da conduta culposa, em determinadas situações, configura uma tarefa bastante difícil.

Na mesma diretriz, Sergio Cavalieri Filho aduz que, tendo por essência o descumprimento de um dever de cuidado, “[...] a dificuldade da teoria da culpa está justamente na caracterização precisa da infração desse dever ou diligência, que nem sempre coincide com a violação da lei”.⁴⁹

Com base nessas informações, denota-se o conceito de culpa, inclusive que, na esfera da responsabilidade civil, essa noção compreende o dolo, ou seja, é aplicada em sentido amplo, bem como a dificuldade de caracterização desse requisito.

2.4.3 Do nexó de causalidade

O pressuposto da obrigação de indenizar denominado nexó de causalidade, segundo Maria Helena Diniz, “[...] é a relação necessária entre o fato danoso praticado pelo agente e o prejuízo sofrido pela vítima”.⁵⁰

⁴⁷ DINIZ, 2004, p. 46.

⁴⁸ RODRIGUES, 2003, p. 17.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, 2004, p. 51.

⁵⁰ DINIZ, op. cit., p. 117.

A definição de nexos causal, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, não é jurídica, visto que “[...] decorre das leis naturais, formando um vínculo apenas com a ligação ou relação de causa e efeito entre o resultado e a conduta do agente”.⁵¹

No mesmo norte, Silvio de Salvo Venosa leciona:

O conceito de nexos causal, nexos etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou o dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito.⁵²

Extrai-se da leitura do trecho doutrinário acima mencionado que o pressuposto da responsabilidade civil conhecido como nexos de causalidade é o condão que vincula a ação ou a omissão humana ao evento danoso.

Trata-se da “[...] relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo ‘causar’, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar.”⁵³

Sérgio Cavalieri Filho lembra que no âmbito da responsabilidade civil “não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano”. Segundo o autor “é preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito”.⁵⁴

Frisa-se, pois, que o nexos de causalidade refere-se ao liame que une a conduta do agente ao prejuízo experimentado pela vítima, pressuposto indispensável para a caracterização do dever de indenizar.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, 2004, p. 46.

⁵² VENOSA, 2004, p. 45.

⁵³ GONÇALVES, 2002, p. 33.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 65.

2.4.4 Do dano

O pressuposto conhecido como dano, segundo a doutrina, configura “um requisito essencial da responsabilidade civil, quer de ordem subjetiva ou clássica, quer objetiva”.⁵⁵ Clayton Reis assinala que “[...] desde a antiguidade o dano vem sendo considerado como o prejuízo causado pela ação contrária à norma legal, do qual decorra a perda ou um desfalque ao patrimônio do lesionado”.⁵⁶

Sílvio de Salvo Venosa registra que o “dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia”.⁵⁷

Nesse diapasão, Antônio Jeová dos Santos afirma que:

Dano é prejuízo. É diminuição de patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações, [...].⁵⁸

De acordo com a idéia apresentada no trecho supramencionado, o requisito dano, além de configurar requisito obrigatório da responsabilidade civil, significa prejuízo sofrido pela vítima.

Maria Helena Diniz, por seu turno, confirma que “[...] não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo”. Tal assertiva apresenta-se verdadeira ao passo que “[...] a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar”.⁵⁹

Salienta-se, no entanto, que o dano pode ser classificado em patrimonial ou moral. O dano patrimonial é aquele que atinge diretamente o patrimônio da vítima, “[...] resultante na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais

⁵⁵ SAMPAIO, 2003, p. 98.

⁵⁶ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3.

⁵⁷ VENOSA, 2004, p. 33.

⁵⁸ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 74.

⁵⁹ DINIZ, 2004, p. 63.

que a pertence, tendo a obrigação de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável”.⁶⁰

Maria Helena Diniz registra também que “o dano patrimonial abrange o lucro cessante, que é o aumento que seu patrimônio poderia ter, mas deixou de obter, em razão do evento danoso e o dano emergente, que é tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu”.⁶¹

Arnaldo Rizzardo declara que :

No dano patrimonial, há um interesse econômico em jogo. Consuma-se o dano com o fato que impediu a satisfação da necessidade econômica. O conceito de patrimônio envolve qualquer bem exterior, capaz de classificar-se na ordem das riquezas materiais, valorizável por sua natureza e tradicionalmente em dinheiro. Deve ser idôneo para satisfazer uma necessidade econômica e apto de ser usufruível.⁶²

O dano moral, por seu turno, é a lesão de interesses não patrimoniais da pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo.⁶³

Assim, ensina a doutrina que “Quando o prejuízo afeta bem material, diz-se que o dano é patrimonial”. Por outro lado, “[...] quando, ao contrário, a lesão afeta sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação, dor etc., diz-se que o dano é moral”.⁶⁴

Segundo Antônio Jeová dos Santos, “o que caracteriza o dano moral é a consequência de algum ato que cause dor, angústia, aflição física ou espiritual ou qualquer padecimento infligido à vítima em razão de algum evento danoso”.⁶⁵

Acerca do dano moral no direito brasileiro, anota-se a lição de Arnaldo Rizzardo:

O dano moral, até alguns anos atrás, constituía assunto de grande controvérsia. Precisamente, não há mais novidade nesse campo de atuação, aliás um dos mais explorados. A própria Constituição Federal prevê a reparação, quando atingida a honra, no art. 5º, inciso V: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Também no inciso X do

⁶⁰ DINIZ, 2004, p. 112.

⁶¹ DINIZ, loc. cit.

⁶² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17.

⁶³ DINIZ, op. cit., p. 115.

⁶⁴ SANTOS, 2003, p. 78.

⁶⁵ Ibid., p. 108.

mesmo artigo, com relevo para a imagem e a honra das pessoas, é contemplada a proteção. Em verdade, nada de novo veio com a Constituição, porquanto já o art. 159 do Código Civil de 1916, no qual se fundamentava a responsabilidade, tinha em vista o dano geral, não fazendo qualquer distinção quanto ao tipo ou à natureza. Mesmo anteriormente dominava, de outro lado, o princípio de que o ressarcimento deveria ser o mais amplo possível, abrangendo todo e qualquer prejuízo. O Código Civil de 2002 colocou de forma explícita a reparação por dano moral, juntamente com a por dano patrimonial: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁶⁶

De acordo com a citação acima, denota-se um pouco da evolução legislativa do dever de indenizar o dano moral no direito brasileiro.

Rui Stoco afirma que o dano moral pode ser conceituado como a “ofensa causada à pessoa prejudicada, ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade”.⁶⁷

Em que pese a doutrina apresentar diferentes definições para o dano moral, relevante salientar que “as sensações desagradáveis, por si sós, que não trazem em seu bojo lesividade a algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem que tolerar [...]”.⁶⁸

Nesse viés, Arnaldo Rizzardo completa:

Cumprido notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, ‘os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito’, que ‘devem ser considerados como os que não ultrapassam o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos etc’.⁶⁹

Dessa maneira, verificam-se as principais diferenças e nuances que englobam os conceitos de dano material e moral, bem como que os meros aborrecimentos do cotidiano não apresentam cunho lesivo capaz de ensejar o dever de indenizar.

Em últimas linhas, destaca-se que, após a análise dos principais aspectos da responsabilidade civil, passa-se, no próximo capítulo deste trabalho, ao estudo do

⁶⁶ RIZZARDO, 2007, p. 245.

⁶⁷ STOCO, 2004, p. 130.

⁶⁸ SANTOS, 2003, p. 113.

⁶⁹ RIZZARDO, op. cit., p. 246.

instituto da filiação para, posteriormente, abordar o dano moral no direito de família: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado, objetivo principal deste trabalho monográfico.

3 DA FILIAÇÃO

A filiação, na perspectiva de Gerard Cornu, não constitui apenas um direito da verdade. É, igualmente, em parte, “[...] um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa”.⁷⁰

Desta maneira, registra-se que este capítulo tem como objetivo principal estudar o instituto da filiação, para caracterizar os deveres legais e morais dos pais na formação da personalidade e desenvolvimento do filho. Para tanto, analisar-se-ão, a seguir, os aspectos históricos, o conceito e as modalidades de filiação, assim como as espécies de reconhecimento.

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA FILIAÇÃO

No início do século XX, a família brasileira, baseada no direito romano, “[...] representava o modelo aristocrático estruturado no patriarcalismo, na exclusão, na matrimonialização, no patrimonialismo e na legitimidade dos filhos, merecendo ser tutelada transpessoalmente ainda que em detrimento de seus partícipes”.⁷¹

Luiz Roberto Assumpção registra que “a família era matrimonializada e patriarcal, com o predomínio do homem, na qualidade de chefe da família, com um férreo poder marital, e a subordinação total da mulher”. E, no que se refere à filiação, “o princípio da indiscutível paternidade do marido da mãe era garantido pelo domínio total sobre a mulher, que deveria ser casta e fiel a ele, podendo apenas permanecer no lar”.⁷²

Nesse sentido, anota-se a doutrina de Guilherme Calmon Nogueira da

⁷⁰ CORNU, 2003 apud LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 527.

⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 331-332.

⁷² ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3- 4.

Gama:

A estruturação da família jurídica do Código Civil de 1916 representava o reconhecimento legal de apenas uma família sociológica: a família matrimonializada, ainda que se encontrasse desfeita de fato por eventual separação de corpos dos cônjuges, ou que um dos cônjuges tivesse procriado fora do casamento, o que impedia o ingresso da pessoa resultante de tal procriação na entidade familiar, nos termos dos arts. 358 e 364, ambos do revogado Código Civil de 1916. A proibição do reconhecimento de filho ilegítimo sob a modalidade de filho espúrio adulterino era absoluta no início do século XX, diante do sério risco à paz familiar que a criança poderia gerar à família legítima, com base na redação original do Código Civil de 1916.⁷³

Com base na citação acima, denota-se que no Código Civil de 1916, o instituto da filiação encontrava-se baseado no casamento dos pais quando da concepção. Desta maneira, o casamento válido ou o casamento putativo era a fonte da legitimidade da filiação. Nessa senda, o art. 337 do mencionado Código declarava “que eram legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé. O casamento subsequente tinha condão também de operar a legitimação dos filhos havidos pelo casal”.⁷⁴

Logo, percebe-se que, nas suas origens, as relações de filiação “[...] representavam fatos meramente naturais e biológicos, de caráter eminentemente subordinativo, eis que desenvolvidas em famílias calcadas na autoridade absoluta de um chefe, o qual detinha até mesmo o poder de matar os seus filhos”.⁷⁵

Acerca da classificação discriminatória da filiação, ensina a doutrina que:

A história legislativa do reconhecimento judicial da paternidade denota a crise do sistema clássico esculpido no Código Civil de 1916, que distinguia, de forma discriminatória e injustificada, os filhos “legítimos” dos “ilegítimos”, categorizando a filiação e imprimindo proteção superior aos filhos havidos na constância do casamento, valendo acrescentar que, no plano das conseqüências, a discriminação refletia-se, de um lado, no resguardo da filiação decorrente da união matrimonializada dos pais, e de outro, em matéria de reconhecimento (voluntário ou judicial) da paternidade ilegítima.⁷⁶

⁷³ GAMA, 2008, p. 332.

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 206-207.

⁷⁵ BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 18.

⁷⁶ ASSUMPÇÃO, 2004, p. 14-15.

No mesmo viés da citação supramencionada, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que diversos são os motivos elencados para justificar a discriminação e, conseqüentemente, a exclusão presente no Código Civil de 1916 no que tange à filiação dita “ilegítima”, dentre eles está “[...] a necessidade de proteção da paz doméstica; a estabilidade dos casamentos; a tradição e a fama das famílias; a repressão aos escândalos que poderiam advir do estabelecimento dos vínculos jurídicos de paternidade-maternidade-filiação”.⁷⁷

Importante destacar, nesse passo, que a batalha, no Brasil, pela igualdade dos filhos, possui uma história assinalada por “[...] inomináveis injustiças, desigualdades e discriminações, que refletiam o sistema do Código Civil de 1916. Este, por sua vez, era o reflexo da sociedade patriarcal da época, dentro do maior radicalismo legado pela tradição napoleônica”.⁷⁸

Sob esse prisma, Caio Mário da Silva Pereira registra que “a proteção concedida aos bastardos não envolve uma curva regular, mas, antes, é cheia de altos e baixos, de avanços e recuos”. Todavia, quem se coloca “[...] numa posição de que possa abraçar em conjunto o panorama da situação dos filhos naturais nas diversas legislações e em tempos diferentes, percebe exatamente o sentido dessa evolução”.⁷⁹

Nesse contexto, em 1949, foi editada a Lei 883, pela qual os filhos havidos fora do casamento passaram a ter direito ao reconhecimento, “subordinado à atribuição de estado à dissolução da sociedade conjugal, seja pelo desquite, seja pela morte de um dos cônjuges, seja, ainda, pela anulação do matrimônio”.⁸⁰

A Lei n. 883/49, de acordo com a doutrina, “constituiu uma nova conquista para os filhos nascidos fora do casamento, direcionando o direito brasileiro para um rumo menos discriminatório”.⁸¹

Nessa mesma linha, Silvio Rodrigues refere-se à Lei 883/49 como uma “[...] tendência no sentido de colocar em pé de igualdade todas as espécies de filho”. Todavia, salienta o doutrinador que não foi com essa lei que essa tendência se

⁷⁷ GAMA, 2008, p. 333.

⁷⁸ ASSUMPÇÃO, 2004, p. 19.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1997 apud VENOSA, 2007, p. 232

⁸⁰ ASSUMPÇÃO, op. cit., p. 22.

⁸¹ ASSUMPÇÃO, loc. cit.

tornou inteiramente vitoriosa.⁸² Isso porque, conforme se verifica, a mencionada legislação “[...] manteve a proibição do reconhecimento dos filhos incestuosos e dos adúlteros na constância do casamento”.⁸³

Observa-se o surgimento da Lei n. 6.515, de 26-12-1977, conhecida como lei do divórcio, que, por sua vez, introduziu no ordenamento importantes inovações “[...] no direito de família, tanto no campo das causas permissivas da dissolução da sociedade conjugal quanto na questão do direito do reconhecimento voluntário e forçado do filho havido fora do matrimônio”.⁸⁴

Entretanto, também não foi com a lei do divórcio que se encerrou a luta em favor da dignificação da filiação dita ilegítima, haja vista que, “[...] apesar dos reparos inovadores feitos à Lei n. 883/49, nos seus arts. 1º, 2º, 4º, parágrafo único, e 9º, não admitiu o reconhecimento pleno e incondicional dos chamados filhos espúrios”.⁸⁵

Posteriormente, em 1984, foi editada a Lei n. 7.250 que, por seu turno, “[...] introduziu o § 2º no art. 1º da Lei n. 883/49, estatuidando: ‘mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos’”.⁸⁶

Cumprе salientar, contudo, que “a evolução da jurisprudência brasileira no decorrer do século XX é bastante esclarecedora e por si só preparou o terreno para o legislador constitucional de 1988”.⁸⁷

Nesse viés, colaciona-se a doutrina:

Desse modo, diante do reconhecimento da inadequação do tratamento legal a respeito do tema envolvendo o estabelecimento e os efeitos da filiação, o direito brasileiro promoveu, paulatinamente no curso do século XX, mudanças, a princípio parciais e pontuais, até o advento da Constituição de 1988, que estabeleceu a plena igualdade dos filhos, independentemente do tipo de vínculo existente entre seus pais e da origem da parentalidade.⁸⁸

Com base no pensamento acima esposado, sublinha-se que a introdução

⁸² RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 322.

⁸³ ASSUMPÇÃO, 2004, p. 22.

⁸⁴ Ibid., p. 23.

⁸⁵ Ibid., p. 23.

⁸⁶ Ibid., p. 23.

⁸⁷ VENOSA, 2007, p. 232

⁸⁸ GAMA, 2008, p. 331 e 332

no ordenamento jurídico dos princípios constitucionais igualitários previstos da Constituição Federal de 1988 “[...] trouxe como consequência a revogação do art. 358 do Código Civil de 1916, que vedava o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos, pela Lei n. 7.841 de 17-10-1989”.⁸⁹

Sobre as principais alterações no direito de família ocasionadas pela promulgação da Carta Magna de 1988, registra-se:

A aplicabilidade imediata da Constituição Federal de 1988, [...] uma vez reconhecido o princípio da efetividade das normas constitucionais, significou alteração de caráter substancial no direito da família, citando-se, a propósito, a instituição de um novo conceito da família, como célula-base da sociedade, protegendo a família monoparental e reconhecendo as uniões estáveis como entidades familiares, merecendo a proteção do Estado (art. 226, §§ 3º e 4º); o princípio de reciprocidade de direitos e deveres entre os cônjuges no casamento (art. 226 § 5º); o princípio de igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, I); o preceito de isonomia jurídica entre os filhos de qualquer natureza e origem, havidos ou não do matrimônio, e os adotivos (art. 227, § 6º).⁹⁰

Pode-se perceber, através dessa citação, as importantes novidades introduzidas pela nova ordem constitucional.

Nesse quadrante, sublinha-se que a Constituição Federal de 1988, quanto à filiação, no §6º, do art. 227, estabeleceu que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.⁹¹

Com isso, “a exclusão histórica dos filhos então chamados ilegítimos, sob as modalidades de filhos espúrios adulterinos e incestuosos”, foi definitivamente reparada.⁹²

Denota-se que o novel texto constitucional deu azo a uma nova era, onde “a restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da expressão da afetividade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade”.⁹³

⁸⁹ ASSUMPÇÃO, 2004, p. 24.

⁹⁰ Ibid., p. 24-25.

⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 set. 2009.

⁹² GAMA, 2008, p. 331 e 332

⁹³ ASSUMPÇÃO, op. cit., p. 43.

De forma semelhante, Luiz Roberto Assumpção aduz que a Constituição Federal de 1988 “[...] deu à noção jurídica de família um sentido mais amplo e plural, constituída e estruturada nos laços de afeto e de amor, restando valorizado seu espaço social”. Assim, expandindo o teor de “[...] suas relações, abriu novas perspectivas de análise que acabaram fazendo-se sentir, diretamente, na tutela do referido instituto, buscando na relação entre o indivíduo e a sociedade o critério de valoração dos comportamentos”.⁹⁴

Guilherme Calmon Nogueira da Gama também comenta as novas disposições introduzidos pela Constituição de 1988, afirmando que “inúmeros são os aspectos relacionados aos vínculos de paternidade-filiação e de maternidade-filiação que foram alterados com o texto constitucional de 1988, conforme tem reconhecido a doutrina e a jurisprudência no Brasil”. A título de exemplo, o autor apresenta o seguinte:

[...] a inclusão jurídica nas famílias de várias pessoas que antes estavam fadadas à exclusão; a repercussão no modelo clássico de paternidade, de maternidade e de filiação; a pluralidade de entidades familiares multifacetadas; as origens dos vínculos jurídicos relacionados aos parentes; a igualdade de direitos e de qualificações dos filhos; o casamento e a filiação; o sistema de presunções e de verossimilhanças, a matrimonialização dos filhos havidos antes do casamento de seus pais.⁹⁵

Desta feita, com base no exemplo acima transcrito, verifica-se que “[...] a discriminação que ainda pairava sobre esse estado de filiação foi definitivamente extirpada, sendo proclamada a igualdade de todos os filhos perante as leis civis”.⁹⁶

Por último, no contexto da evolução do direito à filiação no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se o advento de importantes leis infraconstitucionais a partir da Constituição de 1988, quais sejam:

- Lei n° 8.069, de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente;
- Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992 - Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências;
- Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994 - Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão;

⁹⁴ ASSUMPÇÃO, 2004, p. 33.

⁹⁵ GAMA, 2008, p. 336.

⁹⁶ ASSUMPÇÃO, op. cit., p. 26.

- Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996 - Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências;

- Lei 9.278, de 10 de maio de 1996 - Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal; dentre outras que, direta ou indiretamente, refletem “[...] no campo dos vínculos de paternidade, de maternidade e de filiação”.⁹⁷

Com base nessas informações, percebe-se a importante evolução do instituto da filiação no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange às inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 que, de forma definitiva, rompeu com as discriminações verificadas nas legislações anteriores, declarando a igualdade de todos os filhos.

3.2 CONCEITO DE FILIAÇÃO

Conceituar um instituto jurídico nem sempre configura uma tarefa simples. Entretanto, destaca-se que “as definições de filiação, encontradas nas obras dos principais civilistas brasileiros, convergem para a conclusão de que esta se refere à relação que une uma pessoa àquelas que a geraram”.⁹⁸

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa aduz que “o termo filiação exprime relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram”.⁹⁹

Edmilson Villaron Franceschinelli, por seu turno, sublinha que filiação, palavra derivada do latim *filatio*, “[...] é a relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filhos, na linha reta gerando o estado de filho, decorrente de vínculo consangüíneo ou civil, criando inúmeras conseqüências jurídicas”.¹⁰⁰

Já sob o prisma dos ascendentes, “o estado filiação traduz-se na paternidade ou maternidade. Utiliza-se o termo paternidade de forma genérica para expressar a relação do pai e da mãe com relação aos filhos”.¹⁰¹

⁹⁷ GAMA, 2008, p. 337

⁹⁸ BOSCARO, 2002, p. 15.

⁹⁹ VENOSA, 2007, p. 206.

¹⁰⁰ FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de paternidade**. São Paulo: LTr, 1997. p. 13.

¹⁰¹ VENOSA, op. cit., p. 206.

Mostra-se uníssona, também, a opinião dos estudiosos no sentido de “[...] que não se pode dissociar o estudo da filiação dos seus institutos correlatos, quais sejam a paternidade e a maternidade, já que o fato da procriação, necessariamente, une três pessoas: o filho, e os seres que o geraram”.¹⁰²

No entanto, cumpre destacar que o hodierno avanço da tecnologia relacionada à reprodução assistida, “[...] com a possibilidade de que terceiras pessoas estejam envolvidas no ato da geração de um novo ser, acabou por alterar essa concepção e a ensejar o desenvolvimento de novos conceitos de paternidade e de maternidade”.¹⁰³

Desta feita, com base nessa nova perspectiva, Maria Helena Diniz afirma que a filiação configura o liame existente entre filhos e pais; trata-se da ligação de parentesco de sangue “[...] em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda, ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga”.¹⁰⁴

Por esta razão, estabeleceu-se a seguinte distinção:

[...] entre pais e mães biológicos (os que colaboraram com material genético para a geração do filho) e pais e mães por opção afetiva (aqueles que, não tendo condições genéticas de reprodução, utilizaram-se do auxílio de terceiros, mas assumiram as responsabilidades pela criação da criança assim gerada).¹⁰⁵

Na linha da citação supramencionada, importante destacar a lição de Luiz Edson Fachin que assenta a paternidade do filho matrimonial em três pilares: “[...] o jurídico (o marido da mãe e, por presunção, o pai do filho tido por sua esposa); o biológico (o marido da mãe é presumivelmente o autor genético da fecundação) e o sócio-afetivo (o marido da mãe trata a criança – e por ela é tratado – como pai)”.¹⁰⁶

Desta feita, doutrinadores modernos, na forma como se verá a seguir, têm afirmado que “[...] a filiação pode ser encarada sob sua ótica natural, jurídica e

¹⁰² BOSCARO, 2002, p. 15.

¹⁰³ BOSCARO, loc. cit.

¹⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5. 23.ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o projeto de lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 442- 443.

¹⁰⁵ BOSCARO, op. cit., p. 16.

¹⁰⁶ FACHIN, 1995 apud BOSCARO, loc. cit.

afetiva”.¹⁰⁷

Assim, após a análise dos principais aspectos da definição de filiação, passa-se, no tópico seguinte, ao estudo de suas modalidades.

3.3 MODALIDADES DE FILIAÇÃO

O instituto da filiação, especialmente nos dias atuais, comporta diversas modalidades. Todavia, repisa-se que tais classificações apresentadas pela doutrina têm fins meramente didáticos, considerando o princípio da igualdade de filiação estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa aduz que a diferenciação efetuada entre filiação legítima e ilegítima apresenta “[...] modernamente compreensão essencialmente técnica e não mais discriminatória. Inevitável, contudo, que seja mantida a diferença terminológica e conceitual para compreensão dos respectivos efeitos”.¹⁰⁸

Na mesma linha, Luiz Edson Fachin observa, no que se refere à diferenciação, que “há um resíduo diferenciador sem que implique uma ofensa ao princípio da igualdade, porque distinguir não significa discriminar”.¹⁰⁹

Diante disso, colaciona-se a distinção entre filiação matrimonial e extramatrimonial apresentada pela doutrina.

Maria Helena Diniz diz que a “filiação matrimonial é a que se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo (CC, arts. 1.561 e 1.617)”. Segundo a mesma autora, “[...] o casamento dos genitores deve ser anterior não só ao casamento do filho como também à sua própria concepção; logo, em princípio, o momento determinante de sua filiação matrimonial é o de sua concepção”. Entretanto, “pode ocorrer que o filho seja concebido antes e nascido depois da celebração do casamento, sem que por isso deixe a filiação de ser

¹⁰⁷ BOSCARO, 2002, p. 16.

¹⁰⁸ VENOSA, 2007, p. 208.

¹⁰⁹ FACHIN, 1999 apud VENOSA, loc. cit.

matrimonial”.¹¹⁰

A filiação matrimonial, na forma como leciona Silvio Rodrigues, também era conhecida como filiação legítima, vez que concebidos na constância do casamento.¹¹¹

Nesse contexto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama sustenta que a “[...] filiação matrimonial se estabelece fundamentalmente pelo fato jurídico do parto (e do nascimento com vida) da criança relativamente à linha materna e a incidência da presunção legal da paternidade relativamente ao marido da parturiente”.¹¹²

Ressalta-se, também, que o Código Civil, no art. 1597, traduz uma série de presunções, declarando matrimoniais os filhos concebidos na constância do casamento dos pais. Contudo, frisa-se que “[...] esta presunção é relativa ou *júris tatum*, pois a prova contrária é limitada, porém, em relação a terceiros é absoluta, pois ninguém pode contestar a filiação de alguém, visto ser a ação para esse fim privativa do pai (CC, art. 1.601)”.¹¹³

Maria Helena Diniz, por seu turno, comenta cada uma das presunções elencadas pelo Código Civil, assim como segue:

1) Os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e não do dia da celebração do ato nupcial, porque há casos de casamento por procuração. Assim, se a criança nasceu 6 meses após o casamento, presume-se ser filha do casal; se veio à luz antes desse prazo, não há qualquer presunção de sua filiação. Mas não se pode elidir a presunção da paternidade, nem contestar a filiação do nascido antes de 180 dias, exceto o marido, que tem o direito de contestar a paternidade de filho nascido de sua mulher (CC, art. 1.601)

2) Os filhos nascidos dentro dos 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação, nulidade ou anulação, porque a gestação humana não vai além desse prazo.

Salvo prova em contrário, se a mulher, antes do prazo de 10 meses, vier a contrair novas núpcias, pois está viúva ou seu primeiro casamento foi invalidado, e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos 300 dias a contar da data do falecimento deste, e do segundo se o nascimento se der após esse período e já decorrido o prazo de 180 dias depois de estabelecida a convivência conjugal (CC, art. 1.598). Essa presunção de paternidade de filho nascido de binuba é *júris tantum*, logo cederá, mediante prova em contrário (p. ex., teste de DNA), efetuada em ação ordinária provocada pelo interessado.

3) Os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Assim, o filho concebido *post mortem* terá, por ficção jurídica, um lar, possibilitando a sua integração familiar e social, tendo em

¹¹⁰ DINIZ, 2008, p. 446.

¹¹¹ RODRIGUES, 2002, p. 322.

¹¹² GAMA, 2008, p. 340 e 341

¹¹³ DINIZ, op. cit., p. 447.

vista que a família monoparental é protegida constitucionalmente. Mas, por outro lado, o uso do material fertilizante depende de anuência prévia do doador, uma vez que tem propriedade sobre as partes destacadas de seu corpo.

4) Os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários (Lei n. 11.105/2005, arts. 5º, I e II, §§ 1º e 2º, e 6º, III, regulamentada pelo Decreto n. 5.591/2005, arts. 3º, XIII, XIV, XV, 63 a 67), decorrentes de concepção artificial homóloga, isto é, dos componentes genéticos advindos do marido e da mulher. Aqui também é preciso anuência expressa do casal após esclarecimento da técnica de reprodução assistida *in vitro* a que se submeterão.

5) Os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido, reforçando a natureza socioafetiva do parentesco.¹¹⁴

Desta maneira, com base nas informações acima mencionadas, verificam-se as diversas presunções de paternidade previstas na lei.

De outra banda, tem-se a chamada filiação extramatrimonial, “provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou que não querem contrair casamento, podendo ser ‘espúria’ (adulterina ou incestuosa) ou natural”.¹¹⁵

Repisa-se, novamente, que a presente classificação mostra-se importante apenas para fins doutrinários, visto que “[...] não é possível qualquer distinção, nos termos da absoluta igualdade de direitos entre os filhos, independentemente do tipo de vínculo (ou de sua ausência) existente entre os pais”.¹¹⁶

Por conseguinte, destaca-se que a filiação não-matrimonial, ou seja, decorrente de relacionamento extramatrimonial, pode ser classificada em natural e espúria:

- 1) Naturais, se descenderem de pais entre os quais não havia nenhum impedimento matrimonial no momento em que foram concebidos.
- 2) Espúrios, se oriundos da união de homem e mulher entre os quais havia, por ocasião da concepção, impedimento matrimonial. Assim, são espúrios:
 - a) os adulterinos, que nascem de casal impedido de casar em virtude de casamento anterior, resultando de um adultério. O filho adulterino pode resultar de duplo adultério, ou seja, de adulterinidade bilateral, se descender de homem casado e mulher casada; ou, ainda, de adulterinidade unilateral, se gerado por homem casado e mulher livre ou solteira, caso em que é adulterino a patre, ou por homem livre ou solteiro e mulher casada, sendo, então, adulterino a matre; os provenientes de genitor separado não são adulterinos, mas simplesmente naturais; b) os incestuosos, nascidos de homem e de mulher que, ante parentesco natural, civil ou afim, não podiam convolar núpcias à época de sua concepção.¹¹⁷

¹¹⁴ DINIZ, 2008, p. 449-452.

¹¹⁵ Ibid., p. 445.

¹¹⁶ GAMA, 2008, p. 340 e 341.

¹¹⁷ DINIZ, op. cit., p. 467.

Logo, através do pensamento supracitado, pode-se perceber a diferenciação existente entre a filiação chamada de “natural” e “espúria”. Porém, atualmente, o art. 227, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, iguala todos os filhos em direitos e obrigações, proibindo qualquer discriminação frente à origem da filiação.¹¹⁸

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, ainda, em face dos avanços tecnológicos verificados na área da medicina da reprodução humana, classifica a filiação em resultante de procriação carnal e de reprodução assistida. Segundo o autor, o elemento decisivo nessa diferenciação “[...] é exatamente a presença da relação sexual no caso da filiação resultante de procriação carnal e sua ausência na hipótese da filiação resultante de procriação medicamente assistida”.¹¹⁹

Sobre a filiação proveniente de reprodução assistida, anota-se:

E a outra categoria, a filiação resultante de procriação assistida, é aquela resultante do recurso à técnica de reprodução medicamente assistida – chamada por alguns de reprodução ou de procriação artificial –, ou seja, sem qualquer contato sexual entre o homem e a mulher, mas logicamente contando com o emprego de material fecundante para permitir a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* ou qualquer outra técnica que permita a fecundação do óvulo pelo espermatozóide e, assim, a produção do embrião que deverá ser desenvolvido no corpo de uma mulher para posteriormente nascer criança. O elemento discriminatório entre as duas classificações se mostra relevante notadamente no campo da reprodução heteróloga – com o emprego de material fecundante de terceiro, ou seja, a utilização de óvulo, de espermatozóide ou de embrião de outras pessoas que não aquelas que se socorrem da técnica reprodutiva –, considerando que as fontes consistentes na vontade – especialmente – e no risco – ou na sua ausência, por exemplo, em relação ao fornecedor de material fecundante – deverão ganhar importantes proporções para o estabelecimento do vínculo de filiação, e, desse modo, o fator biológico será secundário – ou irrelevante. Dentro das várias possibilidades imagináveis – reprodução homóloga, reprodução heteróloga unilateral *a patre* (doação de espermatozoides de terceiro), reprodução heteróloga unilateral *a matre* (doação de óvulo de terceira, com fertilização *in vitro* e transferência para o útero da mulher que quer procriar), reprodução heteróloga bilateral (doação de espermatozóide de terceiro e doação de óvulo de terceiro para fertilização e transferência do embrião para o corpo da mulher que deseja procriar) –, haverá variantes relacionadas ao fator biológicos combinado com a vontade/risco, ou somente à vontade/o risco para fins de estabelecimento

¹¹⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

¹¹⁹ GAMA, 2008, p. 341.

da filiação.¹²⁰

Consoante o trecho referenciado, denotam-se os aspectos essenciais decorrentes da filiação proveniente de reprodução assistida.

Ainda no âmbito das classificações da filiação, por absolutamente oportuno, julga-se importante apresentar os principais pontos que diferencia a filiação biológica da denominada filiação afetiva ou socioafetiva.

A filiação biológica, na forma como já estudado nas classificações anteriormente apresentadas, é aquela “[...] havida de relação de casamento, ou da união estável, ou em face do único pai ou mãe, biológicos, na família monoparental”.¹²¹

A filiação afetiva ou socioafetiva, por seu turno, até pouco tempo atrás “só era concebida no âmbito da adoção e, em alguns casos limitados, à posse de estado de filho”.¹²² Todavia, atualmente, essa modalidade de filiação vem ganhando um espaço bastante significativo, inclusive no direito brasileiro.

Para Silvio de Salvo Venosa, “a filiação afetiva é aquela na qual o amor e o carinho recíprocos entre os membros suplantam qualquer grau genético, biológico ou social”.¹²³

Sobre o tema, anota-se a doutrina:

Trata-se entre o filho e apenas um deles -, tendo como fundamento o afeto, o sentimento existente entre eles: “melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo”. Como vem sendo defendido pela doutrina contemporânea, a verdadeira paternidade – e, conseqüentemente, filiação – somente é possível em razão *de um ato de vontade ou de um desejo*, podendo ou não decorrer do fator biológico, e tal orientação vem merecendo atenção por parte de vários sistemas jurídicos que reformaram suas ligações em matéria de filiação, com a introdução, por exemplo, da noção da posse de estado de filho, como é o caso do direito francês. No direito brasileiro, com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de se assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar.¹²⁴

¹²⁰ GAMA, 2008, p. 342.

¹²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 08 set. 2009.

¹²² GAMA, op. cit, p. 347 e 348.

¹²³ VENOSA, 2007, p. 208.

¹²⁴ GAMA, loc. cit.

Com isso, percebe-se que no direito brasileiro a paternidade socioafetiva encontra-se pautada no princípio do melhor interesse da criança.

O aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação, de acordo com Silvana Maria Carbonera, “[...] baseado no comportamento das pessoas que a integram, revela que talvez o aspecto aparentemente mais incerto, o afeto, em muitos casos é o mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais”. Ainda, segundo a autora, “a verdade socioafetiva, a seu turno, aproxima-se do modelo de família eudemonista, pautada que está no afeto, construído quotidianamente e não determinado desde o início da relação, revelando a valorização dos sujeitos”.¹²⁵

Nesse contexto, “busca-se hoje o asseguramento dos direitos da personalidade de cada integrante da família, pouco importando se ele é o genitor, a genitora, ou algum filho havido ou não do casamento”.¹²⁶

Logo, em que pese à impossibilidade de quaisquer distinções discriminatórias entre os filhos¹²⁷, verificam-se as diferentes modalidades de filiação elencadas pela doutrina para fins meramente didáticos.

Contudo, relevante destacar a importância da modalidade socioafetiva na conjuntura atual do direito brasileiro, tendo em vista a valorização do afeto e do sujeito no âmbito da instituição familiar.

3.4 O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

O reconhecimento, na forma como leciona Maria Helena Diniz, é “[...] o ato que declara a filiação havida fora do matrimônio, estabelecendo, juridicamente, o

¹²⁵ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Repensando o direito de família**: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: OAB/MG/IBDFAM, 1999. p. 504-505.

¹²⁶ ASSUMPÇÃO, 2004, p. 43.

¹²⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

parentesco entre pai e mãe e seu filho”.¹²⁸

Salienta a doutrina que, não obstante a igualdade de direitos de todos os filhos proclamada pela Constituição de 1988, “[...] importa verificar como o sistema admite juridicamente a paternidade, porque o que estabelece o parentesco entre pai e mãe não casados e o filho é o ato de reconhecimento”.¹²⁹

O reconhecimento não cria a paternidade, somente busca “[...] declarar um fato, do qual o direito tira conseqüências. É, por isso, declaratório e não constitutivo. Esse ato declaratório, ao estabelecer a relação de parentesco entre os progenitores e a prole, origina efeitos jurídicos”. Ressalta-se que “desde o instante do reconhecimento válido, proclama-se a filiação, dela decorrendo conseqüências jurídicas, já que antes do reconhecimento, na órbita do direito, não há qualquer parentesco”.¹³⁰

Nesse contexto, a doutrina divide o reconhecimento em voluntário e judicial. Luiz Edson Fachin, por seu turno, “subdivide o reconhecimento voluntário em espontâneo e não espontâneo. O primeiro se dá quando o pai toma a iniciativa no reconhecimento; o segundo, feito em Juízo no procedimento de averiguação de paternidade”.¹³¹

Assim, denota-se que o reconhecimento voluntário é aquela “[...] que se dá sem qualquer constrição, como ocorre quando o próprio pai leva a criança à registro. É o que se chama de perfilhação”. Em contraponto, o reconhecimento judicial “[...] é aquele determinado em sentença proferida na ação de investigação de paternidade”.¹³²

Nesse sentido leciona Silvio de Salvo Venosa:

O reconhecimento é espontâneo quando alguém, por meio de ato e manifestação solene e válida, declara que determinada pessoa é seu filho. O reconhecimento judicial decorre da sentença na ação de investigação de paternidade, na qual se reconhece que determinada pessoa é progenitor de outra.¹³³

Salienta-se, também, que ocorre o reconhecimento voluntário ainda que

¹²⁸ DINIZ, 2008, p. 467- 468.

¹²⁹ VENOSA, 2007, p. 232.

¹³⁰ DINIZ, 2008, loc. cit.

¹³¹ FACHIN, [s/d] apud CARVALHO NETO, 2005, p. 439.

¹³² CARVALHO NETO, loc. cit.

¹³³ VENOSA, op. cit., p. 233.

realizado judicialmente, “desde que não o seja determinado pelo juiz na sentença”. Como exemplo, menciona-se a hipótese do “[...] pai que, intimado, comparece em audiência designada no procedimento de Averiguação de Paternidade e nela reconhece a paternidade da criança”. Nesse caso, trata-se de reconhecimento voluntário realizado em juízo.¹³⁴

Anota-se, por conseguinte, “[...] a inexistência, atualmente, de qualquer vedação à investigação da paternidade em razão da natureza da filiação”.¹³⁵ Entretanto, “é importante adicionar que no mundo contemporâneo a origem genética da paternidade não significa mais direito absoluto de filiação”. Por conseguinte, na hipótese de “[...] inseminação heteróloga, quando há adoção ou quando as circunstâncias apontam para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, o vínculo sangüíneo fica em absoluto segundo plano, para a ampla maioria dos efeitos jurídicos”.¹³⁶

Destarte, frisa-se que “[...] o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, dentro dos 4 (quatro) anos que se seguirem a maioridade, ou emancipação (CC, art. 362)”. Contudo, ressalta-se que “[...] o dispositivo em comento não cria “um direito potestativo e absoluto à impugnação, acima das leis da natureza, como se a condição de filho dependesse da vontade, e não da concepção natural”. Desta maneira, é preciso compreender o dispositivo legal “[...] como dando ao filho o direito de se opor ao reconhecimento que não corresponder à realidade dos fatos, podendo aquele que pretende reconhecer, provando a filiação, fazê-lo independentemente do consentimento do filho”.¹³⁷

Assim, após o estudo dos principais aspectos da filiação, frisa-se que, no próximo e derradeiro capítulo deste trabalho acadêmico, se analisará o tema central e o problema proposto para esta pesquisa, qual seja: “dano moral no direito de família: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado”, priorizando a efetiva aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da afetividade e princípio do melhor interesse da criança.

¹³⁴ CARVALHO NETO, p. 439.

¹³⁵ CARVALHO NETO, loc. cit.

¹³⁶ VENOSA, 2007, p. 233.

¹³⁷ CARVALHO NETO, op. cit., p. 440-441.

4 DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA: O DEVER DOS PAIS DE INDENIZAR O FILHO PREJUDICADO

Percebe-se, na forma como estudado nos capítulos anteriores, que “o Direito de Família tem se tornado, na contemporaneidade, um direito mais humanizado, isso é inegável”.¹³⁸

Desta maneira, após a análise dos aspectos principais do instituto da responsabilidade civil e da filiação, é chegado o momento de avaliar a possibilidade de responsabilização dos pais pelos danos morais causados ao filho face ao abandono afetivo.

4.1 DEVERES DOS PAIS E DIREITOS DOS FILHOS

Como já mencionado, o direito de família, nos dias atuais, tem direcionado a sua atenção ao sujeito das relações familiares, com especial preocupação de atribuir à família a condição de “[...] *locus* privilegiado para o desenvolvimento de relações interpessoais mais justas, por meio do desenvolvimento de seres humanos (sujeitos de direito) mais completos e psiquicamente melhor estruturados”.¹³⁹

Em contraponto, denota-se que a vida tem imposto ritmos diferentes a cada um dos indivíduos, “[...] quase sempre determinando perdas nas relações de convívio, quer sejam sociais e/ou mesmo familiares”. Com isso, “o contato entre os membros de uma família vai ficando limitado pelo tempo e também pela privação de algumas situações que no passado eram muito valorizadas”. Assim, em uma avaliação simplista, pode-se perceber que, no dia-a-dia, as pessoas estão desperdiçando “[...] ricas oportunidades de exercitar a convivência, com prejuízo

¹³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 05 out. 2009a.

¹³⁹ HIRONAKA, loc. cit.

notório nas relações familiares”.¹⁴⁰

É nesse contexto que, atualmente, se discute “[...] a possibilidade de se conceder indenização por abandono afetivo do filho, quando este é privado de assistência moral e afetiva independentemente da questão material”. No entanto, cumpre destacar, antes de analisar esse tema propriamente dito, que essa discussão levanta uma questão de “[...] extrema relevância não só para o ordenamento jurídico, mas para toda a sociedade brasileira: quais são efetivamente os deveres dos pais perante seus filhos? Será que se esgotam no dever de sustento, de prestar alimentos?”¹⁴¹

Nesse diapasão, anota-se que o art. 227, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão [grifo nosso].¹⁴²

Por conseguinte, o art. 229 da Carta Magna estabelece que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”.¹⁴³ Já no ordenamento infraconstitucional, verifica-se a normatização de “[...] um direito-dever, incumbido aos pais, de cuidar de sua prole e de protegê-la, não apenas sob as demandas materiais, mas, especialmente, sob as demandas emocionais, psíquicas, além das de ordem mental, moral, espiritual e social”, assim como prescreve o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico,

¹⁴⁰ GOMES, Marco Antonio Mota, [s/d] apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 05 out. 2009b.

¹⁴¹ MARAFELLI, Mayra Soraggi. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**: a possibilidade de se conceder indenização ao filho afetivamente abandonado pelo pai. 03/03/2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1164>. Acesso em: 05 out. 2009.

¹⁴² BRASIL, 1988.

¹⁴³ Ibid.

mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.¹⁴⁴

Com base nesses dispositivos, observa-se que os deveres dos pais vão muito além do dever de sustento, incluindo uma série de atribuições que importam numa “[...] participação mais integral na vida e na criação dos filhos, de forma a contribuir em sua formação e subsistência emocionais”.¹⁴⁵

Nesse passo, sublinha-se que “o dever de sustento tem raiz notadamente patrimonial e se cumpre com a colocação de meios condizentes com a necessidade dos filhos à disposição destes, por parte dos pais”.¹⁴⁶ Contudo, o descumprimento desse dever pode acarretar aos pais inadimplentes a prisão civil.

No que se refere ao dever de guarda, verifica-se que o mesmo trata da permanência dos filhos na companhia dos pais. De acordo com a doutrina, “o dever de guarda é uma decorrência natural do poder familiar, daí porque incumba aos pais, primordialmente, este direito-dever”.¹⁴⁷

Sobre o tema, anota-se:

Cumpra salientar, neste passo, que as visitas entre genitor não-guardião e prole constituem-se num verdadeiro poder-dever, ‘como forma de [se] atender às necessidades morais e psicológicas da prole’. O que ocorre é que no ‘direito brasileiro, não existem sanções típicas aplicáveis àqueles que descumprem as condições impostas ao direito de visitas’, sendo certo haver construção doutrinária da lavra de Arnaldo Wald pela configuração do crime de desobediência’.¹⁴⁸

Com base na citação acima, ressalta-se que o direito à convivência familiar deve ser analisado de forma ampla e entendido não apenas como dever de coexistência, de coabitação, mas também como “[...] dever de educar, no sentido mais pedagógico da palavra. Educar e dar todas as condições para que a criança cresça em um ambiente sadio, seja inserida na sociedade e nela saiba habitar e adaptar-se”.¹⁴⁹

¹⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.

¹⁴⁵ HIRONAKA, 2009b.

¹⁴⁶ HIRONAKA, 2009a.

¹⁴⁷ HIRONAKA, loc. cit.

¹⁴⁸ HIRONAKA, loc. cit.

¹⁴⁹ MARAFELLI, 2009.

Frisa-se, desta maneira, que “[...] a formação da personalidade do filho está intimamente ligada a presença dos pais e como eles exercem seus papéis de pai e de mãe”. Isso porque “é no seio da família que a criança começa a formar sua personalidade”, ou seja, “é se guiando pelo exemplo dos pais, pelos sentimentos que recebe e aprende a oferecer, que a criança formará seus valores éticos e morais, aprenderá a lidar com sentimentos e fortes emoções”.¹⁵⁰

No entanto, “ainda que a presença dos pais seja uma constância na vida dos filhos, deve-se atentar para o fato de que não basta a presença física, sendo mister que a presença se consubstancie no bom desempenho das funções parentais”.¹⁵¹

Segundo o psicanalista Leonardo Boff, cabe ao pai “[...] fazer compreender ao filho que a vida não é só aconchego, mas também trabalho, que não é só bondade, mas também conflito, que não há apenas sucesso, mas também fracasso, que não há tão-somente ganhos, mas também perdas”.¹⁵²

Por isso, a doutrina afirma que além dos direitos acima descritos, o filho tem direito também “ao pai”. De acordo com a doutrina, “por *direito ao pai*, na sua valoração juridicamente relevante, deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído”, assim como de “[...] colocar-se em situação de aprendizado e de apreensão dos valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, [...]”.¹⁵³

Para ilustrar essa questão e a importância do convívio entre pais e filhos, anota-se o texto denominado *Nó do afeto*, de autoria desconhecida, citado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Em uma reunião de pais numa escola da periferia, a diretora ressaltava o apoio que os pais devem dar aos filhos. Pedia-lhes, também, que se fizessem presentes o máximo de tempo possível. Ela entendia que, embora a maioria dos pais e mães daquela comunidade trabalhasse fora, deveria achar um tempinho para se dedicar e entender as crianças. Mas a diretora ficou muito surpresa quando um pai se levantou e explicou, com seu jeito humilde, que ele não tinha tempo de falar com o filho, nem de vê-lo durante a semana. Quando ele saía para trabalhar era muito cedo e o filho ainda

¹⁵⁰ MARAFELLI, 2009.

¹⁵¹ HIRONAKA, 2009a.

¹⁵² BOFF, Leonardo. **São José**: a personificação do pai. Campinas: Véus, 2005. p. 193-197.

¹⁵³ HIRONAKA, 2009b.

estava dormindo. Quando voltava do serviço era muito tarde e o garoto não estava mais acordado. Explicou, ainda, que tinha de trabalhar assim para prover o sustento da família. Mas ele contou, também, que isso o deixava angustiado por não ter tempo para o filho e que tentava se redimir indo beijá-lo todas as noites quando chegava em casa. E, para que o filho soubesse da sua presença, ele dava um nó na ponta do lençol que o cobria. Isso acontecia religiosamente todas as noites quando ia beijá-lo. Quando o filho acordava e via o nó, sabia, através dele, que o pai tinha estado ali e o havia beijado. O nó era o meio de comunicação entre eles. A diretora ficou emocionada com aquela singela história. E ficou surpresa quando constatou que o filho desse pai era um dos melhores alunos da escola. O fato nos faz refletir sobre as muitas maneiras das pessoas se fazerem presentes, de se comunicarem com os outros. Aquele pai encontrou a sua, que era simples, mas eficiente. E o mais importante é que o filho percebia, através do nó afetivo, o que o pai estava lhe dizendo. Por vezes, nos importamos tanto com a forma de dizer as coisas e esquecemos o principal, que é a comunicação através do sentimento. Simples gestos como um beijo e um nó na ponta do lençol, valiam, para aquele filho, muito mais que presentes ou desculpas vazias.¹⁵⁴

Com base nessa história, percebe-se que “o direito ao pai é condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, é mais que um DIREITO FUNDAMENTAL, é o DIREITO FUNDANTE DO SER HUMANO COMO SUJEITO”. Por essa razão, pode-se afirmar que “[...] sem paternidade não é possível existir o sujeito, ou seja, não há sujeito sem que alguém tenha exercido sobre ele uma função paterna” [grifo do autor].¹⁵⁵

Desta feita, denotam-se os principais deveres dos pais frente aos filhos, bem como a importância da convivência familiar para o sadio desenvolvimento físico e psicológico dos filhos.

4.2 O ABANDONO AFETIVO

Encontra-se na condição de causa e conseqüência o descumprimento dos deveres inerentes aos pais e o abandono afetivo sofrido pelos filhos. Essa realidade é facilmente constatada nas hipóteses de separação, divórcio ou dissolução da união estável dos pais, considerando a ruptura da convivência familiar sob o mesmo teto.

¹⁵⁴ HIRONAKA, 2009b.

¹⁵⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pai, por que me abandonaste?** 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 05 out. 2009.

Em muitos casos, o abandono afetivo pode ser atribuído ao genitor não-guardador que, diante do fim da união conjugal, acaba se despreocupando com a educação dos filhos, isso em face de “[...] sua própria posição falha na conformação do casal parental” ou, ainda, “em razão da assunção de novas obrigações familiares em face da reconstrução de sua vida conjugal com terceira pessoa, o que o afasta do primeiro lar conjugal de forma indiscutivelmente prejudicial”.¹⁵⁶

De outra banda, a responsabilidade pelo afastamento de pais e filhos pode também ser atribuída ao genitor-guardião, na maior parte dos casos a mãe, visto que, “[...] confundindo os papéis paternais com os conjugais, acaba por afastar o genitor não-guardião do convívio com os filhos”.¹⁵⁷

Nesse sentido, anota-se a lição de Rolf Madaleno a respeito do tema:

[...] justamente por conta das separações e dos ressentimentos que remanescem na ruptura da sociedade conjugal, não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como moeda de troca, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências, suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres. Terminam os filhos, experimentando vivências de abandono, mutilações psíquicas e emocionais, causadas pela rejeição de um dos pais e que só servem para magoar o genitor guardião. Como bombástico e suplementar efeito, baixa a níveis irrecuperáveis a auto-estima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais.¹⁵⁸

Contudo, necessário mencionar também que o abandono pode ocorrer por ato de pai ou de mãe fisicamente presentes, mas que por displicência não tenham cumprido, a contento, as suas funções.¹⁵⁹

Considerando os terríveis efeitos sentidos pelos filhos em face da insensatez de muitos pais, julga-se relevante anotar um fenômeno bastante novo denominado alienação parental. Trata-se, na verdade, do processo “[...] que consiste em manter uma criança ou adolescente afastado do convívio de um ou de ambos os genitores” e que, atualmente, está presente “[...] em todas as classes sociais e não, exclusivamente, quando a mãe é a guardiã”.¹⁶⁰

¹⁵⁶ HIRONAKA, 2009a.

¹⁵⁷ HIRONAKA, loc. cit.

¹⁵⁸ MADALENO, Rolf, [s/d] apud HIRONAKA, 2009b.

¹⁵⁹ HIRONAKA, 2009a.

¹⁶⁰ GOLDRAJCH, Danielle, [s/d] apud DELFINO, Morgana. **O princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar: os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais.**

Para a doutrina,

Cuida-se, na verdade, de um sentimento de rejeição a um dos genitores, via de regra, inculcado pelo outro genitor no infante, o qual, em um primeiro momento, leva o petiz a externar - sem justificativas e explicações plausíveis - apenas conceitos negativos sobre o progenitor do qual se intenta alienar e que evolui, com o tempo, para um completo e, via de regra, irreversível afastamento, não apenas do genitor alienado, como também de seus familiares e amigos.¹⁶¹

Logo, denota-se que “a alienação parental ‘priva a criança do convívio com um dos genitores após a separação e, conseqüentemente, de todo o afeto e proteção que este possa lhe conferir, [...]’”.¹⁶²

Por conseguinte, constata-se que a ausência injustificada do pai, em muitos casos, causa “[...] evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, [...]’”.¹⁶³

A título de exemplo, transcreve-se um caso relatado pelo juiz Luiz Fernando Cirillo, mencionado na obra de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Foi o caso, por exemplo, da menina judaica abandonada afetivamente por seu pai logo após o nascimento, quando ele se separou de sua mãe e, em seguida, casou-se com outra mulher, com quem teve outros três filhos. Por serem todos membros da comunidade judaica, o pai e sua nova família encontravam-se freqüentemente com a menina abandonada, e nessas ocasiões o pai fingia não conhecê-la, de modo a despezá-la reiteradamente. O interesse do pai em formar nova família, completamente desvinculada da família anterior – independente de quais tenham sido as razões que o levaram a assim agir – foi mais importante e imperativo que o interesse da menina. Essa situação provocou, desde logo, os sentimentos de rejeição e de humilhação, os quais se transformaram em causas de danos importantes, como significativo complexo de inferioridade, demandando cuidados médicos e psicológicos por longo tempo. Só bem mais tarde, na verdade, essa criança encontrou guarida na resposta jurisdicional para os anseios, as frustrações e os traumas que a acompanharam por toda a vida.¹⁶⁴

Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2009_1/morgana_delfino.pdf>.

Acesso em: 07 out. 2009.

¹⁶¹ DELFINO, 2009.

¹⁶² DELFINO, loc. cit.

¹⁶³ HIRONAKA, 2009a.

¹⁶⁴ CIRILLO, Luiz Fernando Cirillo, 2004 apud HIRONAKA, 2009b.

Baseado nesse exemplo, relevante frisar que “o abandono material não é o pior, mesmo porque o Direito tenta remediar essa falta, oferecendo alguns mecanismos de cobrança e sanção aos pais abandonônicos”. Mostra-se muito grave “[...] o abandono psíquico e afetivo, a não-presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção”.¹⁶⁵

Segundo a doutrina, “o dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo”, vez que “macula o ser humano enquanto pessoa, [...]”.¹⁶⁶

Rodrigo da Cunha Pereira lembra, ainda, que o abandono afetivo ocasionado pelos pais, atualmente, já se apresenta “[...] como um fenômeno social alarmante, e provavelmente é o que tem gerado as péssimas consequências conhecidas por todos nós, como o aumento da delinquência juvenil, menores de rua e na rua etc”.¹⁶⁷

Assim, através dessas citações é possível vislumbrar as principais e tristes consequências sentidas quando caracterizada a ausência das funções de pai e de mãe na vida dos filhos, fenômeno conhecido como abandono afetivo. Desta maneira, em seguida, analisa-se a possibilidade de responsabilização dos pais por danos morais decorrentes da relação paterno-filial.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS: POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Cumprido destacar, inicialmente, que o objetivo principal do instituto da responsabilidade civil “[...] consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as idéias de justiça e equidade dominantes na

¹⁶⁵ PEREIRA, 2007.

¹⁶⁶ HIRONAKA, 2009a.

¹⁶⁷ PEREIRA, loc. cit.

sociedade”.¹⁶⁸

De igual sorte, registra-se que, modernamente, a doutrina tem “[...] atribuído à reparação civil uma nova função: a função pedagógica, educativa”. Assim, denota-se que, muito além da função de compensar à vítima do dano ou penalizar o ofensor, “[...] a reparação civil tem a função de alertar à sociedade que condutas semelhantes àquela do ofensor não serão permitidas pelo ordenamento jurídico, portanto, uma função de desestimular condutas semelhantes”.¹⁶⁹

Nessa senda, questiona-se a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade civil dos pais por danos morais causados ao filho em virtude de abandono afetivo. Entretanto, de plano, destaca-se que se trata de um tema bastante polêmico, razão pela qual, a seguir, apresenta-se os argumentos contrários e favoráveis à aplicação do instituto jurídico da responsabilidade civil no direito de família, mais especificamente no âmbito das relações paterno-filiais.

Filiada a corrente que não aceita a responsabilização dos pais por danos afetivos, Danielle Alheiros Diniz aduz que, apesar de reconhecer “[...] a evolução do direito de família e do instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro, porém há questões que jamais poderão ser tuteladas pelo Judiciário, o amor é uma delas. O afeto não pode ser objeto de uma ação”. Para a autora, “o afeto não é um sentimento imposto que pode ser convencionado pelas pessoas, e sim um sentimento que decorre naturalmente, não podendo ser cobrado de ninguém”.¹⁷⁰

Na mesma linha, Francisco Alejandro Horne sublinha que não se pode “[...] quantificar o desejo e o amor, muito menos exigir que se goste ou não [...]” de uma pessoa.¹⁷¹

Nesse sentido, anota-se:

Pode-se concluir que os laços de afetividade são capazes de formar famílias e são essenciais para a sua estabilidade, contudo não é possível obrigar que aqueles ligados por laços genéticos sintam, ou dêem afeto uns aos outros. Há até contradição em admitir que famílias se constituam a partir do afeto, sem que exista nenhum vínculo biológico e, depois querer

¹⁶⁸ HIRONAKA, 2009b.

¹⁶⁹ MARAFELLI, 2009.

¹⁷⁰ DINIZ, Danielle Alheiros. A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12987>>. Acesso em: 07 out. 2009.

¹⁷¹ HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 05 out. 2009.

que aqueles ligados biologicamente sejam obrigados a manter relações de afetividade, sob pena de ressarcimento pecuniário.¹⁷²

Com base nessa citação percebe-se que, de acordo com essa corrente, “a verdadeira paternidade é uma adoção, um ato, pelo qual, se estabelece uma função”. Além disso, “esse ato de adoção, não pode ser imposto, pois, depende de uma ‘escolha’ do inconsciente, ou seja, é tão subjetivo que nem mesmo o sujeito sabe ao certo o porquê ou não de fazê-lo”.¹⁷³

Acerca dos possíveis danos verificados nas relações familiares, Danielle Alheiros Diniz declara que:

Quanto ao dano, para ser indenizável ele precisaria ser certo e injusto. No caso do abandono afetivo o dano seria o psicológico, não podendo ser dado como certo e injusto. Injusto é o dano causado voluntariamente, que podia ser evitado pelo agente. Nas relações familiares há condutas naturais dotadas de sentimento que não dependem da vontade da pessoa. Não é questão de ser justo ou não os pais amarem o filho, mas sim uma questão natural para a qual ninguém pode ser compelido. Outrossim, o dano causado pelo abandono afetivo jamais poderá ser configurado como certo, pois nada fará cessá-lo, nem mesmo o fim de uma ação judicial que indenize o filho em pecúnia. Quiçá, com o trâmite processual, o dano até aumente devido aos desgastes que uma ação traz para os seus litigantes.¹⁷⁴

Ademais, para esses autores, “a liberdade afetiva esta acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior para ambos”. Para eles, “seria muito mais danoso obrigar um pai, sob o temor de uma futura ação de reparação de danos, a cumprir burocraticamente o dever de visitar o filho”.¹⁷⁵

Para contrapor os argumentos da corrente que defende a responsabilização dos pais pelos danos causados aos filhos, a vertente contrária afirma que, na hipótese, o pressuposto nexa de causalidade é muito difícil de ser verificado, vez que “cada ser humano reage de uma forma diferente diante da mesma situação” e, por isso, “difícilmente um dano psicológico decorre única e

¹⁷² DINIZ, 2009.

¹⁷³ HORNE, 2007.

¹⁷⁴ DINIZ, loc. cit.

¹⁷⁵ HORNE, loc. cit.

exclusivamente de um só fato. Não é uma decorrência lógica e certa que o filho desprovido de afeto paternal sofrerá necessariamente um dano”.¹⁷⁶

Quanto ao requisito culpa, a corrente contrária afirma que:

Por fim, ter-se-ia ainda que constatar a culpa para configuração do dano moral. Age com culpa quem poderia agir de maneira diversa, tendo em vista um dever preexistente. Na subjetividade do que seja afeto, concluir-se-ia pela impossibilidade de condenar alguém por não ter afeto por outrem, visto que poderá ocorrer do agente ter a consciência plena que deu afeto e o ofendido achar exatamente o inverso, ou achar que o afeto dado não foi o suficiente. Leão (2006) assim constata que não há lógica em culpar alguém por não amar, pois não existe um dever geral de amar como um dever geral de cautela.¹⁷⁷

Para arrematar, sustentam que, “ao quantificar o afeto, outras situações poderiam ensejar a reparação civil”. Assim, “haveria dano moral decorrente de maior ou menor grau de afeto, um pai, que possui dois filhos, entretanto, gosta mais de um do que do outro, poderia ser obrigado a ressarcir o filho prejudicado”, dando azo a “inúmeras situações com base na quantificação do afeto, invertendo a situação”.¹⁷⁸

Em descompasso, para a corrente que defende a legalidade e o cabimento da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais, “a conduta do pai que abandona afetivamente seu filho deve ser sim considerada uma conduta ilícita, uma vez que vai de encontro a todo arcabouço normativo e principiológico que norteia o Direito de Família”, vez que o mesmo “deixa de dar efetividade a um direito constitucionalmente garantido e de dar cumprimento a um dever estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal”.¹⁷⁹

Para Rolf Madaleno, as decisões judiciais prolatadas no sentido de condenar os pais a pagar indenização aos filhos por abandono afetivo não buscam “[...] reparar a falta de amor, ou o desamor, nem tampouco a preferência de um pai sobre um filho e seu descaso sobre o outro, condutas que evidentemente causam danos”; objetivam, na verdade, penalizar “[...] a violação dos deveres morais contidos nos direitos fundados na formação da personalidade do filho rejeitado”.¹⁸⁰

¹⁷⁶ DINIZ, 2009.

¹⁷⁷ DINIZ, loc. cit.

¹⁷⁸ HORNE, 2007.

¹⁷⁹ MARAFELLI, 2009.

¹⁸⁰ MADALENO, Rolf, [s/d] apud HIRONAKA, 2009b.

Sobre o tema, anota-se a seguinte reflexão de Amanda Idalina Menezes Cordeiro:

O pai que deixa de garantir ao filho a convivência familiar em função de sua omissão em relação às visitas ao mesmo gerando um vazio no seu desenvolvimento sócio-afetivo, moral e psicológico, direito garantido a ele pela legislação pátria, deverá, por consequência ser obrigado a reparar este dano ainda que seja exclusivamente moral. Esta indenização pecuniária, contudo, não visa reparar o dano, que de certa forma, em muitos casos se torna irreparável, mas desestimular outros pais a cometer atos ilícitos que possam vir a causar dano a seus filhos, como o abandono afetivo.¹⁸¹

Buscando rebater os argumentos da corrente contrária a responsabilização, os autores favoráveis a indenização afirmam que, de fato, “não é possível obrigar ninguém a amar”. Todavia, “a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível”. Assim, caso “um pai ou uma mãe não queiram dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los”, por outro lado, com uma penalização, “a sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente”.¹⁸²

Na mesma diretriz, Cláudia Maria da Silva afirma que “não se trata, pois, de ‘dar preço ao amor’ - como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de ‘compensar a dor’ propriamente dita”. Acredita-se que a questão mais “[...] relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave”.

Respondendo a questão que indaga se a indenização estaria então monetarizando o afeto, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que “o valor da indenização é simbólico e tem apenas uma função punitiva”, bem como educativa. Isso porque,

¹⁸¹ CORDEIRO, Amanda Idalina Menezes. **Indenização por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/sites/900/993/00000272.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2009.

¹⁸² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo**. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 05 out. 2009.

“[...] não há dinheiro no mundo que pague o dano e a violação dos deveres morais à formação da personalidade de um filho rejeitado pelo pai”.¹⁸³

Diante disso, denota-se a discussão que permeia em torno da temática referente à responsabilidade dos pais por abandono afetivo. Por conseguinte, analisam-se, a seguir, os pressupostos necessários elencados pela doutrina para caracterização da obrigação de indenizar.

4.4 CARACTERIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O DANO AFETIVO

Segundo os autores que defendem a possibilidade de responsabilização civil dos pais por danos afetivos causados aos filhos, é necessário para a caracterização da obrigação de indenizar a comprovação dos pressupostos inerentes ao instituto da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão do agente, culpa, dano e nexo de causalidade.

Nesse contexto, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka registra que “[...] a possibilidade de demandar-se em razão de abandono afetivo não se verifica de forma desarrazoada, irresponsável, ou desapegada da realidade”. De acordo com a autora, o que há, atualmente, “é uma adaptação do figurino clássico da responsabilidade civil aos casos que decorrem de situações de Direito de Família e entre membros de uma mesma família sem que isso implique subversão do sistema”.¹⁸⁴

No que se refere ao pressuposto conduta, denota-se que, na hipótese de abandono afetivo, o mesmo ocorre na forma omissiva, vez que se configura “na inobservância dos deveres de ordem imaterial atinentes ao poder familiar, expressão maior da relação paterno/materno-filial”.¹⁸⁵

Além disso, sublinha-se que há a necessidade de comprovação da culpa do genitor que “[...] deve ter se ocultado à convivência com o filho e,

¹⁸³ PEREIRA, 2008.

¹⁸⁴ HIRONAKA, 2009b.

¹⁸⁵ Id., 2009a.

deliberadamente, se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade, de forma negligente ou imprudente”.¹⁸⁶

Quanto ao requisito dano, a doutrina classifica como imaterial o prejuízo experimentado pelo filho em razão do abandono afetivo praticado pelo genitor. Nesse sentido, Luiz Felipe da Silva Haddad afirma que, na medida em que o patrimônio econômico é indispensável para a vida material do homem, “o patrimônio moral o é igualmente para a sua vida existencial; é, aliás, mais importante do que o primeiro, pois não há dinheiro, por maior que seja, que pague a perda da auto-estima ou a sensação de frustração e derrota em face da vida”.¹⁸⁷

Entretanto, o pressuposto que requer maior atenção é o denominado nexos de causalidade, tendo em vista a imperiosidade de comprovação não apenas do dano, mas também de sua causa.

Nesse sentido, ressalta-se que, segundo a doutrina, o que configura o nexos de causalidade entre a conduta e o dano é “[...] a consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntima e moral do filho, pelo fato desse abandono perpetrado culposamente por seu pai, o que resultou em dano para a ordem psíquica daquele”.¹⁸⁸

Desta forma, denotam-se os requisitos indispensáveis para a configuração do dever de indenizar o filho prejudicado.

Não obstante essas questões, frisa-se a importância de defender “o cuidado para o reconhecimento e a fixação do ressarcimento dos danos morais dentro das relações familiares”, haja vista que tais vínculos “[...] envolvem uma proximidade única dentre as relações jurídicas, envolvendo uma gama de emoções, sentimentos, onde as rugas e desentendimentos são inerentes à própria estrutura da família”. Registra-se que mencionados cuidados são necessários “para que não haja uma banalização do instituto do dano moral nem, tampouco, se tire a espontaneidade e a beleza destas relações interpessoais, [...]”.¹⁸⁹

Por essa razão, “nestas hipóteses, dever-se-á redobrar a atenção a fim de

¹⁸⁶ HIRONAKA, 2009a.

¹⁸⁷ HADDAD, Luiz Felipe da Silva. Reparação do dano moral no direito brasileiro. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva (orgs.). **Livro de estados jurídicos**. v. 2. Niterói: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. p. 121.

¹⁸⁸ HIRONAKA, 2009b.

¹⁸⁹ PIMENTEL, Fernanda Pontes. **A responsabilidade civil no âmbito das relações familiares**. <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/fernanda_pontes_pimentel.pdf>. Acesso em: 07 out. 2009.

não se permitir a instalação de pedidos abusivos, calcados no rancor e na mágoa, como é até costumeiro acontecer”.¹⁹⁰

Assim, para evitar banalização, “[...] a indenização deve ser concedida após uma análise detalhada de cada caso concreto”. Essa análise, por seu turno, “[...] deve ser capaz de comprovar o dano experimentado pelo filho, assim como a relação do dano com a conduta paterna, perpassando ainda pela delicada questão da culpa do ofensor”.¹⁹¹

Por fim, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka leciona:

De outro lado, a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configurada com parcimônia e bom senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou da busca do lucro fácil, poderá se converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar inclusive um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.¹⁹²

Com base na citação acima, verifica-se que, embora existam opiniões contrárias, a indenização por abandono afetivo pode revelar-se um importante instrumento de debate e conscientização dos direitos e deveres inerentes as relações entre pais e filhos.

4.5 INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL E PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS

Na análise jurisprudencial do tema, denota-se que a justiça do Rio Grande do Sul, mais especificamente a Comarca de Capão de Canoa, foi a primeira a enfrentar a responsabilidade civil dos pais por danos afetivos causados aos filhos. Nesse julgado, em 2003, o juiz Mario Romano Maggioni condenou um pai, “por abandono moral e afetivo de sua filha [...], a pagar uma indenização por danos morais, correspondente a duzentos salários mínimos”. Como fundamento da sua

¹⁹⁰ HIRONAKA, 2009a.

¹⁹¹ MARAFELLI, 2009.

¹⁹² HIRONAKA, op. cit.

decisão, “o magistrado considerou que ‘aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90)’”.¹⁹³

No ano seguinte, em 2004, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu uma significativa decisão admitindo a possibilidade de condenação dos pais ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da relação paterno-filial:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

[...]

No caso em comento, vê-se claramente, da cuidadosa análise dos autos, que o apelante foi, de fato, privado do convívio familiar com seu pai, ora apelado.

Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este afastou-se definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura.

De acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria identidade.

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos.

Desta forma, fixo a indenização por danos morais no valor equivalente a duzentos salários mínimos, ou seja, R\$ 44.000,00, [...].¹⁹⁴

De forma semelhante, também em 2004, o magistrado Luis Fernando Cirillo, da 31ª Vara Cível de São Paulo, “condenou um pai, por danos morais, a indenizar sua filha, no importe de 190 salários mínimos, aproximadamente,” afirmando o seguinte:

[...] a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. Apesar de considerar não ser razoável que um filho "pleiteie em Juízo indenização do dano moral porque

¹⁹³ CORDEIRO, 2008.

¹⁹⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo n. 2.0000.00.408550-5/000(1)**. Data julgamento: 01/04/2004. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2009.

não teria recebido afeto de seu pai", o ilustre magistrado sentenciante, ponderou de outro norte que: não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens.¹⁹⁵

Verifica-se que na decisão acima mencionada o magistrado ponderou as principais questões que permeiam o tema ora debatido, quais sejam: a importância da convivência familiar para os filhos e a possibilidade de indenizar-se a ausência de afeto.

Em descompasso, é necessário reconhecer que os julgados que aplicaram o instituto da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais ainda constituem exceções, vez que a maioria das decisões que enfrentaram a matéria, até agora, mostram-se contrárias a possibilidade de indenização.

A título exemplificativo, anotam-se os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, respectivamente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FILHO RECONHECIDO POR FORÇA DE AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. ABANDONO AFETIVO. DANO DECORRENTE DAS CIRCUNSTÂNCIA E NÃO DE AÇÃO OU OMISSÃO DELIBERADA DO PAI. Evidenciado que o dano psíquico experimentado pelo filho decorre muito mais das circunstâncias em que foi concebido e posteriormente reconhecido que de eventual ação ou omissão deliberada do pai, não ocorre a obrigação de indenizar por abandono afetivo. A relação paterno-filial, do ponto de vista psíquico, não surge com a sentença proferida na ação investigatória de paternidade, mas é construída ao longo do tempo, quando há efetiva boa vontade em se promover a aproximação de pai e filho, despojada de mágoas e centrada exclusivamente no bem estar emocional do envolvidos. O conceito de pai pressupõe um dado socioafetivo constituído na convivência, e não é uma mera decorrência do vínculo genético reconhecido na sentença, que simplesmente atribui a alguém a condição de genitor. NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA.¹⁹⁶

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE (EXAME DE DNA) - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - ALIMENTOS - MAIORIDADE CIVIL - NECESSIDADE PREMENTE - AUSÊNCIA DESTA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O abandono afetivo do pai em relação ao

¹⁹⁵ CORDEIRO, 2008.

¹⁹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70019263409**. Data julgamento: 08/08/2007. Disponível em: < www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 10 out. 2009.

filho não enseja o direito à indenização por dano moral, eis que não há no ordenamento jurídico obrigação legal de amar ou de dedicar amor. Logo, não há responsabilidade civil, pretérita ou atual, do pai em relação ao filho, face à ausência de conduta ilícita ou antijurídica daquele, e devido à ausência denexo causal entre a conduta dele e o alegado dano, pois não há que se falar em conduta antijurídica, ou em omissão dolosa, pelo fato de o pai, não sabendo ou não acreditando na questionada paternidade, não se ter antecipado em reconhecer o filho espontaneamente. Em princípio, ainda que já considerado maior e capaz civilmente, não perderá o filho, automaticamente, quando atingir a maioridade. Tal permanece até que se comprove concretamente a desnecessidade e a possibilidade de sustentar a si próprio. Presente tal comprovação, não há como deferir a pretensão, pelo que improcede o pedido de pensão alimentícia.¹⁹⁷

Na linha dessas decisões acima mencionadas, em 2005, o Superior Tribunal de Justiça – STJ proferiu a seguinte decisão:

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

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido.¹⁹⁸

Desta feita, percebe-se que o STJ, nesse julgado que reformou a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, afastou a possibilidade de aplicação do instituto jurídico da responsabilidade civil na hipótese de abandono afetivo.

Por conseguinte, ressalta-se, nesse passo, que existem atualmente três projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que versam sobre o abandono afetivo. Trata-se do PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 700 de 2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, que Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências, datado de 06/12/2007; do PL – Projeto de Lei n. 4294/2008, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, que acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo, datado de 12/11/2008; e, por último, do PL – Projeto de Lei n. 4053/2008, de autoria do

¹⁹⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo n. 1.0702.03.056438-0/001(1)**. Data julgamento: 25/09/2007. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2009.

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 757411 / MG**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Data julgamento: 29/11/2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2009.

Deputado Regis de Oliveira, que dispõe sobre a alienação parental, datado de 07/10/2008, todos contidos na íntegra no anexo desta pesquisa.

Em últimas linhas registra-se que, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “premiar os pais abandonônicos significa também que os homens poderão continuar deixando (‘encostando’) para as mulheres o exercício de educação dos filhos”, e, desta maneira, enfraquecendo “[...] cada vez mais a autoridade paterna, já que o afeto é um dos principais elementos integrantes desta autoridade e do exercício do ‘poder familiar’”.¹⁹⁹

Ainda, anota-se a seguinte reflexão de Rubem Alves:

Pai é alguém que, por causa do filho, tem sua vida inteira mudada de forma inexorável. Isso não é verdadeiro do pai biológico. É fácil demais ser pai biológico. Pai biológico não precisa ter alma. Um pai biológico se faz num momento. Mas há um pai que é um ser na eternidade; aquele cujo coração caminha por caminhos fora do seu corpo. Pulsa, secretamente, no corpo do seu filho (muito embora o filho não saiba disto).²⁰⁰

Por fim, com base na citação supramencionada, finaliza-se esse trabalho ressaltando a magnitude da figura dos filhos e a importância do efetivo cumprimento, por parte dos pais, dos direitos e deveres inerentes as relações paterno-filiais. Agindo assim, com certeza não haveria necessidade de se discutir a possibilidade de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo e, com certeza, ter-se-ia uma sociedade formada por pessoas muito mais felizes.

¹⁹⁹ PEREIRA, 2008.

²⁰⁰ ALVEZ, Rubem. **O pai**. 2001. Disponível em: <<http://www.rubemalves.com.br/opai.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.

5 CONCLUSÃO

Através dos estudos realizados para elaboração deste trabalho, denota-se que a responsabilidade civil é um instituto jurídico muito antigo capaz de promover a reparação de danos experimentos pela vítima em face de ato ilícito omissivo ou comissivo praticado pelo agente.

Quanto à classificação, a responsabilidade pode ser civil e penal, contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva. No entanto, para a configuração do dever de indenizar, a Lei Civil exige a comprovação de alguns requisitos, quais sejam: ação ou omissão voluntária do agente, culpa, dano e nexos de causalidade.

Ressalta-se que na hipótese de responsabilidade civil objetiva não há necessidade de comprovação do pressuposto culpa, sendo necessário apenas a configuração dos demais requisitos para que surja a obrigação de indenizar.

Destaca-se que o pressuposto dano é sinônimo de prejuízo moral ou material. O dano moral, por sua vez, pode ser definido como a lesão de interesses não patrimoniais que afeta os sentimentos, a alma, o íntimo do indivíduo.

Por conseguinte, a filiação, segundo a doutrina, é um direito à verdade, da vida, do interesse das crianças e das famílias como um todo. Entretanto, durante um longo tempo, o instituto foi alvo de muita discussão, tendo em vista a existência de diferenciações entre os filhos gerados ou não na constância do casamento. Todavia, conforme estudado, a Constituição da República, promulgada em 1988, rompeu com todas as discriminações verificadas nas legislações anteriores, declarando a igualdade de todos os filhos.

Desta feita, existem atualmente distinções entre filiação matrimonial e extramatrimonial, espúria (adulterina ou incestuosa) e natural, apenas para fins didáticos, sendo proibida qualquer discriminação em relação à origem da filiação.

Ademais, sublinha-se a importância da classificação da filiação em biológica e socioafetiva, haja vista que esta última é aquela pautada no princípio do melhor interesse da criança e no afeto, independente dos laços consangüíneos.

Denota-se que a Constituição Federal de 1988, assim como a lei infraconstitucional, elenca uma série de deveres aos pais, dentre eles cita-se o dever de sustento, de guarda, que envolve cuidado e proteção, e de educação. De outro

lado, a Constituição garante também o direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes como condição indispensável para o devido desenvolvimento do corpo e da personalidade.

Assim, percebe-se que a formação da personalidade do filho está intimamente ligada a presença dos pais e como eles exercem seus papéis de pai e de mãe. De outra banda, verifica-se que o abandono efetivo dos pais implica em sérios problemas psíquicos, prejudicando substancialmente à formação da criança, tendo em vista a falta de afeto.

Com base nessas constatações é que se analisa a possibilidade de responsabilização dos pais pelos danos morais causados ao filho face ao abandono afetivo. Entretanto, frisa-se que se trata de um tema bastante polêmico, com correntes contrárias e favoráveis à configuração da obrigação de indenizar.

A corrente que não aceita a responsabilização dos pais por danos afetivos sustenta, em síntese, que o afeto não pode ser objeto de uma ação, vez que não se trata de um sentimento imposto, mais sim de sentimento que decorre naturalmente. Ademais, para essa vertente, além da impossibilidade de se quantificar o amor, a liberdade afetiva esta acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana.

Ainda, segundo essa corrente, não é possível configurar os pressupostos inerentes à responsabilidade civil para dar ensejo a indenização, especialmente no que se refere ao nexo de causalidade.

Em descompasso, a corrente que defende a legalidade e o cabimento da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais aduz que aquele que deixa de cumprir o seu dever, inclusive de dar afeto, deve ser punido civilmente por ato ilícito. Para essa corrente, não se trata de reparar a falta de amor ou de obrigar os pais a gostar do filho, trata-se, na verdade, de uma forma de penalizar os pais pela violação dos deveres morais inerentes às relações entre pais e filhos.

Ademais, segundo os autores que defendem a possibilidade de responsabilização civil dos pais por danos afetivos causados ao filho, é necessário para a caracterização da obrigação de indenizar a comprovação dos pressupostos inerentes ao instituto da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão do agente, culpa, dano e nexo de causalidade.

O pressuposto que requer maior atenção é o denominado nexo de causalidade, tendo em vista a imperiosidade de comprovação do liame que une a omissão afetiva do pai ou da mãe e os danos morais sofridos pelo filho.

No que tange à fixação da indenização por danos morais relativos ao abandono afetivo nas relações paterno-filiais, registra-se que é preciso ter cuidado para não banalizar o instituto da responsabilidade civil, bem como para que não se confundam as peculiaridades das relações de família.

Por isso, existe a necessidade de avaliação criteriosa do caso concreto, buscando coibir pedidos abusivos e totalmente improcedentes.

Na análise de alguns julgados prolatados pelos tribunais brasileiros é possível perceber que, embora existam alguns precedentes reconhecendo a possibilidade de responsabilização dos pais por danos afetivos causados aos filhos, com fundamento no descumprimento dos deveres paternos e na dignidade da pessoa humana, a maior parte das decisões que enfrentaram a matéria mostra-se contrária a possibilidade de indenização, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Denota-se a existência de algumas proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional com o fim de regular civil e criminalmente o abandono afetivo.

Finalmente, conclui-se que a discussão que envolve o tema ora debatido é bastante complexa e, por isso, merece especial atenção. Contudo, mais importante do que proliferar condenações e indenizações por abandono afetivo é a conscientização dos pais acerca dos seus deveres perante os filhos e as conseqüências nefastas da falta de carinho, amor, atenção, etc.

Assim, em que pese à possibilidade de indenização por abandono afetivo, é preciso ponderar as peculiaridades das relações familiares. Pois, a dignidade da pessoa humana deve ser sempre priorizada, assim como os direitos da personalidade e os princípios basilares do amor e do afeto que sustentam o Direito de Família, uma vez que a legislação deve inibir a prática de danos causados ao filho pela negligência e falta do dever de criação, guarda e educação dos filhos pelos pais, que provoca distúrbios psíquicos que prejudicam a formação da personalidade da criança.

REFERÊNCIAS

- ALVEZ, Rubens. **O pai**. 2001. Disponível em: <<http://www.rubemalves.com.br/opai.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.
- ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOFF, Leonardo. **São José: a personificação do pai**. Campinas: Véus, 2005. p. 193-197.
- BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 set. 2009.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2009.
- _____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 757411 / MG**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Data julgamento: 29/11/2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2009.
- CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: OAB/MG/IBDFAM, 1999.
- CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. v. IX.
- CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito**

brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000..

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CORDEIRO, Amanda Idalina Menezes. **Indenização por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/sites/900/993/00000272.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2009.

DELFINO, Morgana. **O princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar**: os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccll/trabalhos2009_1/morgana_delfino.pdf>. Acesso em: 07 out. 2009.

DINIZ, Danielle Alheiros. A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12987>>. Acesso em: 07 out. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5. 23.ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o projeto de lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de paternidade**. São Paulo: LTr, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**: doutrina, jurisprudência. 7.

ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

HADDAD, Luiz Felipe da Silva. Reparação do dano moral no direito brasileiro. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva (orgs.). **Livro de estados jurídicos**. v. 2. Niterói: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. p. 121.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 05 out. 2009b.

_____. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 05 out. 2009a.

HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 05 out. 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 08 set. 2009.

MARAFELLI, Mayra Soraggi. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**: a possibilidade de se conceder indenização ao filho afetivamente abandonado pelo pai. 03/03/2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1164>. Acesso em: 05 out. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo n. 1.0702.03.056438-0/001(1)**. Data julgamento: 25/09/2007. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. _____. **Processo n. 2.0000.00.408550-5/000(1)**. Data julgamento: 01/04/2004. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o Homem**: Responsabilidade civil por abandono afetivo. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 05 out. 2009.

_____. **Pai, por que me abandonaste?** 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 05 out. 2009.

PIMENTEL, Fernanda Pontes. **A responsabilidade civil no âmbito das relações familiares**. <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/fernanda_pontes_pimentel.pdf>. Acesso em: 07 out. 2009.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70019263409**. Data julgamento: 08/08/2007. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito civil**: responsabilidade civil. 20. ed. rev e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. **Direito civil:** responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v.4.

ANEXOS

ANEXO A – PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 700 de 2007

PROJETO DE LEI DO SENADO nº. , de 2007

Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

“**Art. 4º**

§ 1º.

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.(NR)”

Art. 2º Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 5º**.

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)”

“**Art. 22.** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR).”

“**Art. 24.** A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que aludem o art. 22. (NR)”

“**Art. 56.**

IV – negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei. (NR)”

“**Art. 58.** No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, morais, éticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura. (NR)”

“**Art. 129.** São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

.....
Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24. (NR)”

“**Art. 130.** Verificada a hipótese de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor ou responsável da moradia comum. (NR)”

Art. 3º A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 232-A:

“**Art. 232-A.** Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.
Pena – detenção, de um a seis meses.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

J U S T I F I C A Ç Ã O

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito.

Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estes não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância

suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente - ou a mãe omissa - atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos.

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indelévels conseqüências sobre a formação psicológica e social dos filhos.

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Algumas decisões judiciais começam a perceber que a negligência ou sumiço dos pais são condutas inaceitáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o caso julgado pela juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono afetivo. Nas palavras da ilustre magistrada, *“se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei”*. E mais: *“O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres. Sendo assim, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação.”*

Por outro lado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça não demonstrou a mesma sensibilidade, como deixa ver a ementa da seguinte decisão: *“Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.”* (Recurso Especial nº. 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgamento em 29/11/2005).

Entretanto, com o devido respeito à cultura jurídica dos eminentes magistrados que proferiram tal decisão, como conjugá-la com o comando do preito art. 227 da Constituição?

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Ou, ainda, com o que determina o Código Civil:

Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002

Institui o Código Civil

“Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar em restrição aos direitos e deveres previstos neste artigo.

.....
Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quando ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

.....
Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

.....
II - tê-los em sua companhia e guarda;”

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além de repercussão penal.

Fique claro que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.

É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida. Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade.

Diante dessas considerações, propusemos modificações em diversos dispositivos do ECA, no sentido de aperfeiçoá-lo em suas diretrizes originais. Ao formular o tipo penal do art. 232-A, tivemos a preocupação de dar contornos objetivos ao problema, exigindo o efetivo prejuízo de ordem psicológica e social para efeito de consumação.

Lembramos que compromissos firmados por consenso internacional, e ratificados pelo Brasil, também apontam para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas criança e adolescentes, vejamos:

Declaração dos Direitos da Criança

Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

PRINCÍPIO 6º

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...)

PRINCÍPIO 7º

(...)

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990

.....
ARTIGO 9

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Assim, crendo que a presente proposição, além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões, é que confiamos em seu acolhimento pelos nobres Congressistas, de sorte a permitir a sua rápida aprovação.

Sala das Sessões,

Senador MARCELO CRIVELLA

ANEXO B – PROJETO DE LEI N. 4294/2008

PROJETO DE LEI No , DE 2008

(Do Sr. Carlos Bezerra)

Acrescenta parágrafo ao artigo 1. 632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 1632
Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.(NR)”

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei nº 10.7 41, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

“Art. 3º
§ 1º
§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.”

JUSTIFICAÇÃO

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que

habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano.

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade.

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

Por todo exposto, clamo meus pares a aprovar o presente projeto de lei.

Sala das Sessões, em de de 2008.

Deputado CARLOS BEZERRA

ANEXO C – PROJETO DE LEI N. 4053/2008**PROJETO DE LEI No , DE 2008****(Do Sr. Regis de Oliveira)**

Dispõe sobre a alienação parental.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Considera-se alienação parental a interferência promovida por um dos genitores na formação psicológica da criança para que repudie o outro, bem como atos que causem prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

Parágrafo único. Consideram-se formas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por equipe multidisciplinar, os praticados diretamente ou com auxílio de terceiros, tais como:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício do poder familiar;

III - dificultar contato da criança com o outro genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de visita;

V - omitir deliberadamente ao outro genitor informações pessoais relevantes sobre a criança, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra o outro genitor para obstar ou dificultar seu convívio com a criança;

VII - mudar de domicílio para locais distantes, sem justificativa, visando dificultar a convivência do outro genitor

Art. 2º A prática de ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ao convívio familiar saudável, constitui abuso moral contra a criança e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 3º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, o juiz, se necessário, em ação autônoma ou incidental, determinará a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes e exame de documentos.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitada, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental apresentará, no prazo de trinta dias, sem prejuízo da elaboração do laudo final, avaliação preliminar com indicação das eventuais medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança.

Art. 4º O processo terá tramitação prioritária e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança.

Art. 5º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte o convívio de criança com genitor, o juiz poderá, de pronto, sem prejuízo da posterior responsabilização civil e criminal:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - estipular multa ao alienador;
- III - ampliar o regime de visitas em favor do genitor alienado;
- IV - determinar intervenção psicológica monitorada;
- V – alterar as disposições relativas à guarda;
- VI - declarar a suspensão ou perda do poder familiar.

Art. 6º A atribuição ou alteração da guarda dará preferência ao genitor que viabilize o efetivo convívio da criança com o outro genitor, quando inviável a guarda compartilhada.

Art. 7º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas a alienação parental.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial.

Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A presente proposição tem por objetivo inibir a alienação parental e os atos que dificultem o efetivo convívio entre a criança e ambos os genitores.

A alienação parental é prática que pode se instalar no arranjo familiar, após a separação conjugal ou o divórcio, quando há filho do casal que esteja sendo manipulado por genitor para que, no extremo, sinta raiva ou ódio contra o outro genitor. É forma de abuso emocional, que pode causar à criança distúrbios psicológicos (por exemplo, depressão crônica, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade) para o resto de sua vida.

O problema ganhou maior dimensão na década de 80, com a escalada de conflitos decorrentes de separações conjugais, e ainda não recebeu adequada resposta legislativa.

A proporção de homens e mulheres que induzem distúrbios psicológicos relacionados à alienação parental nos filhos tende atualmente ao equilíbrio.

Deve-se coibir todo ato atentatório à perfeita formação e higidez psicológica e emocional de filhos de pais separados ou divorciados. A família moderna não pode ser vista como mera unidade de produção e procriação;

devendo, ao revés, ser palco de plena realização de seus integrantes, pela exteriorização dos seus sentimentos de afeto, amor e solidariedade.

A alienação parental merece reprimenda estatal porquanto é forma de abuso no exercício do poder familiar, e de desrespeito aos direitos de personalidade da criança em formação. Envolve claramente questão de interesse público, ante a necessidade de exigir uma paternidade e maternidade responsáveis, compromissadas com as imposições constitucionais, bem como com o dever de salvaguardar a higidez mental de nossas crianças.

O art. 227 da Constituição Federal e o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social das crianças e adolescentes, em condições de liberdade e de dignidade.

Assim, exige-se postura firme do legislador no sentido de aperfeiçoar o ordenamento jurídico, a fim de que haja expressa reprimenda à alienação parental ou a qualquer conduta que obste o efetivo convívio entre criança e genitor.

A presente proposição, além de pretender introduzir uma definição legal da alienação parental no ordenamento jurídico, estabelece rol exemplificativo de condutas que dificultam o efetivo convívio entre criança e genitor, de forma a não apenas viabilizar o reconhecimento jurídico da conduta da alienação parental, mas sinalizar claramente à sociedade que a mesma merece reprimenda estatal.

A proposição não afasta qualquer norma ou instrumento de proteção à criança já existente no ordenamento, mas propõe ferramenta específica, que permita, de forma clara e ágil, a intervenção judicial para lidar com a alienação parental.

Cuida-se de normatização elaborada para, uma vez integrada ao ordenamento jurídico, facilitar a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos casos de alienação parental, sem prejuízo da ampla gama de instrumentos e garantias de efetividade previstos no Código de Processo Civil e no próprio Estatuto.

À luz do direito comparado, a proposição ainda estabelece critério diferencial para a atribuição ou alteração da guarda, nas hipóteses em que inviável a guarda compartilhada, sem prejuízo das disposições do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista o exame da conduta do genitor sob o aspecto do empenho para que haja efetivo convívio da criança com o outro genitor. Neste particular, a aprovação da proposição será mais um fator inibidor da alienação

parental, em clara contribuição ao processo de reconhecimento social das distintas esferas de relacionamento humano correspondentes à conjugalidade, à parentalidade e à filiação.

Cabe sublinhar que a presente justificação é elaborada com base em artigo de Rosana Barbosa Ciprião Simão, publicado no livro “Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião – Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos” (Editora Equilíbrio, 2007), em informações do site da associação “SOS – Papai e Mamãe” e no artigo “Síndrome de Alienação Parental”, de François Podevyn, traduzido pela “Associação de Pais e Mães Separados” – APASE, com a colaboração da associação “Pais para Sempre”.

Também colaboraram com sugestões individuais membros das associações “Pais para Sempre”, “Pai Legal”, “Pais por Justiça” e da sociedade civil.

A idéia fundamental que levou à apresentação do projeto sobre a alienação parental consiste no fato de haver notória resistência entre os operadores do Direito no que tange ao reconhecimento da gravidade do problema em exame, bem assim a ausência de especificação de instrumentos para inibir ou atenuar sua ocorrência. São raros os julgados que examinam em profundidade a matéria, a maioria deles do Rio Grande do Sul, cujos tribunais assumiram notória postura de vanguarda na proteção do exercício pleno da paternidade. É certo, no entanto, que a alienação parental pode decorrer de conduta hostil não apenas do pai, mas também da mãe, razão pela qual o projeto adota a referência genérica a “genitor”. Também não há, atualmente, definição ou previsão legal do que seja alienação parental ou síndrome da alienação parental.

Nesse sentido, é de fundamental importância que a expressão “alienação parental” passe a integrar o ordenamento jurídico, inclusive para induzir os operadores do Direito a debater e aprofundar o estudo do tema, bem como apontar instrumentos que permitam efetiva intervenção por parte do Poder Judiciário.

A opção por lei autônoma decorre do fato de que, em muitos casos de dissenso em questões de guarda e visitação de crianças, os instrumentos já existentes no ordenamento jurídico têm permitido satisfatória solução dos conflitos. Houve cuidado, portanto, em não reduzir a malha de proteções à criança ou dificultar a aplicação de qualquer instrumento já existente.

Para concluir, permito-me reproduzir, por sua importância e riqueza, artigo publicado no ano de 2006 pela Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, intitulado “Síndrome da alienação parental, o que é Isso?”:

“Certamente todos que se dedicam ao estudo dos conflitos familiares e da violência no âmbito das relações interpessoais já se depararam com um fenômeno que não é novo, mas que vem sendo identificado por mais de um nome. Uns chamam de “síndrome de alienação parental”; outros, de “implantação de falsas memórias”.

Este tema começa a despertar a atenção, pois é prática que vem sendo denunciada de forma recorrente. Sua origem está ligada à intensificação das estruturas de convivência familiar, o que fez surgir, em consequência, maior aproximação dos pais com os filhos. Assim, quando da separação dos genitores, passou a haver entre eles

uma disputa pela guarda dos filhos, algo impensável até algum tempo atrás. Antes, a naturalização da função materna levava a que os filhos ficassem sob a guarda da mãe. Ao pai restava somente o direito de visitas em dias predeterminados, normalmente em fins-de-semana alternados.

Como encontros impostos de modo tarifado não alimentam o estreitamento dos vínculos afetivos, a tendência é o arrefecimento da cumplicidade que só a convivência traz. Afrouxando-se os elos de afetividade, ocorre o distanciamento, tornando as visitas rarefeitas. Com isso, os encontros acabam protocolares: uma obrigação para o pai e, muitas vezes, um suplício para os filhos.

Agora, porém, se está vivendo uma outra era. Mudou o conceito de família. O primado da afetividade na identificação das estruturas familiares levou à valorização do que se chama filiação afetiva. Graças ao tratamento interdisciplinar que vem recebendo o Direito de Família, passou-se a emprestar maior atenção às questões de ordem psíquica, permitindo o reconhecimento da presença de dano afetivo pela ausência de convívio paterno-filial.

A evolução dos costumes, que levou a mulher para fora do lar, convocou o homem a participar das tarefas domésticas e a assumir o cuidado com a prole. Assim, quando da separação, o pai passou a reivindicar a guarda da prole, o estabelecimento da guarda conjunta, a flexibilização de horários e a intensificação das visitas.

No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.

Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de “síndrome de alienação parental”: programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele.

A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o

genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro.

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta.

Extraí-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias.

Esta notícia, comunicada a um pediatra ou a um advogado, desencadeia a pior situação com que pode um profissional defrontar-se. Aflitiva a situação de quem é informado sobre tal fato. De um lado, há o dever de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática será a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio.

A tendência, de um modo geral, é imediatamente levar o fato ao Poder Judiciário, buscando a suspensão das visitas. Diante da gravidade da situação, acaba o juiz não encontrando outra saída senão a de suspender a visitação e determinar a realização de estudos sociais e psicológicos para aferir a veracidade do que lhe foi noticiado. Como esses procedimentos são demorados – aliás, fruto da responsabilidade dos profissionais envolvidos –, durante todo este período cessa a convivência do pai com o filho. Nem é preciso declinar as seqüelas que a abrupta cessação das visitas pode trazer, bem como os constrangimentos que as inúmeras entrevistas e testes a que é submetida a vítima na busca da identificação da verdade.

No máximo, são estabelecidas visitas de forma monitorada, na companhia de terceiros, ou no recinto do fórum, lugar que não pode ser mais inadequado. E tudo em nome da preservação da criança. Como a intenção da mãe é fazer cessar a convivência, os encontros são boicotados, sendo utilizado todo o tipo de artifícios para que não se concretizem as visitas.

O mais doloroso – e ocorre quase sempre – é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem durante anos acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez depara-se o juiz diante de um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar; enfim, manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo cujo único crime eventualmente pode ter sido amar demais o filho e querer tê-lo em sua companhia. Talvez, se ele não tivesse manifestado o interesse em estreitar os vínculos de convívio, não estivesse sujeito à falsa imputação da prática de crime que não cometeu.

Diante da dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados, mister que o juiz tome cautelas redobradas.

Não há outra saída senão buscar identificar a presença de outros sintomas que permitam reconhecer que se está frente à síndrome da alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como instrumento para acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Para isso, é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas

também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Em face da imediata suspensão das visitas ou determinação do monitoramento dos encontros, o sentimento do guardião é de que saiu vitorioso, conseguiu o seu intento: rompeu o vínculo de convívio. Nem atenta ao mal que ocasionou ao filho, aos danos psíquicos que lhe infringiu.

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional de uma criança. Ela acaba passando por uma crise de lealdade, pois a lealdade para com um dos pais implica deslealdade para com o outro, o que gera um sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça.

A estas questões devem todos estar mais atentos. Não mais cabe ficar silente diante destas maquiavélicas estratégias que vêm ganhando popularidade e que estão crescendo de forma alarmante.

A falsa denúncia de abuso sexual não pode merecer o beneplácito da Justiça, que, em nome da proteção integral, de forma muitas vezes precipitada ou sem atentar ao que realmente possa ter acontecido, vem rompendo vínculo de convivência tão indispensável ao desenvolvimento saudável e integral de crianças em desenvolvimento.

Flagrada a presença da síndrome da alienação parental, é indispensável a responsabilização do genitor que age desta forma por ser sabedor da dificuldade de aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade vingativa. Mister que sinta que há o risco, por exemplo, de perda da guarda, caso reste evidenciada a falsidade da denúncia levada a efeito. Sem haver punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuará aumentando esta onda de denúncias levadas a efeito de forma irresponsável.”

Por todo o exposto, contamos com o endosso dos ilustres Pares para a aprovação deste importante projeto de lei.

Sala das Sessões, em 07 de outubro de 2008.

Deputado REGIS DE OLIVEIRA