

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIA DE LOURDES FIDÉLIS

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

**CURITIBA
2007**

MARIA DE LOURDES FIDÉLIS

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof^o Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA DE LOURDES FIDÉLIS

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Professor de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Dr. Elimar Szaniawski
Professor de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Ms. Sérgio Said Staut Júnior
Professor de Direito Civil, UTP

Curitiba, 09 de novembro de 2007

DEDICATÓRIA

À minha filha, Ana Paula Fidélis, que apesar da tenra idade, soube compreender os momentos de abandono e compartilhar comigo de um sonho.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Profº. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo pela confiança e orientação segura, bem como pelo apoio emocional nos momentos de incerteza.

“Árvore sem raízes e raízes sem tronco: duas faces de uma mesma história seccionada pela vida e seus desencontros que perguntam e demandam respostas nos sentimentos dos filhos que procuram pelos seus pais.

Uma resposta que é do Direito exigida. Difícil tarefa essa, a de responder definindo a clivagem entre o ‘mundo’, realidade concreta da vida, e o ‘mundo’ jurídico, representação simbólica de valores, ideais e interesses. A dificuldade é maior quando a questão em si mesma somente se esboça em sua própria formulação.

Da paternidade obstada, pela lei codificada da exclusão, à paternidade revelável a qualquer meio, vai tomando corpo um pai juridicamente fragmentado na travessia da relação unitária à conformação plural da família”.

Luiz Edson Fachin

SUMÁRIO

Resumo

Introdução	1
1. Premissas introdutórias à relação entre a Família e o Direito	4
1.1 A Família do Direito: da codificação a constitucionalização.....	14
2. Família e Responsabilidade Civil	23
2.1 A Responsabilidade Civil.....	30
2.1.1 Conduta.....	34
2.1.2 Dano.....	36
2.1.3 Nexo de Causalidade.....	37
2.1.4 Culpa.....	39
3. A interseção do direito de família e da responsabilidade civil: reflexões a partir de casos paradigmáticos	43
3.1 Premissas favoráveis ao dever de indenizar na relação paterno-filial presentes na doutrina e na jurisprudência: breves notas.....	48
3.2 O caráter punitivo das decisões que acolheram os pedidos de reparação por abandono afetivo: retorno à teoria tradicional da pena privada ou invasão da competência penal?.....	52
4. Conclusão	59
5. Referências bibliográficas	63
6. Anexos	70
6.1 RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 9ª Câmara Cível. Apelação cível nº.70011497393. Rel. Des ^a . Íris Helena M. Nogueira. j. 11/06/05	
6.2 Processo nº.01.036747-0, 31ª Vara Cível Central, Comarca de São Paulo, juiz Luis Fernando Cirillo. j.05 jun. 2004.	

RESUMO

Este estudo tem por objetivo a análise da responsabilidade civil por abandono afetivo na relação paterno-filial a partir de recentes decisões dos tribunais brasileiros. Inicialmente discorre sobre a evolução da família e o reconhecimento do afeto como elemento conjugador da família contemporânea. Examina os elementos da responsabilidade civil objetivando uma interseção entre o novo Direito de Família e as transformações no dever de indenizar. A partir de dois casos paradigmáticos escolhidos busca-se encontrar os fundamentos e finalidades das demandas por abandono afetivo que ora o judiciário passa a ter que se manifestar para ao final analisar se os objetivos perseguidos atendem aos fins da responsabilidade civil atual.

Palavras-chave: Família – Abandono afetivo – Responsabilidade civil – Reparação, Compensação, Punição.

Introdução

Tradicionalmente protegida sob o dogma da preservação da intimidade familiar, da paz doméstica e da legitimação por parte do Estado os conflitos familiares, durante longo período, desenvolveram-se distantes do Poder Judiciário, cobertos pela invisibilidade conservadora e pelos valores de cada época.

Contemporaneamente é sob o aspecto do “conviver” que se pode compreender a família atual. É a partir da convivência que se desenvolvem o ser humano, primeiramente na família, e posteriormente perante todo o corpo social.

Mas o que diferencia este conviver em uma família dos demais grupos sociais? A doutrina que se ocupa do estudo histórico-evolutivo da família reconhece que culturalmente foram elaboradas e legitimadas causas de justificação capazes de dar fundamento a essas relações como a necessidade de proteção, a preservação e a conservação da espécie, a transmissão do patrimônio e, mais recentemente, o afeto.

Para a doutrina atual a família, sociologicamente considerada, subsiste enquanto houver afeto entre seus membros, que agrupados em torno de um projeto de vida e de interesses comuns, buscam respeitar a liberdade individual, bem como a realização pessoal de seus membros.

Fato certo e comprovado, no entanto, é que no rompimento desses laços afetivos persistem deveres e responsabilidades que cercam essas relações, em especial quanto à pessoa dos filhos, a quem o legislador pátrio garantiu à convivência familiar, como “dever” da família, da sociedade e do Estado, instituindo normas protetivas e organizacionais objetivando dar efetividade à esse dever.

A proteção conferida aos infantes pelo Estado, independente da relação havida entre os seus genitores, tem levado os filhos a proporem demandas judiciais em que o direito à convivência familiar e o conseqüente abandono afetivo são utilizados como fundamento a demandas de responsabilização civil dos pais por danos que esses possam causar a seus filhos.

O reconhecimento dos danos extrapatrimoniais pelo Poder Judiciário recebeu, durante longo período, resistência por parte da doutrina e da jurisprudência, que considerava inaceitável a possibilidade de se quantificar os danos extrapatrimoniais, atribuindo-se um preço aos sentimentos como a dor, o vexame, a humilhação ou o constrangimento. Atualmente admite-se a indenização

por danos extrapatrimoniais desde que preenchidas as condições e pressupostos mínimos para a responsabilização civil, em especial após a recepção pela Constituição Federal, e mais recentemente pelo Código Civil, do dano extrapatrimonial.

Esta resistência era conseqüência dos graves problemas encontrados na ausência de mecanismos seguros capazes de proporcionar a correta identificação e delimitação dos danos extrapatrimoniais, sendo estes enquadrados em sua maioria na categoria de dano moral, o que possibilitaria a inclusão de qualquer sofrimento humano, alcançando o direito à vida, à imagem, à honra, à intimidade e mais recentemente os danos à personalidade pela ausência de afetividade.

Como conseqüência das transformações ocorridas na família e nos institutos da responsabilidade civil, novas demandas foram trazidas aos tribunais brasileiros exigindo da Justiça uma resposta, mesmo nessas situações excepcionais em que o afeto é apresentado na sua face negativa.

A possibilidade de se buscar indenização por abandono afetivo é um dos temas polêmicos e atuais do Direito contemporâneo em que juízes e tribunais vêm se deparando nos últimos anos, cabendo a eles a difícil tarefa de decidir como a tutela jurisdicional poderá tornar obrigatório o cumprimento de um dever moral.

A abertura do ordenamento jurídico mediante a adoção da técnica das cláusulas gerais pelo legislador, conferiu aos magistrados uma maior liberdade hermenêutica na busca pela proteção integral da pessoa humana.

A tendência moderna de ampliação do instituto da responsabilização civil, cujo eixo vem se deslocando do elemento fato ilícito, para cada vez mais se preocupar com a reparação do dano injusto, qualquer que seja a sua natureza, vêm exigindo do julgador uma postura ética e consciente do seu papel de reconstrutor do Direito civil-constitucionalizado frente aos casos concretos. A contemplação do dano extrapatrimonial, contudo, exige extrema cautela e apuração criteriosa dos fatos em se tratando do direito de família.

Diante dessa nova realidade alguns magistrados vem entendendo que o abandono afetivo paterno-filial configuraria danos passíveis de reparação, condenando o genitor a indenizar os filhos pela violação aos deveres de convivência e educação.

Mas o descumprimento do dever de convivência entre pais e filhos e a conseqüente ausência de afeto constituiria uma conduta apta a configurar um ato

ilícito? O dano decorrente da falta de afeto poderia ser incluído no conteúdo do dano moral possibilitando exigí-lo judicialmente? Existiria direito subjetivo do filho ao afeto ou o ressarcimento da ausência deste em perdas e danos? O estado de filiação seria um direito de personalidade do filho?.

Parte da doutrina e da jurisprudência vem entendendo ser o pedido juridicamente possível, haja vista a previsão no ordenamento pátrio do dano extrapatrimonial.

Dado a ausência de posicionamento doutrinário a contrapor os argumentos emitidos, por parte minoritária da doutrina, em defesa do dever dos pais de indenizar os filhos por abandono afetivo, optamos por buscar na jurisprudência pátria os fundamentos capazes de propiciar a reflexão proposta neste estudo, qual seja: A ausência de afeto pode ser fundamento para a indenização por dano moral?.

A partir de dois casos paradigmáticos escolhidos, que revelam os paradoxos deste controvertido assunto, buscaremos analisar os pressupostos, elementos e limites, com destaque para os fins perseguidos com a recepção de demandas por indenização decorrente do abandono afetivo paterno-filial.

Para uma melhor compreensão, no entanto, do valor do afeto nas relações familiares atuais e as recentes demandas judiciais por reparação de danos que encontram fundamento na ausência de afeto, imprescindível se mostra a necessidade de revisitarmos, ainda que brevemente, a evolução dos institutos jurídicos da família e da responsabilidade civil.

Esperamos que ao final, este singelo estudo tenha contribuído para o debate desta delicada questão, que por si só não pode se conter no silêncio da crítica mais autorizada.

1. Premissas introdutórias à relação entre a Família e o Direito

A família enquanto instituição criada pelo espírito humano, perdura inabalável através da história da civilização¹. Ela é um fenômeno histórico, complexo e heterogêneo, fugidio a fixação de datas, épocas e ao aprisionamento em conceitos fechados e imutáveis, impossibilitando o retorno as suas origens². Todavia pode-se afirmar que “nenhuma instituição humana jamais teve uma história mais surpreendente e rica de eventos, nem condensa os resultados de uma experiência mais prolongada e diversificada. Ela exigiu os mais altos esforços mentais e morais no curso de inúmeras épocas para se conservar em vida e para se transformar através dos estágios diversos até sua forma atual”³.

Ao longo da história a família sempre sofreu a influência de fatores econômicos, sociais, políticos, religiosos e mais recentemente da biotecnologia e da informática, que comprovam ser a família um “elemento ativo; que nunca permanece estacionário, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado”⁴.

Qualquer tentativa de compreensão da família atual que não considere a influência destes fatores corre o risco de apresentar uma visão míope de um organismo que transcende a própria história da humanidade, pois, conforme observou FACHIN: “Vê-la tão-só na percepção jurídica⁵ do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um ‘iceberg’. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno”⁶.

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991 Nota introdutória.

² “O primórdio da família esta definitivamente voltado a um mistério. Logo, as origens, as primeiras manifestações e as reações do homem nesse campo só podem ser avaliadas através de suposições, hipóteses, conjecturas que tentam reconstruir uma época fugidia e indecifrável” (LEITE, **Tratado de direito de família**, p.5)

³ CANEVACCI, Massimo (Org.) **Dialética da família: gênese, estrutura e dinâmica de uma instituição repressiva**. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1984. p.63

⁴ MORGAN, Lewis citado por ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 13ª ed. Tradução de: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand, 1995. p.30

⁵ “...Sabe-se, na atualidade, que um enfoque exclusivamente jurídico sobre temas de direito de família certamente representa visão estreita e falha sobre as famílias no Direito, devido à importância do contexto social, cultural, moral, religioso e econômico no âmbito das relações familiares.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. A função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.8, n.39, dez./jan., 2007, p.154-155)

⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Reconstruir seu transcurso ao longo da civilização é tarefa complexa que exige a intersecção com outros saberes como a sociologia, a filosofia, a antropologia, a psicologia e o próprio direito. Forjada a partir de condicionantes existentes em cada época e em cada sociedade torna-se impossível afirmar a existência de um conceito único válido e universal para todos os povos e em todas as épocas. Sua configuração é moldada segundo as condições naturais e o momento histórico em que ela se insere, encontrando suas normas não somente no direito, mas também na religião, na moral e nos costumes.

Essa diversidade de fontes e estruturação dos grupos familiares é fato inegável ao longo da história, sendo também inegável que esses grupos nos legaram valores presentes nos dias atuais, “quer pela sua normal eternização, quer por terem sido ressuscitados após lapsos temporais mais ou menos longos”⁷.

Reconhecida como a célula *mater* da sociedade, a família como fato social, legou a humanidade a primeira lei do homem: a proibição do incesto, possibilitando a passagem do estado da natureza para o da cultura. “É a proibição do incesto que recorta as sociedades humanas do mundo animal”⁸, estabelecendo um sistema de normas com a função específica de ordenação social. Sendo uma criação do espírito humano esta proibição variou de sociedade em sociedade, influenciando na sua forma de organização familiar.

A partir dessa proibição primária instintiva⁹, da evolução dos costumes e das necessidades do homem, a humanidade construiria o modelo mais tradicional de família o da família monogâmica¹⁰. Reduzida a um homem e uma mulher com fins

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Novaes Fernandes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de direito de Família**. Porto Alegre, n.1, n.1, abr./jun., 1999. p.8.

⁸ É o que assevera Rodrigo da Cunha PEREIRA: “...a origem e o fundamento da norma autorizadora de todas as normas estão na necessidade de um interdito primário, primordial e essencial, sem o qual não é possível a existência da cultura. é esta norma mais fundamental, ou seja, um interdito proibitório que possibilitou a passagem do estado de natureza, instintual, para a cultura. Essa norma fundamental é, portanto, fundante da cultura e da constituição do sujeito”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Curitiba, 2004, 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação do Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.29)

⁹ “... a família acompanha a história da humanidade a partir de dois instintos fundamentais à natureza humana: o de conservação e o de reprodução”. (LEITE, **Tratado de Direito de Família**, p.4).

¹⁰ Nasce da família sindiásmica e ‘baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai’. (ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 13ª ed. Tradução de: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand, 1995. p.66).

de procriação, a família monogâmica sufocaria o afeto através da escravização de um sexo pelo outro, perdurando incólume até os primeiros movimentos feministas do século XX, que precipitados por fatores econômicos, dentre os quais a Revolução industrial e a demanda de mão-de-obra feminina durante as duas Grandes Guerras, exigiria o repensar das funções no interior da família.

Elisabeth BADINTER constata a “ausência do amor como valor familiar e social no período de nossa história que antecede a metade do século XVII. Não se trata, porém, de negar a existência do amor antes de determinada época, o que seria absurdo. Mas é preciso admitir que esse sentimento não tinha a posição, nem a importância que hoje lhe são conferidas”¹¹.

A família monogâmica inaugurou um novo fundamento para a constituição da família “que não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva”¹², impregnando as relações familiares com um conteúdo patrimonializante nas classes detentoras de riquezas, cuja transmissão e conservação no seio da família era a razão primeira dessas uniões de conveniência.

A partir da ascensão da família monogâmica tem-se o germe “de uma das ideologias de maior impacto no mundo ocidental”¹³, qual seja, a “ideologia da família patriarcal”¹⁴, que construída principalmente sobre as fontes romanas¹⁵ atravessou toda a Idade Média projetando-se para os primeiros Códigos ocidentais do início do Século XVIII.

Segundo Sergio Resende de BARROS:

Nem sequer o individualismo, a ideologia do indivíduo, irrompendo radical nas revoluções liberais, na passagem da Idade Moderna para a Contemporânea, logrou suplantam a ideologia da família. Para esta, o elemento basilar da sociedade não é o indivíduo, mas sim a entidade familiar monogâmica, parental, patriarcal, patrimonial, isto é, a tradicional família romana, que veio a ser recepcionada pelo cristianismo medieval, que a reduziu à família nuclear, consagrando como família-modelo o pai, a mãe e o filho. Essa concepção restritiva da família bem servia, no

¹¹ BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Tradução de: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p.50-51.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização do direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.6, n.24, Jun./Jul. 2004. p.145

¹³ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, v.4, n.14, Jul./Set. 2002, p.6

¹⁴ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto, p.6

¹⁵ “(...) Mesmo com todas as modificações e evoluções (...) o referencial básico é, e será sempre, ao que tudo indica, o da família romana...”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A família – estruturação jurídica e psíquica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte. Del Rey, 1997, p.15).

plano ideológico, para justificar o domínio das terras pelos patriarcas antigos e, depois, pelos senhores feudais, corroborando a idéia-força de que a família patriarcal e senhorial é a base da sociedade. Ou seja, a sociedade humana não é uma sociedade de indivíduos, nem a sociedade política é uma sociedade de cidadãos, mas sim um agrupamento de famílias.¹⁶

Considerada como unidade política e econômica, a família “era uma pequena pátria, segundo a imagem e ao serviço da grande pátria. Marcadamente anti-feminista”¹⁷, permanecendo a estrutura familiar fundada na autoridade do chefe, agora representante do rei¹⁸. A autoridade paterna será fortemente reforçada pelo absolutismo político que encontrará justificação na desigualdade natural e divina entre o homem e a mulher. Segundo Elisabeth BADINTER “o poderio do marido e do pai predominava, de muito sobre o amor. A razão era simples: toda a sociedade repousava no princípio da autoridade”¹⁹.

Neste período a família era “investida de um grande número de missões (...) ela deveria assegurar a gestação da sociedade civil e dos ‘interesses particulares’, cujo bom andamento era essencial à estabilidade do Estado e ao progresso da humanidade”²⁰.

Para a historiadora Michelle PERROT:

Naqueles tempos de capitalismo em larga medida familiar, ela assegurava o funcionamento econômico, a formação da mão-de-obra, a transmissão dos patrimônios. Célula de reprodução, fornecia as crianças que, por intermédio das mães-professora recebiam uma primeira socialização, através da exploração rural ou do atelier artesanal, os primeiros aprendizados. A família, enfim, formava bons cidadãos e, numa época de expansão dos nacionalismos, patriotas conscientes dos valores de suas tradições ancestrais.²¹

De acordo com o estudo da historiadora e filósofa Elisabeth BADINTER a família do início do século XIX pode ser compreendida como o resultado de três diferentes discursos presentes ao final do século XVIII em que o Estado, exaltando o amor materno, visava combater o abandono das crianças e o alto índice de

¹⁶ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto, p.6-7

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização do direito de família, p.141.

¹⁸ “Até o século XVII, repetir-se-á constantemente: o pai é para seus filhos o que o rei é para seus súditos...” (BADINTER. Elisabeth. **Um amor conquistado**, p.41)

¹⁹ BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**, p.31

²⁰ PERROT, Michele. **O nó e o ninho**. Revista Veja – 25 anos, abril, p.76-77

²¹ PERROT, Michele. **O nó e o ninho**, p.77

mortalidade infantil, resultado do desinteresse da família pela criança²². O primeiro discurso, de conteúdo econômico, é o resultado da tomada de consciência da importância da população para um país²³.

Recorre-se as suas palavras para melhor compreensão: “O ser humano converteu-se numa provisão preciosa para um Estado, não só porque produz riquezas, mas também porque é uma garantia do poderio militar”²⁴.

O segundo discurso traz a idéia de igualdade²⁵ e liberdade²⁶ individual pregado pela filosofia das luzes. A ideologia da felicidade será amplamente difundida e a família passa a ser o primeiro lugar onde buscá-la, modificando com isso as atitudes familiares. Para que a felicidade fosse possível, deveria ela ser fundada no amor, admitindo-se a liberdade na escolha do outro, até então decisão que cabia restritamente aos pais. O amor isolaria o casal da coletividade e do controle que esta exercia outrora criando, um “ninho afetivo em cujo interior a família vem se refugiar”²⁷.

A família, contudo, “nas grandes codificações liberais, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque, para a ideologia liberal burguesa, ela era concebida como unidade de sustentação do *status quo*, desconsiderando as pessoas humanas que a integravam”²⁸.

Por fim BADINTER identifica o terceiro discurso, o dos intermediários, dirigido exclusivamente às mulheres por parte do Estado que as eleva a “nível de

²² Conforme o minucioso estudo de Elisabeth BADINTER, a partir dos diários dos chefes de família, no século XVII e sobretudo no século XVIII, a criança é submetida a três fases de abandono principalmente na França, Inglaterra e Alemanha e em especial no meio urbano. A autora identificou como fases desse abandono a colocação da criança na casa de uma ama de leite, o retorno ao lar e por último a partida para o convento ou o internato, afirmando que “a criança viverá no máximo, em média, cinco ou seis anos sob o teto paterno, o que não significa absolutamente que viverá com os pais.(...) A criança conhecerá uma solidão prolongada, por vezes a falta de cuidados e com freqüência um verdadeiro abandono moral e afetivo”. (BADINTER. Elisabeth. **Um amor conquistado**, p.119)

²³ BADINTER. Elisabeth. **Um amor conquistado**, p.149.

²⁴ As crianças abandonadas foram sendo vistas como fonte de lucros futuros para o Estado ao serem utilizadas na produção agrícola ou sendo educadas para a arte da guerra. (BADINTER,1985, p.154, 159)

²⁵ Essa igualdade era muito mais “...dos homens entre si, do que pela igualdade entre os seres humanos: o homem, a mulher e as crianças”. (BADINTER, 1985, p.162)

²⁶ “Todavia a liberdade era voltada à aquisição, domínio e transmissão da propriedade e a igualdade ateve-se ao aspecto formal, ou seja, da igualdade de sujeitos de direito abstraídos de suas condições materiais ou existenciais. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização do direito de família, p.140-141.)

²⁷ BADINTER. Elisabeth. **Um amor conquistado**, p.179

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização do direito de família, p.141

‘responsáveis pela nação’, porque, de um lado, a sociedade precisa delas e lhes diz isso e, de outro, quer-se reconduzi-las às suas responsabilidades maternas”²⁹.

No final do século XVIII o amor materno será exaltado como um valor ao mesmo tempo natural e social, favorável à espécie e à sociedade. As mães serão levadas a cuidar pessoalmente dos filhos, buscando mudar a realidade reinante³⁰.

Nascia nesse período a “ideologia materna e o desenvolvimento do processo de ‘responsabilização’ da mãe”³¹ que ainda perdura neste século³². Desloca-se o foco da autoridade paterna para o amor, destacando-se cada vez mais a figura da mãe em detrimento do pai, que entrará progressivamente na obscuridade.

Para Elisabeth BADINTER:

É preciso admitir, com toda justiça, que o homem foi despojado de sua paternidade. Reconhecendo-lhe (e a ele, exclusivamente) tão somente uma função econômica, distanciaram-no progressivamente, no sentido literal e figurado, de seu filho. Fisicamente ausente durante todo o dia, cansado à noite, o pai não tinha mais grandes oportunidades de se relacionar com o filho.

Paradoxalmente, será preciso esperar a libertação econômica das mulheres e seu acesso às carreiras outrora reservadas aos homens para que, estabelecida a igualdade, os homens pensem, finalmente, sob a sugestão insistente das mulheres, em questionar o papel paterno. Exigirão eles, também, uma liberação da responsabilidade econômica e o direito de serem, finalmente, pais presentes?³³

É fato certo e comprovado, pela melhor doutrina que se ocupa do estudo da família, que a libertação econômica da mulher promoveu profundas alterações nas relações familiares abalando as estruturas milenares do patriarcalismo, em especial a partir da reivindicação de um lugar de sujeito às mulheres. A inserção da mulher no mercado de trabalho é apontada pelos sociólogos como um processo que conferiu a esta um maior poder de decisão devido a sua independência financeira, levando a um repensar das funções no interior da família com o partilhamento das funções domésticas entre os cônjuges³⁴, garantindo-lhes o início de uma

²⁹ BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**, p.181

³⁰ BADINTER, 1985

³¹ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre. n.35, abr./mai. 2006. p.58

³² “Após 1760, abundam as publicações que recomendam às mães cuidar pessoalmente dos filhos e lhes ‘ordem’ amamentá-los. Elas impõem, à mulher a obrigação de ser mãe antes de tudo, e engendram o mito que continuará bem vivo duzentos anos mais tarde: o do instinto materno, ou do amor espontâneo de toda mãe pelo filho”.(BADINTER, p.145)

³³ BADINTER, p.294

³⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de.; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p.12.

recuperação da defasagem social. A sujeição³⁵ historicamente construída da mulher e dos filhos à autoridade do marido (poder marital) e do pai (pátrio poder) será substituída pelo estatuto da coordenação, cooperação e colaboração, operando-se a redemocratização das relações familiares, assentada sobre novos princípios como a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade.

É possível, no entanto, constatar, conforme nos relata Eduardo de Oliveira LEITE que “no final do século XVIII e, principalmente, após a Revolução Francesa, a juventude começou a dar mais atenção a seus próprios sentimentos e não às considerações exteriores. A propriedade, o desejo dos pais e as injunções de ordem social foram negligenciadas na escolha do cônjuge. Surgia um novo mundo marcado decididamente por uma mentalidade”³⁶.

Todavia, foi somente a partir do século XX, “com a emancipação feminina, a evolução dos costumes e os avanços da engenharia genética, que foram rompidos os três paradigmas a que estava condicionada a família: casamento, sexo e reprodução”³⁷.

Essa passagem da família burguesa tradicional para a família do novo milênio deu-se “através de profundos questionamentos e substituição de valores éticos e sociais, que serviram como fundamento da família durante séculos”³⁸. A ruptura com a família tradicional matrimonializada, hierarquizada, procracional e patriarcal, apreendida pelos códigos oitocentistas, representa um processo histórico de quebra da ideologia patriarcal e o desmoronamento dos valores sobre os quais ela se estruturava, cedendo lugar a um novo modelo igualitário e fundado no afeto.

À inserção da mulher no mercado de trabalho somam-se vários fatores importantes que alteraram a estruturação da família no decorrer do século XX. “A perda da força do cristianismo, a liberação sexual, o impacto dos meios de comunicação de massa, o desenvolvimento científico com as perícias genéticas e descobertas no campo da biogenética, a diminuição das famílias com o

³⁵ “... enquanto a mulher permaneceu sob a total dependência econômica do homem, aceitou sua dominação absoluta”. (GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2002. Atualizador: Humberto Theodoro Junior. Nota Prévia).

³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**, p.277

³⁷ Para Maria Berenice DIAS “o casamento não mais serve para o reconhecimento da entidade familiar, o sexo deixou de ter lugar exclusivamente no matrimônio e o contato sexual se tornou dispensável para a procriação”³⁷. (DIAS, Maria Berenice. *Sociedade de afeto: um nome para a família*. **Revista Brasileira de direito de família**. Porto Alegre, v.5, n.22, fev./mar. 2004. p.32).

³⁸ BARRETTO Vicente de Paulo. *Resenha de Livro: em busca da família do novo milênio*. Porto Alegre: SÍNTESE, v.3, n.9, Abr./Jun. 2001, p.134.

aperfeiçoamento e difusão dos meios contraceptivos”³⁹, deram ao novo panorama que se descortinava as cores de uma nova família, menos patriarcal, mais plural, igualitária e democrática.

Aliado a estas transformações destaca-se a descoberta da psicanálise que influenciaria na compreensão da família. É a partir das descobertas da psicanálise que é possível compreender a família como “uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar dos filhos⁴⁰, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente”⁴¹, mas que contribuem para a estruturação psíquica, moral e emocional de seus membros, tornando-se assim em um “idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal”⁴².

Em meio a esse processo histórico, o século XX apresentava-se para muitos campos do saber como sendo um período de desagregação e crise da família revelando um período de dúvidas e de incertezas.

Ivone M. C. C. de SOUZA e Maria Berenice DIAS defendem que “há uma apreciação bipartida dessa família, que refere *crise e decadência*, ao lado de outra que prefere perceber *evolução e conquista*” [grifos no original]⁴³.

Para Caio Mário da Silva PEREIRA inexistente crise, “houve, pois, sensível mudança nos conceitos básicos. A família modifica-se profundamente. Está se transformando sob nossos olhos. Ainda não se podem definir as suas linhas de contorno precisas, dentro do conflito de aspirações. Não se deve, porém, falar em desagregação, nem proclamar-se verdadeiramente uma crise. Como organismo natural, a família não acaba”⁴⁴.

³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da.; GUERRA, Leandro dos Santos. A função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.8, n.39, dez./jan. 2007. p.155

⁴⁰ “Aos olhos de Freud e de seus sucessores, a mãe simboliza antes de tudo o amor e a ternura, e o pai, a lei e a autoridade”. (BADINTER. Elisabeth. **Um amor conquistado**, p.315).

⁴¹ “Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai e mãe, sem que seja o pai ou a mãe biológicos”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n.16, jan./mar. 2003. p.8)

⁴² OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria F. N.. Direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo código civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.7.

⁴³ SOUZA, Ivone M. C. Coelho de; DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter)secções do Afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.2, n.8, jan./mar. 2001. p.64.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.20.

Esses laços naturais tecidos na caminhada encontram novo fundamento no valor jurídico do afeto e “de espaço de poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar, e como se quer ser ou estar”⁴⁵.

A família se transforma tornando-se um *locus* para o desenvolvimento e realização de seus membros. “Valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais”⁴⁶.

No mesmo sentido é a lição de Luiz Edson FACHIN para quem “sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se, com mais acento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”⁴⁷, pouco importando o modelo que adote, se matrimonial, união estável, monoparental ou recomposta.

Alerta-se, no entanto, para o fato de que a família atual assim delineada não está imune aos conflitos que eclodem das relações sociais mais íntimas. Estas agora restam expostas sem o medo da desaprovação⁴⁸, pois segundo Ivone M.C. Coelho de SOUZA e Maria Berenice DIAS

Na verdade, a família de hoje, ao lado das aquisições que instalaram a modernidade, como a educação mais liberal, os papéis flexíveis, etc., não logrou isentar-se de profunda problemática, expressa, por exemplo, na ausência dos pais, na debilidade dos limites que se impõem aos filhos e nas dificuldades de reduzir os índices de conflitos por eles apresentados. É o mesmo para a confusão estabelecida nos papéis parentais, entre o autoritarismo ou simplesmente a tão necessária autoridade parental.⁴⁹

⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.6

⁴⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001 p.13.

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**, p.31-32.

⁴⁸ “O componente emocional integra perspectiva ineliminável do conflito jurídico nas famílias. Essa subjetividade não pode ser dissociada do fenômeno, uma vez que compõe as crises familiares”. (FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.103)

⁴⁹ SOUZA, Ivone M. C. Coelho de; DIAS, Maria Berenice. **Famílias modernas: (inter)secções do Afeto e da lei**, p.64.

Esse fato, contudo, não afasta a afirmação com a qual iniciamos este estudo⁵⁰ e que se confirma nas palavras da Professora Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA para quem:

(...) há uma imortalização na idéia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família, este *locus* que se renova sempre 'como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social'⁵¹.⁵²

Todavia, a família permanece com a específica função de socialização e educação das crianças, em especial nos primeiros anos de vida, ainda que esta função seja atualmente dividida com a escola.

Segundo nos relata Elisabeth BADINTER, nos dois últimos séculos, houve uma maior preocupação com a infância por parte do Estado.

No século XIX, o Estado, que se interessa cada vez mais pela criança, vítima, delinqüente ou simplesmente carente, adquire o hábito de vigiar o pai. A cada carência paterna devidamente constatada, o Estado se propõe substituir o faltoso, criando novas instituições. Surgem no universo infantil novas personagens que em diferentes graus, têm por função desempenhar o papel deixado vago pelo pai natural. São eles o professor, o juiz de menores, a assistência social, o educador e, mais tarde o psiquiatra, detentores cada um de uma parte dos antigos atributos paternos.⁵³

Faz-se necessário assim constatar, para fins deste estudo, sob que forma esse controle por parte do Estado sobre a família, contribuiu para diminuir o espaço de liberdade do indivíduo através da codificação do Direito de Família, bem como em quais situações poderão se valer os integrantes da família, para a proteção conferida pelo Estado Juiz, com especial destaque às demandas dos filhos.

⁵⁰ "A família enquanto instituição criada pelo espírito humano, perdura inabalável através da história da civilização".

⁵¹ A citação contida na citação é de autoria de Gustavo Tepedino, "Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: __ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.326".

⁵² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de direito de Família**. Porto Alegre, n.1. abr./jun., 1999. p.8

⁵³ "A criança, que passa agora a maior parte do seu tempo na escola, é educada mais pelo professor do que por seu pai. São os valores do primeiro, e não os do segundo que ele introduzirá em casa". (BADINTER. Elisabeth. **Um amor conquistado**, p.289-290).

1.1 A Família do Direito: da codificação a constitucionalização

A família, como vimos, não nasce do Direito. Ela é fato social apreendido pelo legislador.

A família do Código Civil de 1916 era protegida como um “verdadeiro fim em si mesmo, a família matrimonializada era tratada de forma rígida, submetida ao controle absoluto do varão, com a submissão total da mulher e dos filhos através de determinados poderes jurídicos, como os antigos poder marital e pátrio poder”⁵⁴, cujo objetivo era assegurar a paz doméstica, haja vista que sua preservação e intimidade deveriam ser mantidos a qualquer custo, revelando muitas vezes um sacrifício individual em nome da unidade familiar⁵⁵.

Paulo Luiz Netto LÔBO afirma que “é na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família”⁵⁶. O Código de 1916, elaborado, a partir de uma racionalidade patrimonialista, atesta o casamento como forma de união de interesses patrimoniais, relegando a segundo plano a pessoa humana. Desta forma as relações jurídicas que se estabeleciam tinham por finalidade “compor patrimônios e não respeitar pessoas em sua dignidade como seres humanos”⁵⁷.

A família matrimonializada e legitimada pelo Estado atendia a uma minoria possuidora de patrimônio a administrar, contratar e transferir. A grande massa humana que trabalhava nos campos, que vegetava nos subúrbios das maiores cidades, após o processo de industrialização e urbanização do Brasil, e que não dispunham de bens a transmitir foram relegadas à exclusão.

⁵⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da.; GUERRA, Leandro dos Santos. A função social da família, p.155

⁵⁵ Nesse sentido afirma Gustavo Tepedino que “...o sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado na ótica do sistema, pela preservação da célula *mater* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal”. (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.350).

⁵⁶ “No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização do direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.6, n.24, jun./jul. 2004. p.145).

⁵⁷ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson; RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coords.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.105

Nesse sentido atesta Orlando GOMES que estruturava-se “à margem do Código, um direito de família diferente, o único que conhecem amplos setores da população. Toda essa vegetação, exuberante de seiva humanitária, cresce nas barrancas da corrente tranqüila do direito codificado, sem que por sua existência dêem os que a singram alheios ao que passa de redor”⁵⁸. Maria Berenice DIAS em artigo recente sobre a ética do afeto afirma que:

...na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do único parâmetro reconhecido como legítimo, nega juridicidade a quem se rebela e afronta o normatizado. Com isso, acaba-se não só negando direitos, também se deixa de reconhecer a existência de fatos (...) tudo que surge à margem do modelo posto como correto não merece regulamentação. Situações reais simplesmente desaparecem⁵⁹.

Àqueles que viviam à margem do direito eram considerados como famílias “ilegítimas”, o mesmo tratamento conferido aos filhos originados dessas relações. Somente com a Constituição Federal de 1988 se verá desaparecer a vinculação entre casamento e legitimidade, bem como o banimento da categoria de filhos legítimos e ilegítimos. A filiação jurídica, estabelecida pela presunção *pater is est quem justae nuptias demonstrat*, excluía inúmeras crianças a ter declarado o seu direito ao pai, condenando-os à infelicidade e ao preconceito em prol da sagrada paz doméstica. Mas “das rígidas fronteiras codificadas, os direitos dos filhos avançaram significativamente rumo a um reconhecimento progressivo”⁶⁰.

A família no Direito revela que a previsão legal pura não atende a todas as demandas e questionamentos que afloram em seu âmbito, emergindo da doutrina e da jurisprudência uma hermenêutica construtiva capaz de recepcionar este direito

⁵⁸ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2002. Nota prévia. Atualizador: Humberto Theodoro Junior.

⁵⁹ Os argumentos da professora ainda que dirigidos a tratar sobre as relações homoafetivas, foram transpostas para este estudo por entendermos que traduzem a partir de situações presentes, a realidade pretérita. (DIAS, Maria Berenice. **A ética do afeto**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6668>. Acesso em 20 jan. 2007)

⁶⁰ “Poucas décadas depois da vigência do Código Civil, a legislação dos anos 40, passando pelo Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispôs sobre a organização e proteção da família, marcou presença com a Lei n. 889, de 21 de outubro de 1949, permitindo o reconhecimento de certos direitos aos filhos adulterinos. Mais tarde, alguns dispositivos da Lei do Divórcio ampliaram este leque de direitos. Nada obstante, mudança impar e expressiva se deu com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069, de 29 de março de 1990), o qual, superando o então vigorante “Código do Menor”, abriu as portas para um verdadeiro horizonte jurídico em favor da filiação. Neste se insere, ainda, com destaque, a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que em essência regulou a averiguação oficiosa da paternidade”. (FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.224)

que se desenvolveu à margem do Código, a exemplo da Sumula 380 do STF⁶¹. Neste sentido “o juiz da família se abre para acolher a vida e a realidade: um passo e um desafio”⁶².

Os juízes buscando criar alternativas para evitar flagrantes injustiças, e diante da omissão do legislador, elaborou a expressão companheira, como forma de contornar as proibições para o reconhecimento dos direitos banidos pela lei.

O Código Civil de 1916 demonstrava-se em desacordo com a realidade da vida surgindo as primeiras modificações na legislação da família que não mais atendia a uma sociedade em que passaram a tomar relevo as questões sociais. A família do Direito foi mostrando-se insuficiente para atender a pluralidade social existente, exigindo do legislador a edição de leis extravagantes, com o objetivo de adequar o ordenamento jurídico à realidade social, e que foram alterando os contornos jurídicos do Direito de Família. Especial destaque deve-se dar a Lei nº 4.121/62, denominada Estatuto da Mulher Casada, que possibilitou a mulher sair da sua relativa incapacidade e concedeu-lhe a titularidade e o exercício do poder familiar e a Lei nº 6.515/77, Lei do Divórcio, que regulamentou a Emenda Constitucional nº.9 de 1977, possibilitando a dissolução da sociedade conjugal secularmente garantida pelo instituto da indissolubilidade, ainda sob forte influência da Igreja Católica que permanecia firme na defesa do matrimônio como sacramento indissolúvel. A introdução da Lei do Divórcio no país possibilitou o “reconhecimento jurídico de inúmeras uniões de pessoas ‘desquitadas’, ate então impossibilitadas de contrair novos casamentos”⁶³.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado social ao longo do século XX, verificou-se uma maior preocupação com a proteção da família por parte do Estado que passa a intervir “nas relações domésticas, restringindo poderes, atribuindo direitos, fiscalizando os governantes de família e se fazendo árbitro

⁶¹ “Sabe-se que a Súmula 380 foi uma engenhosa formulação construída pela doutrina e pela jurisprudência, durante a vigência da Constituição de 1946, consolidada no início da década de sessenta, para tangenciar a vedação de tutela legal das famílias constituídas sem casamento, de modo a encontrar-se alguma proteção patrimonial a, freqüentemente, mulheres abandonadas por seus companheiros, após anos de convivência afetiva”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, nº.12, jan./fev./mar. 2002. p.49)

⁶² FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo horizonte: Del Rey, 1996. p.78

⁶³ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.78-79

através do juiz, dos desentendimentos entre marido e mulher”⁶⁴ em espaços antes reservados a autonomia privada.

É, no entanto, a Constituição Federal de 1988 que promoverá uma verdadeira revolução, alterando o paradigma da família. Elegendo o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, imporá o abandono da conotação patrimonialista da família. A Carta Magna viu a necessidade de reconhecer a existência de entidades familiares fora do modelo fechado do casamento, reconhecendo no afeto o elemento conjugador da convivência familiar, capaz de agregar um grupo de pessoas em um projeto de vida e de interesses comuns.

Em defesa dessas famílias marginalizadas pelo texto codificado de 1916 e recepcionadas pelo texto constitucional de 1988 encontramos as vozes, dentre outras, dos professores Lamartine CORRÊA e Francisco José Ferreira MUNIZ para quem “a família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento, de estabilidade e responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos, desempenha, portanto, funções reconhecidamente familiares”⁶⁵.

O Constituinte atento aos fatos alargou o contorno jurídico da família, passando a integrá-lo às uniões estáveis entre um homem e uma mulher e as relações monoparentais, de um pai ou mãe com os seus filhos.

Para Paulo Luiz Netto LÔBO “projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto”⁶⁶. O caráter patrimonializante da família cede lugar a dignificação da pessoa humana.

A Constituição reconhece, não apenas a família que “nasce do casamento civil, mas também aquela que se forma naturalmente, da relação entre o homem e a mulher e entre pais e descendentes”⁶⁷. Gustavo TEPEDINO afirma que:

⁶⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 23

⁶⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001. p.20-21

⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas..., p.46

⁶⁷ GOMES, Orlando. **Direito de família**, Nota do atualizador, p.2).

...o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.⁶⁸

Protegida como a célula base da sociedade a família constitucionalizada assentar-se-á sob novos valores historicamente construídos como a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade, exigindo uma nova hermenêutica civil-constitucional para além da lógica patrimonialista herdada do século XIX.

Com o recente fenômeno da “repersonalização” e da “despatrimonialização”⁶⁹ do direito Civil, em especial do Direito de Família, recolocar-se-á a pessoa no centro das atenções jurídicas em detrimento de seu patrimônio, o que não significa o completo abandono das questões patrimoniais em detrimento de valores existenciais, haja visto que a regulamentação das questões patrimoniais objetivam dar maior segurança jurídica as relações, mas sim, que as questões patrimoniais devem ser concebidas como a serviço do sujeito e não o sujeito submetido ao patrimônio. Sua transformação deve ser compreendida no sentido de superação da concepção patrimonialista e a valorização da pessoa humana, mostrando-se assim em acordo com a realidade do tempo presente.

No que diz respeito aos filhos a Constituição de 1988 alterou profundamente a disciplina jurídica da filiação. Recepcionando o princípio da igualdade dos filhos proibiu qualquer tratamento discriminatório. Filho passou a ser filho e pronto.

Diferente era a situação dos filhos diante do Código de 1916 o que levou Luiz Edson FACHIN a afirmar que:

O sistema apropriou-se de parte da realidade ao definir que determinados sujeitos podem ser considerados filhos, ao passo que outros não podem ser designados como tais. Somente àqueles seriam sujeitos de certos direitos, como por exemplo, de ter pai. O que significava que alguém podia ser filho biológico, mas não

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____ **Temas de Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.349

⁶⁹ “Do princípio da dignidade da pessoa humana decorreram a despatrimonialização e a repersonalização das relações de família, substituindo-se a ênfase no tratamento jurídico das relações patrimoniais entre cônjuges, companheiros e parentes pela valorização de aspectos existenciais, procurando-se garantir acima de tudo, os direitos da personalidade de cada membro do agrupamento familiar”.(GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da.; GUERRA, Leandro dos Santos. A função social da família, p.157-158.

tinha o *status* jurídico de filho, não tendo assim, direitos subjetivos inerentes a essa condição.⁷⁰

Com a desvinculação do reconhecimento dos filhos da relação existente entre os seus genitores, o que se viu foi um processo de despenalização dos filhos concebidos em relações extramatrimoniais. Segundo Gustavo TEPEDINO a Constituição Federal ao eleger o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República definiu uma nova tábua de valores que apresentam três traços característicos em matéria de filiação: “1. A funcionalização das entidades à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização⁷¹ das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores”⁷².

O constituinte, encontrando fundamento no princípio da igualdade entre os filhos e recepcionando o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, redireciona o foco da autoridade parental para a idéia de proteção⁷³, assegurando a estes os cuidados necessários para o desenvolvimento de sua personalidade. A criança, na nova família, busca encontrar espaço de efetiva participação e realização pessoal. A sociedade brasileira assume a responsabilidade

⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.189.

⁷¹ “A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, n.19. ago./set. 2003. p.141.

⁷² “Poder-se-ia dizer que a disciplina do Código Civil, pela qual a tutela dos filhos estava vinculada à espécie de relação preexistente entre seus pais, respondia a uma lógica patrimonialista bem definida. Em primeiro lugar, os bens deveriam ser concentrados e contidos na esfera familiar legítima, assegurando-se a sua perpetuação na linha consangüínea, como que resguardados pelos laços de sangue. Em seguida, e em conseqüência, por atrair o monopólio da proteção estatal à família, o casamento representava um valor em si, identificava-se com a noção de família (legítima), de sorte que a sua manutenção deveria ser preservada a todo custo...”. (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: _____ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p.392).

⁷³ “De acordo com a Constituição, o modelo institucional de família é atenuado para residir na relação entre pais e filhos o poder paternal que está centrado na idéia de proteção. A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe está em assegurara aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolver de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional, revelando a transformação e a revalorização de cada um de seus membros”. (FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.). **Direito de família e o novo código civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.134)

legal de garantir um futuro à sua juventude, já reconhecido no plano internacional, estabelecendo como dever da família, da sociedade e do Estado a sua proteção⁷⁴.

A Constituição impôs a edição de leis a regulamentar as novas diretrizes de organização familiar. Não se omitindo, o legislador infraconstitucional regulamentou a união estável (Lei 8.971/94 e 9.278/96) e a proteção à criança e ao adolescente (Lei 8.069/90 e 8.560/92), subvertendo-se a antiga ordem, na qual a criança e o adolescente, não passavam de objeto do pátrio poder. Nesse sentido afirma Orlando GOMES que “leis de proteção ao menor se ditaram sob a inspiração do novo conceito de pátrio poder, segundo o qual deve ser antes um complexo de deveres do que de direitos do pai, antes uma função do que um poder. O exercício dessa função está hoje sob a vigilância e o controle permanente da autoridade pública”⁷⁵.

O Código Civil de 2002 no capítulo destinado à família acolhe o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges e entre os filhos. Reproduz, no entanto, a racionalidade patrimonialista nas relações familiares⁷⁶, exigindo uma releitura à luz dos princípios constitucionais.

Conforme no ensina Paulo Luiz Netto LÔBO “impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais”⁷⁷.

A família atual caracteriza-se por sua função social que tem como norte a realização moral, psíquica e material de seus membros, em benefício de toda a sociedade, e por isso merecedora da tutela do Estado.

⁷⁴ Conforme escreve Heloisa Helena Barboza “...foram reconhecidos no âmbito internacional direitos próprios da criança, que deixou de ocupar o papel de apenas parte integrante do complexo familiar para ser mais um membro individualizado da família humana que, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive da devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”. (BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p.203).

⁷⁵ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p.13.

⁷⁶ “Comparativamente, o Código Civil de 2002, de um total de 273 artigos, reserva 112 aos interesses patrimoniais. Assim, ao menos em relação à proporção de artigos voltados predominantemente às pessoas humanas integrantes das relações familiares, o Código de 2002 contemplaria mais a diretriz da repersonalização(...). Na perspectiva qualitativa, todavia, o quadro se altera pois muitos dispositivos do Código Civil de 2002, que formalmente tutelam direitos pessoais, mascaram os interesses patrimoniais prevaletentes”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização do direito de família, p. 147-148).

⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização do direito de família, p.152.

A família do Direito assim contextualizada encontra proteção não só no texto codificado e nas leis esparsas, mas na Constituição que se torna a sua lei fundamental. Recorremos novamente às palavras de Luiz Edson FACHIN para reafirmar o que acabamos de expor. Segundo o jurista: “Assim se apreende esse fenômeno, a ‘constitucionalização’ do Direito de Família, através do qual a Constituição Federal ocupa o lugar classicamente deferido ao Código Civil e, hoje, é a lei fundamental, ali está a base do Direito de Família, regras e princípios fundamentais”⁷⁸.

Rodrigo da Cunha PEREIRA, no entanto, alerta para o fato de que independente das críticas dirigidas ao novo Código civil “é ele o estatuto jurídico que regerá as relações civis deste século”⁷⁹, mas admite que ele só se “aproximará do ideal de justiça se estiver em consonância com uma hermenêutica constitucional e de acordo com os Princípios Gerais do Direito e também com os princípios específicos e particulares do direito de Família”⁸⁰.

Feitas estas breves considerações sobre as transformações das relações familiares ao longo da história, e a sua recepção pelo ordenamento jurídico, redirecionaremos a atenção deste estudo para a busca, no âmbito da responsabilidade civil, dos pressupostos, elementos, limites e a consequência deste dever de indenizar nas relações paterno-filiais que ora o judiciário passa a ter que se manifestar, sem desconsiderar, contudo, os princípios e circunstâncias peculiares do Direito de Família, haja vista, a lição de Paulo Luiz Netto LÔBO para quem “os conflitos decorrentes das entidades familiares explícitos ou implícitos devem ser resolvidos à luz do direito de família e não do direito das obrigações, tanto os direitos pessoais, quanto os direitos patrimoniais”⁸¹.

No mesmo sentido é a lição de José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ para quem “os direitos de família, por razões éticas e pelo caráter eminentemente pessoal da relação, exigem formas próprias de tutela, inteiramente distintas das que caracterizam a defesa dos direitos de crédito, dos direitos reais e dos próprios direitos de personalidade”⁸².

⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**, p.88

⁷⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais...**, p.15

⁸⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais...**, p.16

⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, nº.12, jan./fev./mar. 2002. p.50

⁸² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de.; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**, p.14

E é justamente sob o argumento de que o abandono afetivo geraria danos à personalidade nas relações familiares⁸³ que o judiciário brasileiro começa a ser chamado a se manifestar, sejam nos conflitos decorrentes das relações conjugais, sejam naqueles oriundos das relações parentais em que estão presentes pais e filhos, como no caso do objeto deste estudo em que a alegação de danos à personalidade⁸⁴ em decorrência da ausência do afeto paterno, são utilizados como justificativa para demandas de ressarcimento civil.

Vejam, a seguir, como os tribunais têm-se manifestado a respeito dessas questões.

⁸³ Afirma Lizete Peixoto Xavier SCHUH que “Nas relações de família, a prática de atos ilícitos poderá gerar danos materiais e morais, sendo estes últimos os que atinam os direitos da personalidade da vítima”.(SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre. n.35, abr./mai. 2006. p.62)

⁸⁴ Para o Professor Elimar Szaniawski: “A personalidade humana consiste no conjunto de características da pessoa, sua parte mais intrínseca. (...), a ordem jurídica tem por principal destinatário o ser humano, protegendo sua dignidade e garantindo-lhe o livre desenvolvimento da personalidade. Daí consistir o direito de personalidade em um direito subjetivo de categoria especial, de proteção e de respeito a todo ser humano.” (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.57).

2. Família e Responsabilidade Civil

O principiar do terceiro milênio revela assim as profundas transformações que o apagar das luzes do século XX submeteu à família. “Mudanças, transformações, desafios e contradições: questões importantes para a sociedade e para todos os aplicadores do Direito”⁸⁵, desafiando-os a lançar um novo olhar para um Direito de Família mais humanizado e voltado para a efetividade material dos direitos fundamentais, que busca encontrar na primazia da pessoa a superação da conotação patrimonializante das relações familiares⁸⁶.

O reconhecimento do valor jurídico do afeto, ainda que ausente do Código Civil de 2002⁸⁷, trouxe novas demandas ao Poder Judiciário, em especial naqueles conflitos em que estão envolvidos pais e filhos, exigindo da Justiça uma releitura da família e de suas relações.

Dois temas importantes estão presentes nos debates da contemporaneidade: “de um lado, está o direito de família, em plena transformação, com a progressiva valorização jurídica dos direitos e interesses dos filhos; de outro lado, tem-se a responsabilidade civil, com suas significativas mutações ao longo das últimas décadas, dentre as quais se destaca a multiplicação das figuras de danos morais ressarcíveis”⁸⁸, que agora chegam ao campo das relações afetivas entre os familiares.

O Direito de Família depara-se com questões essenciais e dentre elas o de questionar o limite de intervenção do Estado na intimidade privada da família, haja vista que as relações familiares são construídas pelo afeto que as une e não somente por determinação do Estado como outrora.

Os Direitos-deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos encontram novo fundamento no princípio da proteção integral da criança e do adolescente (Art.

⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**, p.7.

⁸⁶ “No limiar da passagem do milênio, o certo é que o Direito Civil brasileiro se constitucionalizou, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elistista da época das codificações do século XIX e início do século XX.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo código civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.92)

⁸⁷ “Exemplo saliente das omissões da nova codificação é a ausência da paternidade socioafetiva, tema já consolidado na doutrina e acatada pela jurisprudência”. (FACHIN, Rosana Amara Girardi. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo código civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.120)

⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.7, n.31, ago./set., 2005 p.45

227 CF), que passa a ocupar o centro das relações familiares, alterando importantes institutos como a guarda e o antigo pátrio poder, agora poder familiar.

A substituição do predomínio da autoridade paterna e a submissão do filho pelo dever de proteção da criança e do adolescente impostos à família, ao Estado e a sociedade, trouxe nova feição aos deveres familiares. Essa nova configuração da família impõe o estudo da responsabilidade parental no que diz respeito aos deveres impostos pelo legislador, cuja inobservância, em certos casos, autoriza a interferência do Estado através do Poder Judiciário. Esta intervenção estatal resulta da mudança de paradigma que atribuiu ao Estado o dever de proteger a família para fins de realização e desenvolvimento de seus membros.

A compreensão e o enfrentamento desses novos desafios reclamam uma interface do Direito com as demais ciências do comportamento, dado a necessidade de compreensão do agir humano no contexto afetivo e social, bem como a complexidade no exame e na solução dos casos apresentados perante o Poder Judiciário.

A família constitucionalizada passou a ser “valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que (...) se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes”⁸⁹.

A responsabilidade parental, pós Constituição de 1988, encontrando fundamento no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, impõe aos genitores deveres que possibilitem o desenvolvimento humano dos filhos, dado a sua peculiar condição de seres em desenvolvimento.

Conforme nos ensina a professora Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA “na concepção antiga e tradicional de família, o *pater* tinha obrigações, mas tinha também poder suficiente para arbitrar *quais* seriam essas obrigações, já que era senhor de suas mulheres e de seus filhos. (...) Ao contrário, em concepções mais recentes de família (...) os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado”⁹⁰. Prossegue a doutrinadora afirmando que:

⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina Civil-constitucional das relações familiares. In: _____ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.350

⁹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil na relação paterno-filial. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord). **Arte Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005. p.156.

A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da idéia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar.⁹¹

A violação a esses deveres comprometeria o desenvolvimento da personalidade do filho, ensejando o descumprimento de um dever legal conforme dispõe o Art. 227 da Constituição Federal:

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-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essa nova concepção da família como agrupamento de pessoas fundado no afeto e o reconhecimento, no plano fático, dos filhos como sujeitos de direitos tem originado demandas judiciais que buscam a inserção da responsabilidade civil no âmbito das relações paterno-filiais, quando do descumprimento desses deveres, reavivando a discussão sobre os limites entre os deveres morais e os deveres legais.

Mas à tutela jurisdicional cabe a difícil função de dar respostas às demandas, mesmo àquelas de caráter subjetivo em que os limites das normas jurídicas e morais não estão bem definidos.

A jurisprudência, ainda que timidamente, vem admitindo a responsabilização civil por danos morais na área do direito da família, graças ao trabalho da doutrina e de alguns juízes, haja vista que o legislador não regulamentou especificamente a matéria, confirmando a máxima de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência retratam o fato social se antecipando ao legislador.

Em recentes decisões os tribunais brasileiros vem reconhecendo o direito de indenização aos filhos em decorrência da ausência de afeto por parte de seu genitor. Recente acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (Apelação Cível nº.408.550-5, julgado em 01.04.2004), proferido pela 7ª Câmara Cível, que reformou

⁹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil na relação paterno-filial, p.169.

sentença de primeiro grau, reconheceu ao filho o direito a ter reparado os danos morais decorrentes do abandono paterno, fixando a indenização em 200 (duzentos) salários mínimos. A decisão foi reformada pela 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº.757.411 – MG)⁹². O juiz Luiz Fernando Cirillo da 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo (processo nº.01.36747-0 publicada em 26.06.2004), condenou o pai a indenizar a filha em 190 (cento e noventa) salários mínimos, tendo o pai recorrido a decisão encontra-se pendente de apreciação do recurso. Ambas as decisões encontram precedente na Comarca de Capão da Canoa/RS (processo nº. 141/1030012032-0, da 2ª Vara, julgado em 16.09.2003) que fixou o dever de indenizar paterno em 200 (duzentos) salários mínimos e tendo sido o réu revel, não houve recurso.

Segundo Maria Celina Bodin de MORAES “parte da melhor doutrina que se ocupa do tema vem aceitando a tese da reparação de danos morais nas relações parentais”⁹³. Dentre os pioneiros a tratar do assunto temos a posição da professora Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA:

Tem me sensibilizado, igualmente, nesta vertente da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade, este viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.⁹⁴

Para a professora Maria Celina Bodin de MORAES “a Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Em ausência desse cuidado, ou de cuidado equiparado, com prejuízos necessários à integridade de pessoas a quem o legislador atribuiu prioridade absoluta, há dano moral a ser reparado”⁹⁵. A doutrinadora, no ano de 2004, ao abordar a questão sobre os danos morais e as

⁹² EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. “1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária”. (STJ. REsp. nº.757.411 – MG. 4ª turma. Min.Rel. FERNANDO GONÇALVES. j. 29/11/05)

⁹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, vol. 7, n. 31, ago./set. 2005. p.61

⁹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil na relação paterno-filial, p.150.

⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais..., p.58.

relações de família, em que defende posição contrária a indenização por danos morais na relação conjugal, asseverava que na abordagem da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais deve-se levar em consideração a situação dos filhos⁹⁶.

Claudete Carvalho CANEZIN afirma que “a dor sofrida pelo filho em virtude de abandono paterno que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável com fulcro no princípio da dignidade humana”⁹⁷.

Todavia, ainda são raras as vozes da doutrina a se manifestarem sobre o assunto. Para o advogado Cleber Affonso ANGELUCI o valor do afeto sempre foi “considerado em contraposição a outro ou outros valores. Até aqui houve a preocupação especial em contrapor o afeto a valores como a culpa (nos casos de ruptura do casamento) e ao valor biológico (nos conflitos entre paternidade biológica e paternidade social), por exemplo, sem considerar o valor do afeto no aspecto pecuniário”⁹⁸. O autor “vê com certa preocupação a resolução do afeto, ou melhor, da falta deste, em perdas e danos, haja vista que tal controvérsia deixa ao abandono o outro, especialmente a pessoa a quem se deve dirigir o afeto na sua formação”⁹⁹.

O Ministro Fernando Gonçalves, do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso especial nº 757-411-MG (2005/0085464-3) afirma em seu voto que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo” e que “nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”¹⁰⁰.

Já Sérgio Gischkow PEREIRA, em artigo recente em que aborda o dano moral e o direito de família¹⁰¹ chama a atenção para o fato de que parte da doutrina não vê com simpatia a monetarização do Direito de Família. Segundo ele, “em um

⁹⁶ Segundo a autora “...a questão não pode ser debatida sem que se atente para a vulnerabilidade das partes, e este é um ponto de fundamental distinção quando o foco são os filhos menores, pessoas em desenvolvimento, a quem o ordenamento deve a máxima proteção”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Afeto, Ética, Família e o novo código civil**. Belo horizonte: Del Rey, 2004. p.413-414)

⁹⁷ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.o, n.36, jun./jul., 2006. p.84

⁹⁸ ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. **Revista CEJ**, Brasília, n.33, abr./jun. 2006. p.51

⁹⁹ ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo, p.52
¹⁰⁰ STJ. REsp. nº.757.411 – MG. STJ, 4ªturma. Min. Rel. FERNANDO GONÇALVES, j. 29 nov. 2005.

¹⁰¹ Ainda que a abordagem do assunto pelo autor esteja inserido na discussão sobre o dano moral na relação conjugal, transportamos seus argumentos para esta abordagem sobre a responsabilidade civil na relação paterno-filial por entendermos que suas palavras são de todo pertinentes

momento em que se proclama o amor como ponto central e alicerce do novo Direito de Família, buscando afastar a prevalência do aspecto patrimonial, seria incoerente admitir a mensuração de sentimentos(...) através do dinheiro”¹⁰². Para o autor os tribunais brasileiros não vêm recebendo com simpatia as postulações de indenização por dano moral nas relações familiares, cabendo “reflexão sobre se não é assim porque os tribunais estão mais próximos do drama humano do que os doutrinadores, que redigem em gabinetes isolados, apenas cercados pelos livros, muitos destes estrangeiros”¹⁰³.

Vitor Ugo OLTRAMARI em nota introdutória de sua obra sobre o dano moral na ruptura da sociedade conjugal afirma que “não se admite mais a idéia conformista e desatualizada de que no direito de família não pode existir a figura da responsabilidade civil e da conseqüente indenização, seja material, seja moral”¹⁰⁴.

Oportuna, contudo, é a lição de Rosana Amara Girardi FACHIN para quem “da análise de cada caso emergente no Judiciário fica claro que para cada pretensão há sempre uma singularidade a ser decidida pelo Juiz. Isto se explica pela diversidade de particularidades e também pelo aspecto emocional que cada um desses processos carrega”¹⁰⁵. Para a autora “em matéria de família, o julgador tem papel de relevo indiscutível. Por ações e omissões, os pronunciamentos do Judiciário acabam edificando, a seu modo, um conceito de família”¹⁰⁶.

O desafio colocado aos doutrinadores e operadores do direito na contemporaneidade diz respeito a esta difícil e delicada questão da

¹⁰² PEREIRA, Sérgio Gischkow. Dano moral e direito de família: o perigo de monetizar as relações familiares. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p.410

¹⁰³ “Exemplo típico desta asserção está na famosa súmula 379 do Supremo Tribunal Federal. Todos que conhecem um pouco de Direito de Família sabem que a doutrina nacional, de forma uníssona, era e é pela renunciabilidade dos alimentos entre cônjuges. No entanto, os tribunais, em sua maior parte, resolviam diferentemente e isto acarretou a aludida súmula! Por que tamanha discrepância?”. A meu pensar, porque é fácil, raciocinando com categorias jurídicas de lógica formal e método racional-dedutivo, demonstrar, matematicamente, que os alimentos entre marido e mulher devem ser renunciáveis. Porém, a realidade humana e social recomendava a irrenunciabilidade (...), pois que muitas mulheres renunciam aos alimentos porque espancadas, porque ameaçadas de morte, porque ludibriadas, ou todos estes fatores conjugados, e, muitas vezes, não há como provar estes eventos.”.(PEREIRA, Sérgio Gischkow. Dano moral e direito de família... In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.).**Grandes temas da atualidade: Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p.413).

¹⁰⁴ OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁰⁵ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p.103-104

¹⁰⁶ FACHIN, Rosana Amara Girardi. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo código civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.130

responsabilização civil dos pais por danos causados aos filhos em decorrência da ausência do afeto e a busca pelos fundamentos da existência ou não desse dever de indenizar.

2.1 A Responsabilidade Civil

Com a entrada em vigor de um novo Código Civil a doutrina “agora inicia um processo de construção de realidade jurídica implicada frente ao caso concreto”¹⁰⁷, numa perspectiva aberta, crítica e construtiva do direito civil, contribuindo com importantes reflexões que compreende a responsabilidade civil também no âmbito das relações familiares e seus elementos tradicionais de culpa, dano e nexos de causalidade, conectando-se assim às importantes mudanças da sociedade.

A partir da recepção da indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais e dos direitos da personalidade pela Constituição Federal de 1988¹⁰⁸ e pelo Código Civil de 2002, caberá a doutrina e à jurisprudência construir, frente aos casos concretos, a efetiva proteção da pessoa humana, em especial nos casos em que o Poder Judiciário for chamado a se manifestar sobre a responsabilidade civil decorrente dos danos à pessoa concretamente considerada.

Para que essa construção seja possível, faz-se necessário o abandono da postura tradicional dogmática dos conceitos fechados e estáticos impermeáveis à intervenção da realidade da vida e do poder criador da jurisprudência.

O Código Civil de 2002 pretende-se um sistema aberto, permitindo uma maior aproximação com outros textos legislativos, em especial com as regras e princípios Constitucionais.

¹⁰⁷ CACHAPUZ, Maria Cláudia. Direitos de personalidade e responsabilidade civil na perspectiva da ética do discurso. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). **Grandes temas da atualidade: Responsabilidade civil**. vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.437

¹⁰⁸ Segundo Elimar Szaniawski “Lamentavelmente, a Constituição, de 05.10.1988, não contém uma cláusula geral destinada a tutelar amplamente a personalidade do homem, a exemplo das Constituições da Alemanha e da Itália, (...). O constituinte de 1988 incluiu as categorias *direito à vida, à igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, aos segredos e ao direito de resposta* [grifos no original], entre outros, como categorias de direitos especiais de personalidade. No entanto, não se pode negar que nossa Constituição em vigor não tenha absorvido a doutrina do *direito geral de personalidade* [grifos no original], adotando-a em seu Título I, concernente aos princípios fundamentais do Estado brasileiro, protegendo a *dignidade* humana e a prevalência dos direitos fundamentais do homem, garantindo-os. (...), o ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à tutela da personalidade humana, adotou um sistema de proteção misto. O direito brasileiro traz um sistema geral de proteção da personalidade, ao lado de direitos especiais de personalidade tipificados na Carta Magna, que convivem e atuam harmonicamente...”(SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.136-137)

Judith MARTINS-COSTA afirma que a técnica utilizada pelo legislador do novo Código Civil “foi a das cláusulas gerais¹⁰⁹, que permitem tanto a ligação intra-sistêmica (entre as normas do próprio Código) quanto a conexão intersistemática (por exemplo, entre o Código e a Constituição) e mesmo extra-sistêmica (remetendo o intérprete para fora do sistema jurídico, a fim de concretizar determinado valor ou diretiva)”¹¹⁰. Prossegue a doutrinadora afirmando que o novo Código Civil chama “à responsabilidade da jurisprudência¹¹¹, pelo emprego de numerosas cláusulas gerais”¹¹².

Essas novas diretrizes que se manifestam através das cláusulas gerais e da concretude, além da socialidade e da operabilidade, “ao regular a responsabilidade civil (...) traça modelo aberto, e axiologicamente orientado pelo respeito à pessoa, ‘valor-fonte’ do Ordenamento [sic], e por princípios dotados de elevada densidade ética, que visam tutelar aspectos atinentes a esse ‘valor-fonte’”¹¹³.

A discussão de um novo paradigma para a solução de conflitos que leve em conta todos os aspectos possíveis, possibilita que seja resgatada, a subjetividade dos indivíduos e respeitada a diferença de cada situação conflitiva numa sociedade complexa. A discussão dos danos morais e psíquicos nas relações entre pais e filhos abre a possibilidade de discussão entre objetividade e subjetividade, haja vista que a

¹⁰⁹ “Pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards*, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindo da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento jurídico”. (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva. p.118)

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**, p.99)

¹¹¹ “(...) Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência (...) Em razão destas características, essa técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas notas específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal”. (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**, p.119)

¹¹² “O sistema caracteriza-se como um ‘eixo central’ e como um sistema aberto em virtude da linguagem que emprega permitindo a constante incorporação – e solução de novos problemas, seja por via da construção jurisprudencial, seja por te a humildade de deixar ao legislador, no futuro, a tarefa de progressivamente complementá-lo”. (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**, p.117-118)

¹¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**: do inadimplemento das obrigações. vol.V Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.74

questão do dano afetivo está muito além da legalidade, pois se liga à subjetividade, à dor, ao sentimento humano.

A responsabilidade civil adentrou no âmbito do Direito de Família através das indenizações reconhecidas à companheira, quando do rompimento da relação de fato, com o objetivo de minimizar os prejuízos por esta sofridos sejam eles patrimoniais, sejam eles morais. Outras recentes demandas de ressarcimento por danos morais foram levadas aos tribunais brasileiros em ações investigatórias de paternidade conjugadas com o pedido de alimentos.

Todavia, na relação entre pais e filhos, tradicionalmente a responsabilidade civil era vista tão somente como o dever dos pais de indenizar os danos que seus filhos viessem a causar a terceiros. A relação paterno-filial fundada na autoridade paterna não admitia o questionamento do agir adulto e a responsabilidade dos pais, em especial do marido, que se limitava a assegurar a manutenção material dos filhos.

Nesse novo viés da responsabilidade paterno-filial que ora se apresenta, em que o dever de indenizar decorreria de dano causado pelo próprio genitor ao filho, faz-se imprescindível a verificação da presença dos pressupostos e elementos essenciais da responsabilidade civil, sem os quais não há dever de reparação do dano. Adverte-se, contudo, que este estudo limitar-se-á a apreciação do dever ou não de reparação do dano na relação paterno-filial sob a ótica da responsabilidade subjetiva ou aquiliana, sem desconsiderar a existência da responsabilidade objetiva no ordenamento pátrio.

Parte-se da premissa de que é fato, em regra aceito pela coletividade, que a vida em sociedade implica no dever que cabe a todos os indivíduos de não praticar atos nocivos que causem prejuízo a outrem¹¹⁴, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais, sob pena de ser obrigado a reparar o dano causado, direta ou indiretamente.

¹¹⁴ Maria Helena DINIZ afirma que “toda manifestação que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social”. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v.7, p.3)

A responsabilidade jurídica¹¹⁵ traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente, implícito ou expresso na lei sendo que o “respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da ‘proibição de ofender’, ou seja, a idéia de que a ninguém se deve lesar – a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano -, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada”¹¹⁶.

Nos ensina Caio Mário da Silva PEREIRA que:

Como sentimento social, a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa.
 (...) Como sentimento humano, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual (...) Nasce daí a idéia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido.¹¹⁷

A violação do dever jurídico e o conseqüente dever de reparação do dano, entendido como lesão a interesse¹¹⁸ juridicamente relevante de outrem, poderá originar-se do inadimplemento contratual¹¹⁹, da prática de ato ilícito, de fato de terceiro, animal ou coisa (nos casos previstos em lei), de previsão legal ou do exercício de atividade que importe risco à terceiros.

Para Judith Martins-Costa vem ganhando terreno a idéia de que tanto a responsabilidade contratual como a responsabilidade extracontratual possuem a

¹¹⁵ “A responsabilidade, embora escorada no mundo fático, tem sustentação jurídica. Depende da prática de um ato ilícito e, portanto, antijurídico, cometido conscientemente, dirigido a um fim, ou orientado por comportamento irrefletido, mas informado pela desídia, pelo aodamento ou pela inabilidade técnica, desde que conduza a um resultado danoso no plano material ou imaterial ou moral”. (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004)

¹¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2004. p.2

¹¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: responsabilidade civil. 3ª ed. p.452-453

¹¹⁸ Defende Judith Martins-Costa que atualmente o dano é valorado pela noção normativa do dano, pela qual o dano é a lesão a interesse jurídico. Segundo a autora: “O que indica a noção normativa do dano, acolhida pela Teoria da Diferença, é que impõem-se a verificação – além da existencia de dano no sentido naturalista – de haver ou não *interesse legítimo violado*[grifos no original]. Daí ser o dano dimensionado em relação ao legítimo interesse daquele que sofreu o dano no bem jurídico lesado, interesse, contudo, estabelecidos nos limites da imputação”.(MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**..., p.106))

¹¹⁹ Nos ensina Silvio RODRIGUES que: “Na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar”. (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. vol.4, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.)

mesma fonte, qual seja, o “contato social”. Ambas teriam origem na “*violação de dever jurídico preexistente* [grifos no original]”¹²⁰.

Todavia, não basta a violação de um dever legal, ou seja, da prática de ato antijurídico, sendo necessário verificar se ao agente causador de um dano é imputável a culpa¹²¹, que constitui em pressuposto da responsabilidade subjetiva, ainda que esta conviva atualmente com a responsabilidade civil sem culpa (objetiva), após a recepção pelo Código Civil da teoria do risco¹²², em seu art.927, § único¹²³.

Francisco AMARAL, em citação de Rui STOCO¹²⁴, afirma que os pressupostos do ato ilícito são de duas ordens: primeiro tem-se a violação de um dever que se constitui no elemento objetivo e segundo a imputabilidade do agente ou elemento subjetivo.

Rege o art.186 do Código Civil vigente que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Do referido dispositivo acima transcrito, é possível constatar que o sistema civilista adotou a teoria subjetivista como regra geral em que a obrigação de reparação dos danos causados (direta ou indiretamente) é uma consequência da prática de uma conduta dolosa ou culposa, desde que não esteja o agente amparado por uma das excludentes da responsabilidade¹²⁵. Assim, havendo dano, produzido injustamente em interesse jurídico tutelado de outrem, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade. Para Judith MARTINS-COSTA: “Esta forma de responsabilidade se apresenta, entre nós,

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil...**, p.97

¹²¹ Para Rodrigo Xavier Leonardo: “Destaca-se cada vez mais a compreensão de que o dever de indenizar é proveniente de uma *imputação* [grifos no original], que pode ter por fundamento a culpa, o risco, a repartição dos custos das *externalidades* provenientes do desenvolvimento de uma atividade econômica, ou, ainda, uma outra escolha política que, em maior ou menor medida, pressupõe um sopesar de valores entre os interesses de proteção dos potenciais lesados e os incentivos ou a repressão à determinada conduta ou atividade”. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.19, p.260-268, jul./set. 2004, p.265)

¹²² A teoria do risco esteve presente no ordenamento pátrio desde o Decreto nº 2.681, de 07/12/1912 que estabelecia a responsabilidade das estradas de ferro quanto aos danos causados aos proprietários dos terrenos marginais.

¹²³ Art. 927, §único: “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”.

¹²⁴ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil, p.124

¹²⁵ São causas excludentes da responsabilidade civil: o estado de necessidade (art. 188, II), a legítima defesa (art. 188, I), o exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal (art. 188, I, segunda parte), o caso fortuito e a força maior (art. 392), a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

como uma verdadeira cláusula geral, cujos contornos estão nos arts. 186 e 187 do Código”¹²⁶.

Dado a relevância da teoria geral da responsabilidade civil, imprescindível para a elaboração do raciocínio jurídico sobre os casos de indenizabilidade por abandono afetivo paterno-filial que serão adiante analisados, pretende-se, ainda que sem a pretensão de esgotar o assunto, revisitar os elementos essenciais do dever de reparação dos danos causados a outrem sob a perspectiva da responsabilidade subjetiva.

2.1.1 Conduta

A conduta humana (ação ou omissão) voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil, haja vista que os fatos da natureza, a despeito de poderem causar danos, não geram responsabilidade civil, por não serem atribuíveis ao homem.

A responsabilidade imputável ao sujeito passivo do dever de reparação pode originar-se de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas ou animais que estejam sob a guarda deste.

Por conduta comissiva entende-se um dever de *facere*, e por conduta omissiva um *non facere* relevante para o Direito. Na omissão, haverá responsabilização quando houver um dever jurídico de praticar determinado ato e da inobservância desse dever originar um dano.

A conduta, aqui considerada, traduz-se num comportamento voluntário positivo (ação) ou negativo (omissão) que viola um dever jurídico¹²⁷ causando dano a outrem. Para Mario Júlio de Almeida COSTA “não se exige que se trate de factos [sic] humanos intencionais, quer dizer, de comportamentos cujos resultados se hajam de antemão desejado ou apenas considerados possíveis”¹²⁸. Para o autor há

¹²⁶ “(...) Funcionalmente atua a responsabilidade extracontratual como uma colcha hospedeira de todos os casos de responsabilidade que não são reconduzidos à responsabilidade negocial, ou contratual...”. (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**, p.100)

¹²⁷ No entanto, Silvio Rodrigues relembra-nos o fato de que pode haver o dever de indenizar sem que ocorra a violação a um dever legal, como aqueles atos que são praticados com abuso de direito, cuja previsão encontra-se no Art.187 do Código Civil de 2002, e que “sem infringir a lei, foge da finalidade social a que ela se destina”. (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, p.15)

¹²⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9ª ed. Coimbra: Almedina. 2001, p.511.

“duas formas essenciais de ilicitude: a) violação de um direito de outrem; b) violação de preceito de lei tendente à proteção de direitos alheios”¹²⁹.

Na primeira incluem-se a violação a direitos subjetivos, como os direitos reais e os direitos de personalidade. Na segunda tem-se “a ofensa de deveres impostos por lei que vise à defesa de interesses particulares, sem que confira, correspectivamente, quaisquer direitos subjetivos”¹³⁰.

Judith MARTINS-COSTA entende que a “ilicitude significa a *contrariedade do Direito* e não apenas à lei, abrangendo, portanto, também a violação de princípios fundamentais do Ordenamento”¹³¹.

2.1.2 Dano

Imprescindível, para a imputação da responsabilidade civil, é a existência de um dano, seja ele de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Na sua ausência não há que se falar em dever de indenizar, haja vista que o art. 944 do Código vigente preceitua que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

O dano consiste na diminuição ou subtração de um bem jurídico tutelado, que resulta em prejuízo atingindo a esfera de interesse da vítima. Atualmente é adjetivado como “injusto”¹³², que “é uma expressão que sublinha a extrema relevância que tem, para o Direito, a *situação subjetiva prejudicada* [grifos no original]”¹³³.

Os danos podem ser considerados sob duas ordens: patrimoniais ou extrapatrimoniais. Os danos patrimoniais são aqueles em que o prejuízo é de natureza econômica, suscetíveis de avaliação pecuniária e que atingem o patrimônio da vítima, englobando os danos emergentes e os lucros cessantes.

¹²⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**, p.514.

¹³⁰ “Saliente-se, contudo, que a invocação do referido fundamento da responsabilidade depende de se verificarem os seguintes requisitos: 1) *que a lesão dos interesses dos particulares corresponda a ofensa de uma norma legal, (...)*; 2) *que se trate de interesses alheios legítimos ou juridicamente protegidos por essa norma (...)*; 3) *que a lesão se efective no próprio bem jurídico ou interesse privado que a lei tutela(...)*”.(COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**, p.515.)

¹³¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. vol.V Rio de Janeiro: Forense. 2003

¹³² Nos dizeres de Maria Celina Bodin de MORAES: “O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**, p.179)

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil...**, p.107

Já os danos extrapatrimoniais são os que não atingem o patrimônio material da pessoa¹³⁴. Nestes “são indenizáveis os prejuízos que violam a *esfera existencial da pessoa humana*, considerada em sua irredutível subjetividade e dignidade [grifos no original]”¹³⁵.

Tradicionalmente utiliza-se a expressão “dano moral”¹³⁶ para se referir a todas as espécies de danos não-patrimoniais, expressão esta recepcionada pela Constituição Federal e pelo Código Civil de 2002. Esta denominação recebe críticas por parcela da doutrina que defende a adoção de nova expressão para qualificar os danos não-patrimoniais, como faz Judith MARTINS-COSTA. Defende a autora a expressão “danos extrapatrimoniais” a qual indicaria o gênero, sendo “...espécies os ‘danos à personalidade’ e os demais danos extrapatrimoniais (...) inclusive os morais em sentido próprio, isto é, os que atingem a honra e a reputação”¹³⁷.

Cuidando-se de dano material, incide a regra da *restitutio in integrum*. Quanto ao dano moral Rui STOCO nos ensina que “nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõem-se obediência ao que podemos chamar de ‘binômio do equilíbrio’, de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem causa de ruína para quem dá”¹³⁸, cabendo ao juiz a avaliação da extensão do dano e ao arbitramento dos valores devidos, de acordo com o que dispõe o art.606, inciso II do CPC.

¹³⁴ Para AGUIAR DIAS “A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material”. (AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil. 11ª ed. Rev., atualizada e ampliada por: Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.992).

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**, p.339

¹³⁶ Para Maria Celina Bodin de MORAES “A maioria dos juristas nacionais define o dano moral de acordo com a chamada lição de René Savatier, segundo a qual ‘dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária’. Tal conceituação, contudo, não permite que se colha a noção específica, satisfazendo-se a doutrina com uma idéia ampla e genérica a ponto de admitir praticamente tudo, isto é, justamente ‘todo sofrimento humano’ na configuração do dano moral. Daí a subsequente especificação do dano moral como gerador dos *sentimentos* de tristeza, constrangimento, vergonha ou humilhação”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, vol.7, n. 31, Ago./Set. 2005. p.49)

¹³⁷ Segundo a autora: “É para tentar fugir às armadilhas que a expressão ‘dano moral’ acarreta (...) que propôs Miguel Reale, seguido pela majoritária doutrina brasileira, a diferenciação entre dano moral objetivo, assim compreendido o que ‘atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem’, e o dano subjetivo, o qual estaria correlacionado, ‘com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferível porque ligados a valores do seu ser subjetivo’. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**, p.348-349.

¹³⁸ STOCO, 2004

Todavia, para que o dano seja indenizável faz-se necessário a presença de alguns requisitos mínimos, quais sejam: a) a violação a um interesse juridicamente protegido, patrimonial ou moral; b) a efetividade ou certeza do dano. O dano deve ser certo, isto é, não pode ser uma mera hipótese¹³⁹ e c) a subsistência do dano.¹⁴⁰

2.1.3 Nexo de Causalidade

O nexos de causalidade, constitui o liame entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada, e o dano, sendo um dos elementos essenciais da responsabilidade civil. Pelo nexos causal é estabelecido se uma determinada ação pode ser considerada causa de determinado resultado¹⁴¹, pois somente se poderá responsabilizar alguém cujo comportamento (direto ou indireto) tenha dado causa ao resultado. Em outras palavras, “para que surja a obrigação de reparação, mister se faz a prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima”¹⁴².

Atualmente três teorias buscam justificar a causa do dano. A *Teoria da equivalência das condições* que “não distingue causa, condição ou ocasião, de modo que tudo o que concorrer para o resultado é causa dele”¹⁴³. Para Rui STOCO “o grande inconveniente dessa teoria é que se poderá considerar como causador do resultado quem quer que se tenha inserido na linha causal, permitindo-se uma regressão quase infinita”¹⁴⁴.

Os adeptos da segunda teoria, a *Teoria da causalidade adequada*, defendem que a “causa será o antecedente não só necessário, mas, ainda, adequado à produção do resultado”¹⁴⁵. Para Gustavo TEPEDINO “nos termos da teoria da causalidade adequada (...) procura-se identificar, na presença de mais de

¹³⁹ “Porem, pode haver um prejuízo futuro que seja certo, e não mera hipótese – é o caso abrangido justamente pela expressão ‘lucro cessante’ que é a perda do ganho esperável, da expectativa de lucro ou a diminuição *potencial* do patrimônio da vítima”.(MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**, p.358)

¹⁴⁰ O dano deve subsistir no momento da sua exigibilidade em juízo. Se o dano já foi reparado espontaneamente pelo agente causador não como se falar em indenização.

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**, p.132

¹⁴² RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**, p.17

¹⁴³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 146

¹⁴⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**, p.146

¹⁴⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**, p.146

uma possível causa, qual aquela potencialmente apta a produzir os efeitos danosos”¹⁴⁶.

Para os defensores desta teoria, não se poderia considerar causa toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado, mas sim, segundo um juízo de probabilidade, apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso, ou como quer CAVALIERI, *“causa, para ela, é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento [grifos no original]”*¹⁴⁷.

Segundo Gustavo TEPEDINO é possível identificar ainda a “subteoria da necessariedade da causa”. Para esta teoria “o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa”¹⁴⁸. Arremata o autor afirmando que: “Para se entender, portanto, o panorama da causalidade na jurisprudência brasileira, torna-se indispensável ter em linha de conta não as designações das teorias, não raro tratadas de modo eclético ou atécnico pelas Cortes, senão a motivação que inspira as decisões, permeadas predominantemente pela teoria da causalidade necessária”¹⁴⁹.

O certo é que não se poderá falar em dever de reparação na ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

2.1.4 Culpa

O legislador infraconstitucional disciplinou, no art.186 do Código Civil vigente, o comportamento que entende imputável ao agente causador de um dano, capaz de gerar o dever de reparar o prejuízo. Para o legislador, toda vez que houver ação ou omissão voluntária, negligência¹⁵⁰ ou imprudência¹⁵¹ que causem prejuízo a outrem haverá o dever de reparar o dano.

¹⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o nexo de causalidade**. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 2, vol.6, abr./jun. 2001. p.7

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002

¹⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade, p.8.

¹⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade, p.9.

¹⁵⁰ “...a negligencia decorre da falta de diligencia propriamente dita, isto é, da inobservância de normas que determinam agir com atenção, com cuidado, com discernimento. A negligencia significa, pois, a desídia, a desatenção, a falta de cuidado”. (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**, p.129)

Tratando-se de responsabilidade subjetiva, a culpa é pressuposto indispensável para que se constitua o dever de reparação¹⁵², dispondo a vítima de todos os meios de prova admitidos em direito, salvo os casos de presunção da culpa¹⁵³. Só haverá responsabilidade independente de culpa quando a lei especificar (responsabilidade objetiva), em que bastará a comprovação do nexo causal entre o dano e a conduta do agente.

Vale aqui lembrar a lição de Mario Júlio de Almeida COSTA para quem: “Uma coisa é, pois, a *ilicitude* e outra a *culpa*¹⁵⁴. (...) a *culpa em sentido amplo* consiste precisamente na imputação do facto ao agente. Ela define um nexo de ligação do facto ilícito a uma certa pessoa. [grifos no original]”¹⁵⁵. Por outro lado “a culpa em sentido estrito traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível para o *homo medius*”¹⁵⁶.

O Estatuto de 2002 manteve a culpa como pressuposto do ato ilícito e da obrigação de indenizar, desde que esta seja imputável ao agente causador do dano, embora essa regra comporte exceções que, aliás, foram sensivelmente ampliadas.

Rodrigo Xavier Leonardo, no entanto, afirma que: “Se antes o elemento primordial da responsabilidade (expressão que traz consigo a idéia de reprimenda, de desvalor moral) era a culpa, hoje o elemento basilar ao dever de indenizar é o dano. Nesse sentido, a própria expressão ‘responsabilidade civil’ tem um significado limitado, vez que nem sempre a imputação do dever de indenizar recai sobre o

¹⁵¹ “...é o agir com precipitação, com falta de cautela”. (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**, p.129)

¹⁵² Para Judith MARTINS-COSTA “Conquanto esta noção tenha perdido a centralidade (o que se deve ao crescimento dos casos de responsabilidade objetiva, que a dispensa como pressuposto) é ainda indispensável na responsabilidade subjetiva, verdadeiramente a qualificando”. (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**, p.128)

¹⁵³ Exemplifica-se com a presunção de culpa dos pais por danos causados por filhos menores, cuja vigilância compete à estes.

¹⁵⁴ No mesmo sentido defende Judith MARTINS-COSTA: “A *ilicitude*, conquanto muitas vezes confundida com a culpa, significa, como acentua Cavalieri Filho, ‘a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico’.” (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**, p.124).

¹⁵⁵ Para o autor “Pode dizer-se que a *ilicitude* encara o comportamento do autor do facto sob um ângulo objetivo, enquanto violação de valores defendidos pela ordem jurídica (juízo de censura sobre o próprio facto); ao passo que a culpa pondera o llado subjetivo desse comportamento, ou seja, as circunstâncias individuais concretas que o envolveram (juízo de censura sobre o agente em concreto)”. (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**, p.530).

¹⁵⁶ “Cuidando-se de erro escusável e plenamente justificável pelas circunstâncias, não há falar em culpa *stricto sensu*”. (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**, p.132).

responsável pelo dano[grifos no original]. Melhor referir-se a essa disciplina, hoje, como um direito de danos”¹⁵⁷.

Segundo Maria Celina Bodin de MORAES há duas correntes doutrinárias que buscam explicar a noção de culpa. A primeira, denominada de *concepção subjetiva ou psicológica* (clássica) vê a culpa como a violação de um dever preexistente, sendo essencial a “manifestação da vontade, livre e consciente, do agente, em relação à qual surge, ou corresponde, um conseqüente juízo moral de condenação daquela ação”¹⁵⁸. Para a autora a principal crítica que se faz à essa corrente, deve-se ao fato de que a conduta culposa teria que decorrer de lei ou da violação do contrato. A segunda corrente, a da *concepção normativa da culpa*, baseia-se na idéia de erro de conduta. A “culpa seria um desvio do modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média”¹⁵⁹.

Para essa corrente na ausência de norma específica, legal ou contratual, a proibição de não lesar outrem decorre do dever proveniente do *neminem laedere*¹⁶⁰.

A concepção clássica ou psicológica reconduzia todas as situações ao modelo do “bom pai de família”. Já através da concepção normativa da culpa, afirma Maria Celina Bodin de MORAES que:

...existirão tantos modelos de diligência quantos forem os tipos de conduta (profissional, desportiva, na direção de veículos, etc.) presentes no contato humano, de modo que os parâmetros, entre os tipos, serão variáveis (e diz-se que foram ‘subjetivados’ ou relativizados). Isto é o que permite que se estabeleçam padrões – *standards* – de conduta que exigirão do agente um comportamento judicioso, o qual variará em cada situação, consideradas sua profissão e demais circunstâncias pessoais.¹⁶¹

A apreciação da culpa poderá ocorrer *in concreto*, quando no caso concreto, se além ao exame da imprudência ou negligência do causador do dano ou *in abstracto* quando se faz uma análise comparativa da conduta do agente com o modelo de conduta (*standards*) esperado em situações similares. Em nosso sistema a culpa é, em regra, apreciada abstratamente, haja vista que o homem normal cuida

¹⁵⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.19, p.260-268, jul./set. 2004, p.265)

¹⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana...** p.511

¹⁶⁰ MORAES, Maria C. B. de. **Danos à pessoa humana**, p.211

¹⁶¹ MORAES, Maria C. B. de. **Danos à pessoa humana**, p.213

razoavelmente de sua pessoa e de suas coisas, respeitando os interesses alheios. Com a apreciação da culpa *in abstracto*, deve-se aferir o comportamento do agente causador do dano comparando-o com o padrão admitido pela sociedade.¹⁶²

Dependendo da natureza jurídica do dever violado a culpa poderá ser contratual ou extracontratual. Apresenta-se quanto ao modo em culpa *in vigilando*; *in eligendo*; *in custodiendo*; *in comittendo* ou *in faciendo* e por fim a culpa *in omittendo* ou *in non faciendo*.

A doutrina tradicional atribuía graus à culpa para fins de fixação do valor da indenização, dividindo-a em culpa grave¹⁶³, leve¹⁶⁴ e levíssima¹⁶⁵.

Para Silvio RODRIGUES “a distinção entre dolo ou culpa, bem como entre os graus de culpa, de certo modo perde sua oportunidade. Isso porque, quer haja dolo, quer haja culpa grave, leve ou levíssima, o dever de reparar se manifesta com igual veemência”¹⁶⁶. O autor, no entanto, aplaude o art. 944 do Código de 2002 que recepciona em seu *caput* o princípio tradicional, “mas em seu parágrafo único concede autorização para o juiz decidir por equidade, em casos de culpa leve ou levíssima”¹⁶⁷.

Confere-se, assim, ao juiz o poder de arbítrio no exame do caso concreto para adequar a proporção entre o dano ou prejuízo experimentado pela vítima e a culpa do agente, chamando à responsabilidade da jurisprudência.

É nesse cenário de profundas transformações na família, de perdas, culpas, danos e responsabilidades, que procurar-se-á iniciar a investigação dos pressupostos da responsabilidade civil na relação paterno-filial a partir de dois casos paradigmáticos escolhidos.

¹⁶² “Serve, assim, de paradigma a conduta que teria uma pessoa medianamente cuidadosa, atendendo à especificidade das diversas situações. Esclareça-se que, por homem médio, não se entende o puro cidadão comum, mas o modelo de homem que resulta do meio social, cultural e profissional daquele indivíduo concreto. Dito de forma mais explícita: o homem médio que interfere como critério da culpa é determinado a partir do círculo de relações em que está inserido o agente”. (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**, p.535).

¹⁶³ É a decorrente da imprudência ou negligência grosseira.

¹⁶⁴ É aquela na qual um homem de prudência normal pode incorrer.

¹⁶⁵ É aquele na qual mesmo um homem de extrema cautela não poderia deixar de escapar.

¹⁶⁶ RODRIGUES, 2002.

¹⁶⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, p.150

3. A interseção do direito de família e da responsabilidade civil: reflexões a partir de casos paradigmáticos

O primeiro caso paradigmático escolhido para fins desse estudo refere-se a ação de indenização proposta perante a 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo que reconheceu a procedência do pedido de reparação por abandono moral e afetivo do filho, condenando-se o genitor a indenizar os danos. Apresentamos o relatório da sentença que acolheu o pedido *in verbis*:

M.M. ajuizou ação contra M.M., alegando que é filha do réu, que abandonou o lar do casal formado por ele e pela mãe da autora alguns meses após o nascimento da requerente; a partir de então, o réu passou a negligenciar a existência da autora, causando sérios danos psicológicos à requerente; pouco depois de se separar da mãe da autora, o réu constituiu nova família, da qual advieram três filhos; por serem todos membros da colônia judaica desta Capital, eram constantes os encontros da autora com seus irmãos e com o réu, que, no entanto, nem dirige a palavra à autora, fingindo não conhecê-la, como se dela envergonhasse, ao mesmo tempo em que trata os outros filhos com ternura, na presença da autora; assim durante anos a autora sentiu rejeitada e humilhada perante a colônia israelita, estigmatizada dentre seus pares, crescendo envergonhada, tímida e embaraçada, com complexos de culpa e inferioridade; a autora sofre de problemas psicológicos, que lhe trazem prejuízos nos campos profissional e afetivo, além de despesas com psicólogos, médicos e medicamentos. Pelo exposto, requereu a autora a condenação do réu ao pagamento de todos os valores despendidos pela autora, até o trânsito em julgado da sentença, para o tratamento dos transtornos causados pela rejeição e abandono praticados pelo réu, bem como o pagamento das despesas para continuidade do tratamento, além da condenação do réu ao pagamento de indenização do dano moral.¹⁶⁸

O juiz Luis Fernando Cirillo julgou parcialmente procedente a ação, condenando o réu a pagar a autora a quantia de R\$ 50.000,00 para reparação de dano moral e ao custeio do tratamento psicológico da autora, a ser apurado em liquidação. O pai recorreu da decisão que se encontra pendente de julgamento.

Em sua decisão o magistrado assevera que:

A indenização do dano moral é sempre o sucedâneo de algo que a rigor não tem valor patrimonial, inclusive e notadamente porque o valor do bem ofendido não se compra com dinheiro. 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.¹⁶⁹

¹⁶⁸ ¹⁶⁸ Processo nº.01.036747-0, 31ª Vara Cível Central, Comarca de São Paulo, juiz Luis Fernando Cirillo. j. 05 jun. 2004.

¹⁶⁹ Processo nº.01.036747-0, 31ª Vara Cível Central, Comarca de São Paulo, juiz Luis Fernando Cirillo. j. 05 jun. 2004.

Entre os fundamentos de seu convencimento, o magistrado afirma que a paternidade provoca o surgimento de deveres não apenas de ordem material, mas também o de ter os filhos em sua companhia, garantido pelo exercício do poder familiar por um dos pais e pelo direito de visita do outro. O magistrado sentenciante ponderou que “não há fundamento jurídico para se concluir, primeiro, que não há dever do pai de estabelecer um mínimo de relacionamento afetivo com seu filho, e, em segundo lugar, que o simples fato da separação entre pai e mãe seja fundamento para que se dispense quem não fica com a guarda do filho de manter esse relacionamento”¹⁷⁰.

De acordo com o laudo pericial a autora apresentou conflitos de identidade deflagrados pela rejeição do pai, “os quais se transformaram em causas de danos importantes, como significativo complexo de inferioridade, demandando cuidados médicos e psicológicos por longo tempo”¹⁷¹.

Todavia, decisões pelo não acolhimento deste tipo de pedido também estão presentes nos tribunais brasileiros¹⁷², encontrando fundamento ora na ausência de dano ou de abandono, ora porque não se estabeleceu o nexo de causalidade. É exemplo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que foi relatora a Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira, da nona Câmara Cível, em apreciação ao recurso de apelação cível nº. 7001149793 contra decisão monocrática do juiz João Luis Pires Tedesco da Comarca de Pelotas, a qual escolhemos como segundo caso paradigmático deste estudo, cuja ementa transcrevemos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS. PATERNIDADE AFETIVA. CONSAGÜINIDADE.

- A responsabilidade civil assenta-se em pressupostos (ação ou omissão culposa, dano e nexo de causalidade) que se somam, de modo que, ausente um deles, não há falar em dever de indenizar.

¹⁷⁰ Processo nº.01.036747-0, 31ª Vara Cível Central, Comarca de São Paulo, juiz Luis Fernando Cirillo. j. 05 jun. 2004.

¹⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. In: _____ **A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹⁷² Recentemente o TJPR apreciou a Apelação Cível nº.377551-7, da 14ª vara cível, em ação de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo paterno, decidindo pelo improvimento do recurso. (TJPR, Apelação Cível nº.377551-7, 14ª vara cível. Relator Desem. Eugênio Achille Grandinetti. j. 30 nov. 2006)

- A perda da fruição das benesses da vida, a ausência e a carência de afeto que o pai biológico poderia ter proporcionado ao filho, cuja relação consanguínea veio a ser conhecida em juízo, mediante ação investigatória de paternidade e depois da maturidade e idade adulta (mais de 40 anos), não serve como causa de pedir da ação de indenização por danos morais, sobretudo como no caso presente em que a requerente nasceu, cresceu e desenvolveu-se dentro de uma família, com todos os paradigmas de um crescimento psicologicamente sadio e de formação do caráter.
 - O elemento caracterizador do estado de filiação é o vínculo afetivo, privilegiado pela Constituição Federal, resultando ter-se como verdadeira paternidade aquela que se funda no afeto, podendo ela coincidir, ou não, com a paternidade biológica. Prevalência dos vínculos afetivos desenvolvidos em família sobre as questões de ordem genética e patrimonial.
- APELO IMPROVIDO.¹⁷³

A autora, neste caso, afirma ter nascido no ano de 1955, tendo sido registrada em nome do presumido pai. Através de comentários, tomou conhecimento de que seu pai biológico seria outro, obtendo da mãe a confissão de que a época de sua concepção, o pai (marido da mãe) encontrava-se internado para tratamento de saúde.

Objetivando esclarecer os fatos, ajuizou no ano de 1996, ação investigatória de paternidade, cujo resultado do exame de DNA confirmou a paternidade biológica com o terceiro na relação, tendo sido expedido a seu favor mandado de retificação do assento de nascimento em 13 de janeiro de 2000.

Ajuizou ação de indenização por danos morais no ano de 2003, dando à causa o valor de R\$1.000.000,00 (Hum milhão de reais), apresentando como alegações: “a) ter sido sempre por ele rejeitada, nunca dele recebendo afeto, apoio moral ou financeiro, apesar de ser ele rico estancieiro e proprietário de muitos bens; b) cuidar de Ariosto (pai jurídico e socioafetivo) mesmo sabendo não ser ele o pai; c) terem-lhe sido subtraídas as oportunidades da vida em decorrência da identidade civil incompleta, sem o apelido paterno, sujeitando-a a uma infância e uma vida de privações e de sofrimentos”. Fundamenta seu pedido com base na culpa presumida, afirmando ter a indenização finalidade punitivo-pedagógica.

O Pai biológico se disse surpreso com a ação investigatória de paternidade depois de 40 anos, ressaltando o caráter de interesse econômico da demanda.

O juízo *a quo* entendeu indevida a indenização por danos morais indicando a medida tratar-se mais de um adiantamento de herança.

¹⁷³ TJRS. Apelação cível nº.70011497393, 9ª Câmara Cível, Desª. IRIS HELENA M. NOGUEIRA. j. 08 jun. 2005. Comarca de Pelotas/RS

A relatora, socorrendo-se dos institutos do Direito de Família, concluiu por não ter ficado evidenciado a ilicitude da conduta do pai biológico, tipificada, segundo a apelante, no não-reconhecimento espontâneo da filiação, na resistência à ação investigatória e na falta de atenção do pai. Somou-se à ausência de ilicitude do pai biológico o fato de não ter havido prova de que este tenha agido dolosa ou maliciosamente causando dano a requerente.

A abordagem da responsabilidade civil no âmbito do direito de família é um dos temas mais difíceis e delicados dos institutos jurídicos conforme já se afirmou neste estudo. A questão é polêmica e está longe de alcançar um consenso entre os doutrinadores e magistrados, exigindo cautela e prudência na análise de cada caso concreto, diante de uma jurisprudência que começa a ser formada sobre esta questão.

A doutrina que vem se ocupando do assunto tem entendido que o abandono afetivo, ocasionado pela omissão de um ou de ambos os pais¹⁷⁴, no cumprimento dos deveres de convivência familiar, educação, guarda e sustento alcançariam a esfera existencial dos filhos causando-lhes danos extrapatrimoniais.

O descumprimento desses deveres seriam agravados nas hipóteses de separação, divórcio ou dissolução da união estável em que é possível verificar com mais freqüência a ocorrência de abandono afetivo por parte do genitor não-guardião.

Luis Felipe Brasil Santos, em voto de apelação civil em pedido de danos morais por ação negatória de paternidade afirma que:

“...embora, em tese, viável, em condições muito específicas, a contemplação do dano extrapatrimonial no âmbito das relações familiares, deve a jurisprudência agir com extrema parcimônia na análise dos casos em que se dá semelhante postulação, sob pena de que a excessiva abertura que possa ser concedida venha a gerar enxurradas de pretensões ressarcitórias, com a total patrimonialização das relações afetivas”¹⁷⁵.

¹⁷⁴ O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao *dever de educação*, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). **A ética da convivência família: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais**. Rio de Janeiro:Forense, 2006)

¹⁷⁵ TJRS. Apelação Cível N°70011681467, 7ª Câmara Cível. Rel. Dês. Luis Felipe Brasil Santos. j. 10 ago. 2005).

Este é o posicionamento da Desembargadora Íris Helena M. NOGUEIRA, do TJRS, para quem:

Não se pode monetarizar os sentimentos e condenar alguém por não amar ou por não dar afeto, sobretudo nas relações entre adultos (...). Corre-se o risco de criar uma conduta social de tudo transformar em mercadoria, inclusive as emoções e, logo, criar-se um regramento mercadológico dos valores humanos. Nesse universo, logo surgem os navegadores espertos no mar das permissividades e tolerância, que se cai na tentação de qualificar de ousadia inovadora, criando situações nem sempre legítimas mas legitimadas pelo Judiciário.¹⁷⁶

Em julgado¹⁷⁷ comentado sobre o assunto do TJRJ pela professora Maria Celina Bodin de MORAES destacamos as palavras do voto do relator Desembargador MÁRIO DOS SANTOS PAULO para quem “não há amparo legal, por mais criativo que possa ser o julgador, que assegure ao filho indenização por falta de afeto e carinho”.

À parte da acalorada discussão que se inicia a respeito do assunto, não se deve relegar a plano secundário a necessidade de verificar a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, também nas demandas de reparação por abandono afetivo paterno-filial. Tem entendido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, que a ausência de afeto por si só, não gera o direito à indenização, sendo indispensável o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta ilícita, a ocorrência do dano e o nexo causal sem os quais não há dever de indenizar.

Tratando-se de questões existenciais, faz-se necessário questionar em quais situações estariam as relações afetivas sujeitas à responsabilização civil?.

A seguir buscar-se-á identificar, ainda que brevemente, cada um dos elementos de configuração do abandono afetivo que serão analisados como pressuposto para a sustentação da existência ou não do dever de indenizar.

¹⁷⁶ Prossegue a desembargadora afirmando: “O julgador é artífice, criador e responsável por condutas sociais. O que se cristaliza na decisão, transforma-se em parâmetro ou paradigma para as condutas futuras. Desse modo, pode tornar-se o Judiciário responsável pela monetarização dos valores, das crenças, dos ideais, das aspirações do ser humano sempre infinitas e inimagináveis”. (TJRS. Apelação cível nº.70011497393, 9ª Câmara Cível, Dês. IRIS HELENA M. NOGUEIRA. j. 08 jun. 2005. Comarca de Pelotas/RS).

¹⁷⁷ TJRJ. Apelação cível nº.2004.001.13664. 4ª Câmara Cível, relator Dês. Mário dos Santos Paulo. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, vol. 7, n. 31, ago./set. 2005. p.42)

3.1 Premissas favoráveis ao dever de indenizar na relação paterno-filial presentes na doutrina e na jurisprudência: breves notas

Em uma “tentativa” de sintetizar os principais argumentos favoráveis a tese da indenizabilidade do dano por abandono afetivo, é possível encontrar tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, posicionamentos que defendem ser a conduta ilícita do genitor decorrência do descumprimento do seu dever de convivência e da violação aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷⁸.

Encontra-se na doutrina e na jurisprudência afirmações como “a conduta ilícita praticada pelo pai (...) ao deixar de cumprir seu dever de convívio e educação, afim de, através da afetividade formar laço paternal com seu filho”¹⁷⁹, ou “o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana”¹⁸⁰; ou ainda “A conduta de um genitor ausente, que não cumpre as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar, enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos, tendo ele descumprido seus deveres parentais perante o filho, inerentes ao poder familiar”¹⁸¹, por fim tem-se a afirmação de que, “na conduta omissiva do pai ou da mãe (não-guardião) estará presente a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhes são impostos como decorrência do poder familiar”¹⁸².

Para Cláudia Maria da SILVA “Trata-se, em suma, da recusa de uma das funções paternas, sem qualquer motivação, que agride e violenta o menor,

¹⁷⁸ Para Giselda Maria F. N. HIRONAKA “O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua aceção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo...)

¹⁷⁹ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.?, n.36, jun./jul. 2006. p.72-73.

¹⁸⁰ Processo nº.01.036747-0, 31ª Vara Cível Central, Comarca de São Paulo, juiz Luis Fernando Cirillo. J.05 jun. 2004.

¹⁸¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.7, n.32, out./nov.,2005. p.153

¹⁸² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.

comprometendo seriamente seu desenvolvimento e sua formação psíquica, afetiva e moral (...)”¹⁸³.

No que diz respeito ao dano afetivo entendem os defensores da tese de indenizabilidade que se trata de um dano à personalidade do indivíduo e que ofende ao princípio da dignidade da pessoa humana. A título de exemplo cita-se a posição de Giselda M. F. N. HIRONAKA para quem “O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade”¹⁸⁴.

Quanto a comprovação do dano afetivo, defendem os simpatizantes da tese a desnecessidade da prova¹⁸⁵, pois esta se presumiria. A simples lesão propiciaria a “pretensão direta aos danos morais, sem necessidade de demonstração de dor ou prejuízo¹⁸⁶, pois estes seriam conseqüências e não direitos violados”¹⁸⁷.

Há entendimento, todavia, que o acolhimento da tese do dano *in re ipsa* não dispensaria de prova a conduta humana culposa positiva ou negativa e o nexo de causalidade entre a conduta paterna e o dano experimentado pelo filho, a ser verificado mediante perícia realizada por um profissional da psicologia ou da psiquiatria¹⁸⁸, determinada pelo juízo, com o intuito de analisar o dano real e a sua efetiva extensão.

¹⁸³ SILVA, Cláudia Maria da Silva. Descumprimento do Dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.6, n.25. ago./set. 2004. p.141

¹⁸⁴ Para a autora é certo que “...a personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento de prescrições, de forma que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.)

¹⁸⁵ Conforme lição de Maria Celina Bodin de MORAES “o entendimento atual pacificou-se no sentido de ser o dano moral *in re ipsa*, independentemente de comprovação do prejuízo”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**, p.333).

¹⁸⁶ “O principal argumento a favor dessa tese é o de que a prova do sofrimento é inviável e desnecessária e que o dano moral se prova por si mesmo”. No entendimento da professora “parece correto afirmar que o dano moral acha-se *in re ipsa*, uma vez que, para sua configuração, será suficiente a violação de um interesse constitucionalmente protegido, relativo ao princípio da dignidade humana, independentemente de qualquer outra prova”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, vol. 7, n. 31, ago./set. 2005).

¹⁸⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.7, n.32, out./nov. 2005. p.142

¹⁸⁸ Desta forma “... ainda que comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole e ainda que a perícia consiga detectar e esclarecer os danos sofridos pelo filho abandonado, bem como a sua extensão, mais difícil será estabelecer o necessário nexo de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado”. (HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.)

Exemplo da importância do nexo de causalidade na análise das demandas por abandono afetivo podem ser retirados da sentença do juiz Luis Fernando Cirillo, na decisão da demanda paulista, em que o estabelecimento do nexo causal entre a conduta paterna e os danos à filha foram imprescindíveis para o acolhimento do pedido da autora da ação.

O laudo pericial teria estabelecido o nexo de causalidade¹⁸⁹ entre o comportamento omissivo do réu e os problemas de ordem psicológica apresentado pela autora¹⁹⁰. Entende-se importante aqui destacar ainda que:

A perita constatou também a contraposição das duas figuras paternas existentes na vida da autora. De um lado, **o réu rejeita sua condição de pai, ao argumento de que pai é quem cria. De outro lado o segundo marido da mãe da autora também rejeita assumir o papel de pai da requerente, com o argumento de que o verdadeiro pai dela é o réu [grifou-se]**. Tem-se, portanto e desde logo, um fator de relevância suficiente para o apoio à tese de que a autora sofre, no plano psicológico-afetivo, a falta de uma figura paterna, pois nenhum dos chamados a exercer essa função a aceita ou a desempenha completamente¹⁹¹.

Por outro lado, verifica-se no julgado do TJRS em estudo, que o nexo de causalidade entre a conduta e o suposto dano por abandono afetivo não ficou estabelecido pela presença justamente da paternidade socioafetiva. Para a relatora teriam sido atendidas todas as necessidades da autora inerentes a sua condição de membro de um grupo familiar, não demonstrando seqüelas de ordem moral pela ausência da figura paterna. A paternidade fora exercida pelo pai jurídico e socioafetivo, possibilitando-lhe o referencial paterno-filial.

Tais fatos demonstram a importância de uma visão intra-sistêmica e intersistema do novo Código Civil, conforme salientado algumas linhas atrás¹⁹², confirmando que as ações de indenização por abandono afetivo paterno-filial não

¹⁸⁹ Giselda M. F. N. HIRONAKA entende que “o que produzirá o liame necessário – nexo de causalidade essencial – para a ocorrência da responsabilidade civil por abandono afetivo deverá ser 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”.

¹⁹⁰ Segundo o magistrado “o laudo pericial explicita as consequências do abandono, e não se funda apenas nem automaticamente da premissa de que o indivíduo adulto é consequência (apenas) do que viveu na infância. Como tampouco se pode abstrair a influência da infância na personalidade do adulto”. Prossegue afirmando que “as provas coligidas nos autos dão conta de que o réu poderia ter feito muito mais do que fez e não fez porque foi impedido pela mãe da autora, e sim porque não quis”. (¹⁹⁰ Processo nº.01.036747-0, 31ª Vara Cível Central, Comarca de São Paulo, juiz Luis Fernando Cirillo. j.05 jun. 2004.)

¹⁹¹ Processo nº.01.036747-0, 31ª Vara Cível Central, Comarca de São Paulo, juiz Luis Fernando Cirillo. j.05 jun. 2004.

¹⁹² Ver supra fl.31

devem ser avaliadas sem que se atente para as especificidades dos institutos do Direito de Família.

Por fim os defensores da tese da reparabilidade do dano por abandono afetivo paterno-filial são unânimes em afirmar a necessidade de existência da culpa do pai ausente, tendo em vista tratar-se de responsabilidade subjetiva em que o elemento culpa é essencial para a imputação do dever de reparação.

Para Maria Isabel Pereira da COSTA além da ausência de afeto, é necessária a avaliação do grau de culpabilidade pela omissão de afeto¹⁹³. Conforme defende:

É preciso verificar se o agente é imputável e se não agiu ao abrigo de alguma excludente de culpabilidade – legítima defesa, exercício regular de direito, estado de necessidade ou dever legal de agir – e ainda, por exemplo, se a omissão decorreu de doença, física ou mental do genitor, ou por total desconhecimento da existência da relação de paternidade-filiação por parte do genitor e, ainda, pelos entraves colocados pelo genitor que tem a guarda, etc. em resumo, é imprescindível analisar o caso concreto para averiguar se a conduta dos pais resultou de culpabilidade na modalidade dolosa ou culposa; não havendo culpa no sentido *lato*, não há que se falar em indenização.¹⁹⁴

Do acima exposto é possível constatar que os argumentos apresentados pela doutrina são frágeis e de difícil sustentação. A ausência de convivência por si só não é suficiente para configurar a conduta ilícita do genitor. Também não resta comprovada a possibilidade de atribuir-se a culpa exclusiva ao genitor paterno, haja vista a existência de múltiplos fatores a contribuir para o sentimento de abandono, como as dificuldades muitas vezes impostas pela mãe ou por um segundo cônjuge ou companheiro (paterno ou materno) que impedem ou tornam tormentoso a convivência do genitor não guardião, bem como a necessidade de estabelecimento do nexo de causalidade entre a conduta paterna e o dano, nem sempre possível de se identificar.

Não se trata de negar que o abandono paterno-materno é uma realidade presente em muitos lares brasileiros. Mesmo em famílias onde há a presença física dos genitores ou de uma figura substituta é possível encontrar configurado o

¹⁹³ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão do afeto?. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, vol.7, n.32, out./nov. 2005. p.35

¹⁹⁴ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família..., p.35-36

abandono afetivo¹⁹⁵. Todavia, a capacidade individual em dar e assimilar o afeto é por demais subjetivo, pertencendo a esfera íntima de cada indivíduo.

Diante destes fatos torna-se necessário o questionamento de qual seria a finalidade do acolhimento de pedidos de indenização por abandono afetivo? Compensatória? Reparatória? Identifica-se que é nos fins objetivados com as condenações que reside uma das maiores dificuldades em se fundamentar legalmente o dever de reparação dos pais por abandono paterno filial.

Entende-se a importância de um estudo mais aprofundado sobre os elementos atrás referidos, quais sejam: a conduta paterno/materna, o dano afetivo, o nexo causal e a imputação da culpa. Todavia, dado os limites deste estudo, necessário se faz redirecionar a atenção para os objetivos a serem atendidos pela recepção dessas demandas, por entender-se que é neste aspecto que poderá ser identificado as razões de fundo da questão.

3.2 O caráter punitivo das decisões que acolheram os pedidos de reparação por abandono afetivo: retorno à teoria tradicional da pena privada ou invasão da competência penal?

Superado a fase da vingança privada em que a reparação do dano e a punição do ofensor não possuíam limites bem definidos, restou como função à responsabilidade civil recolocar a vítima do dano na situação em que estaria se o ato não tivesse sido produzido, relegando ao âmbito do direito penal a tarefa de punição do ofensor¹⁹⁶.

No campo do Direito Civil a recomposição da vítima poderá ocorrer de duas formas: pela restituição *in natura* do bem danificado (reparação), ou pela dação do seu equivalente em dinheiro (indenização pelo equivalente).

Verificou-se, contudo, que nas decisões que vem acolhendo os pedidos de indenização por abandono afetivo, bem como na doutrina que se mostra favorável à recepção desses pedidos, os fundamentos de defesa possuem uma finalidade

¹⁹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.

¹⁹⁶ Para AGUIAR DIAS “Predominava, pois, sobre a idéia do ressarcimento, a noção de pena. Não era reparação, mas apresentava estrutura correlativa à da pena pública”. (AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil. 11ª ed. ver., atualizada e ampliada por: Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.996).

acentuadamente “punitiva”¹⁹⁷ do autor do suposto dano, em detrimento do caráter reparatório ou compensatório da vítima, levando ao questionamento se estaríamos diante do retorno do instituto da pena privada¹⁹⁸.

É possível encontrar dentre os fundamentos das decisões argumentos que falam por si, dispensando maiores aprofundamentos como os que constam da sentença do juiz Luis Fernando Cirillo, da 31ª vara cível de São Paulo, *in verbis*:

Para que o réu seja condenado a indenizar o dano moral por ele causado à autora, não seria necessário que se demonstrasse que o requerido é o único culpado pelos dramas e conflitos atuais da autora, embora afinal não haja prova de nenhuma outra explicação para o estado psicológico da requerente além do abandono afetivo de que foi vítima por culpa do réu. Basta que se constate, como se constatou, o abandono de responsabilidade do requerido.

Os autos não contém apenas demonstração de problemas psicológicos de uma filha. Mostram, também, uma atitude de alheamento de um pai, **com o que o réu não está sendo condenado apenas porque sua filha tem problemas, e sim porque deliberadamente se esqueceu da filha** [grifo meu].¹⁹⁹

Também na decisão do juiz Mario Romano Maggioni, da Comarca de Capão da Canoa/RS é possível encontrar dentre os fundamentos da decisão a afirmação de que “o pagamento de valor pecuniário será medida profilática, pois fa-lo-á repensar a sua função paterna ou, ao menos, se não quiser assumir o papel de pai que evite ter filhos no futuro”²⁰⁰.

Maior evidência da finalidade punitiva dessas decisões pode ser encontrado no acórdão do TAMG, que a despeito de ter o pai cumprido com suas obrigações materiais, apresentou justificativas razoáveis para sua ausência e não ter sido

¹⁹⁷ Para o Des. Cláudio de Mello Tavares do TJRJ “... o dever-poder dos pais, de forma concorrente com o Estado e a sociedade, inclui, (...) a garantia de direitos outros, dentre eles, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, (...). Não bastaria a Constituição e a lei prevê a garantia de tais direitos, impondo a proteção integral também aos pais, sem que autorizasse, em consequência, a devida punição dos mesmos pela infringência de tais normas”. (TJRJ. Apelação Cível nº 2006.001.62576, 11ª Câmara Cível. j. 11 abr. 2007)

¹⁹⁸ “A pena privada, em seu aspecto essencial, visava à pessoa do réu, conformava-se ao princípio da adequação, isto é,, devia corresponder ao dano e só podia ser imposta por via da *actio penalis* o sucedâneo histórico da vingança privada. Podia, pois, definir-se como a sanção de um ato considerado pela ordem jurídica como delituoso ou violador de interesse privado legítimo, sanção que procurava, no direito histórico, afligir o réu mediante diminuição do seu patrimônio” (AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil, p.996).

¹⁹⁹ Processo nº.01.036747-0, 31ª Vara Cível Central, Comarca de São Paulo, juiz Luis Fernando Cirillo. j.05 jun. 2004.

²⁰⁰ Processo nº141/1030012032-0, 2ª Vara, juiz MARIO ROMANO MAGGIONI. j.15 set. 2003.

estabelecido o nexo de causalidade²⁰¹ entre a conduta e o suposto dano, condenou o genitor a indenizar o filho.

Essa intenção punitiva do autor do suposto dano pode ser encontrada no próprio pedido da ação, como no caso da apelação cível julgada pelo TJRS em que, segundo a relatora, a autora fundamenta seu pedido com base na culpa presumida, afirmando que **“a indenização teria finalidade punitivo-pedagógica (castigar o culpado e servir de lição aos demais pais) [grifo nosso].”**²⁰².

Para o Ministro Fernando GONÇALVES do STJ: “Os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que ‘a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória’.”²⁰³.

Entende Lizete Peixoto Xavier SCHUH que:

No intuito de responder satisfatoriamente à tutela invocada, a forma encontrada pelo Estado-juiz é a indenização pecuniária, mais no sentido sancionatório do que propriamente reparador, visto que, dificilmente, após ter estabelecido o litígio, as partes tenham possibilidade de estabelecerem laços de afetividade. (...) **Nestas situações, a condenação do réu ao pagamento de pecúnia terá menos o cunho de reparação do prejuízo e mais um caráter punitivo, sancionatório, de**

²⁰¹ De acordo com o julgador em primeira instância o laudo psicológico não estabeleceu “...exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor, não tendo detectado o expert sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual malogro do laço paterno filial”. Prossegue o magistrado relatando que o estudo social indica “...o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na inicial”. (STJ. REsp. nº.757.411 – MG. 4ª turma. Min. Rel. FERNANDO GONÇALVES. j. 29 nov.2005)

²⁰² TJRS. Apelação cível nº.70011497393, 9ª Câmara Cível, Dês. IRIS HELENA M. NOGUEIRA. j. 08 jun. 2005. Comarca de Pelotas/RS

²⁰³ Prossegue o Ministro afirmando que: “...no caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, **guarda e educação** [grifos no original] dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art.24, quanto no Código Civil, art.1.638, inciso II”. Concluindo que “o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral”. (STJ. Resp. nº.757.411- MG 4ª turma. Min. Rel. FERNANDO GONÇALVES. j. 29 nov. 2005).

modo a desmotivar toda e qualquer atitude semelhante [grifos nosso]²⁰⁴. Seria uma resposta à sociedade e serviria de alerta àqueles pais que não cumprirem a sua paternidade responsável.²⁰⁵

As decisões assim contextualizadas demonstram objetivos outros que não os perseguidos pela responsabilidade civil, quais sejam, a reparatoria e a indenizatória, mas sim a aplicação de uma penalidade não prevista no âmbito do Direito Civil invertendo-se o foco atual deste instituto que tem como foco a reparação do dano causado à vítima.

Voz discordante (e quase solitária²⁰⁶) do caráter punitivo da responsabilidade civil, Maria Celina Bodin de MORAES defende que “O novo Código Civil, em nenhuma de suas disposições sobre a responsabilidade civil contempla o caráter punitivo, embora o mesmo venha encontrando adeptos na doutrina e na jurisprudência brasileiras, por indicação inclusive do STJ”²⁰⁷. Segundo a autora “do ponto de vista legislativo, não há nada no Código Civil de 2002 – e tampouco havia no Código de 1916 – que preveja a punição por um dano cometido; há, aliás, indícios fortemente contrários ao juízo de punição: basta pensar no parágrafo único do artigo 944, que alude a *reduzir* o valor da indenização (e não aumentar)”²⁰⁸.

Para Judith Martins Costa a correlação entre danos extrapatrimoniais e o caráter de pena privada ganhou força a partir das dificuldades encontradas pela doutrina e jurisprudência em reconhecer o pagamento da dor com dinheiro. Afirma a autora que:

²⁰⁴ No mesmo sentido é o entendimento de Cláudia Maria da SILVA ao afirmar que: “Não se trata de ‘dar preço ao amor’ – como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de ‘compensar a dor’ propriamente dita. Talvez o aspecto 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 reparável e grave”. (SILVA, Cláudia Maria da Silva. Descumprimento do Dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.6, n.25. ago./set., 2004. p.141-142)

²⁰⁵ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre. n.35, abr./mai., 2006. p.67

²⁰⁶ Defende a mesma posição Fernanda TARTUCE em artigo intitulado: “Quantificação da indenização por danos morais”. (In: CANEZIN, Claudete Carvalho. **Arte Jurídica**. Vol.III. Curitiba: Juruá, 2006.).

²⁰⁷ “Na jurisprudência do STJ, aderiu-se recentemente à tese do caráter punitivo, em sua faceta de desestímulo ao ofensor”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**, p.225).

²⁰⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**, p.329

Para legitimar a concessão de uma soma em dinheiro à pessoa que teve a sua esfera extrapatrimonial atingida, passou-se a defender que a indenização do dano moral seria não só legítima, mas também necessária, pois do contrário, o ofensor restaria impune. Dessa maneira, afastaram-se os óbices de cunho ético-social e justificou-se a indenizabilidade do dano moral com fundamento (implícito) na noção de pena privada: a punição do ofensor – **o ódio ao culpado**- [grifos no original] mais que a ‘indenização da vítima estará já no fulcro da argumentação jurídica’²⁰⁹.

Verifica-se que dentre os critérios utilizados pela jurisprudência pátria para a fixação do *quantum* reparatório, é possível constatar, ainda que implicitamente o caráter punitivo que tem como base o grau de culpa do ofensor e a sua capacidade econômica, o que contraria a escolha do legislador que optou por estabelecer que a indenização deverá ser arbitrada pela extensão do dano.

Deve-se, todavia, atentar para a lição de Judith MARTINS-COSTA: “é preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundado em critérios, de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor”, outra coisa é a “imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo”²¹⁰.

Desta forma nas situações em que não se objetiva efetivar reações contra o fato danoso, mas exprimir repúdio à conduta do culpado, estaremos no “âmbito da pena, técnica ancorada num olhar sobre o agente causador do dano, mais que na consideração da vítima ou da situação lesada”²¹¹.

Wilson de Melo da SILVA *apud* BODIN DE MORAES, ao recusar a tese do caráter punitivo no âmbito da responsabilidade civil sustentou:

Para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique, ou seja, ‘*nulla poena sine lege*’. Para que haja dano basta a simples infringência da ampla regra do *neminem laedere*. O delito, no dano, é apenas o fato gerador, a circunstância determinante dele. E o que no juízo cível se busca ressarcir é apenas a consequência do delito, ou seja, o dano (...) Mira-se, na responsabilidade civil, a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ**, Brasília, n.28, jan./mar. 2005. p.22-23.

²¹⁰ Para a autora “Há confusão entre o caráter punitivo da indenização (traço genérico da pena privada, atribuível, segundo forte doutrina, ao dano moral) com a indenização punitiva”. (MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva, p. 23).

²¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva, p.17.

extensão do prejuízo, para a graduação do *quantum* reparador e não a culpa do autor.²¹²

Entende Maria Celina Bodin de MORAES que:

(...) se o objetivo é reparar o dano moral *sofrido* injustamente, não há como se ater a qualquer conceito de dano *causado*. Assim fazendo utiliza-se a responsabilidade civil para atingir finalidades outras que não a única que lhe compete, isto é, a tutela civil em face de prejuízos injusta e efetivamente sentidos. Daí porque não se reconhecer função punitiva à reparação do dano moral. Não se poderá através da responsabilidade civil, abranger uma pluralidade – ou sequer a duplicidade – de objetivos tais como punir, inibir, desestimular ações *contra ius*. De outro lado, incumbe à responsabilidade civil buscar todos os meios para reparar, da maneira a mais completa possível, o dano (moral) sofrido, com o fim de restabelecer o equilíbrio rompido [grifos no original]²¹³.

Na concepção da responsabilidade civil contemporânea se visualiza o fenômeno como reparação do dano injusto à vítima e não como uma sanção à conduta contrária do agente ofensor. A própria disposição topográfica no Código civil que dispõe sobre o dever de reparação está regulamentada de forma autônoma, não vinculando necessariamente o dever de reparação à ilicitude do ato.

Diante dessa nova ótica da responsabilidade civil, afirma Maria Celina BODIN de MORAES que:

(...) o retorno à idéia de culpabilidade, atributivo do aumento do *quantum* reparatório, é, também ele, paradoxal em relação ao fundamento atual da responsabilidade civil, isto é, em um momento em que se concentra a toda atenção para a vítima, para o credor da dívida, para a satisfação dos danos injustos. Se se admite, todavia, que a plena satisfação da vítima somente ocorrerá com a punição do ofensor, perde-se novamente o foco da responsabilidade (como reparação), e se volta à seara da retribuição – no caso, da retribuição do mal com o mal, a retaliação, incivilidade que nos orgulhamos de ter superado²¹⁴.

Logo, nas demandas por abandono afetivo não há de se admitir o acolhimento de “indenizações punitivas” sob pena de retrocesso social com o incentivo ao renascimento da pena privada. A punição do genitor pelo seu mau comportamento em relação ao filho não atenderia ao objetivo de desestimulá-lo²¹⁵ a

²¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**, p.260.

²¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**, p.304-305

²¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**, p.55

²¹⁵ Para a Teoria do Desestímulo “deve estar inserida no âmbito da indenização quantia significativa o bastante, de modo a conscientizar o ofensor de que não deve persistir no comportamento lesivo...”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**, p.222)

repetir o ato danoso, aumentando a impossibilidade de ver o filho reconstituído o laço paterno-filial.

Mas o que fazer com as demandas de reparação por abandono afetivo que se tornam mais freqüentes nos tribunais brasileiros?.

Defende Maria Isabel Pereira da COSTA que: “se quisermos evitar o mercantilismo da compra e venda de afeto, para que não se permita o uso abusivo de ações indenizatórias, além da necessária restrição da legitimidade para a propositura da ação, ainda é preciso que não se pague afeto diretamente com dinheiro”²¹⁶. Ela entende que a recompensa ao filho, vítima de abandono afetivo por parte dos pais na infância e na adolescência, seria a condenação ao pagamento de tratamento psicológico²¹⁷.

Lizete Peixoto SCHUH compartilha do posicionamento acima exposto, reforçando “a necessidade de acompanhamento psicológico, porque a simples indenização poderá representar um caráter meramente punitivo, reafirmando, cada vez mais, o quadro de mercantilização nas relações familiares”²¹⁸, como no caso do julgado do TJRS em que os dados do processo e o valor da importância impressionam, como bem demonstrou a relatora.

Todavia, é possível encontrar no ordenamento pátrio, instrumentos capazes de possibilitar o custeio das necessidades dos filhos com tratamento psicológico mediante pedido de revisão alimentar, atendendo-se ao binômio necessidade/possibilidade, sem com isso recorrer aos institutos da responsabilização civil.

²¹⁶ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão do afeto?. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, vol.7, n.32, out./nov. 2005. p.37

²¹⁷ Vejamos seu posicionamento: “Se o dano é emocional, e não resta dúvida de que o seja, o que se precisa reparar é o sofrimento do filho por não ter recebido o carinho do pai ou da mãe; se atingiu a *psique* da vítima, causando danos na formação de sua personalidade, a recompensa eficaz seria o tratamento psicológico ou psiquiátrico, com o objetivo de lhes restituir a saúde emocional ou recompor o dano emocional sofrido. Assim, os responsáveis pelo dano deveriam ser constrangidos a pagar por quanto tempo fosse necessário o tratamento terapêutico recomendado por profissional especializado à vítima até a sua total recuperação [grifos no original]”. (COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família..., p.37)

²¹⁸ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre. n.35, abr./mai. 2006. p.75

CONCLUSÃO

A recepção do afeto como novo fundamento das relações familiares, ao lado do jurídico e do biológico, contribuiu para a mudança paradigmática do modelo familiar autoritaritário e excludente para o da família socioafetiva e igualitária, revelando, também nas relações familiares, a busca pela restauração da primazia da pessoa humana o que vem consolidando o chamado processo de repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil.

A especial proteção conferida pelo ordenamento jurídico à família reforçou a prevalência a ser atribuída às situações existenciais em detrimento das questões patrimoniais, possibilitando uma maior valorização da pessoa humana. Reconhece-se no plano jurídico a concepção da família socioafetiva que se distancia da noção exclusivamente biológica e jurídica da família tradicional.

A proibição de tratamento discriminatório quanto à filiação, o desenvolvimento legislativo que possibilitou o reconhecimento dos filhos oriundos de relações extramatrimoniais e a velocidade com que as uniões familiares se dissolvem na contemporaneidade, ocasionaram demandas judiciais em que os filhos buscam compensação pecuniária para os danos ocasionados na dimensão existencial de sua situação jurídica de filiação.

Identificou-se neste estudo que há, em parte minoritária da doutrina e da jurisprudência, o entendimento de que se trata de pedido juridicamente possível, tendo em vista a previsão no ordenamento jurídico pátrio da indenizabilidade do dano extrapatrimonial. Todavia, constatou-se que há dificuldade na análise dos casos *sub judice*, em especial quanto aos fundamentos jurídicos visando enquadrar o abandono afetivo dentre os danos extrapatrimoniais, haja vista tratar-se de um dever moral.

Por outro lado, foi possível constatar que a técnica legislativa das cláusulas gerais, adotada pelo legislador pátrio, proporcionou uma maior abertura do ordenamento jurídico, permitindo o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses de indenizabilidade por danos extrapatrimoniais e conferindo um maior poder de decisão aos magistrados na busca pela proteção da pessoa humana concretamente considerada.

Diante disso, pode-se defender que na análise dos danos extrapatrimoniais o problema não é tanto o de sua proteção, cada dia mais abundante, mas “o de sua adequada fundamentação”²¹⁹.

Nesse sentido, faz-se pertinente a observação de Paulo NALIN para quem “O juiz merece a confiança dos operadores do direito, carecendo-lhe, no entanto, melhor compreender o seu papel e a sua responsabilidade social, por não ser ele um mero ‘aplicador da lei’, mas, de outro viés, um construtor do sistema jurídico, gozando de status constitucional para tanto”²²⁰.

Na busca pela proteção dos valores existenciais da pessoa humana, caberá aos magistrados decidir com extrema cautela, haja vista que “o julgador cria, no sentido de que confirma determinados fatos sociais, legitimando-os, criando modelos. Assim, é formulador de regras sociais de comportamento e, inevitavelmente, transformador do próprio ambiente social, alterando valores”²²¹.

A partir dos casos paradigmáticos que justificaram este estudo, é possível constatar que as decisões que julgaram procedente os pedidos de indenização por abandono afetivo carecem de sustentação jurídica no âmbito da responsabilidade civil, haja vista que as decisões, em nosso entendimento, visam outros objetivos que não os da reparação do dano ou a compensação da vítima, finalidade a que se destina a indenização civil.

Em uma primeira leitura da sentença do juiz Luis Fernando Cirillo avulta a reprovabilidade da conduta do réu, levando o leitor a tendência de recepcionar a decisão como correta e justa. Contudo, após uma análise imparcial da sentença, despindo-se da carga de emotividade, verifica-se, ainda que reprovável a conduta do genitor paterno, que a decisão carece de fundamento jurídico para fins de responsabilidade civil. A decisão possui um caráter acentuadamente “punitivo” do genitor, função esta não prevista no âmbito da responsabilização civil.

Não se defende aqui que não haja um dever moral e jurídico do pai (seja ele biológico, afetivo ou presumido) de colaborar com a educação do filho, entendida esta na sua acepção ampla de formação da personalidade do filho (moral, emocional e psíquica). Também não se nega a violação ao dever de garantir à convivência

²¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.56.

²²⁰ NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 6, vol.23, jul./set. 2005.

²²¹ TJRS. Apelação cível nº.70011497393, 9ª Câmara Cível, Desª. IRIS HELENA M. NOGUEIRA. j. 08 jun. 2005. Comarca de Pelotas/RS

familiar prevista constitucionalmente e em diplomas infraconstitucionais aos filhos, o que não se confunde com a coabitação. O que ficou evidenciado é que “não há como o Estado-(Juiz) [sic] interferir na intimidade de uma pessoa, impor sentimentos (passados e presentes) de amor e afeto, (...) dizendo: ame, dê afeto ou pagará uma **pena indenizatória** [grifo meu], substituindo o insubstituível (...), premiando-se o filho sem que se cogite de, com tal medida, fazer nascer o amor do pai pelo filho [grifou-se]”²²².

Resta, assim, aguardar para ver como o tribunal revisor do Estado de São Paulo irá se pronunciar sobre a decisão ora analisada.

Por outro lado, no acórdão analisado do TJRS, avulta desde a primeira leitura o caráter mercantilista da demanda. Os próprios fundamentos da autora da ação conduz a rejeição da hipótese de recebimento do pedido. Entende-se que nesta ação tanto o magistrado sentenciante, quanto o tribunal revisor emitiram uma resposta em conformidade com o ordenamento jurídico e os valores presentes na sociedade atual.

Não poderíamos deixar de registrar “nosso entendimento” de que o drama humano vivenciado pela jovem paulista desde a mais tenra idade, a postura do genitor paterno, bem como a negativa do segundo marido da mãe em desenvolver a paternidade socioafetiva, contidos nos fundamentos da decisão, demonstram muito mais o desejo da autora em ver efetivado o seu direito ao “estado de filho” que se caracteriza justamente pelo vínculo afetivo²²³.

É preciso, no entanto, admitirmos que “há lugares, efetivamente, que o direito não alcança. O autoritarismo, a indiferença, o desprezo, a rispidez, sem que constituam ato ilícito, podem tornar-se componentes de uma relação patológica de resultados imprevisíveis”²²⁴.

De todo o exposto conclui-se este singelo estudo afirmando que o Poder Judiciário, seja no órgão sentenciante, seja no tribunal revisor, têm demonstrado a

²²² TJRS. Apelação cível nº.70011497393, 9ª Câmara Cível, Desª. IRIS HELENA M. NOGUEIRA. j. 08 jun. 2005. Comarca de Pelotas/RS

²²³ “Daí as novas realidades que a sociedade criou, e já conceitualizadas, tais a ‘paternidade socioafetiva’, ‘desbiologização da paternidade’, para afirmar que a verdadeira paternidade é a que se funda no afeto, podendo, ou não, coincidir com a paternidade biológica”. (Apelação cível nº70011497393, 9ª Câmara Cível do TJRS, j. 08 jun. 2005).

²²⁴ SILVA, Marcos Alves. **O rompimento dos laços de autoridade parental: pais e filhos perante o Estado juiz**. Curitiba, 2006, 142 f. .Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.84

cada caso concreto, uma análise ética²²⁵ das circunstâncias envolvidas, afastando o perigo da banalização da indenização por abandono afetivo, bem como dando respostas às demandas dos filhos, ainda que estas nem sempre sejam as perseguidas em juízo.

²²⁵ Para o Min. Ruy Rosado AGUIAR JÚNIOR: "...cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, atender à finalidade social da norma e reconhecer que o só fato de existir a família não pode ser causa de imunidade civil, embora possa inibir a ação quando dela surgir dano social maior do que o pretendido reparar. De outra parte, deve perceber que, na especificidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, só por si, causa de indenização". (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil no direito de família**. ADV Advocacia Dinâmica: Seleções jurídicas, n.2, fev., 2005, p.39-43, Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em 15 jul. 2007)

Referências Bibliográficas

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 11^a ed. rev., atualizada e ampliada por: Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil no direito de família**. ADV Advocacia Dinâmica: Seleções jurídicas, n.2, Fev., 2005, pp.39-43, Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 15 jul. 2007.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). **Direito de família e o novo código civil**. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.161-179.

ALVES, Eliana Calmon. **Responsabilidade civil no direito de família**. ADV Advocacia Dinâmica: Seleções jurídicas, n.2, Fev., 2005. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 15 jul. 2007.

ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. **Revista de Direito Privado**, n.25, jan./mar., p.181-195, 2006.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. **Revista CEJ**, Brasília, n.33, p.43-53, abr./jun. 2006.

ALTHEIM, Roberto. **A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil**. Curitiba, 2006. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Tradução de: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARBOZA, Heloisa Helena. O principio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p.201-213.

BARRETTO Vicente de Paulo Barretto. Resenha de Livro: Em busca da família do novo milênio. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, v.3, n.9, Abr./Jun. p.134-137. 2001.

BARROS, Fernanda Otoni de. Do direito ao pai: sobre a paternidade no ordenamento jurídico. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, vol. 2, n. 6, jul./set., p.5-22, 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, v.4, n.14, p.5-10, jul./set. 2002.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº.757.411 – MG. Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES. j. 29/11/05 Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 15 jul. 2006.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Direitos de personalidade e responsabilidade civil na perspectiva da ética do discurso. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil**. vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.437-463.

CANEVACCI, Massimo (Org.) **Dialética da família: gênese, estrutura e dinâmica de uma instituição repressiva**. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1984.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.o, n.36, p.71-87, jun./jul. 2006.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. como e a quem indenizar a omissão do afeto?. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.7, n.32, p.20-39, out./nov. 2005.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9ª ed. Coimbra: Almedina. 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS. Maria Berenice. Quem é o pai. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SINTESE, vol. 4, n. 15, out./nov./dez., p.5-14, 2002.

_____. Sociedade de afeto: um nome para a família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.5, n.22, p.32-37, fev./mar. 2004.

_____. **A ética do afeto**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6668>> Acesso em: 20 jan. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**, 10 ed. v.7. São Paulo: Saraiva, 1996.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 13ª ed. Tradução de: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p.163-173.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.) **Direito de família e o novo código civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.134-150.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Dos sujeito de direito à sujeição jurídica**: uma leitura arqueogenealógica do contrato de trabalho. Curitiba, 2000, 262 f. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. A função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.8, n.39, p.154-170, dez./jan. 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco IN: DIAS, Maria Berenice.; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) **Direito de família e o novo código civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.101-131.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14ª ed. Atualizada por: Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: FORENSE, 2002.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise – um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo código civil**. Belo horizonte: Del Rey, 2004. p.249-263.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil na relação paterno-filial. IN: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). **Arte Jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2005. p. 149-170.

_____. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de direito de Família**. Porto Alegre, n.1, p.7-17, abr./jun. 1999.

_____. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **A ética da convivência família**: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Se eu soubesse que ele era meu pai... In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p.173-182.

_____. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. In: _____. **A outra face do Poder Judiciário**: decisões inovadoras e mudanças de paradigma. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos no antigo e no novo código civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: Responsabilidade civil**. vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.87-93.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.19, p.260-268, jul./set. 2004.

_____. Direito das obrigações: em busca de elementos caracterizadores para compreensão do livro I da parte especial do código civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. **Arte Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005. p.277-290.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo código civil**. Belo horizonte: Del Rey, 2004. p.621-631.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.347-366.

_____. Do poder familiar. IN: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo código civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.153-165.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE nº.12, p.40-55, jan./fev./mar. 2002.

_____. A repersonalização do direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, v.6, n.24, p.136-156, jun./jul. 2004.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, n.19, p.133-156, ago./set. 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. vol.V, Rio de Janeiro: Forense, 2003

_____. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ**, Brasília, n.28, jan./mar. p.15-32, 2005.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson; RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (Coords.) **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.87-114.

MONTENEGRO, Antonio Linbergh C.. **Ressarcimento de danos: pessoais e materiais**. 7ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Afeto, Ética, Família e o novo código civil**. Belo horizonte: Del Rey, 2004. p.399-415.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, vol. 7, n. 31, p.39-66, ago./set. 2005.

_____. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Disponível em http://publice.rdc.puc-rio/direito/media/Bodin_n29.pdf. Acesso em 20/08/07.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, ano 6, vol.23, p.59-75, jul./set., 2005.

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria F. N.. Direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.). **Direito de família e o novo código civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.1-8.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4ª ed. Atualizada. Curitiba: Juruá, 2003.

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.4, n.13, p.53-75, abr./jun.2002.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PARANÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Apelação cível nº.377551-7, 14ª vara cível. Rel. Des. Eugênio Achille Grandinetti. j. 30 nov. 2006.

PASSOS, J. J. Calmon de. O imoral nas indenizações por dano moral. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p.251-263.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. vol. V. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____**Responsabilidade civil.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A família – estruturação jurídica e psíquica. In:_____
(Coord.). **Direito de família contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.13-32.

_____**Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.** Curitiba, 2004, 157 f. Tese (Doutorado em Relações Sociais) Programa de Pós-Graduação - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

_____**Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre, n.16, p.5-11, jan./mar. 2003.

_____**Pai porque me abandonaste?.** In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O Dano moral no direito de família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: Dano moral.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.405-418.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil.** Belo horizonte: Del Rey, 2004. p. 633-656.

_____**Da adoção.** In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.). **Direito de família e o novo código civil.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p..135-150.

PERLINGIERI. Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional.** 2ª ed. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michele. **O nó e o ninho.** Revista Veja – 25 anos, Abril.

RESENDE, Joubert R.. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre, v.6, n.28, p.150-159, fev./mar. 2005.

RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação cível nº.2006.001.62576, 11ª câmara cível. Rel. Dês. Cláudio de Mello Tavares. j. 11/04/07.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 9ª Câmara Cível. Apelação cível nº.70011497393. Rel. Desª. Íris Helena M. Nogueira. j. 11/06/05. disponível em http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2. Acessado em 22 jul. 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil.** vol.4,19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, n.35, p.53-76, abr./mai. 2006.

SILVA, Cláudia Maria da Silva. Descumprimento do Dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.6, n.25. p.122-160, ago./set. 2004.

SILVA, Marcos Alves. **O rompimento dos laços de autoridade parental: pais e filhos perante o Estado juiz**. Curitiba, 2006, 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de; DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter)secções do Afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.2, n.8, p.62-69, jan./mar. 2001.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Algumas precauções metodológicas para o estudo do direito civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.) **Arte Jurídica**. Curitiba: Juruá, v.1, n.1, 2005. p.299-316.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Fernanda. Quantificação da indenização por danos morais. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord). **Arte Jurídica**. Vol.III. Curitiba: Juruá, 2006. p-329-341.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, v.7, n.32, p.138-158, out./nov. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina Civil-constitucional das relações familiares. In:___ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

____A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In:_____ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.389-425.

____Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In:___ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.325-366.

_____. A disciplina da Guarda e a autoridade parental na ordem Civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Afeto, Ética, Família e o novo código civil**. Belo horizonte: Del Rey, 2004 p.305-324.

_____. Notas sobre o nexó de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 2, vol.6, p.3-19, abr./jun., 2001.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ANEXOS

1. RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 9ª Câmara Cível. Apelação cível nº.70011497393. Rel. Desª. Íris Helena M. Nogueira. j. 11/06/05. disponível em http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2. Acessado em 22 jul. 2006.

2. Processo nº.01.036747-0, 31ª Vara Cível Central, Comarca de São Paulo, juiz Luis Fernando Cirillo. j. 05 jun. 2004.

ANEXOS

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PATERNIDADE AFETIVA. CONSANGÜINIDADE.

- A responsabilidade civil assenta-se em pressupostos (ação ou omissão culposa, dano e nexos de causalidade) que se somam, de modo que, ausente um deles, não há falar em dever de indenizar.

- A perda da fruição das benesses da vida, a ausência e a carência de afeto que o pai biológico poderia ter proporcionado ao filho, cuja relação consangüínea veio a ser conhecida em juízo, mediante ação investigatória de paternidade e depois da maturidade e idade adulta (mais de 40 anos), não serve como causa de pedir da ação de indenização por danos morais, sobretudo como no caso presente em que a requerente nasceu, cresceu e desenvolveu-se dentro de uma família, com todos os paradigmas de um crescimento psicologicamente sadio e de formação do caráter.

- O elemento caracterizador do estado de filiação é o vínculo afetivo, privilegiado pela Constituição Federal, resultando ter-se como verdadeira paternidade aquela que se funda no afeto, podendo coincidir, ou não, com a paternidade biológica. Prevalência dos vínculos afetivos desenvolvidos em família sobre as questões de ordem genética e patrimonial.

APELO IMPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70011497393

COMARCA DE PELOTAS

MARIA REGINA RAMALHO COELHO

APELANTE

JOSÉ ROBERTO GOMES RAMALHO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto da Desembargadora relatora.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (PRESIDENTE) E DESA. MARILENE BONZANINI BERNARDI.**

Porto Alegre, 08 de junho de 2005.

DESA. ÍRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA,
Relatora.

RELATÓRIO

DESA. ÍRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA (RELATORA)

MARIA REGINA RAMALHO COELHO apela de sentença que julgou improcedente sua ação de indenização por danos morais proposta contra o pai biológico, alegando (a) conter contradições e graves equívocos; (b) violar a legislação vigente e (c) contrariar a prova dos autos.

Parto da petição inicial.

Disse ter nascido em **20 de março de 1955** e registrada com o nome de **Maria Regina da Silveira Lauz**, filha de **Ariosto Lauz** e **Elda da Silveira Lauz**.

Por ter ouvido comentários de que seu pai biológico seria outro - JOSÉ ROBERTO GOMES RAMALHO -, obteve da mãe a confissão de que, à época da concepção, o pai Ariosto encontrava-se internado no Hospital Psiquiátrico São Pedro, em tratamento da saúde mental.

Em vista disso e para esclarecimento dos fatos, ajuizou, em dezembro de 1996, investigatória de paternidade onde, com exame de DNA, resultou confirmada a relação sanguínea de filiação paterna com José Roberto, tendo sido expedido a seu favor mandado de retificação do assento de nascimento em 13 de janeiro de 2000 (fl. 206).

Em 07 de março de 2003, ajuizou a presente ação contra ele, pedindo a condenação a lhe pagar indenização a título de danos morais. Sem indicar o *quantum* pretendido, deu à causa o valor de R\$ 1.000.000,00. Disse (a) ter sido sempre por ele rejeitada, nunca dele ter recebido afeto, apoio moral e financeiro, mesmo sabendo de todas as dificuldades e de sua saúde frágil, contrastando com a

situação de homem de muitas posses (famoso estancieiro, proprietário de muitos bens) e que, relegando sua situação de filha, teria sempre direcionado sua atenção às duas netas e a elas tendo já doado mais de 7.000 há de terras; (b) estar cuidando de Ariosto, que com ela vive, mesmo sabendo não ser ele o pai e conquanto submetida a precária sua situação financeira; (c) terem-lhe sido subtraídas as oportunidades da vida em decorrência da identidade civil incompleta, sem o apelido paterno, complemento de sua qualificação social, sujeitando-a a uma infância e uma vida de privações e de sofrimentos. A indenização teria finalidade punitivo-pedagógica (castigar o culpado e servir de lição aos demais pais) e, com base na culpa presumida, reparar todos os danos sofridos durante toda a vida. Invocou os arts. 5º, V e X, da CF, 186, 927, 942 e 944 do CC para fundar a indenização pelos danos morais, e os arts. 5º, 227, par. 6º, da CF, 20, da Lei n. 8.069/90, 1.596 do CC, a embasar o direito a um tratamento digno.

O juízo *a quo* julgou improcedente a ação por falta de suporte (fls. 279/84), entendendo indevida a indenização por danos morais, não podendo substituir-se por pagamento em dinheiro e mediante a coação judicial, as atenções e o afeto paternos, indicando a medida, mais, um adiantamento de herança.

Inconformada, veio com este apelo (fls. 286/300) em que transcreve, *ipsis literis*, os termos da inicial, inclusive quanto aos pedidos finais de citação do réu sob pena de revelia e confissão, de concessão do benefício da AJG e na condenação nas custas e honorários.

Nas contra-razões (fls. 303/11), o demandado se disse surpreendido, depois de quarenta anos, com a investigatória de paternidade, já que de todos sabido ter ela nascido do lar formado pelo casal Ariosto e Elda Lauz, ressaltando o caráter de interesse econômico da demanda, explicitado desde a inicial. Observa a existência de uma série de exames que indicam plena saúde física, carteira do trabalho sem registro de atividade remunerada. Entende exagerado o valor pedido, disfarçando obter herança de pessoa viva.

Os autos vieram a este Tribunal e a mim conclusos, por distribuição, no dia 25 de maio p.p.

É o relatório.

VOTOS

DESA. ÍRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA (RELATORA)

Eminentes Colegas, a ação é de **indenização por danos morais**. Sob tal enfoque jurídico há de ser tratada a matéria.

Já na primeira leitura do processo convenci-me da improcedência do pedido e, pois, do improvimento do presente recurso, intuição que se consolidou após exame mais acurado de todos os elementos que integram os autos, conjugado com a legislação vigente, a doutrina, a jurisprudência, os usos e costumes, os princípios gerais do Direito e o meu posicionamento jurídico pessoal a respeito da matéria e na qualidade de julgadora.

O juiz deve aplicar a lei ao fato, ao tempo e ao lugar em que se insere. Suas decisões, pois, contêm valorações, e a sentença, um juízo axiológico, o que se confirma pelo art. 131 do CPC: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes”, embora é exigido tenha de indicar os “motivos que lhe formaram o convencimento”, pena de nulidade (art. 98, inc. IX, CF). Embora deva ser imparcial, ou seja, não utilizar-se de juízo próprio, individual e particular de crenças e convicções subjetivas alheias ao sistema jurídico, deve empregar como critérios valoradores as pautas axiológicas da ordem jurídica vigente (legislação em vigor) e tratar de interpretar tais cânones em relação ao fato concreto, mediante investigação a respeito dos critérios hierárquicos de valor sobre os quais essa ordem jurídica se funda e se inspira. “Puesto el Derecho nace de la vida humana social y está destinado a la vida humana social, habrá de reflejar los caracteres de esa vida humana, de las situaciones concretas de la misma”, diz o filósofo Luis Recasens Siches (in *“Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho”*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, 3ª ed., p. 276). E continuando sua doutrina, segue ensinando que “... una norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada, que en la medida en que está vigente es revivida de modo actual por las personas que la cumplen y por las personas que la aplican, y que al ser revivida debe experimentar modificaciones para ajustarse a las nuevas realidades en que es revivida y para las cuales es revivida”.

O tecido jurídico (a ordem jurídica positiva) não é impermeável. Ele não vem delimitado e com resposta escrita para a solução da infinitude de relações conflituosas que a imaginação humana é capaz de inventar. Sempre, a essência contém-se no princípio de tudo. Por isso, escreveu RUI PORTANOVA, no seu livro “Princípios do Processo Civil” (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 13):

“Geraldo Ataliba (1981, p. 11) garante: “o princípio é muito mais importante do que uma norma”. E, citando Agostinho Gordillo complementa: “... (o princípio) é uma norma; mas é mais do que uma norma, uma diretriz, é um norte do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema. Rege toda a interpretação do sistema e a ele se deve curvar o intérprete, sempre que se vai debruçar sobre os preceitos contidos no sistema”. **E continua a falar o autor, segundo o qual** “os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos”. Tanto assim que a Constituição Federal é expressa a respeito, dizendo que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (par. 1º do art. 5º).

Nesse universo principiológico, ressalta-me, no momento, afóra a observância à legislação vigente, como de suma importância, um olhar prudente e carregado de razoabilidade. A lógica do razoável, no Direito, circunscrita, condicionada e influída pela realidade histórico-social e particular na qual e para a qual as regras jurídicas são produzidas, regida, pois, por razões de congruência ou adequação, há de acompanhar a interpretação e aplicação da lei ao caso presente.

Assim dizendo, procuro a solução que a mim parece justa, adequada e razoável na dimensão jurídico-axiológica que pauta meu posicionamento de julgadora.

Conquanto existentes premissas diversas para o silogismo sentencial, parto do princípio de que uma indenização deve corresponder a efetivo dano ou prejuízo. Em se tratando de danos morais, em face de sua característica imaterial, não há outra maneira de se os ter configurados, já que não se os pode medi-los ou quantificá-los, senão mediante a presunção (intuição), baseada na experiência, dos efeitos nocivos que determinada ofensa (ato ilícito) ou lesão pode produzir. É o dano *in re ipsa*, ou seja, que decorre naturalmente do próprio ato contrário ao direito, prescindível de comprovação.

Neste caso, passando em revista as normas, as categorias conceituais jurídicas e os princípios gerais do direito que possam ser úteis ao caso, não consigo deduzir tenha a apelante, nas circunstâncias específicas do caso concreto, sofrido danos morais a justificar um pedido de indenização ao pai biológico. A lógica do razoável, intuição que revela algo objetivamente válido, sugere-me, sim, uma

pretensão de ordem puramente material que poderia qualificar-se como danos emergentes e lucros cessantes, ou hipótese de crédito alimentar, campo diverso do de ordem moral.

Embora se trate de pedido indenizatório e, como tal, inserido no âmbito da responsabilidade civil, devo socorrer-me do Direito de Família para decidir, aqui, já que sob tal enfoque os fatos são apresentados.

Nesse sentido, excluindo as questões de ordem patrimonial, concordo com o julgador *a quo* da impossibilidade de se substituir a ausência e o afeto do pai biológico por uma polpuda soma de dinheiro, comprando-lhe o afeto de anos de ausência.

Ao propor a ação investigatória, Maria Regina já contava mais de 41 anos de idade, já era casada, tinha sua própria família. Quero dizer, já era pessoa em plena maturidade física e psíquica. Nasceu, cresceu e viveu dentro de uma família, dentro de um lar, dentro de um grupo de parentesco e de relações sociais de determinada comunidade, foi feliz, namorou, casou, formou sua própria família. Construiu seu projeto de vida dentro dos básicos referenciais de valores de família e sociedade em que estava regularmente inserida. Conheceu os paradigmas do grupo familiar, a figura do pai, da mãe, de irmãos (o doc. da fl. 191 mostra a existência de um irmão mais velho), certamente, de avós, tios, sobrinho, primos... Não demonstrou (nem poderia) a existência de seqüelas de ordem moral pela ausência da figura do pai ou de seu afeto durante a infância e a adolescência, idade de crescimento, desenvolvimento e formação do caráter. Teve um pai (pessoa que desempenhou tal função no lar e que, segundo se deduz, sequer sabia não ser ela sua filha biológica), um nome e sobrenome, o referencial paterno-filial. Sua identidade, sua imagem, a auto-estima, sua honra não poderiam ser por nada atingidas. E gravames de ordem comportamental e psicológica surgidos após a descoberta de sua verdadeira origem genética não se pode concluir, no caso (dada a maturidade). Pelo contrário, em termos de razoabilidade, tal fato (o de saber que tem um pai biológico de poder econômico) só pode lhe trazer alegria, contentamento, satisfação, e não prejuízos.

“Yo soy yo y mis circunstancias”, disse o filósofo espanhol ORTEGA Y GASSET, isto é, a realidade (o que é real) é a interação entre o eu e tudo o que o rodeia ou condiciona. Nesse sentido, pai é Ariosto, quem a viu crescer a amou como

filha. Nesse sentido, sem idade e mais atual do que nunca é o dito segundo o qual pai não é o que gerou, mas o que cria, sustenta e ama.

Diante dos avanços da genética, já não mais nos espantamos com novos termos e expressões, indicando realidades novas que o campo inesgotável da ciência vem desvendando, tais: clonagem, manipulação biológica, fertilização *in vitro*, inseminação artificial, banco de sêmen, criopreservação, locação de útero ... e por aí vai, gerando novos modelos e formas de agrupamentos familiares, alterando o conceito de família, de maternidade/paternidade e filiação, evidenciando que o caracterizador do estado de filiação é o vínculo afetivo (aliás, privilegiado pela Constituição Federal), não o mero resultado do ato de copular, ou seja, a paternidade biológica, o que relegaria o ser humano à condição de mero elemento bioquímico, desprovido de aculturação e socialização. Daí as novas realidades que a sociedade criou, e já conceitualizadas, tais a “paternidade socioafetiva”, “desbiologização da paternidade”, para afirmar que a verdadeira paternidade é a que se funda no afeto, podendo, ou não, coincidir com a paternidade biológica.

E esse conceito tende a se expandir, fazendo com que os laços afetivos desenvolvidos na vida em família se sobreponham às questões de ordem genéticas e patrimoniais.

Sabe-se que o caráter do indivíduo é construído sobre a base adquirida na convivência familiar, convergindo para isso todos os seus referenciais de vida e percepção de si próprio como sujeito individual, único e incomparável, com um nome, um sobrenome, um grupo familiar identificado (pais, irmãos, avós, tios, primos...). Sobressaem as interações afetivas no grupo familiar como os elementos mais significativos para o desenvolvimento regular e a afirmação de uma identidade psíquica sadia. O afeto é a matéria prima do desenvolvimento da criança, dizem os educadores e profissionais da psicologia.

Tendo crescido em ambiente familiar, satisfiz-se o seu direito de ter um pai, circunstância que vai além e acima do conhecimento da origem genética e da coexistência do genitor, repito (que não se confunde com a palavra pai). Segundo GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA (*in* “*Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família – A família na travessia do novo milênio*”. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 177), “... por direito ao pai deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se

colocar em situação de aprender e apreender os 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....”. E isso Maria Regina não nega e não pode negar. O pai não mais é o doador do sêmen, senão uma instituição, em decorrência do fato de ser a família uma instituição cultural. Não é ela a base natural, mas cultural da sociedade, uma edificação psíquica em que cada um dos membros que a compõem exerce uma função: pai, mãe, filho... (enquanto perdurar essa composição, que pode modificar-se, em face das rápidas mutações sociais), sem que haja necessidade de vínculo biológico.

Nasceu em 20 de março de 1955. Foi concebida, portanto, no ano de 1954, em relação extramatrimonial de ambos os seus geradores. Conquanto circunstância de relevância secundária na solução do processo, situo o fato na época, quando a legislação objetivava a preservação do instituto do matrimônio, chegando a impedir o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, enquanto vigente (art. 364 do CC/16). Ocorre que o Código Civil de 1916 veio do Brasil colonial e consagrou os modelos de família da época, patriarcal, funcional, com hegemonia do poder do pai, hierarquização das funções, desigualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, discriminação dos filhos,... enfim, no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento da relevância das interações afetivas. Os filhos havidos no matrimônio desfrutavam do privilégio da legitimidade (art. 337) frente aos “ilegítimos” (os havidos de forma extramatrimonial), relegando o legislador a plano secundário a questão biológica em favor de valores morais e éticos desenhados pelo sistema vigente da época e em nome da paz familiar e na proteção do patrimônio da família.

Até o advento da Lei n. 7.841/89 (decorrência da CF/88), o art. 358 do CC/16, por exemplo, proibia o reconhecimento de filhos incestuosos ou adulterinos, quer dizer, os genéticos.

Mais, conforme o art. 344 desse mesmo CC/16, a contestação de filiação havida na constância do casamento era privativa do marido.

Nesse contexto histórico, a paternidade se apresentava com característica conceitual de presunção de que *pater vero is est justae nuptiae demonstrant*, consagrada pelos arts. 338 a 341 do CC/16, deixando claro que, embora sob outro enfoque, a identidade genética tinha importância secundária. Maria Helena era filha

de Ariosto e Elda, porque Ariosto e Elda eram marido e mulher. Nada mais natural perante a sociedade. E, como a própria apelante diz, nunca soube não ser Ariosto o seu pai. Natural o tenha consigo e a ele dispense o afeto e a atenção de filha que merece. Não passa alguém a ser pai, no sentido mais profundo da palavra, por causa de uma decisão judicial. Também não o deixa de sê-lo em razão de uma nova descoberta científica, porque a autêntica paternidade não se funda na verdade biológica, mas calça-se na **verdade afetiva**, como venho salientando.

Não estou a afirmar a negativa do direito de a autora conhecer as suas origens. O que entendo, de outro modo, é o fato de que carece de fundamento o pedido para que se condene o pai a pagar uma compensação financeira (e milionária!) para suprir prejuízos morais que não consigo objetivar. Em searas outras que não a dos limites desta ação, repito o que disse antes, a procedência da ação investigatória de paternidade só pode ser acolhida como benéfica, partindo-se do pressuposto (por ela indicado) segundo o qual o pai biológico seria pessoa abastada, já que o sistema jurídico lhe assegura uma série de benesses em face da qualidade de filha. O universo jurídico oferece outros meios de busca das necessidades de cunho material que não a ação travestida de indenização por danos morais, mas com fim diverso e que o nome contempla.

E não há como o Estado-(Juiz) interferir na intimidade de uma pessoa, impor os sentimentos (passados e presentes) de amor e afeto, simplesmente porque copulou, dizendo: ame, dê afeto ou pagará uma pena indenizatória, substituindo o insubstituível com polpuda conta bancária, premiando-se o filho sem que se cogite de, com tal medida, fazer nascer o amor do pai pelo filho. Nesse passo, posiciono-me com o julgador *a quo*, transcrevo e incorporo, aqui, parte dos fundamentos da sentença, postos nestes termos:

“... a ausência paterna em hipótese alguma se transmudará em reparação monetariamente mensurável.

Entendo que agrado não se compra, se conquista. O caso vertente não é daqueles dissabores amiúde analisados, facilmente convertidos em moeda. É preciso, pois, frenar as chicanas indenizatórias, mormente as tais quais a ora analisada.

Acolhido o pedido, não tardaria a virar modismo ações deste calão, sobretudo quando se antevê a possibilidade de ganhos fáceis. E sabido que isso gera cobiça, das mais repugnantes.

Imagine só, então, a plethora de demandas vãs que acorreriam ao crivo do Judiciário. Louvariam-se elas, tão-só, em solicitar judicialmente do pai biológico aquilo que representaria os caudalosos anos de ausência.

Viver à míngua de pai. Enfim, eis a questão: Dano indenizável *(in)existente?*

Nada, absolutamente nada, faz supor a existência do dano moral então pleiteado. Com efeito, o pedido de ressarcimento denota, por via oblíqua e temerária, a pretensão da autora de satisfazer-se às expensas do pai faltoso. Quiçá, adiantamento de herança.

Dinheiro é efêmero, se esvai ao tempo, o carinho é indelével. Isto é evidente. Há incompatibilidade lógica e jurídica entre ambos. Um não substitui ao outro.

É recomendável não levar a cabo indenizações rendidas por inércia paterna ou materna. É preciso ir além. É preciso conscientizar os pais da necessidade da presença, não só física, mas notadamente afetiva, ao lado de seus filhos.

A tônica do relacionamento familiar deve ser pautada na convivência voluntária e consciente. A coação judicial, o meio, não justifica o fim, que é a de suprir a figura paterna. Coação judicial pois os pais, molestados em seus bolsos, passariam a ministrar verdadeiro carinho travestido, quando o que se busca é o afeto desinteressado.

Logo, falece de supedâneo o pedido indenizatório versado”.

Este egrégio Tribunal de Justiça, em órgão fracionário de competência de matéria de família, já teve oportunidade de apreciar questão semelhante, com o diferencial de que lá se tratava de menor de sete (7) anos de idade, e decidiu, embora por maioria, pela improcedência da demanda (Embargos Infringentes (de n. 70000271379). Seu relator, o eminente Des. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA buscou afastar o argumento da ilicitude ao pai na oposição de medidas contrárias à ação de reconhecimento da paternidade: “Somente se caracteriza o dano moral se estiver configurado, por parte do réu, comportamento que vise prejudicar o autor, retardando o seu reconhecimento, com expedientes processuais de cunho eminentemente protelatório”. E continua: “Não há elementos nos autos que permitam o reconhecimento da ocorrência do dano moral, uma vez que o réu somente se defendeu da paternidade que lhe foi

imputada, pela falta de certeza de ser o pai do investigante. Defendeu-se frente a incerteza da paternidade”.

A Desembargadora MARIA BERENICE DIAS, por sua vez e no mesmo acórdão, fundou seu voto na inexistência de dano à criança de sete (7) anos em face da ausência do pai, assim justificando: “Ainda que a tese me seja simpática e ache até viável reconhecer a obrigação de pagamento de indenização por dano moral ao pai ou à mãe que se omitem em desempenhar seu papel, sua função, quando traz gravames de ordem comportamental e psicológica à prole, o reconhecimento dessa responsabilidade, não é da tradição da nossa Justiça. *In casu*, descabe apenar o réu pois quando ingressou a ação de investigação de paternidade, a criança já tinha sete anos, e eventuais seqüelas, ao certo, já teriam advindo”.

Em outra oportunidade, na Apelação Cível n. 596124757, a 5ª Câmara Cível, este Tribunal de Justiça também negou provimento ao apelo. De relatoria do Desembargador ARAKEN DE ASSIS, transcrevo a ementa do acórdão:

“Não tem o filho pretensão para haver do pai, após o reconhecimento forçado da paternidade, indenização pelas privações sofridas em virtude da negligência deste a título de dano moral, porque a condição de filho que baseia a demanda é efeito da investigação acolhida”.

Disso colhe-se que, conquanto declaratória a sentença, os danos morais não se produzem por fatos antigos (de mais de cinqüenta anos – idade da apelante, hoje) e sequer conhecidos. Somente danos diretos e efetivos, por efeito imediato do ato culposos, encontram suporte de ressarcimento. O interesse legítimo, além de dar condições gerais de reparação, reside na realidade do dano.

Pelas razões expostas, não vejo configurados danos morais. E, como não se cogita de responsabilidade jurídica sem dano, o pedido improcede.

À apelante não faltou a figura do pai, o afeto, a família, um nome, uma identidade civil; logo, respeitados foram os seus direitos de personalidade. Não vejo dor, sofrimento, vexame, desonra, diminuição da própria imagem, da auto-estima, descrédito à sua pessoa decorrente do fato de não ter o pai biológico assumido a paternidade espontaneamente.

O pedido de condenação ao pagamento de da importância de R\$ 1.000.000,00 me impressiona e me indica tratar-se de uma busca de equiparação social/econômica com a família do pai biológico, igualando-se às netas, já que, no arrazoado, insiste na sua condição de pessoa necessitada em confronto com a capacidade financeira do demandado, do não ter usufruído das benesses que o nome poderia lhe conferido, tal um *status* social diverso. A meu sentir, compensação financeira, de auto-afirmação, relacionada a um pedido de *status* social, não pode receber o nome de indenização por danos morais.

A situação me põe a me perguntar se idêntica ação indenizatória teria proposto, se soubesse de um pai biológico desonrado, em situação financeira degradante, precisando de auxílio afetivo, moral e financeiro. Conquanto não exerça influência na decisão, o questionamento se baseia no fato de que, assim como entendeu o juiz de primeira instância, não se pode monetarizar os sentimentos e condenar alguém por não amar ou por não dar afeto, sobretudo nas relações entre adultos, como neste caso. Corre-se o risco de criar uma conduta social de tudo transformar em mercadoria, inclusive as emoções e, logo, criar-se um regramento mercadológico dos valores humanos. Nesse universo, logo surgem os navegadores espertos no mar das permissividades e tolerâncias, que se cai na tentação de qualificar de ousadia inovadora, criando situações nem sempre legítimas mas legitimadas pelo Judiciário, de enriquecimento sem causa ou de causa duvidosa. Não estou a negar, com isso, os legítimos direitos a quem os detêm; reclamo prudência e respeito aos mais salutares princípios do Direito, sempre preservando o justo. IMMANOEL KANT (*in* “*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*”. Tra. Paulo Quintela, Lisboa: Ed. To, 1986) procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que indisponível, do que não pode ser objeto de troca: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto não admite equivalente, então tem ela dignidade”.

Falando a respeito do dano moral, Sérgio Cavalieri Filho no livro *Programa de Responsabilidade Civil* (4ª ed., RJ, Malheiros, 2003, p. 98), diz e alerta:

“O que configura e o que não configura dano moral? (...) ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua

inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização,

Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante da sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade”.

Como também alertou o magistrado sentenciante, há que seguir a prudência, a lógica do razoável, propugnando pela manutenção do justo equilíbrio das relações sociais. O julgador é artífice, criador e responsável por condutas sociais. O que se cristaliza na decisão, transforma-se em parâmetro ou paradigma para as condutas futuras. Desse modo, pode tornar-se o Judiciário responsável pela monetarização dos valores, das crenças, dos ideais, das aspirações do ser humano sempre infinitas e inimagináveis.

O julgador cria, no sentido de que confirma determinados fatos sociais, legitimando-os, criando modelos. Assim, é formulador de regras sociais de comportamento e, inevitavelmente, transformador do próprio ambiente social, alterando-lhe valores. Dou-me conta do grau de responsabilidade do julgador.

Propala-se a existência, na jurisprudência brasileira, de três decisões condenatórias por danos morais envolvendo o relacionamento pai e filho. Saliento, no entanto, que todas as três dizem com o abandono do filho pelo pai em situação de menoridade, quando imprescindível, para o crescimento psicologicamente sadio da pessoa, a relação afetiva paterna, que não é o caso presente.

Neste Estado, na comarca de Capão da Canoa, houve uma sentença, em 16 de setembro de 2003 (Processo n. 141/1030012032-0), proferida pelo juiz Mario Romano Magioni, da 2ª Vara, que condenou o pai (em situação de revelia) a pagar R\$ 48.000,00 por abandono afetivo, baseado no art. 22 da Lei n. 8.069/90, considerando o julgador indispensável o carinho e a presença paterna no

desenvolvimento da criança, não se podendo restringir ao repasse da verba alimentar.

Outro julgamento noticiado ocorreu na 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais (Apelação Cível n. 408550-5, decisão 1º de abril de 2004), cuja ementa está assim posta: “A 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”.

Um terceiro exemplo de decisão nesta matéria vem da 31ª Vara Cível Central de São Paulo (Proc. n. 000.01.036747-0, julgado em 07/06/2004), conforme registro no “Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de abril de 2005, n. 7/2005, v. III, p. 222. Nesse caso, a paternidade fora exercida e depois negada, ou seja, o pai teria abandonado o lar após alguns meses de seu nascimento, constituindo nova família, onde houve perícia judicial que constatou conflitos de identidade, necessitando a criança de tratamento psicológico.

Neste caso, afora tratar-se de situação de fato bem diversa, em que não se pode dizer da ausência do pai e do seu afeto, as circunstâncias histórico-sociais quanto as do Direito merecem consideração. Tratou-se de relação extramatrimonial de ambos (pai e mãe). Ambos possuíam uma família. Em tais circunstâncias, poderia o pai biológico propor investigatória de paternidade, se Maria Regina (a demandante) era filha de Ariosto? Repito o que antes disse: a legislação sequer permitia tal pretensão. Mais. O fato foi ocultado pela mãe que, segundo a autora afirma, somente depois dos quarenta anos de idade lhe arrancou a confissão, não de ser o demandado José Roberto o pai, mas de ter com ele mantido relação sexual enquanto Ariosto encontrava-se hospitalizado. Anoto que a mãe, ao confessar, não teria afirmado a paternidade, mas deixado dúvidas (tanto assim que disse ter ajuizado a investigatória para obter esclarecimentos). Nesse sentido, mesmo tivesse o demandado auxiliado a mãe quando do seu nascimento, diante da dúvida e da situação de casados de ambos, não poderia adiantar-se e intrometer-se na família de Ariosto. Dessa sorte, a mim não se evidencia a ilicitude da conduta do pai biológico, tipificada, segundo a apelante, no não-reconhecimento espontâneo da filiação.

Observo que, no trato dos problemas humanos, dentre eles os jurídicos, nem sempre a melhor solução é aquela que o direito positivo indica (como

no início aponte), em virtude da enorme e complicadíssima multitude de componentes heterogêneos que intervêm nas interações do tipo das aqui envolvidas. Nesse contexto, pode-se justificar a conduta da mãe em ocultar a dúvida a respeito da origem da filha. Mais. Vieram aos autos documentos que comprovam o parentesco, podendo originar-se dele a aventada semelhança física da autora.

Isso somado dificulta o reconhecimento da ilicitude também da conduta do demandado por se ter defendido em juízo, sobretudo que tal prerrogativa constitui direito constitucional de defesa. Somo mais o fato de não ter havido prova de ter ser dolosa ou maliciosa, com intuito de prejudicar, a defesa do demandado. E, direito e ilicitude são antíteses; um exclui o outro (art. 188, I, CC).

Conquanto digam doutrina e jurisprudência prescindível a prova da ocorrência do dano moral por defluir do próprio ilícito, não se dispensa a demonstração da conduta antijurídica e o nexo de causalidade como integrantes da causa de pedir autorizadora da condenação ao pagamento da indenização a tal título.

Os fatos-base configuradores da ilicitude seriam o não-reconhecimento espontâneo da paternidade, desde o nascimento, a resistência oposta à ação investigatória, a falta de atenção do pai. Todos restaram afastados, não servindo tais como fundamento do pedido indenizatório.

Meu voto, pois, é pelo improvimento do apelo, mantendo a sentença pelos seus próprios fundamentos, aos quais acrescento as razões aqui deduzidas.

DESA. MARILENE BONZANINI BERNARDI (REVISORA) - De acordo.

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (PRESIDENTE) - De acordo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70011497393 – *“Negaram provimento ao apelo. Unânime.”*

Julgador(a) de 1º Grau: JOAO LUIS PIRES TEDESCO