CAMILA AFFONSO PRADO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELO ABANDONO AFETIVO
DOS FILHOS MENORES**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

PROFESSORA ORIENTADORA: GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2012

CAMILA AFFONSO PRADO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELO ABANDONO AFETIVO
DOS FILHOS MENORES**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito Civil,
sob a orientação da Professora Titular Giselda
Maria Fernandes Novaes Hironaka.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2012

Nome: PRADO, Camila Affonso

Título: Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob a orientação da Professora Titular Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao meu avô, Domingos Affonso, pela
lembrança de seu afeto que verdadeiramente
inspirou esse trabalho.

AGRADECIMENTOS

À Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, pela confiança e pelo privilégio de sua orientação e de seus sábios ensinamentos.

A Fábio Franco Pereira, pelas sugestões, revisão do texto e inestimável carinho.

À minha família, pelo incentivo, apoio e afeto.

A Deus, pelo amparo constante.

RESUMO

PRADO, Camila Affonso. *Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores*. Dissertação (Mestrado) ó Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

O estudo sobre o tema proposto no presente trabalho somente se tornou possível a partir da mudança paradigmática introduzida pela Constituição Federal de 1988. Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal colocou a proteção do ser humano como valor central do ordenamento jurídico, estabelecendo princípios norteadores do direito de família, tais como o da solidariedade, da igualdade, do pluralismo das entidades familiares e do melhor interesse da criança e do adolescente. É nesse contexto que surge o princípio da afetividade, sobre o qual as relações familiares, em especial a de parentalidade, devem estar baseadas. Trata-se, contudo, de princípio cujo conteúdo é de difícil delimitação. Isso porque sua expressão é o afeto, usualmente entendido como sinônimo de amor, o que o desvincularia de qualquer dever jurídico. Ocorre que o princípio da afetividade não se relaciona à ideia de sentimento, mas à dedicação que os pais devem ter com a criação e a formação dos filhos menores, o que se dá por meio de comportamentos pró-afetivos. Refere-se, assim, ao cumprimento dos deveres de ordem imaterial do poder familiar, quais sejam o de criação, educação, companhia e guarda, que efetivamente colocam os filhos sob a proteção e o amparo dos pais. O descumprimento voluntário e injustificado desses deveres caracteriza o abandono afetivo. Porém, se o vínculo afetivo é rompido em decorrência da conduta do genitor guardião, que impede a convivência familiar, não há abandono afetivo, eis que descaracterizado pela prática de alienação parental. Configurado o abandono, questiona-se a possibilidade de se aplicar o instituto da responsabilidade civil à relação de parentalidade. Na hipótese dos pais que abandonam afetivamente os filhos menores é plenamente possível que todos os elementos da responsabilidade civil subjetiva ó conduta contrária à ordem jurídica, culpa, dano e nexo causal ó se façam presentes, surgindo, por conseguinte, o dever de indenizar os danos morais e materiais causados.

Palavras-chave: Afetividade. Abandono afetivo. Poder familiar. Alienação Parental. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

PRADO, Camila Affonso. *Parents' liability for young children affective abandonment*. Dissertação (Mestrado) ó Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

The study about the theme proposed in this work only became possible due to the paradigmatic change introduced by the Federal Constitution of 1988. By approving the human dignity as a Democratic Rule of Law foundation, the Federal Constitution set the human being protection as the central value of the legal system, establishing principles of family law, such as solidarity, equality, pluralism of family forms and best interest of child. It is in this context that arises the principle of affectivity, on which family relationships, especially the parental one, must be based. It is, however, a principle whose content is difficult to delimit. That is because its expression is the affection, generally understood as synonym of love, what would detach it from any legal obligation. Yet, the principle of affectivity is not related to the idea of feeling, but to the dedication that parents must have with the raising and development of their young children, which occurs by pro-affective behaviors. It refers, therefore, to the fulfillment of the immaterial duties of the parental authority, namely raising, education, company and custody, which effectively put children under protection and support of parents. The voluntary and unjustified breach of these duties characterize the affective abandonment. Nevertheless, if the affective bond is broken due to the guardian behavior that forbids family relationship, there is no affective abandonment as it results from the parental alienation. Characterized the abandonment, it is questioned the possibility of applying the liability's institute to the parental relationship. In the case of affective abandonment it is entirely possible that all liability's elements ó breach of duty, fault, damage and factual causation ó be present, resulting, as a consequence, in the duty to indemnify the moral and material damages caused.

Keywords: Affectivity. Affective abandonment. Parental authority. Parental alienation. Liability.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
 Capítulo 1: A família no direito brasileiro.....	11
1.1 Evolução.....	11
1.1.1 Ordenações portuguesas.....	11
1.1.2 Código Civil de 1916 e Legislação extravagante.....	18
1.1.3 Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002.....	37
1.2 Princípios constitucionais informadores do direito de família.....	47
1.2.1 Dignidade da pessoa humana.....	49
1.2.2 Solidariedade familiar.....	52
1.2.3 Pluralismo das entidades familiares.....	56
1.2.4 Igualdade.....	62
1.2.5 Melhor interesse da criança e do adolescente.....	66
1.2.6 Afetividade.....	71
 Capítulo 2: Abandono afetivo dos pais em relação aos filhos menores.....	83
2.1 Pressuposto: relação de parentalidade.....	83
2.1.1 Conceito de filiação.....	83
2.1.2 Filiação biológica e jurídica.....	84
2.1.2.1 Reconhecimento voluntário e judicial.....	95
2.1.2.2 Procedimento de averiguação oficiosa da paternidade.....	101
2.1.3 Filiação socioafetiva.....	102
2.1.3.1 Adoção.....	103
2.1.3.2 Posse de estado de filho.....	109
2.1.3.3 Inseminação artificial heteróloga.....	112
2.2 Poder familiar.....	115
2.2.1 Conceito e características.....	115
2.2.2 Titularidade.....	117
2.2.3 Conteúdo do poder familiar: deveres dos pais quanto à pessoa dos filhos menores..	120
2.2.3.1 Criação, educação e sustento.....	121
2.2.3.2 Companhia e guarda.....	126

2.2.4 Extinção e suspensão do poder familiar.....	131
2.3 Caracterização do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos menores.....	138
2.4 Abandono afetivo <i>versus</i> alienação parental.....	146
2.4.1 Origem e conceito de alienação parental.....	147
2.4.2 Formas de alienação parental.....	151
2.4.3 Medidas inibitórias ou atenuadoras dos efeitos da alienação parental.....	156
2.4.4 Descaracterização do abandono afetivo por ato de alienação parental.....	162
Capítulo 3: Responsabilidade civil por abandono afetivo na relação parental.....	166
3.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil: conceito e funções.....	166
3.2 Responsabilidade civil subjetiva: elementos caracterizadores.....	170
3.2.1 Conduta humana e ilicitude.....	171
3.2.2 Culpa.....	177
3.2.3 Dano.....	183
3.2.4 Nexo de causalidade.....	193
3.3 Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos menores.....	198
Conclusão.....	216
Referências.....	218

INTRODUÇÃO

Em 1º de abril de 2004, o extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais condenou um pai a pagar indenização por danos morais ao filho por tê-lo abandonado afetivamente¹. Não se trata da primeira decisão proferida nesse sentido. Porém, especialmente após ter sido reformado pelo Superior Tribunal de Justiça², o julgamento tornou-se amplamente difundido no meio jurídico e acadêmico, gerando controvérsia acerca da possibilidade de se impor aos pais o dever de dar afeto aos filhos e, por conseguinte, responsabilizá-los civilmente pelo seu descumprimento. Desde então, desenvolveram-se posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que procuram delimitar o conteúdo do afeto, ora o identificando com amor, ora o diferenciando desse sentimento. A correta compreensão do significado do afeto em termos jurídicos é imprescindível para a caracterização do abandono afetivo e a aplicação do instituto da responsabilidade civil à relação de parentalidade. É nessa linha que o presente trabalho se desenvolverá, abordando o tema da responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores.

No Capítulo 1, a partir da análise da evolução da família no direito brasileiro, desde a época em que vigiam as Ordenações do Reino, passando pelo Código Civil de 1916, pela Constituição Federal de 1988 e, finalmente, pelo Código Civil de 2002, será possível verificar que a família deixou de ser concebida como uma estrutura hierarquizada e patriarcal para funcionalizar-se à realização existencial de seus membros. Ver-se-á, especialmente com base nos princípios constitucionais informadores do direito de família, que, após essa mudança paradigmática, o afeto, e não mais o poder, passou a ser o elemento sobre o qual estão fundadas as relações familiares. É a partir do princípio constitucional da afetividade, cuja expressão é o afeto, que se iniciará a pesquisa sobre o seu conteúdo. Nesse passo, o principal objetivo desse estudo será demonstrar que o afeto não se resume ao amor e, consequentemente, que o princípio jurídico da afetividade não impõe o dever de amar, mas de se comportar como se amor sentisse.

Feita a delimitação do conteúdo do afeto, iniciar-se-á o Capítulo 2, cujo objeto será a caracterização do abandono afetivo. Ver-se-á que, ante a impossibilidade de se obrigar o ser humano a desenvolver qualquer tipo de sentimento por outrem, o abandono afetivo não está relacionado à falta de amor. Antes, contudo, de se estudar o abandono

¹ TJMG, Apelação Cível nº 408550-5, 7ª Câmara Cível, Rel. juiz Unias Silva, data do julgamento: 01/04/2004.

² STJ, REsp nº 757.411-MG, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, data do julgamento: 29/11/2005.

afetivo propriamente dito, é preciso verificar que a sua ocorrência pressupõe a existência de uma relação de parentalidade, sem a qual não é possível falar em abandono do filho por um dos pais. Para tanto, examinar-se-á o conceito de filiação, bem como as suas origens, biológica e socioafetiva. Após, analisar-se-á o poder familiar, seu conceito, características, titularidade e, especialmente, os deveres dos pais em relação à pessoa dos filhos menores: criação, educação, sustento, companhia e guarda. Por fim, serão estudadas quais condutas dos pais podem configurar o abandono afetivo dos filhos, assim como se este pode ser causa de suspensão ou destituição do poder familiar. Indaga-se, nesse sentido, se a obrigação de natureza alimentar está relacionada ao afeto e, conseqüentemente, se o seu cumprimento, por si só, descaracteriza o abandono afetivo. Os dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira bem demonstram o cerne da questão:

Histórias de pais ãbandônicosö têm sido quase um ãlugar comumö, quase uma repetição de histórias de centenas ou milhares de crianças (...). O pai sempre pagou pensão alimentícia ao menor. Faltou alimento para a alma, afinal de contas, nem só de pão vive o homem³.

Ainda no tocante à descaracterização do abandono afetivo, estudar-se-á se a alienação parental, comumente utilizada como argumento de defesa nas ações judiciais que visam à reparação dos danos afetivos sofridos pelo filho, configura essa hipótese. Assim, analisar-se-á em que consiste a alienação parental, verificando sua origem e conceito, suas formas e medidas inibitórias ou atenuadoras de seus efeitos previstas na Lei nº 12.318/10.

No Capítulo 3, o instituto da responsabilidade civil será o objeto de estudo. Primeiramente, serão analisados os aspectos gerais da responsabilidade civil, vale dizer, seu conceito e funções. Após, considerando-se que a responsabilidade civil por abandono afetivo é subjetiva, serão averiguados os elementos imprescindíveis à sua caracterização: conduta contrária à ordem jurídica, culpa, dano e nexo causal. Finalmente, partindo-se, especialmente, dos estudos envolvendo o afeto, o abandono afetivo e os elementos da responsabilidade civil subjetiva, iniciar-se-á a análise acerca da possibilidade de se responsabilizar civilmente os pais que abandonam afetivamente os filhos menores.

Dessa forma, pretende-se demonstrar que os filhos menores, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, necessitam do afeto dos pais para atingir sua plena formação psíquica e devem ser tutelados juridicamente a fim de que os danos sofridos em decorrência do abandono afetivo não sejam desconsiderados pela sociedade, pelo Estado e pela própria família, que possuem o dever constitucional de zelar pela sua dignidade.

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem*: responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 13/06/2010.

CAPÍTULO 1: A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Evolução

A família é uma entidade histórica, sempre esteve presente na evolução da humanidade e sempre revelou, por meio de sua estrutura, os valores e princípios que permeiam as relações sociais, políticas, culturais e religiosas de cada sociedade, em determinado período de tempo e espaço⁴. O desenvolvimento da sociedade e o gradual reconhecimento de direitos e garantias dos indivíduos que a compõem são responsáveis pela evolução da família, enquanto entidade, e das relações pessoais e patrimoniais de seus membros, conforme se demonstrará a seguir a partir da análise das relações familiares e do direito de família na história do Brasil.

1.1.1 Ordenações portuguesas

Desde o período colonial, vigiam no Brasil as leis gerais portuguesas compiladas nas Ordenações do Reino - Ordenações Afonsinas (1480), Ordenações Manuelinas (1520) e Ordenações Filipinas (1603)⁵. Por terem sido editadas em 1603, as Ordenações Filipinas praticamente regeram todas as relações jurídicas de direito privado no Brasil, desde o colonialismo até o início da vigência do Código Civil de 1916, superando o rompimento político com Portugal, com a proclamação da independência em 1822, a queda do Império e o advento da República. O Livro IV das Ordenações Filipinas regulava o direito civil, que estabelecia normas sobre obrigações, família e sucessões⁶.

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=14>>. Acesso em: 13/06/2010.

⁵ As Ordenações Afonsinas constituíram a primeira compilação das leis gerais portuguesas, dos costumes locais e de diversas regras do direito romano e canônico. Foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, que mantiveram seus princípios e a divisão em cinco livros, atualizaram as Ordenações Afonsinas de acordo com as leis publicadas após o início de sua vigência, introduziram algumas reformas e as tornaram mais concisas. As Ordenações Filipinas foram responsáveis por atualizar as Ordenações Manuelinas em virtude da aprovação de novas leis. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, 1993, p. 187-188. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928, p. 61-66.

⁶ Nos dizeres de Pontes de Miranda, o direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português, - gente de rija tempera, no activo Seculo XVI e naquelle cansado Seculo XVII em que se completa o descobrimento da America, - trouxe e enxertou no novo

A família, formada apenas pelo casamento, era exclusivamente dirigida pelo homem, considerado mais capacitado, tão somente em razão de seu gênero sexual, para administrar os bens e os direitos e deveres advindos da sociedade conjugal, bem como representar sua esposa, considerada incapaz⁷, em juízo e nos atos da vida civil. Lafayette Rodrigues Pereira, ao comentar as regras contidas nas Ordenações Filipinas sobre o poder marital, explica que

Não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente se o poder de dirigir a família e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em um só dos cônjuges. (...) Desta necessidade resultou a formação do *poder marital*, cuja denominação provém de ter sido elle exclusivamente conferido ao marido, como o mais apto pelos predicados do seu sexo para exercê-lo⁸.

Em decorrência do poder marital, a mulher, tida como a parte mais fraca da relação conjugal, devia obediência ao marido e suas ações deveriam ser submetidas à vontade dele, sendo-lhe vedado, sem a devida autorização, contrair obrigações, celebrar contratos a título oneroso ou gratuito, constituir hipoteca, usufruto, servidões e outros ônus reais, alienar bens móveis ou imóveis e aceitar ou renunciar herança ou legado⁹. A condição da mulher era de tal sujeição que ao marido era conferido, inclusive, o direito de matá-la caso praticasse adultério¹⁰.

continente. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, cit., p. 49.

⁷ O Livro IV, título LXI, das Ordenações Filipinas estabelecia que as mulheres não possuíam capacidade plena de entendimento: «por Direito he ordenado, havendo respeito á fraqueza do entender das mulheres, que não podessem fiar, nem obrigar-se por outra pessoa alguma (...)». Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p858.htm>>. Acesso em: 09/08/2010. Teixeira de Freitas sustentava que a incapacidade da mulher em face do poder marital constituía uma medida necessária à preservação da unidade conjugal e da própria sociedade, pois õe o modelo é a molhér independente, solteira ou viúva, não terêis casal, sem casal não tereis familia, sem familia não terêis sociedade civil. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876, p. 147.

⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Obra fac-similar do livro original anotado e adaptado ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva, editado em 1918. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 107. Na mesma linha, Lourenço Trigo de Loureiro afirma que õa boa ordem exige imperiosamente que haja um chefe nesta sociedade, e não póde ser senão um dos dois; e como, por outra parte, a mesma natureza indica ser o homem, por ser o mais inteligente, o mais experimentado, o mais agil em todos os negocios da vida, e ao mesmo tempo o mais forte; com razão e justiça devem competir a este alguns direitos especiaes, os quaes constituem o *poder marital*. LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Obra fac-similar da 4ª edição do livro original publicado em 1871-1872. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial - Superior Tribunal de Justiça, 2004, v. 1, p. 115-116.

⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 107, 115 e 118.

¹⁰ Livro V, título XXXVIII, das Ordenações Filipinas: «achando o homem casado sua mulher em adulterio, licitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adulterio, não morrerá por isso mas será degradado para Africa com pregão na audiência pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de trez annos. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1188.htm>>. Acesso em: 03/10/2011. Esse direito foi suprimido com o Código Criminal do Império, de 1830, que, em seu artigo 250, estabeleceu a pena de prisão com trabalho para a mulher ou o homem que cometesse adultério.

No tocante à filiação, as Ordenações conferiam tratamento desigualitário aos filhos, diferenciando-os em legítimos, legitimados e ilegítimos. Considerava-se filho legítimo aquele concebido na constância do casamento. Porém, se a concepção decorresse de relações ilícitas entre homem e mulher, assim consideradas aquelas tidas fora do âmbito conjugal, o filho era ilegítimo, mas poderia ser legitimado por ulterior casamento daqueles, salvo nos casos de relação adulterina ou incestuosa. A falta de casamento subsequente ou a existência de impedimento de parentesco, de vínculo matrimonial ou de ordem religiosa, conferia ao filho, respectivamente, o status de natural ou espúrio - incestuoso, adulterino e sacrílego - todos considerados ilegítimos¹¹. Esse tratamento discriminatório atribuído aos filhos com base no vínculo jurídico mantido por seus pais produzia efeitos, em especial, no exercício do pátrio poder e no campo sucessório¹².

¹¹ Na lição de Lafayette Rodrigues Pereira, os filhos eram considerados sacrílegos quando existisse ã impedimento resultante de investidura de ordens sacras maiores ou de entrada em ordem religiosa aprovadaõ. Nesse sentido, elucida Cândido Mendes de Almeida que era sacrílego o filho ã de um Ecclesiastico secular ou regular, ou de uma Religiosaõ, excluindo-se ão filho de Clerigo Grego ou Armenio do Rito Oriental, casado, porque estes podem casar, tendo conservado a antiga disciplina da Igreja. No mesmo caso estão os filhos dos Ministros das Seitas heterodoxas, que se casão, porque propriamente não são Sacerdotes no sentido christão, mas simples empregados do Culto. E bem assim os dos Sacerdotes de quaesquer Religiões, Judaica, ou Paganicas, considerando debaixo desta denominação todas as que estão fora do Christianismoõ. Eram, portanto, os filhos de padres, freiras ou de quem tivesse feito voto de castidade. ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado dœl-Rey D. Philippe I. Ed. fac-similar da 14ª ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004, p. 943. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 254. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 778.

¹² O tratamento discriminatório no direito das sucessões não se limitava à origem da filiação (legítima, legitimada e ilegítima), abrangendo também os estamentos da sociedade. Assim, as regras aplicáveis aos filhos dos plebeus, denominados nas Ordenações como õpeõesõ, diferia daquelas previstas para os filhos dos nobres. Ao comentar o título XCII do Livro IV das Ordenações Filipinas, Agostinho Marques Perdigão Malheiro explica que os filhos naturais dos nobres eram incapazes de suceder *ab intestato*. ãE mesmo por testamento: - se havião filhos ou descendentes legítimos, nem na terça podião ser instituídos; - só o podião ser nella, se apenas havião herdeiros ascendentes do pai; - e em toda a herança, se nem descendentes ou ascendentes havião. Os filhos naturaes dos plebãos, porém, succedião a seus pais, conjunctamente mesmo com os legítimos, e como se forão taes; direito que não perdião, ainda que, depois de concebidos ou nascidos, os pais se tornassem cavalleiros ou nobresõ. Não obstante, ensina Cândido Mendes de Almeida que os filhos naturais apenas sucediam o pai plebeu que mantivesse relacionamento com apenas uma mulher solteira ou concubina, pois, citando Caldas, ãa lei considera que os filhos tidos de uma só concubina, são quasi como de esposa (*et sic loco uxoris*), não se podendo dar semelhante affeição, quando o homem tem duas ou mais concubinas, sendo reprovado por Direito Romano o concubinato com muitas mulheres. Sendo o favor da lei dado não sómente por interesse da prole, mas também em consideração por essa união, que supposto fosse illegal, não era escandalosa e devassaõ. Em 1847, a Lei nº 463 equiparou os filhos naturais, de modo que os filhos dos nobres e os dos plebeus passaram à titularidade dos mesmos direitos hereditários. Manteve-se, contudo, tal restrição aos filhos naturais dos plebeus, logo, aqueles considerados não sucessíveis ficavam, nos dizeres de Cândido Mendes de Almeida, ãna classe dos *espúrios*, ainda que realmente não fossemõ. Os filhos espúrios, inclusive os sacrílegos, incestuosos e adulterinos, independentemente da classe estamental à qual seu pai pertencesse, não o sucediam. ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, cit., p. 939-941. MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *Commentario á Lei nº 463 de 2 de setembro de 1847 sobre sucessão dos filhos naturaes, e sua filiação*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20201/Commentario_lei_463.pdf?sequence=2>. Acesso em: 25/09/2011.

Os filhos legítimos e legitimados eram titulares dos mesmos direitos. As principais diferenças residiam na qualificação discriminatória e na exclusão da presunção de paternidade com relação aos legitimados, já que, não sendo concebidos na constância do casamento, não se presumia como pai o marido da mãe. Porém, uma vez constatada a paternidade, tanto os filhos legítimos como os legitimados estavam submetidos ao pátrio poder, razão pela qual eram chamados de *filhofamilias*¹³.

O pátrio poder era exercido exclusivamente pelo pai e destinava-se a reger a pessoa do filho e a administrar seus bens. Seu fundamento residia na obrigação imposta aos pais de criar e educar seus filhos, bem como na necessidade de manter a regularidade e a ordem na família, cujo chefe era o pai¹⁴. Cabia-lhe, dentre outros direitos e deveres, ter os filhos sob sua guarda e sujeição, dirigir-lhes a educação, representá-los judicial ou extrajudicialmente, fazer testamento e nomear-lhes herdeiros enquanto na idade pupilar¹⁵, e exigir a prestação gratuita de serviços próprios de sua idade e condição. O filho vivia em verdadeiro estado de submissão em relação ao pai, ao qual devia obediência¹⁶, gratidão e, inclusive, reverência, sendo, ademais, considerado incapaz para o exercício dos atos da vida civil enquanto não extinto o pátrio poder¹⁷.

Ocorre que a incapacidade e a completa ausência de liberdade do filho prolongavam-se por tempo indeterminado, já que não se considerava causa de extinção do pátrio poder a maioridade civil atingida aos vinte e um anos de idade, mas apenas a morte do pai ou do filho, a entrada de qualquer um deles em religião aprovada, o casamento, a emancipação do filho maior de vinte e um anos de idade que estabelecesse rendimento próprio, o exercício de cargo público pelo filho maior de vinte e um anos de idade, a

¹³ Livro IV, título LXXXI, §3º: ãoã póde fazer testamento o filhofamilias, que he aquelle que esta debaixo do poder de seu pai (...). Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l4p909.htm>>. Acesso em: 11/08/2010. Cf. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 231. LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*, cit., p. 106.

¹⁴ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*, cit., p. 59.

¹⁵ Conforme o Livro IV, título LXXXVII, §§7º e 9º, das Ordenações Filipinas, esse testamento era chamado de õsubstituição pupillarõ, eis que produzia efeitos até que o filho atingisse a idade pùbere, sendo de quatorze anos para o filho e de doze anos para a filha: õsubstituição pupillar he a que o pai faz a seu filho pupillo, que tem debaixo de seu poder, nesta fõrma: *Se meu filho Pedro fallecer dentro da pupillar idade, seja seu herdeiro Paulo.* (...) E tanto que o filho varão chegar a quatorze annos, e a femea a doze, expira a substituição pupillar, que seu pai lhe tinha feitaõ. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l4p924.htm>>. Acesso em: 12/08/2010. Cf. ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, cit., p. 925.

¹⁶ A falta de obediência e o desrespeito ao pai constituíam ato grave, sendo causa de deserdação, conforme disposto no Livro IV, título LXXXVIII, §5º, das Ordenações Filipinas: õAs causas porque os pais, ou mãis podem desherdar os filhos, são as seguintes. Se o doestar de palavras graves e injuriosas, maiormente em lugar publico, onde o pai, ou mãi, com razão se envergonhem. (...)õ. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l4p928.htm>>. Acesso em: 12/08/2010.

¹⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 234-238 e 244-246.

colação de grau acadêmico, a investidura em ordens sacras maiores, a sentença transitada em julgado que obrigasse o pai a emancipar o filho e a emancipação judicial no caso em que o pai renunciasse ao pátrio poder em favor do filho maior ou menor^{18,19}. Não verificadas essas causas o filho permanecia sob o pátrio poder por tempo indeterminado.

Da mesma forma, o patrimônio do filho vinculava-se à autoridade paterna, cujos direitos eram determinados de acordo com a classe de bens à qual pertencesse. Assim, o pai tinha a propriedade do *peculio profecticio*, formado pelos bens entregues por ele ao filho, que, em seu próprio nome, poderia apenas administrá-los, pois cabia ao pai, como proprietário, deles livremente dispor, retomando-os, alienando-os ou doando-os, a qualquer tempo, sem autorização do filho. Já o *peculio castrense* e o *peculio quase-castrense*, respectivamente, os bens adquiridos pelo filho no serviço militar ou em razão dele e os adquiridos no exercício de sua profissão, ficavam sob administração do pai até que ele completasse vinte e um anos de idade. O *peculio adventicio*, constituído de todos os bens pertencentes ao filho não englobados nas classes anteriores, tais como os bens herdados e os recebidos em doação ou por legado, ficavam sob a administração e usufruto do pai enquanto o filho não casasse, atingisse a maioridade ou fosse emancipado. Não verificadas essas condições, o pai poderia livremente aliená-los para pagar as dívidas que os onerassem, garantir sua própria subsistência ou a do filho, evitar sua rápida deterioração ou, tratando-se de bens imóveis, se improdutivos²⁰.

¹⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 249-250. Cf. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, cit., p. 167-168.

¹⁹ Essa regra possuía fundamento no direito romano, segundo o qual o pátrio poder não se extinguia com a maioridade dos filhos. Segundo Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, o direito romano o *paterfamilias* perde o poder sobre o grupo familiar somente pela morte. Para estes efeitos à morte se equipara a *capitis deminutio*, em uma das suas três formas: - a *maxima*, pela qual o indivíduo se torna escravo, importa a perda de toda capacidade; a *media* porque, desaparecendo a *civitas* romana, não mais pode subsistir um poder que é reconhecido pelo *ius civile*; a *minima* porque, mudando o *status familiae*, desaparece a relação de parentesco civil (*adgnatio*) sobre que se funda o poder do *paterfamilias*. Nesse último caso, de alteração do estado familiar, a pessoa que sofreu a mudança perdia todas as relações jurídicas com a família anterior, salvo as de consanguinidade, adquirindo, assim, novo estado familiar. Eram os casos de adoção, de emancipação e do casamento *cum manu* da filha, que passava a se sujeitar à família de seu marido. CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 5. ed. [S.l.] Livros, Cadernos Ltda., s.d., p. 100-102. MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 37 e 158.

²⁰ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, cit., p. 983 e 985. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 239-244. As regras do direito romano quanto ao conteúdo patrimonial do pátrio poder eram mais brandas do que aquelas previstas nas Ordenações Filipinas. Ensina Thomas Marky que a independência parcial, no campo patrimonial, do *filiusfamilias* começou a ser reconhecida desde a época de Augusto (31 a.C. a 14 d.C.), que considerou o patrimônio adquirido pelo *filiusfamilias* durante o serviço militar (*peculium castrense*) como pertencente exclusivamente a ele (...). Esses bens, portanto, não mais pertenciam ao pai e o filho podia deles dispor livremente. (...) Depois do imperador Constantino (324 a 337 d.C.), esses princípios se estenderam ao patrimônio adquirido pelo filho no serviço público, o que os modernos chamam de *peculium quasi castrense*. Outrossim, semelhante separação de patrimônio teve lugar com relação aos bens do *filiusfamilias*, provenientes de sua mãe ou de ascendentes pela linha materna. Eram os bens denominados *bona materna*. (...). Por fim,

Vê-se, pois, que o pai era responsável por representar o filho nos atos da vida civil, ainda que atingida a maioridade, e por administrar, apropriar-se dos rendimentos e, inclusive, dispor de determinada categoria dos bens a ele pertencentes. Por esses motivos, a regulamentação do pátrio poder pelas Ordenações foi duramente criticada por Lafayette Rodrigues Pereira:

A instituição do pátrio poder, tal como se acha constituída pelo nosso direito, é um invento absurdo, imaginado antes em utilidade e vantagem do pae do que em beneficio do filho.

O jugo do pátrio poder, prolongando-se irracionalmente além da menoridade e dando ao pae o direito de usufruir os bens do filho pertencentes á vasta classe dos adventícios, entre os quaes figurão as legítimas maternas e as heranças deixadas por extranhos, envolve em si uma tirannia cruel, incompatível com as idéas do século e contra a qual bradão com toda a energia os mais sagrados direitos e as mais santas aspirações²¹.

A relação estabelecida entre pai e filho, legítimo ou legitimado, era, portanto, de verdadeira subordinação. Isso não significa que o afeto não se fazia presente nas relações familiares, em especial, na de parentalidade. O significado do afeto, todavia, limitava-se aos sentimentos, sendo empregado como sinônimo de amor, que, de fato e, em geral, existia entre pais e filhos. Não era considerado um valor ou princípio jurídico indispensável à formação da família e ao desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros. Assim, o direito não tratava do afeto em sua atual acepção, visto que incompatível com a própria estrutura hierarquizada e desigualitária da família brasileira dos séculos XVI a XIX.

Os filhos ilegítimos, por sua vez, assumiam posição ainda mais inferiorizada no âmbito da estrutura familiar quando comparados aos filhos legítimos e legitimados. Ainda que a paternidade fosse reconhecida, os filhos ilegítimos não estavam submetidos ao pátrio poder, o qual, embora se revelasse abusivo em diversas situações da convivência familiar, foi concebido com vistas à proteção e representação dos filhos, incapazes para os atos da vida civil²². Em razão da privação desse poder-dever, os filhos ilegítimos assumiam

Justiniano qualificou de desumano o sistema de pertencer ao pai o que o filho adquirisse (Inst. 2.9.1) e determinou que somente o usufruto dos bens do filho coubesse ao pai. MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*, p. 156-157.

²¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 234.

²² Lafayette Rodrigues Pereira explica que, sob o ponto de vista filosófico, o pátrio poder foi concebido para educar, proteger e zelar pela pessoa e bens do filho menor, tendo em vista que, na menoridade, o ser humano não tem a capacidade necessária para reger a sua pessoa e seus bens. Contudo, afirma o autor que não é assim, nesta pureza, que tem sido ele compreendido e regulado pelo Direito positivo. Modeladas em sua generalidade pelas formulas severas do Direito romano, que, neste assumpto, reproduz em energico resumo, o genio dominador e avaro do povo latino, as leis civis tem desnaturado grosseiramente a instituição do pátrio poder, acrescentando-lhe attribuições inconciliaveis com a sua indole e razão de ser e convertendo-o, por

a condição de órfãos e, enquanto menores, ficavam sujeitos ao juízo de órfãos, que lhes nomeava um tutor para gerir sua pessoa e administrar seus bens, representando-os enquanto impúberes e os assistindo quando atingida a idade púbere²³.

Embora não sujeitos ao pátrio poder, os filhos naturais, cuja paternidade fosse reconhecida, eram considerados membros da família paterna e, por conseguinte, titulares dos mesmos direitos dos filhos legítimos²⁴. Assim, não havia razão para assumirem a condição de órfãos, o que, nos dizeres de Lafayette Rodrigues Pereira, revelava ãuma grande iniquidade: o pae é despojado de seus direitos e o filho fica privado da protecção paterna para muita vez ser confiado aos cuidados fallazes de um extranho²⁵.

Já aos filhos espúrios não se atribuía qualquer dos direitos conferidos aos filhos legítimos. Ainda que provada ou reconhecida a paternidade, por escritura pública ou testamento, considerava-se o filho como um estranho ao pai, em nada modificando o caráter da espuriedade e suas respectivas consequências. Havia apenas uma exceção, qual seja, a possibilidade de os filhos espúrios pleitearem alimentos em face do pai. Tratava-se, portanto, do único fundamento da ação de investigação de paternidade, uma vez que sequer eram considerados herdeiros legítimos²⁶.

A partir da análise das principais regras destinadas a regular a filiação na época do Brasil Colônia, é possível verificar o tratamento discriminatório conferido aos filhos, desde a sua classificação em legítimos, legitimados e ilegítimos, até a privação de direitos fundamentais e inerentes a qualquer ser humano, como a liberdade e a igualdade.

As regras de direito de família consagradas nas Ordenações Filipinas, principal fonte do direito no Brasil Colônia, subsistiram após a proclamação da independência, em 1822, pois, conforme previa a Lei de 20 de outubro de 1823, enquanto não se aprovasse um Código Civil mantinham-se vigentes as Ordenações e as demais leis,

uma singular inversão de seu fim, em pesado instrumento da prepotencia, do orgulho e da cobiça dos paisö. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 233-234.

²³ Poderia ser nomeado tutor a mãe, o avô ou a avó, parente preferencialmente em grau mais próximo e, na ausência desses, pessoa estranha. Dentre as obrigações em relação ao menor cabia ao tutor garantir-lhe a educação e o sustento, assim como administrar seus bens, sendo-lhe vedado aliená-los, salvo quanto aos bens perecíveis, bem como receber ou realizar pagamentos, sem autorização judicial. Cf. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 286-289, 261, 298-303.

²⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, p. 261. No direito romano os filhos naturais também não estavam sob o pátrio poder. Segundo Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, ãno direito justinianeu, porém, se admite possam vir a fazer parte da família (legitimação) por subsequente matrimônio dos pais (*per subsequens matrimonium*), por concessão imperial (*per rescriptum principis*) ou por lhes ter o pai dado um patrimônio suficiente para o exercício do cargo gravoso de decurião, i. é, de membro do senado da cidade (*curia*) responsável pela cobrança dos impostos (legitimação *per oblationem curiae*)ö. CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, cit., p. 100.

²⁵ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 261.

²⁶ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, cit., p. 943 e 954. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 262 e 264.

decretos, alvarás, regimentos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821²⁷. A aprovação de um Código Civil elaborado para a sociedade brasileira, baseado na cultura e nos usos e costumes desenvolvidos ao longo do domínio português, fazia-se urgente. Isso porque as Ordenações Filipinas, além de terem sido criadas para a sociedade portuguesa do século XVII, continham normas lacunosas, o que estimulou a vasta produção de leis esparsas e o surgimento de conflitos normativos. Nesse sentido, a Constituição do Império, outorgada em 1824, dispôs, em seu artigo 179, inciso XVIII, que “organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade”²⁸. A despeito do mandamento constitucional, os valores da sociedade brasileira escravocrata do período imperial colidiam com tais ideais, que deveriam informar a elaboração do Código Civil, cuja organização ficou, assim, prejudicada²⁹.

1.1.2 Código Civil de 1916 e Legislação extravagante

Em 1855, iniciaram-se os trabalhos de edição do Código Civil. Nesse ano, Teixeira de Freitas foi contratado pelo governo imperial para realizar trabalho preliminar à codificação, visando à consolidação das leis civis vigentes à época, convertendo-as em dispositivos claros e concisos, com as respectivas anotações acerca das leis ou costumes correspondentes³⁰. Essa sistematização do direito civil foi determinante à vigência das Ordenações Filipinas³¹, pois, conforme explica Orlando Gomes,

foi resguardada, no possível, a continuidade da tradição jurídica do país, apesar de todas as conquistas do espírito inovador, e da influência, então inevitável, dos códigos e dos autores estrangeiros. Admirável síntese da obra do passado, a Consolidação das Leis Civis condensa os resultados da experiência jurídica lentamente acumulada sobre a carcassa das

²⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro, cit., p. 186.

²⁸ A Constituição de 1824 foi concebida como uma Carta de natureza política, influenciada pelo liberalismo clássico e, portanto, destinada a regular tão somente os poderes do Estado e a declarar direitos fundamentais dos indivíduos. As únicas regras destinadas à família eram aquelas que dispunham sobre a família imperial, especialmente quanto à forma de sucessão do trono e à dotação atribuída ao imperador, à fixação de alimentos aos príncipes e ao casamento dos mesmos. Não havia, assim, qualquer norma destinada à proteção ou forma de constituição da família. Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. Piracicaba: Unimep, 1995, p. 118. OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31-32.

²⁹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. Salvador: Imprensa Vitória, 1958, p. 17.

³⁰ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, cit., p. 18.

³¹ Nessa época, as Ordenações Filipinas disciplinavam apenas o direito civil. Isso porque o direito público estava regulado pela Constituição de 1824 e pelo Ato Adicional de 1834; o direito penal pelo Código Criminal de 1830 e pelo Código do Processo Criminal de 1832, que continha normas provisórias sobre processo civil e que foi reformado pela Lei nº 261, de 1841; e o direito comercial pelo Código Comercial de 1850. Cf. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, cit., p. 14.

Ordenações valetudinárias. Não fôra essa exímia condensação e, por certo, as Ordenações do Reino não teriam vivido até 1917³².

A obra, concluída em 1857 e intitulada *Consolidação das Leis Civis*, revelou excelente trabalho de sistematização e fidelidade aos textos normativos originais, bem como o espírito inovador do autor, que, baseando-se no sistema alemão, pela primeira vez dividiu a legislação civil vigente no Brasil em parte geral e parte especial³³. Composta de 1.333 artigos, que foram enriquecidos de preciosas anotações e de uma introdução verdadeiramente monumental, consolidou toda a legislação civil vigente e excluiu apenas a referente à escravidão, que propositadamente omitiu³⁴. A *Consolidação*, aprovada pelo governo imperial em 24 de dezembro de 1858, excedeu a toda expectativa, constituindo marco decisivo na evolução do direito civil brasileiro³⁵.

Por essa razão, em 1859, Teixeira de Freitas foi contratado pelo governo imperial para elaborar o Projeto do Código Civil. Antes de elaborar o projeto propriamente dito, Teixeira de Freitas entendeu que melhor seria iniciar seu trabalho criando um esboço, que serviria de base àquele. Contudo, quando já possuía 4.908 artigos, modificou seu posicionamento quanto ao objeto da codificação e propôs ao governo a reunião das regras de direito civil e de direito comercial, ou seja, a unificação do direito privado. Ensina Clovis Bevilacqua que não se tratava de simples absorção do direito commercial pelo civil.

³² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, cit., p. 18-19.

³³ Esclarece José Carlos Moreira Alves que, pela primeira vez, em legislação civil, adotava-se a sistemática alemã, utilizada nas obras dos pandectistas, da divisão em parte geral, onde se reuniam os elementos constitutivos do direito subjetivo, e em parte especial, onde se colocavam as regras referentes aos direitos subjetivos em espécie. Mas, na subdivisão de ambas se afastava da orientação germânica: na parte geral, adstringia-se as pessoas e as coisas, excluindo os fatos jurídicos, por entender que só os fatos voluntários lícitos e os atos jurídicos é que precisavam de ser disciplinados (...); e na parte especial se limitava a distinguir os direitos pessoais dos direitos reais, divisão que se lhe afigurava fundamental no tocante aos direitos subjetivos, considerando que a adotada por Mackelley o direito das coisas, direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões e concurso de credores o pecava por desnecessária abundância. A sistemática adotada por Teixeira de Freitas para tratar do conteúdo da parte geral, afastando-se do posicionamento germânico à época, foi, tempos depois, incorporada pelo Código Civil alemão, conforme ensina Levi Carneiro. ALVES, José Carlos Moreira. *Panorama do direito civil brasileiro*, cit., p. 193-194. CARNEIRO, Levi. *Estudo crítico-biográfico*. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. XXI.

³⁴ CARNEIRO, Levi. *Estudo crítico-biográfico*, cit., p. XII. Na introdução à *Consolidação das Leis Civis*, Teixeira de Freitas revela seu ideal abolicionista ao justificar a ausência, em sua obra, do regramento jurídico aplicável aos escravos: *“Cumprir advertir, que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma excepção, que lamentamos; condemnado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos tambem uma excepção, um capitulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: que fique o estado de liberdade sem o seu correlativo odioso. As leis concernentes á escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão nosso Código Negro”*. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, cit., p. XXXVII.

³⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, cit., p. 18. Segundo Clovis Bevilacqua, o prestígio conquistado pela *Consolidação* deu-lhe o posto de um verdadeiro Código. (...) Todos lhe conhecemos a solidez da engrenagem e a verdade das soluções. Por juízo unanime, foi declarada obra admirável. BEVILACQUA, Clovis. *Linhas e perfis jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930, p. 118.

Elle queria que essa penetração involutiva fosse precedida de uma operação generalizadora, dentro da qual se movesse a codificação civil³⁶. Assim, elaborar-se-iam dois Códigos: o Código Geral, que conteria definições e disposições introdutórias, bem como normas sobre os denominados elementos do direito - pessoas, coisas e fatos -; e o Código Civil, que disciplinaria o direito civil e o comercial, nesses incluídos os direitos pessoais, os direitos reais e as disposições comuns a ambos, vale dizer, aquelas sobre herança, concurso de credores e prescrição^{37,38}. Essa proposta foi aceita pela Seção de Justiça do Conselho de Estado, em 1868, já que importaria apenas a novação do método de codificação e a prorrogação do tempo, de tal forma que a demora seria compensada pelo exímio trabalho a ser apresentado³⁹. Porém, em 1869, o Ministro da Justiça, José de Alencar, ao analisar tal proposta, que sequer foi levada à apreciação do Imperador, rejeitou-a, considerando rescindido o contrato celebrado com Teixeira de Freitas⁴⁰. Em 1872, o então Ministro da Justiça, Duarte de Azevedo, formalmente rescindiu o referido contrato ante a negativa de Teixeira de Freitas em prosseguir com o projeto originalmente

³⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Linhas e perfis jurídicos*, cit., p. 130.

³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro, cit., p. 194-195. CARNEIRO, Levi. Estudo crítico-biográfico, cit., p. XXIV. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, cit., p. 105.

³⁸ A nova concepção do Projeto do Código Civil foi comunicada ao Governo Imperial em carta datada de 20 de setembro de 1867, na qual Teixeira de Freitas expõe o seguinte: «Está satisfeito o Governo com os trabalhos, de que já tem conhecimento, e o autor mal-contente. Deseja o Governo a terminação do trabalho, impresso, como se fora o contratado projeto do Código Civil; e jamais passou pela intenção do autor, nem é do seu caráter, dar por projeto do Código Civil, o que ele só compusera como ensaio, *lealmente publicara sob o título de esboço*. Levi Carneiro prossegue explicando os novos ideais de Teixeira de Freitas: «acentua a extensão dessa divergência: o governo espera um projeto de Código no sistema do *Esboço* o como fora contratado o mas para ele não é mais possível observar tal sistema, convencido de que se deve adotar outro; o governo quer um projeto de Código Civil para vigorar com o Código Comercial revisado e ele é contrário a *essa calamitosa duplicação das leis civis*; o Governo pretende a redação de um projeto de Código Civil e ele declara que não pode dar esse projeto, *ainda mesmo compreendendo o que se chama Direito Comercial, sem começar por um outro Código, que domine a legislação inteira*. (...) No entanto, estava adstrito aos termos do contrato de 1859, que mandava observar o método da *Consolidação*, com a só alteração do aditamento de um terceiro livro, para as disposições comuns aos direitos reais. O plano da *Consolidação* fora obra sua; também, de sua iniciativa a modificação admitida. Então o inquiria *se engendrei todo isso, se alterei minhas primeiras idéias; porque não poderei mais uma vez alterá-las, ou antes requintá-las, no meu ardente amor pela conquista da verdade jurídica?*». Na mesma carta Teixeira de Freitas faz alusão à escravidão em contraposição à liberdade do homem, revelando sua tendência abolicionista, já evidenciada quando da publicação da Consolidação das Leis Civis, bem como a sua pretensão de reafirmá-la no Projeto do Código Civil ao não estabelecer regras sobre a situação jurídica dos escravos no *Esboço*. Nos seus dizeres, «a liberdade é o homem. A liberdade em política jamais teria o nome de direito se os povos se houvessem remido das instituições opressivas; e na vida civil não teria correlativo, se não fora o abuso da escravidão». CARNEIRO, Levi. Estudo crítico-biográfico, cit., p. XV-XVI e XXXIII.

³⁹ CARNEIRO, Levi. Estudo crítico-biográfico, cit., p. XVII.

⁴⁰ José de Alencar fundamentou seu relatório denegatório da aludida proposta nas seguintes razões: «não ter ele apresentado o projeto no prazo, fixado inicialmente em dezembro de 61 e depois prorrogado até junho de 64; não admitia a criação de um novo ramo de despesa e entendia que *o engenhoso e vasto plano ultimamente delineado pelo bacharel Augusto Teixeira de Freitas, mas também o esboço anterior, são, como elementos legislativos, frutos muito prematuros, embora como trabalhos científicos revelem as altas faculdades do autor e sua opulenta literatura jurídica*». CARNEIRO, Levi. Estudo crítico-biográfico, cit., p. XVII-XVIII.

concebido, agradecendo-lhe e louvando-o pelos serviços prestados ao governo. Embora não tenha se ultimado no Código Civil brasileiro, o *Esboço*, em razão da precisão técnica e do espírito inovador do autor, ãexerceu grande influência sobre o direito civil latino-americano, especialmente na elaboração do Código Civil argentino⁴¹.

No período imperial seguiram-se, ainda, outras duas tentativas de elaboração do Código Civil: uma, em 1872, pelo senador Nabuco de Araújo, que morreu em 1878 sem concluir o projeto; e outra, em 1881, pelo advogado Felício dos Santos, cujo projeto foi amplamente criticado, não tendo sido, ao final, aprovado. Após o advento da República, em 1889, Antônio Coelho Rodrigues foi contratado, em 1890, para elaborar o Projeto do Código Civil, que também não foi aprovado pela comissão responsável por sua análise. Apenas em 1899, Clóvis Bevilacqua é convidado a elaborar o referido projeto, que, concluído no mesmo ano, inicia, em 1900, sua tramitação no Congresso Nacional, sendo sancionado em 1º de janeiro de 1916⁴².

Assim, até 1º de janeiro de 1917, as relações civis entre as pessoas foram regidas, em especial, pelas Ordenações Filipinas e demais leis civis especiais. Nesse sentido é o artigo 83 da Constituição da República de 1891⁴³, a qual, do mesmo modo que a Carta de 1824, não estabeleceu normas acerca da proteção da família, mas inovou ao dispor que o casamento celebrado civilmente era o único reconhecido pelo Estado^{44,45}.

⁴¹ ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro, cit., p. 204.

⁴² Idem, p. 207-210.

⁴³ Artigo 83 da Constituição de 1891: ãContinuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema do Governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados. As leis portuguesas permaneceram vigentes no Brasil, pois, segundo Sérgio Resende de Barros, ãentre nós, a república acabou a transplantação do liberalismo. No duplo sentido do verbo: não só a findou, mas lhe deu o aperfeiçoamento final. (...) Chama-se *transplantação* o fenômeno consistente na transferência de formas culturais da metrópole para a colônia ou, mais amplamente, de uma sociedade condicionante para uma sociedade condicionada, por força da condição de dependência entre elas. Assim, a vigência por três séculos das Ordenações Filipinas deveu-se ao fato de que, desde o início da colonização, o Brasil era considerado mera extensão do Estado português; daí a imposição das normas jurídicas criadas para essa sociedade, a despeito da diversidade cultural e social. BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato*, cit., p. 96-97. Cf. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 145.

⁴⁴ Artigo 72, §4º, da Constituição de 1891: ãA República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. Esse preceito constitucional consagrou os dispositivos do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que condicionou a validade do casamento à sua celebração civil, ressaltando aos consortes a possibilidade de observarem as formalidades cerimoniais de sua religião, antes ou após o casamento civil. Ademais, o referido Decreto estabeleceu regras, dentre outras, a respeito das formalidades, impedimentos, efeitos e modos de dissolução do casamento, que serviram de fundamento ao Código Civil de 1916. Cf. RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, 1993, p. 240.

⁴⁵ Trata-se de um dos dispositivos constitucionais que revela o caráter laico do Estado implementado com o advento da República no Brasil e, por conseguinte, a privação da Igreja Católica do poder de conferir validade jurídica ao casamento, o qual foi exercido durante todo o período imperial, em que a religião católica era consagrada como a oficial do Estado, nos termos do artigo 5º da Constituição de 1824. OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, cit., p. 35.

Embora o Código Civil de 1916 tenha iniciado sua vigência no começo do século XX, quando o Estado Liberal deu lugar ao maior intervencionismo que caracterizou o Estado Social, seu respectivo projeto foi concluído no ano de 1900. Tratava-se de um Código elaborado para a sociedade do século XIX, em um período ainda marcado pelo não intervencionismo estatal na esfera econômico-social, razão pela qual não previa normas que efetivamente tutelassem cada integrante da família, mas tão somente a instituição familiar⁴⁶, com função predominantemente econômica e procriacional⁴⁷. Elaborado em um momento histórico no qual a sociedade brasileira pouco havia se desenvolvido⁴⁸, refletia, por conseguinte, o subdesenvolvimento das relações familiares, de modo que a estrutura da família ainda era eminentemente patriarcal, fundada, essencialmente, na desigualdade entre homem e mulher, no pátrio poder atribuído ao pai e no tratamento discriminatório conferido aos filhos havidos fora do casamento.

Formava-se a família com o casamento, a partir do qual a mulher casada era considerada relativamente incapaz enquanto subsistisse a sociedade conjugal, cuja chefia cabia, portanto, ao marido, representante legal da família⁴⁹. Encontrava-se a mulher em situação de submissão e dependência, já que, exemplificativamente, em decorrência do

⁴⁶ Na lição de Luiz Edson Fachin, ãa versão do Código anterior não apanhou o projeto de organização do Estado saído da reação à formulação liberal calcada na idéia segundo a qual o único dever do Estado era impedir que os indivíduos provocassem danos uns aos outros. Nem registra melhor a passagem para um direito cada vez mais promocional, um Estado-provedor. O Estado social supera a mera função protetora-repressiva. O Código, a rigor, numa angulação ideológica, não é deste século, pois este século, escreveu o professor Boaventura de Souza Santos, *nasceu em plena reação ao formalismo do direito napoleônico e da teoria política liberal*. FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66.

⁴⁷ Explica Luiz Edson Fachin que a família retratada no Código Civil de 1916 ó patriarcal, heterossexual, hierarquizada e matrimonializada ó possuía diversas finalidades, quais sejam ãa procriação, a formação de mão-de-obra, a transmissão de patrimônio e de uma primeira base de aprendizado. O Código Civil de 1916 foi elaborado para uma sociedade rural, visto que o processo de industrialização principiou seu desenvolvimento apenas no início da década de 40, intensificando-se nos anos 50. Dessa forma, a família possuía móvel e conteúdo econômico, com função essencialmente produtiva, na medida em que produzia muito daquilo que consumia. Segundo Orlando Gomes, ãdessa função básica resultavam determinadas condições sociais e a execução de certas funções institucionais sob chefia autocrática, como a proteção, a assistência, a educação e aprendizado da prole. FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*, cit., p. 66-67. GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 17. LIRA, Ricardo César Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: Repensando o direito de família. *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM ó OAB-MG, 1999, p. 83.

⁴⁸ Isso porque era interesse da classe burguesa dominante manter o sistema colonial de produção agrária baseado na exploração da mão de obra do trabalhador rural com vistas à exportação de matéria-prima e importação de produtos industrializados. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, cit., p. 28-29 e 40-43.

⁴⁹ Nos termos do artigo 251 do Código Civil de 1916, atribuíu-se à mulher a direção da sociedade conjugal apenas nos casos em que o marido se encontrasse em lugar remoto ou não sabido, preso há mais de dois anos ou judicialmente declarado interdito. Nessas hipóteses, cabia à mulher a administração dos bens comuns e particulares do marido e o direito de alienar seus bens particulares, os bens móveis comuns e os do marido. Porém, com relação aos bens imóveis comuns e aos pertencentes ao marido, a mulher, ainda que na direção da sociedade conjugal, somente poderia aliená-los mediante autorização especial do juiz.

dever recíproco da vida em comum no domicílio conjugal, deveria acompanhar o marido onde quer que ele, por vontade própria e exclusiva, fixasse o domicílio conjugal. Além disso, ao marido cabia a administração dos bens comuns e particulares da mulher, conforme o regime de bens adotado. À mulher sequer era conferido o direito de exercício de profissão, cuja prática sujeitava-se à autorização marital, que apenas poderia ser suprida judicialmente caso o marido não garantisse a subsistência da mulher e a de seus filhos⁵⁰.

O tratamento jurídico conferido à mulher evidencia, em uma primeira análise, caráter discriminatório, na medida em que era colocada em posição de inferioridade em relação ao homem. Não obstante, quando verificado o contexto histórico-social, vê-se que as disposições do Código Civil de 1916 eram consentâneas com a sua época. Segundo Águida Arruda Barbosa, as regras que tornavam a mulher submissa ao marido possuíam natureza protecionista, pois, do período colonial até a metade do século XX, òera regra quase que generalizada as mulheres não estudarem, para se dedicarem aos afazeres domésticos e aos cuidados com os filhos. Assim, tornavam-se despreparadas para as funções de comércio e de administração de bens, justificando o protecionismo legal⁵¹.

Contraído o casamento, o vínculo conjugal somente se extinguia com a morte de um dos cônjuges, eis que inexistente o instituto do divórcio à época⁵². O desquite apenas colocava termo na sociedade conjugal e no regime matrimonial de bens, de modo que o cônjuge desquitado não poderia contrair novas núpcias. O conteúdo axiológico do casamento era de tal intensidade que os cônjuges sequer tinham liberdade para se desquitar, devendo permanecer casados, salvo nos casos de adultério, tentativa de morte,

⁵⁰ Esclarece Pontes de Miranda que o Código Civil assegurava à mulher o direito de exercer profissão, todavia, não se tratava de um direito livre, mas de um direito condicionado à autorização do marido, exigida em razão dos encargos comuns gerados à família em decorrência do seu exercício. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, v. II, p. 36.

⁵¹ BARBOSA, Águida Arruda. O conceito de família no novo código civil brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Atualidades jurídicas* (coord. Maria Helena Diniz). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 03-04. José Fernando Simão também explica que òem uma sociedade eminentemente agrária e patriarcal, em que a função primordial da mulher era cuidar do marido e dos filhos, na incumbência natural de administradora do lar, as decisões só poderiam ser tomadas pelo marido. Afinal, como provedor do sustento familiar, trabalhava fora do lar e, portanto, tinha toda a experiência necessária para decidir o destino da família, na qualidade de chefe da sociedade conjugal. Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar afirma que òo homem e a mulher foram contemplados, no casamento, com estatutos diferentes, cabendo ao primeiro a direção da família e os ônus correspondentes, e compensando-se a segunda com regras protetivas individuais, mas que a relegavam a plano inferior em relação ao contexto familiar. BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: *O direito de família e a Constituição de 1988* (coord. Carlos Alberto Bittar). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 08. SIMÃO, José Fernando. Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, ano X, v. 03, abr./mai. 2008, p. 57.

⁵² Artigo 315, parágrafo único, do Código Civil de 1916: òo casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a preempção estabelecida neste Código, art. 10, Segunda parte.

sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal por dois anos contínuos ou, havendo consentimento de ambos, se casados por mais de dois anos.

Segundo Clovis Bevilacqua, a principal razão que o levou a omitir o instituto do divórcio no projeto do Código Civil de 1916 foi a sua finalidade, que não seria outra senão a de permitir a propagação de relações de poligamia e poliandria, esta considerada ainda mais grave na sociedade, colocando em risco a moral e a dignidade da própria família, especialmente a dos filhos. Assim, a indissolubilidade do casamento era vista como o meio para se manter a coesão dos vínculos familiares⁵³. Ademais, a despeito da separação entre Estado e Igreja, o casamento ainda era considerado um ato sagrado, portanto, indissolúvel. A vedação ao divórcio fez com que as relações mantidas por pessoas desquitadas fossem caracterizadas como concubinato, sociedade de fato, sem amparo legal⁵⁴, o que acabou por fomentar atos de reprovação social e de preconceito, principalmente quanto às mulheres, por parte da sociedade manifestamente conservadora⁵⁵.

Vê-se, pois, que o ordenamento jurídico apenas reconhecia e tutelava a família legítima, formada a partir do casamento, garantindo aos seus membros a titularidade de direitos e obrigações. Por conseguinte, apenas os filhos concebidos na constância do casamento eram considerados legítimos, discriminando-se os demais por terem sido concebidos fora da relação matrimonial.

Assim, consideravam-se legítimos os filhos concebidos durante o casamento, ainda que anulável ou putativo, desde que contraído de boa-fé por um dos

⁵³ Õa situação, portanto, é esta: As paixões irreprimíveis de um dos conjuges impulsaram-no a quebrar a fé prometida, com prejuízo da propria integridade moral. Si em tal conjuntura, for concedida a simples separação dos corpos, far-se-á desaparecer o estado de irritação produzido pela continuação da injuria, pelo contacto degradante de creaturas que intimamente se odeiam e pelo contagio de desmoralisação que ameaça contaminar os outros membros da familia. Não dêsse o direito uma solução e os factos se encarregariam de encontral-a. Mas, limitando-se a afastar as funestas consequencias da vida commum obrigatória, quando cessaram os laços de afeição e de respeito mutuos, a simples separação conserva em açamo as paixões da animalidade, e mantém, pela perpetualidade do vinculo conjugal, a indestructibilidade da monogamia, que é uma conquista da cultura moral e um dos pilares sobre que repousa a organização social. Si, porém, fôr concedido o divorcio *a vinculo*, produzir-se-á o incremento das paixões animaes, enfraquecer-se-ão os laços da família, e essa fraqueza repercutirá desastrosamente na organização social. Teremos recuado da situação moral da monogamia para o regimen da polygamia successiva, que, sob a fórmula da polyandria, é particularmente repugnante aos olhos do homem culto. BEVILACQUA, Clovis. *Em defeza do projecto de codigo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 97-98.

⁵⁴ Nos dispositivos em que o Código Civil de 1916 se refere ao concubinato não há o reconhecimento de qualquer direito aos concubinos, ao contrário, as menções visam à proteção da família legítima, decorrente do casamento. Assim, o Código Civil assegura à mulher casada, independentemente de autorização marital, o direito de reivindicar, por meio de ação anulatória, os bens comuns móveis ou imóveis doados ou transferidos pelo marido à concubina; e veda à concubina o direito à herança ou legado do testador casado (artigos 248, IV, 1.177 e 1.719, III). De acordo com Silvio Rodrigues, apenas no artigo 363, inciso I, o concubinato não é tratado de forma hostil pelo legislador, pois o filho ilegítimo poderia ter sua paternidade reconhecida se provasse que ao tempo da concepção sua mãe mantinha relação de concubinato com o suposto pai. Cf. RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos, cit., p. 241-242.

⁵⁵ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 126.

cônjuges. Já os filhos concebidos por pessoas não casadas poderiam ser legitimados por ulterior matrimônio de seus pais, sendo, por isso, equiparados aos filhos legítimos⁵⁶. Contudo, enquanto não sobreviesse o casamento, em razão da vontade dos pais ou da existência de impedimentos matrimoniais, ou sendo ele nulo e contraído de má-fé, os filhos eram considerados ilegítimos, classificados em naturais e espúrios. Reputavam-se naturais os filhos de pessoas não casadas, desde que inexistissem, ao tempo da concepção, impedimentos para o ato matrimonial. No caso, porém, de existirem tais impedimentos, os filhos eram tidos por espúrios, subdivididos em adulterinos e incestuosos. Adulterinos eram os filhos concebidos por meio de relação adúltera, ou seja, com violação do dever de fidelidade conjugal, enquanto os incestuosos eram aqueles nascidos de pais que mantinham entre si vínculo de parentesco em grau proibido para o casamento⁵⁷.

Do mesmo modo que no sistema jurídico anteriormente vigente, os filhos legítimos e legitimados eram titulares dos mesmos direitos. O tratamento diferenciado residia na qualificação jurídica atribuída aos filhos legitimados e na exclusão da presunção legal de paternidade dos filhos concebidos durante ao casamento.

Os filhos adotivos também eram equiparados aos filhos legítimos, logo, estavam submetidos ao pátrio poder do pai adotante, sendo titulares de todos os direitos e deveres dele decorrentes. Não se pode afirmar, todavia, que os filhos adotivos realmente se integravam à família adotante. Isso porque a adoção não extinguiu o parentesco do filho adotado com a sua família biológica, subsistindo os direitos e deveres a ele inerentes, salvo

⁵⁶ Segundo Pontes de Miranda, a legitimação era efeito do casamento, ocorrendo por força de lei, independentemente da vontade dos pais ou dos filhos. Assim, provando-se a existência do filho natural, bem como o casamento de seus pais após a concepção, a legitimação operava-se de pleno direito. Ademais, ao contrário do que estabelecia o ordenamento jurídico anterior, o Código Civil de 1916 não vedou a legitimação dos filhos espúrios por subsequente casamento válido, verificado na data de sua celebração. Assim, os filhos concebidos por meio de relação adulterina dos pais, que, extinto o vínculo conjugal impeditivo, viessem a se casar, seriam legitimados pelo posterior matrimônio, válido ou putativo. Da mesma forma, os filhos incestuosos poderiam ser legitimados, mas apenas por posterior casamento putativo, contraído de boa-fé, já que seus pais estariam impedidos de casar. Os efeitos do casamento retroagiam à data da concepção apenas quanto à legitimação da prole, logo, sua função era estritamente moral, sem alcançar os direitos hereditários e sem atribuir aos pais o direito de usufruto dos bens do filho, os quais somente eram adquiridos com o casamento. MIRANDA Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, v. III, p. 68, 72-73. BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1922, v. II, p. 313.

⁵⁷ Em razão da separação entre Estado e Igreja instituída pela Constituição da República de 1891, o Código Civil de 1916 excluiu o filho sacrílego da classificação dos filhos espúrios. Cf. BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1922, v. II, p. 287. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 298.

quanto ao pátrio poder, que se transferia ao adotante⁵⁸. Tratava-se, ademais, de instituto destinado à proteção dos adotantes, e não à pessoa dos adotados, já que visava apenas àqueles que não possuíam filhos legítimos ou legitimados⁵⁹. Além disso, sobrevivendo filhos legítimos após a adoção, esses eram privilegiados no campo sucessório em detrimento dos filhos adotivos, aos quais cabia apenas metade da herança a que aqueles tinham direito⁶⁰.

No tocante aos filhos ilegítimos, em especial os espúrios, o Código Civil de 1916 retrocedeu. No direito anterior, os filhos espúrios poderiam ser reconhecidos pelo pai, muito embora a sua finalidade jurídica fosse tão somente lhes conferir o direito de pleitear alimentos. Já o Código Civil de 1916 vedou o reconhecimento voluntário ou judicial dos filhos espúrios - incestuosos e adulterinos⁶¹ -, o que impossibilitava a criação do vínculo de parentesco, gerando a exclusão do pátrio poder e de qualquer direito decorrente da filiação, como o direito à herança e aos alimentos⁶². Porém, o próprio Código Civil admitiu, excepcionalmente, o reconhecimento da filiação espúria, desde que provada em ação judicial, não proposta pelo filho, com sentença irrecorrível, ou por confissão ou declaração escrita do pai, cujo único efeito, em alusão ao direito anterior, era estabelecer a obrigação

⁵⁸ Artigo 378 do Código Civil de 1916: ãOs direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

⁵⁹ Assim, a adoção visava a dar filhos, ficticiamente, tão somente àqueles impossibilitados de tê-los naturalmente, biologicamente. A adoção não estava, dessa forma, baseada na afetividade e na solidariedade, mas sim no interesse dos adotantes em propagar o nome e a memória da família. De acordo com Clovis Bevilacqua, a adoção era ãum meio suppletivo de obter filhos e não um modo normal de constituir família. Apenas no ano de 1957, com a Lei nº 3.133, é que a adoção passou a ter finalidade assistencial, eis que permitida às pessoas com ou sem filhos biológicos, sendo, portanto, concebida no interesse do adotado. Mantve-se, porém, o tratamento discriminatório, visto que os filhos adotados eram privados do direito hereditário quando o adotante possuísse prole legítima, legitimada ou reconhecida. Por fim, a Lei nº 4.655/65 consagrou o modelo da adoção plena, segundo o qual cessavam os direitos e obrigações do adotado com a sua família de origem, além do vínculo da adoção se estender à família dos adotantes, desde que seus pais biológicos concordassem com o ato. Assim, o parentesco civil gradativamente passa a ser conferido em razão da afetividade entre adotantes e adotado, e não pela ausência de filiação biológica daqueles, concepção esta mantida no Estatuto da Criança e do Adolescente. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 298, 335-337. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 6, p. 275. BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, cit., p. 337-338.

⁶⁰ Artigo 1.605, §2º, do Código Civil de 1916: ãAo filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.

⁶¹ Artigo 358 do Código Civil de 1916: ãOs filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos. A proibição de reconhecimento dos filhos espúrios não estava prevista no projeto original do Código Civil, a qual, segundo Clovis Bevilacqua, não se justificava perante a razão e a moral, pois ãa falta é cometida pelos pais e a deshonra recae sobre os filhos, que em nada concorreram para ella. (...) É, ao mesmo tempo, uma lei injusta, porque tira do facto de outrem (os pais) motivo para prejudicar o filho; e immoral, porque se faz protectora de uniões condemnaveis. BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, cit., p. 321.

⁶² Cf. ALMEIDA, José Luiz Gavião de. O novo estatuto da filiação. In: *O direito de família e a Constituição de 1988* (coord. Carlos Alberto Bittar). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 162. RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos, cit., p. 242.

alimentar⁶³. Na lição de Zeno Veloso, a proibição de investigação da paternidade adulterina ou incestuosa pelos filhos espúrios ãestava na lógica do sistema, sendo corolário da vedação do reconhecimento voluntário dos filhos dessas classes, como determinava o art. 358⁶⁴. Visava-se à preservação da família legítima e, em última análise, à estabilidade do casamento, negando-se direitos aos filhos espúrios com o único escopo de se tutelar a instituição familiar, mais valorizada, à época, do que seus próprios indivíduos⁶⁵.

Quanto aos filhos naturais, o Código Civil de 1916 autorizou o seu reconhecimento, pois não colocava em risco a família legítima, eis que inexistente qualquer impedimento matrimonial entre os pais à época da concepção. Assim, o reconhecimento da filiação poderia ser voluntário, em ato conjunto ou separado⁶⁶, no próprio termo de nascimento, mediante escritura pública ou por testamento. Dentre os efeitos produzidos, pode-se citar a garantia do direito à herança, cuja quota, contudo, era reduzida à metade da que teria direito o filho legítimo ou legitimado⁶⁷. Ademais, o reconhecimento conferia o direito de pedir alimentos aos pais, aos ascendentes e aos irmãos, bem como o de ser tratado como se filho legítimo fosse. Note-se que, não havendo o reconhecimento voluntário, o filho natural, ao contrário dos filhos espúrios, possuía legitimidade para propor ação de investigação de paternidade, limitada, entretanto, às hipóteses do artigo 363 do Código Civil de 1916⁶⁸. A sentença, a despeito de produzir os

⁶³ Artigo 405 do Código Civil de 1916: ãO casamento, embora nulo, e a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, sãmente para o efeito da prestação de alimentosã.

⁶⁴ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 23.

⁶⁵ Nessa linha, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenlvad afirmam que ãtais limitações decorriam da concepção individualista e patrimonial, então predominante no Direito Civil naquele momento. A idéia de que o Direito de Família centrava-se no casamento (único modelo familiar), obstava o exercício de direitos pelos filhos não matrimoniais. As influências do Código Napoleônico, de 1804, eram evidentes, valendo lembrar a malfadada frase de Napoleão Bonaparte de que *a sociedade não tem interesse em que os bastardos sejam reconhecidos*. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 523.

⁶⁶ Artigo 355 do Código Civil de 1916: ãO filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamenteã. Esse dispositivo referia-se apenas aos filhos naturais, pois, conforme já exposto, vedava-se o reconhecimento dos filhos espúrios, nos termos do artigo 358 do aludido diploma legal.

⁶⁷ Artigo 1.605, §1º, do Código Civil de 1916: ãHavendo filho legítimo, ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358)ã.

⁶⁸ Artigo 363 do Código Civil de 1916: ãOs filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, ns. I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I - Se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai. II - Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela. III - Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamenteã. Zeno Veloso, em comentário a esse artigo, ensina que ãele tinha duas partes bem distintas: na primeira, dizia que os filhos ilegítimos, que não fossem adulterinos ou incestuosos, tinham ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação. Portanto, somente os filhos simplesmente naturais podiam investigar a paternidade. Na segunda parte, o art. 363 restringia o recebimento da ação, condicionando-o aos casos pontualmente enumeradosã. Eram pressupostos de admissibilidade da ação, que ãrepresentavam limites,

aludidos efeitos, poderia determinar a criação e educação do filho menor sem a companhia do pai, exercidas exclusivamente pela mãe ou, na sua ausência ou impossibilidade, por estabelecimento educacional ao qual o menor fosse recolhido⁶⁹. Privava-se, assim, o filho natural de direito indispensável à plena formação de sua personalidade, uma vez que o afastava do convívio com o pai e, em determinados casos, também da mãe, reduzindo-o, por conseguinte, à condição de órfão.

Os filhos legítimos, legitimados, legalmente reconhecidos e adotivos, enquanto menores, estavam sujeitos ao pátrio poder. Seu exercício, no curso do casamento, competia ao pai, como chefe da família, cabendo à mãe somente no caso de sua ausência, morte ou impedimento. Isso não significava a ausência de autoridade da mãe em relação aos filhos, os quais lhe deviam respeito, uma vez que ela colaborava com o pai no seu exercício a fim de tutelar os interesses da prole⁷⁰. De outro lado, no tocante aos filhos ilegítimos não reconhecidos pelo pai, era a mãe quem exercia os direitos e deveres decorrentes da filiação, o denominado poder materno, nomeando-se tutor apenas no caso de a genitora ser desconhecida ou incapaz de exercê-lo.

O Código Civil de 1916, ao contrário das Ordenações Filipinas, não estabeleceu diferença entre as classes de bens pertencentes ao patrimônio do filho. Enquanto sujeitos ao pátrio poder, os filhos eram proprietários de todos os seus bens, cabendo ao pai e, na sua falta, à mãe, a administração e o usufruto dos mesmos⁷¹. Como forma de garantia do patrimônio administrado pelo pai, instituíam-se, em favor do filho, hipoteca legal dos bens imóveis do administrador, de modo que a administração deveria ser exercida no interesse do filho, restringindo-se à conservação, realização de benfeitorias, pagamento de encargos tributários, defesa judicial e alienação de bens móveis que visasse tão somente a esses fins⁷².

Já com relação à pessoa dos filhos menores, previa o artigo 384 do Código Civil de 1916 que aos pais cabia criá-los e educá-los, tê-los em sua companhia e guarda,

entraves, restrições para o estabelecimento da verdadeira ascendência. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 28.

⁶⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, cit., p. 324-325 e 334-335.

⁷⁰ Idem, p. 349.

⁷¹ O artigo 225, combinado com o artigo 385, ambos do Código Civil de 1916, estabeleceu exceção à regra de que o titular do pátrio poder detinha o direito à administração e ao usufruto dos bens do filho menor. Estavam privados desse direito o viúvo ou viúva, com filhos do cônjuge falecido, que se casasse antes de fazer o inventário e concluir a partilha dos bens entre os herdeiros. Tratava-se de sanção legal àqueles que se casavam com violação ao impedimento matrimonial do artigo 183, inciso XIII, do mencionado Código.

⁷² BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, cit., p. 357.

representá-los nos atos da vida civil, nomear-lhes tutor, exigir-lhes obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, e reclamá-los de quem ilegalmente os detivesse. Em comentário ao referido dispositivo legal, Clovis Bevilacqua entendia não ser possível a imposição de castigos imoderados aos filhos, pois a relação entre eles e seus pais deveria ser baseada no afeto⁷³. Não se trata, todavia, do afeto entendido em sua atual concepção, mais ampla, que não se limita ao amor, abrangendo a dedicação que os pais devem ter ao criar, formar e educar seus filhos. Aqui, ao afirmar que a relação de parentalidade deveria ser baseada no afeto, Clovis Bevilacqua provavelmente se referia ao amor, ao natural sentimento de afeição que, em regra, permeia o relacionamento entre pais e filhos. De qualquer modo, o afeto começa a ser visto como elemento necessário à formação e ao desenvolvimento de tais relações, as quais, apesar de ainda fundadas no poder hierárquico do pai, iniciam, gradativamente, um processo de transformação, que culminará, com o advento da sociedade contemporânea, em estruturas familiares baseadas na afetividade, na solidariedade e na igualdade entre todos os seus membros.

Tratava-se, por fim, de poder transitório, pois cessava com a maioridade do filho atingida aos vinte e um anos de idade, a emancipação⁷⁴, a morte dos pais ou do filho e a adoção⁷⁵. Ademais, o pátrio poder, em oposição ao direito das Ordenações, começa a ser estabelecido, ainda que de modo incipiente, no interesse dos filhos legítimos, legitimados, adotivos e legalmente reconhecidos:

Pátrio poder é o complexo dos direitos que a lei confere ao pae, sobre a pessoa e os bens dos filhos.

No direito moderno, esse conjunto de direitos é apenas tutelar, no sentido de que a sua organização visa mais o interesse do filho, que, por sua idade, necessita de um guia e protector, do que o interesse do pae, como no antigo direito. A autoridade dos paes é um poder familiar, quer dizer, uma autoridade que mantém os laços da família, e dentro do circulo das relações desta se circunscreve; todavia, está sobre ella vigilante o poder social para impedir os abusos, quer de ordem moral, quer de ordem economica⁷⁶.

Com a evolução da sociedade e o advento do Estado Social, interventor na ordem econômica e social, surge a necessidade histórica de se impor limites à plena

⁷³ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, cit., p. 354.

⁷⁴ Segundo o artigo 9º, parágrafo único, do Código Civil de 1916, o filho menor poderia ser emancipado: por concessão do pai, ou, se morto, da mãe; por sentença judicial, se o menor tivesse dezoito anos; pelo casamento; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial com economia própria.

⁷⁵ A adoção apenas extinguiu o pátrio poder do pai biológico, subsistindo quanto ao adotante enquanto não cessada a menoridade do adotado.

⁷⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*, cit., p. 348.

liberdade familiar. Marca dessa transição, a Constituição de 1934 conferiu à família, ainda exclusivamente legítima, tutela constitucional, colocando-a sob a proteção especial do Estado pela primeira vez no Brasil⁷⁷. Além disso, com vistas à preservação da família legítima, o legislador constituinte manteve a indissolubilidade do vínculo matrimonial, conferiu efeitos civis ao casamento religioso celebrado em conformidade com a ordem pública, os bons costumes e a legislação civil, e tratou dos emolumentos correlatos.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas como resultado do golpe de Estado por ele promovido, alterou alguns dispositivos destinados à proteção da família na Carta de 1934 e ampliou a intervenção estatal nas relações familiares. Manteve-se a indissolubilidade do vínculo do casamento, ainda responsável pela constituição da família protegida pelo Estado, mas excluiu-se a previsão constitucional que assegurava efeitos civis ao casamento religioso, já que se tratava de matéria regulada, à época, pela Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937. A primeira inovação refere-se à garantia da educação integral dos filhos como dever e direito natural dos pais, exercido com a colaboração do Estado, de modo principal ou subsidiário. Garantiu-se, ademais, a igualdade entre os filhos naturais e legítimos, assegurando-se àqueles todos os direitos e deveres decorrentes da filiação legítima⁷⁸. Por fim, atribuiu-se ao Estado a tutela específica da infância e da juventude e, inclusive, o dever de adotar as medidas necessárias à garantia da vida digna e do desenvolvimento da personalidade das crianças e dos adolescentes⁷⁹.

Após a Constituição de 1937, visando à garantia da igualdade material dos indivíduos, o Estado começa a criar normas jurídicas a fim de diminuir o tratamento discriminatório conferido à mulher e aos filhos menores, partes mais fracas na relação familiar, intensificando, assim, o intervencionismo estatal.

O Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, estabeleceu diversas normas destinadas à proteção e organização da família. No que tange à filiação, a despeito de manter o tratamento discriminatório dos filhos adulterinos e incestuosos, facilitou o reconhecimento dos filhos naturais, nos termos do que dispunha o artigo 126 da

⁷⁷ Artigo 144 da Constituição de 1934: ãA família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Cf. RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos, cit., p. 241.

⁷⁸ Artigo 126 da Constituição de 1937: ãAos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

⁷⁹ Artigo 127 da Constituição de 1937: ãA infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Constituição de 1937, isentando-os do pagamento de selos, emolumentos ou custas. Ademais, como forma de preservar a dignidade do filho, vedou a inscrição de qualquer menção referente à legitimidade ou não da filiação na certidão de registro civil, salvo em razão de decisão judicial ou a requerimento do próprio interessado. Estabeleceu, ainda, que, na falta de autorização para que o filho natural residisse no lar conjugal, de acordo com o artigo 359 do Código Civil de 1916, era dever do cônjuge que o reconheceu prestar-lhe assistência e alimentos, da mesma forma que o faria quanto aos filhos legítimos.

A posição de inferioridade ocupada pelos filhos adulterinos começa a ser revista, em 1942, com o Decreto-Lei nº 4.737, que permitiu o reconhecimento, voluntário ou judicial, do filho havido fora do casamento, desde que realizado após o desquite⁸⁰. Em razão das controvérsias surgidas quanto à possibilidade de tal reconhecimento quando o termo da sociedade conjugal decorresse da morte de um dos cônjuges⁸¹, a Lei nº 883/49 autorizou-o em qualquer hipótese de dissolução da sociedade conjugal⁸², vale dizer, o desquite, a morte⁸³ e a nulidade ou anulação do casamento.

⁸⁰ Artigo 1º do Decreto-Lei nº 4.737/42: “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação”. Observa Caio Mário da Silva Pereira que essa regra se aplicava apenas aos filhos adulterinos, de modo que, em relação aos incestuosos, o reconhecimento ainda era vedado. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5, p. 346.

⁸¹ Explica Zeno Veloso que a previsão do Decreto-Lei nº 4.737/42 ensejou que se abrisse uma nova polêmica nos meios jurídicos nacionais. É que a lei estabelecia um único requisito para o reconhecimento do filho extramatrimonial: a superveniência do desquite. E se a sociedade conjugal se dissolvesse pela morte, *quid juris?* A melhor doutrina propôs uma interpretação extensiva do texto legal, a hermenêutica ampliadora para o Decreto-lei n. 4.737/42, para que os filhos havidos fora do matrimônio pudessem ser reconhecidos se a sociedade conjugal se dissolvesse, em qualquer caso ó morte de um dos cônjuges, anulação do casamento -, e não apenas se adviesse o desquite. Não obstante, também existiam opiniões autorizadas de diversos juristas (Noé Azevedo, Romão Côrtes Lacerda, Carlos Medeiros Silva) no sentido de que a exegese do Decreto-lei n. 4.737 só permitia o reconhecimento do filho adulterino no caso da dissolução da sociedade conjugal pelo desquite, e por nenhum outro motivo. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 44-45. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*, cit., p. 345-346.

⁸² Artigo 1º da Lei nº 883/49: “Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação”. Na lição de Silvio Rodrigues, a dissolução da sociedade conjugal era pressuposto ao reconhecimento do filho adulterino, pois a intenção do legislador era preservar o casamento, que poderia ser prejudicado caso reconhecido o filho na sua constância: “Tal exigência se estribava na idéia de que o reconhecimento do adulterino, na vigência da sociedade conjugal, constituía ofensa intolerável ao outro cônjuge, capaz de provocar a ruína do casamento. Dissolvida, entretanto, a sociedade conjugal pela morte ou pelo desquite, não havia mais razão nenhuma para se respeitar a sensibilidade do cônjuge falecido ou desquitado, não persistindo razão para impedir o reconhecimento do adulterino. Quero sublinhar que a idéia de preservação do casamento continua sendo a grande preocupação do legislador”. Cf. RODRIGUES, Silvio. *Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos*, cit., p. 243.

⁸³ Eram distintas as consequências advindas do falecimento do cônjuge adúltero ou do inocente. Isso porque, falecendo o marido, pai do filho adulterino, não havia que se falar em reconhecimento voluntário, restando ao filho a propositura da ação de investigação de paternidade. Porém, falecendo a esposa, cônjuge inocente, o filho poderia ser voluntariamente reconhecido por seu pai, viúvo, bem como propor a competente ação investigatória. Embora o artigo 1º da Lei nº 883/49 estabelecesse que, dissolvida a sociedade conjugal, qualquer dos cônjuges poderia reconhecer o filho adulterino, a interpretação da doutrina para esse dispositivo considerava essa possibilidade tão somente para o pai adúltero. Explica Zeno Veloso que não se conferia à

O reconhecimento dos filhos adulterinos garantia-lhes o direito a alimentos e àqueles decorrentes do pátrio poder. Contudo, não os equiparava aos filhos legítimos ou legitimados, pois, na sucessão do genitor adúltero, ao filho adulterino reconhecido caberia apenas a metade da herança que aqueles viessem a receber⁸⁴. Não obstante a manutenção do tratamento discriminatório, Zeno Veloso esclarece que:

O direito conferido ao filho adulterino, reconhecido na forma da Lei n. 883, de receber apenas a metade da herança que coubesse ao filho legítimo ou legitimado, afirmando-se que isto era deferido *para efeitos econômicos, a título de amparo social*, foi uma forma de aprovar, no momento, no contexto histórico e social, o que era possível, e o texto, caviloso e disfarçado, quis evitar a afirmação de que o filho, naquelas condições, seria herdeiro. *Não se rompe com a tradição sem lhe pagar certo tributo*, dizia sempre Nelson Carneiro (...)⁸⁵.

Ademais, o artigo 4º da Lei nº 883/49 ampliou a regra contida no artigo 405 do Código Civil de 1916 ao conferir legitimidade ao filho adulterino para propor, a qualquer momento, ação de alimentos, em segredo de justiça, em face de seu genitor, ainda que casado. A dissolução da sociedade conjugal apenas condicionava o reconhecimento da filiação, ômas, para comer, vestir, estudar, enfim, sobreviver com o mínimo de dignidade, não teria mais o filho adulterino que esperar até que fosse dissolvida a sociedade conjugal de seu genitor⁸⁶.

No período entre a publicação do Decreto-Lei nº 4.737/42 e da Lei nº 883/49, promulgou-se a Constituição de 1946, que praticamente reproduziu as disposições relativas ao direito de família contidas na Constituição de 1934, mantendo a proteção à família legítima, a indissolubilidade do casamento e restabelecendo, em âmbito constitucional, os efeitos civis do casamento religioso⁸⁷.

mulher casada a possibilidade de reconhecer filho adulterino havido na constância de seu matrimônio, o que equivaleria a atribuir a outrem, que não o marido, a paternidade do filho concebido na constância da sociedade conjugal. Pela mesma razão, inadmissível a ação investigatória para atribuir prole adulterina à mulher casada. (...) a adulterinidade *a matre* só deixa o plano teórico e se verifica juridicamente se o marido contestar a paternidade do filho havido por sua mulher, pois a lei presume que ele é o genitor (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). (...) A pouco e pouco, entretanto, a jurisprudência foi admitindo o reconhecimento de filho havido por mulher casada com outro homem que não o seu marido. Em alguns casos, o fato da paternidade *extramatrimonium* era tão evidente, exuberante, que a rigidez do princípio legal tinha de ceder às realidades e circunstâncias. Assim, por exemplo, se a mulher engravidou e teve um filho estando separada de fato do seu marido ó algumas vezes, a convivência estava extinta há anos ó, não havia razão alguma para que uma ficção fosse mantida a todo e qualquer custo, privilegiando-se a falsidade em detrimento da verdade. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 46 e 50-51.

⁸⁴ Artigo 2º da Lei nº 883/49: *o filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.*

⁸⁵ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 47.

⁸⁶ Idem, p. 48. Observe-se que em razão do mencionado dispositivo legal fazer menção aos *ôfilhos ilegítimos*, a regra também se aplicava aos filhos incestuosos.

⁸⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, cit., p. 55-61.

Nesse contexto, verifica-se, nas décadas de 1950 e 1960, um aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho. Embora o processo de emancipação feminina tenha se iniciado no começo do século XX, com a expansão do setor terciário⁸⁸, foi naquele período, de intensificação do processo produtivo industrial e do regime capitalista, que a presença das mulheres se tornou notadamente marcante. A crescente demanda por mão de obra surgida em razão da necessidade de superação da crise econômica instaurada pela guerra, aliada ao desenvolvimento e aceitação social de métodos contraceptivos - que reduziram o número de filhos e, consequentemente, as responsabilidades da maternidade -, bem como à necessidade de conseguirem emprego, seja por motivos financeiros, seja para atender ao anseio de realização pessoal fora do lar conjugal, fizeram com que as mulheres ampliassem sua participação no mercado de trabalho e, de modo ainda incipiente, ingressassem no ensino superior⁸⁹.

Essa evolução social é consagrada pela Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), que altera o Código Civil de 1916 para estabelecer normas precursoras da redução das desigualdades entre homem e mulher no casamento. A mulher passou a desempenhar nova função nas relações familiares, deixando de ser subordinada ao marido, que ainda detinha a chefia da sociedade conjugal, para ser colaboradora na administração das relações familiares com observância do interesse comum do casal e dos filhos⁹⁰. Para tanto, a mulher casada foi excluída do rol dos relativamente incapazes e passou a ser considerada

⁸⁸ Segundo Eric Hobsbawm, o trabalho em escritórios, lojas e certos tipos de serviço, por exemplo em centrais telefônicas e profissões assistenciais, estava fortemente feminizado, e essas ocupações terciárias se expandiram e incharam à custa (relativa e por fim absolutamente) dos setores primários e secundários, quer dizer, agricultura e indústria. Na verdade, o aumento do setor terciário foi uma das tendências mais impressionantes do século XX. HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 304.

⁸⁹ Os motivos que ensejavam a procura de emprego dependiam da classe social à qual as mulheres pertencessem. Explica Eric Hobsbawm, que a própria demanda para romper a esfera doméstica e entrar no mercado de trabalho tinha entre as mulheres casadas prósperas e educadas da classe média uma forte carga ideológica que não tinha para outras, pois suas motivações nesses ambientes raramente eram econômicas. Entre as pobres, ou as de orçamento apertado, as mulheres casadas saíram para trabalhar após 1945 porque, para pôr a coisa em termos simples, os filhos não mais o faziam. O trabalho infantil no Ocidente quase desaparecera, enquanto, ao contrário, a necessidade de dar aos filhos uma educação que melhorasse suas perspectivas colocava sobre os pais um grande fardo financeiro por mais tempo que antes. (...) Mas para as mulheres casadas de classe média cujos maridos ganhavam uma renda adequada ao seu status, trabalhar fora raramente trazia um grande acréscimo aos rendimentos da família, quando nada porque se pagava muito menos às mulheres que aos homens nos empregos então à disposição delas. (...) Se havia um incentivo para as mulheres casadas saírem de casa nesses círculos, era a demanda de liberdade e autonomia; a mulher casada ser uma pessoa por si, e não um apêndice do marido e da casa, alguém visto pelo mundo como indivíduo, e não como membro de uma espécie (apenas esposa e mãe). A renda entrava nisso não porque fosse necessária, mas porque era algo que a mulher podia gastar ou poupar sem pedir primeiro ao marido. HOBBSAWM, Eric, *Era dos Extremos*, cit., p. 311-312. Cf. BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; MEACHAM, Standish. *História da civilização ocidental*. Trad. Donaldson Garschagen. 43. ed. São Paulo: Globo, 2005, v. 2, p. 766.

⁹⁰ GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 151.

plenamente capaz. Consequentemente, não mais dependia de autorização marital para o exercício de profissão. O produto de seu trabalho e os bens adquiridos por meio dele compunham os bens reservados, assim denominados por serem incomunicáveis com o patrimônio do marido e de livre disposição pela mulher, desde que preservados os interesses materiais e morais da família e observadas as regras atinentes aos atos que exigiam autorização marital para serem praticados. A mulher passou a exercer a titularidade do pátrio poder em colaboração com o marido, sendo nele mantida, inclusive, com a morte deste e a realização de novo casamento. Ademais, havendo desquite judicial e sendo constatada a culpa de ambos os cônjuges, atribuiu-se à mulher a guarda dos filhos menores. As relações familiares sofreram, assim, importante transformação com a colaboração efetiva da mulher na administração do lar conjugal e dos interesses do casal e dos filhos, bem como por meio da sua participação, ainda que incipiente, no mercado de trabalho, que fez com que ela assumisse a posição de colaboradora no provimento do lar e na tomada de decisões concernentes à família.

A Constituição de 1967, aprovada logo após o golpe militar de 1964, visava tão somente à concretização de reformas quanto ao exercício do poder político. Desse modo, as disposições concernentes à família, constantes no texto constitucional revogado, foram mantidas, inclusive pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969⁹¹.

Em 28 de junho de 1977, a Emenda Constitucional nº 9 alterou o artigo 175, §1º, da Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, introduzindo importante reforma no direito de família ao permitir a dissolução do vínculo matrimonial, nos casos previstos em lei, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos. Esse dispositivo constitucional foi regulado pela Lei nº 6.515, aprovada em dezembro do mesmo ano, que, em seu artigo 2º, consagrou o instituto do divórcio no Brasil e estabeleceu o regramento acerca da separação judicial, nova denominação do desquite, que apenas rompia a sociedade conjugal. Viabilizou-se, assim, o rompimento do vínculo matrimonial por meio da vontade dos cônjuges, através do divórcio, e não apenas com a morte de um deles. Mas, em razão da oposição exercida pelos segmentos mais conservadores da sociedade, movidos principalmente por convicções de ordem religiosa, a Lei nº 6.515/77 previu a possibilidade de formulação do pedido do divórcio apenas uma

⁹¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, cit., p. 66-67.

vez e em duas situações: após a separação judicial concedida há mais de três anos⁹² ou após a separação de fato, iniciada antes de 28 de junho de 1977, com mais de cinco anos.

Essa lei também estabeleceu novo regramento quanto à filiação. Permitiu-se que o filho adulterino fosse reconhecido na vigência do casamento, por meio de testamento cerrado, nessa parte irrevogável. Tal reconhecimento somente produzia efeitos após a morte do genitor, logo, era de pouca eficácia na relação de parentalidade, gerando mais efeitos na linha sucessória e, no direito de família, apenas em relação aos demais parentes do testador⁹³. Ademais, o artigo 1.605, §1º, do Código Civil de 1916, foi expressamente revogado, igualando-se, para efeitos sucessórios, os filhos legítimos, legitimados e naturais. Garantiu-se, outrossim, o direito à herança em igualdade de condições entre os filhos legítimos e ilegítimos, de modo que o legislador aboliu o eufemismo do *amparo social*, previsto no artigo 2º da Lei nº 883/49, qualificando o direito do filho como hereditário⁹⁴. Essa regra, contudo, somente alterou a situação jurídica dos filhos adulterinos, que foram equiparados aos legítimos, legitimados e naturais no tocante à herança paterna. Já quanto aos filhos incestuosos e adotivos, não houve qualquer mudança. Para os filhos adotivos, o tratamento discriminatório persistia no tocante ao direito sucessório, e, para os incestuosos, no que tange ao próprio estabelecimento da paternidade,

⁹² Conforme os artigos 4º e 5º da Lei nº 6.515/77, a separação judicial poderia ser declarada: a) por mútuo consentimento dos cônjuges casados há mais de dois anos; b) por pedido formulado por apenas um dos cônjuges que comprovasse a culpa do outro pelo término do casamento, imputando-lhe conduta desonrosa ou outro ato que importasse em grave violação dos deveres conjugais e tornasse insuportável a vida em comum; c) por pedido de um dos cônjuges que provasse a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição; d) por pedido de um dos cônjuges que demonstrasse que o outro estava acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, com duração de cinco anos e com cura reconhecidamente improvável, que tornasse impossível a vida em comum.

⁹³ Segundo Zeno Veloso, o reconhecimento do filho adulterino poderia ser feito sob qualquer forma de testamento. Isso porque, antes da Lei nº 6.515/77, a jurisprudência já entendia que o reconhecimento do filho adulterino na vigência do casamento não era nulo, mas apenas ineficaz enquanto perdurasse o vínculo conjugal. Com a sua dissolução, o reconhecimento passava a ser plenamente eficaz. “Ora, se já se aceitava em alguns julgados (...) que o reconhecimento voluntário da filiação havida fora do matrimônio, antes de dissolvida a sociedade conjugal, apesar de contrariar frontalmente o art. 358 do Código Civil, bem como o art. 1º da Lei n. 883/49, não era nulo, mas somente ineficaz, inoperante, enquanto durasse a sociedade matrimonial do genitor, adquirindo plena eficácia após a dissolução da mesma, ficando o filho desobrigado de propor ação de investigação de paternidade, com muito e maior razão tal reconhecimento poderia ser feito em testamento, e sob qualquer forma testamentária, pois o ato *mortis causa*, por natureza e definição, tem sua eficácia diferida para o momento do falecimento do testador. (...) De resto, a afirmação de que o testamento cerrado é irrevogável na parte em que se manifesta o reconhecimento da filiação tem escassa utilidade prática: os testamentos cerrados revogam-se, no geral dos casos, rasgando-se, queimando-se, destruindo-se o instrumento, nada restando para verificação futura, sendo materialmente impossível saber-se o que a cédula continha”. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 81-82.

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*, cit., p. 346.

tendo em vista que sequer poderiam ser reconhecidos, nos termos do ainda vigente artigo 358 do Código Civil de 1916⁹⁵.

A partir dessa evolução legislativa, é possível verificar que a tutela até então conferida à instituição da família legítima começa a ser transferida para a pessoa de cada um de seus membros. Valoriza-se, em maior grau, a vontade dos cônjuges quanto ao fim do casamento, em detrimento da preservação do instituto propriamente dito, bem como os interesses de seus integrantes, especialmente, os da mulher e os dos filhos, que passam a ser tratados de modo mais digno e equânime no convívio familiar, muito embora a existência de normas com conteúdo discriminatório fosse, ainda, uma realidade.

Novos hábitos, novas aspirações, novos valores, novos costumes e novas permissões passaram assim a florescer, pela emergência da necessidade de novos e respiráveis ares, uma exigência do tempo proclamado como pós-moderno, enfim. E assim se deu, por exemplo, com a liberdade de expressão e a revalorização do sentimento, produzindo, entre outras coisas, o deslocamento do foco de interesse familiar para a criança (e não para a instituição propriamente dita), bem como a autorização para cada membro buscar a sua própria felicidade e bem-estar, valorizando mais a pessoa ó cada pessoa ó que o grupo constituído sob os ares da indestrutividade. Essa inversão paradigmática andou no sentido de deitar por terra as proclamações terríveis de outrora, como a de que a *unidade social é a família e não o indivíduo*⁹⁶.

Nesse sentido, diversos foram os fatores que contribuíram para a modificação da família no Brasil. O desenvolvimento sócio-econômico do país foi um dos fatores responsáveis pelo ingresso da mulher no mercado de trabalho e pela sua maior participação na administração da sociedade conjugal e dos interesses de seus integrantes, reduzindo, conseqüentemente, as desigualdades entre homem e mulher no casamento. Da mesma forma, a relação paterno-filial deixou de ser exclusivamente baseada no

⁹⁵ Nesse sentido, Zeno Veloso ensina que ãa regra inserida na lei especial que regulava o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, apesar dos termos genéricos com que foi redigida (*Qualquer que seja a natureza da filiação...*), só se aplica ao caso que a lei regula: o do filho outrora chamado adulterino. Este tem sido o entendimento quase unânime da doutrina. Permaneceram inalteradas, assim, as limitações que incidiam sobre os filhos adotivos, cuja situação era a seguinte: I ó se o adotante falecer sem descendentes biológicos, caberá ao adotado a totalidade da herança (Código Civil, art. 1.605, *caput*); II ó se, no momento da adoção, o adotante já possuía filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, o adotado não tinha direito hereditário (Código Civil, art. 337, na redação dada pela Lei nº 3.133/57); III ó se o adotante tiver filhos legítimos, supervenientes à adoção, ao adotado tocará somente metade da herança cabível a cada um deles (Código Civil, art. 1.605, §2º). (...) A opinião dominante foi a de que a situação dos filhos incestuosos ó como a dos adotivos ó quanto à herança paterna não havia sido alterada pelo art. 2º da Lei n. 883 com a sua nova redação, pela razão, repetimos, de que a aludida lei só se referia aos filhos adulterinos. O reconhecimento dos filhos incestuosos, inclusive, continuava impossível, dada a proibição contida no art. 358 do Código Civil, que só foi total e definitivamente revogado pela Constituição de 1988. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 78-79.

⁹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. In: *A família além dos mitos* (coords. Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 59.

autoritarismo do pai para, gradativamente, fundar-se no afeto, na solidariedade e na dignidade de seus membros, o que também contribuiu para a diminuição do tratamento discriminatório conferido aos filhos havidos fora do matrimônio. Novas uniões de fato e, conseqüentemente, novos arranjos familiares surgiram, merecendo proteção jurídica até então inexistente, já que conferida apenas à família legítima⁹⁷. Dessa forma, o modelo de família que inspirou o Código Civil de 1916 já não condizia com aquele que findava o século XX. A família legítima não era a única a ser protegida pelo Estado e as disposições normativas do Código Civil de 1916, a despeito das diversas reformas introduzidas por leis esparsas, não eram consentâneas com a realidade. Impunha-se, portanto, a alteração do mencionado Código, que, elaborado no final do século XIX para uma sociedade patriarcal, já não correspondia aos valores e anseios sociais em torno das relações familiares e das relações privadas em geral⁹⁸.

1.1.3 Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002

Em 1969, o Ministério da Justiça designou comissão, supervisionada por Miguel Reale, para a elaboração do anteprojeto do Código Civil, cujo escopo era manter as disposições ainda aplicáveis da codificação anterior, alterando tão somente aquelas desatualizadas, bem como unificar o direito privado⁹⁹.

Não se tratava, contudo, na visão da Comissão encarregada de elaborar o projeto de novo Código Civil, de simplesmente fazer com que se desintegrasse um monumento legislativo de altíssima qualidade, como o é o Código Bevilacqua. Mas tratava-se ó como sempre repetido pelo Professor Miguel Reale ó de buscar aproveitar, na maior amplitude possível, o arcabouço de 1916, dando-lhe as cores e imprimindo-lhe os

⁹⁷ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001, p. 213-214. MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1012 e 1018-1021.

⁹⁸ O Código Civil de 1916, ófruto da inteligência incontestável de Clóvis Bevilacqua, pedia reforma, posto ser um corpo legislativo elaborado nos estertores do século XIX e promulgado no início do século passado, gigante e bem construído para o seu tempo, mas em franco compasso de desatualização, em tantos dos seus segmentos. (...) A reforma se impunha, tendo em vista o significativo aumento, entre nós, de normas dispersas, margeantes e até mesmo conflitantes, que foram se acumulando na tentativa de adaptar, ou de afeiçoar, o direito legislado às gigantescas transformações operadas na estrutura da sociedade brasileira. Nem sempre, contudo, este método de revisão e de adaptação legislativa foi seguro e prosperou eficientemente, tendo em vista, especialmente, o fato de que o Código vigente houvera sido elaborado para um País diferente, para um povo de costumes distintos, em diversa época e em face de outros anseios e de outros valores. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito civil brasileiro: Clóvis Bevilacqua a Miguel Reale: visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI. In: Seminário realizado na Câmara dos Deputados sobre o novo código civil brasileiro. *Anais novo código civil brasileiro: o que muda na vida do cidadão*. Brasília: Centro de documentação e informação, Coordenação de Publicações, 2003, p. 39.

⁹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro, cit., p. 233-234.

traços consentâneos com a realidade deste momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira, já nos albores do século XXI. (...) Conservar o possível; inovar, sempre que necessário: esta foi, ao que se verificou, a intenção primordial da Comissão de juristas que teve a seu cargo a construção do Código novo (...) ¹⁰⁰.

O anteprojeto do Código Civil foi definitivamente apresentado ao Congresso Nacional em 1975, onde tramitou por vinte e seis anos, sendo, ao final, aprovado, com início de sua vigência em janeiro de 2003. Nesse ínterim, após o fim do regime militar, promulga-se a Constituição Federal de 1988, que instaura nova ordem democrática no país, cujos ideais e princípios, em especial os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, repercutem no novo regramento constitucional atribuído à família. Segundo Zeno Veloso, ãa redemocratização do País imprimiu uma concepção mais arejada, lúcida, libertária, sobre filiação e, de modo especial, a respeito da família ¹⁰¹.

Como reflexo da referida reestruturação familiar, os novos valores e princípios positivados na Constituição Federal de 1988 passaram a nortear não apenas a conduta dos integrantes de toda e qualquer família, mas, também, da sociedade civil e do Estado, enquanto julgador, legislador e executor de políticas públicas. Na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, a Constituição de 1988 ãfoi a que mais interveio nas relações familiares e a que mais as libertou, eliminando, ao menos no plano jurídico, o ãelemento despótico existente no seio da família, no Brasil ¹⁰². Assim, o modelo patriarcal-patrimonialista cedeu lugar à família democrática, eudemonista, voltada à realização pessoal de cada um de seus membros, fundada na dignidade, solidariedade, igualdade e afetividade, princípios constitucionais. Por conseguinte, as normas anteriores, infraconstitucionais, de conteúdo discriminatório, atentatório à dignidade humana e aos interesses dos sujeitos da entidade familiar, não foram recepcionadas pela Constituição, que, até o advento do Código Civil de 2002, tornou-se a ãlei fundamental da família, projetando-se para o novo ordenamento civil, orientando sua interpretação e aplicação aos casos concretos ¹⁰³.

Essa mudança paradigmática promovida pela Constituição de 1988 revela um modelo de família plural e igualitário. Além do casamento, o Estado expressamente reconhece como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes ó a família monoparental. Mas a tutela jurídica a elas não se

¹⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito civil brasileiro, cit., p. 39-40.

¹⁰¹ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 86.

¹⁰² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 04.

¹⁰³ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*, cit., p. 68, 71 e 81.

restringe, abrangendo outras organizações familiares, por meio da interpretação extensiva, em referência ao princípio constitucional do pluralismo das entidades familiares. Eliminou-se, assim, a família legítima, com a consequente garantia de proteção especial à família, base da sociedade, pois é a família que merece respeito e acatamento, que é credora de amparo, de apoio, sem que se possa distinguir uma família da outra apenas porque uma delas foi solenemente constituída¹⁰⁴.

Dessa forma, a Constituição de 1988, em contraposição às anteriores, não estabelece que a família é constituída pelo casamento, e, sim, que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado¹⁰⁵. Os dispositivos constitucionais que tratam do instituto apenas o fazem para estipular que ele é civil, gratuito e que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Segundo Silvio Rodrigues, o novo tratamento constitucional atribuído ao casamento também gerou consequências quanto à dissolução do vínculo conjugal, facilitada com a redução dos prazos para a decretação do divórcio, alterados para um ano, no caso de prévia separação judicial, e para dois anos havendo separação de fato¹⁰⁶. Ainda assim, isso significava que a vontade dos cônjuges, por si só, não era suficiente para colocar termo ao vínculo conjugal, sendo imprescindível o cumprimento de tais prazos, entendidos como necessários à reflexão do casal¹⁰⁷. Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/10, que modificou o §6º do artigo 226 da Constituição, eliminaram-se os referidos prazos e o divórcio passou a ser admitido independentemente de prévia separação judicial ou de fato, dependendo apenas da vontade dos cônjuges. A duração do casamento, portanto, não está mais ligada à caracterização da culpa ou ao mero cumprimento de prazos por parte dos consortes, mas, sim, à manutenção do afeto e do sentimento que os une. Nesse sentido, José Fernando Simão afirma que

¹⁰⁴ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 86.

¹⁰⁵ Ao fundamentar seu voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto, bem elucida o significado e alcance da assertiva, prevista no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal, segundo a qual a família é a base da sociedade: «a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como a *Pátria amplificada*). Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de *comum unidade*. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes». (Supremo Tribunal Federal, ADI nº 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, data do julgamento: 05/05/2011).

¹⁰⁶ RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos, cit., p. 244-245.

¹⁰⁷ SIMÃO, José Fernando. A Emenda Constitucional nº 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família. *Revista do Advogado*, ano XXXI, n. 112, jul. 2011, p. 67-68.

O povo brasileiro se emancipa em matéria de casamento. Não é mais a rigidez do legislador que obrigará a manutenção do vínculo conjugal, não é mais a falsa ideia de que se deve permitir o arrependimento na separação que manterá o casal casado. É a noção de responsabilidade que substitui a de culpa. A partir da Emenda Constitucional nº 66, casamento e divórcio são atos de vontade apenas e tão somente dos cônjuges; não há limites temporais para se manter o casamento se a vontade dos cônjuges assim não desejar¹⁰⁸.

A fim de regular o crescente número de situações de fato criadas pela união entre homem e mulher, que, por vontade própria, não desejavam se casar, ou que, desquitados antes da Lei nº 6.515/77, formaram novas famílias sem poderem se casar, o artigo 226, §3º, da Constituição Federal de 1988, consagrou a união estável como entidade familiar protegida pelo Estado¹⁰⁹. O instituto foi, primeiramente, regulado pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, que, na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, estabeleceram um estatuto mínimo da união estável, criando regras acerca dos requisitos necessários à sua caracterização, do dever de alimentos, da sucessão, dos direitos e deveres entre os companheiros, dentre outras¹¹⁰. Com o advento do Código Civil de 2002, a união estável foi regulada nos artigos 1.723 a 1.727, que estabeleceram regras de direito pessoal e patrimonial aplicáveis aos companheiros, caracterizando-a como a convivência pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher não impedidos de casar¹¹¹, estabelecida com o objetivo de constituir família¹¹². Já o relacionamento não eventual entre homem e

¹⁰⁸ SIMÃO, José Fernando. A Emenda Constitucional nº 66, cit., p. 66.

¹⁰⁹ A união estável, inserida na Constituição de 1988, é o epílogo de lenta e tormentosa trajetória de discriminação e descondição legal, com as situações existenciais enquadradas sob o conceito depreciativo de concubinato, definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacralidade atribuída ao casamento. A influência da Igreja Católica, inclusive durante o período da República, o autoproclamado laicismo, impediu as tentativas de projetos de lei em se atribuir alguns efeitos jurídicos ao concubinato, máxime em razão do impedimento legal ao divórcio, que apenas em 1977 ingressou na ordem jurídica brasileira. A ausência do divórcio foi responsável pelo crescimento exponencial das relações concubinárias. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 148-149.

¹¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 150.

¹¹¹ O artigo 1.723, § 1º, do Código Civil 2002, dispõe que as pessoas separadas de fato ou judicialmente podem constituir união estável, não caracterizando concubinato.

¹¹² O Código Civil de 2002 não revogou expressamente as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, de tal modo que não existe uma interpretação uniforme acerca da sua ocorrência. Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o Código Civil de 2002 sistematizou toda a matéria relativa à união estável, revogando-se, em consequência, a legislação anterior. Segundo Washington de Barros Monteiro, essas leis foram abrogadas pelo atual Código Civil, que tratou de forma completa das matérias nelas reguladas. No entanto, permanece em vigor o art. 9º da Lei n. 9.278/96, que determina a competência das Varas de Família para o julgamento das ações referentes à união estável, já que esta matéria não foi tratada no Código Civil de 2002. Já para Maria Helena Diniz, as leis foram parcialmente revogadas. Especialmente no tocante ao direito real de habitação do companheiro, aprovou-se o Enunciado nº 117, na I Jornada de Direito Civil, que estabelece que o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88. A disposição desse Enunciado é seguida por Sílvia de Salvo Venosa, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, segundo a qual não estabelece o Código Civil atual o direito real de habitação previsto pela lei 9.278/96, devendo-se, por isso, e em analogia com a situação garantida ao cônjuge

mulher, impedidos de casar, configura-se concubinato, não reconhecido como entidade familiar, portanto, sem o amparo do direito de família, aplicando-se, de acordo com o caso concreto, apenas as regras obrigacionais para garantir a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos, como forma de evitar o enriquecimento sem causa¹¹³.

O reconhecimento constitucional da união estável entre homem e mulher suscitou diversos questionamentos acerca da possibilidade de sua caracterização quando a convivência pública, contínua e duradoura com a finalidade de constituir família se desse entre pessoas com a mesma orientação sexual. Em razão da inexistência de expressa vedação legal quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas, ensina Maria Berenice Dias que a jurisprudência passou a conceder direitos no âmbito do direito de família e das sucessões, reconhecendo-as, em alguns casos, como entidade familiar e, em outros, aplicando por analogia a legislação concernente à união estável¹¹⁴. A questão, que se

e autorizada pela Constituição Federal, ter o dispositivo do art. 7º, parágrafo único, desta lei como não revogado. Com efeito, entende-se que deve prevalecer a interpretação que garante o direito real de habitação ao companheiro, não havendo que se falar em revogação do artigo 7º, parágrafo único, daquele diploma legal, tendo em vista que, além da ausência de revogação expressa da Lei nº 9.278/96 pelo Código Civil de 2002 e da omissão deste quanto ao tratamento da matéria, preserva-se o direito constitucional à moradia, evitando-se um retrocesso injustificável. Nos dizeres de Sílvio de Salvo Venosa, ãse for entendido que as lacunas das disposições do Código de 2002 sobre a união estável revogaram as leis anteriores, a união estável será colocada, no presente sistema, em posição de extrema inferioridade em relação às duas leis anteriores. Haverá uma restrição de direitos conquistados no passado, inclusive este de habitação. Por fim, Sílvio Rodrigues, sintetizando a problemática, indica a seguinte solução: ãpara a obrigação alimentar, deve incidir a lei vigente na data do rompimento da união, com os requisitos e efeitos nela previstos. Assim, rompida a convivência após a lei de 1994, mas antes da lei de 1996, será necessário, por exemplo, que a união tenha um lustro ou prole comum. Na seara patrimonial, nossa orientação é pela aplicação da lei vigente na data da aquisição do patrimônio, sempre respeitada eventual convenção entre os interessados. (...) Por fim, quanto aos efeitos sucessórios da união estável, incidirá a lei vigente na data da abertura da sucessão (CC, art. 1.787). DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5, p. 424. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 427. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes*. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_convidados_giselda.htm>. Acesso em: 20/10/2011. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 150. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 58. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 7, p. 122.

¹¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 149-151.

¹¹⁴ Segundo a autora, ãde modo recorrente, são concedidos direitos previdenciários, pensão por morte e a inclusão em plano de saúde. Contam-se às dezenas as decisões que deferem direitos sucessórios, assegurando direito à meação, direito real de habitação, direito à herança bem como o exercício da inventariança. Também são deferidos alimentos e assegurado o direito à curatela do companheiro declarado incapaz. Do mesmo modo, é assegurada a adoção e a habilitação conjunta, bem como declarada a dupla parentalidade quando são usados os meios de reprodução assistida. Ainda que os parceiros sejam gays, reconhecida como doméstica a violência, são aplicadas medidas protetivas da Lei Maria da Penha. De tão reiteradas as decisões, alguns direitos são deferidos em sede administrativa. Assim a concessão pelo INSS de pensão por morte e auxílio reclusão; o pagamento do seguro DPVAT; a expedição de visto de permanência ao parceiro estrangeiro. Também está assegurada a inclusão do companheiro como dependente no imposto de renda. O último censo revelou a existência de 60 mil famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo. DIAS, Maria Berenice. *O reconhecimento do direito à diferença*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_reconhecimento_do_direito_%E0__diferen%E7a.pdf>. Acesso em: 24/10/2011.

mantinha amplamente controvertida, foi levada à análise do Supremo Tribunal Federal, que, em 05 de maio de 2011, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e, por maioria de votos, determinou a aplicação do regramento da união estável heterossexual à homoafetiva, equiparando-as com os mesmos direitos e deveres. Em síntese, fundamentou-se a decisão nos princípios constitucionais do pluralismo das entidades familiares, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Com efeito, as entidades familiares expressamente previstas no artigo 226 da Constituição de 1988 são formas exemplificativas de constituição de família, conforme se estudará no item 1.2.3 do presente trabalho, não se excluindo da proteção do Estado outras que venham a ser verificadas no plano fático. Assim, as uniões homoafetivas, ainda que não elencadas no aludido dispositivo legal, seriam mais uma forma de entidade familiar, portanto, merecedoras de tutela jurídica. Se assim não fosse, conferir-se-ia tratamento discriminatório aos seus sujeitos, atentando-se contra a dignidade humana ao vedar a constituição de família tão somente com base na opção sexual de seus membros. Nos termos do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, a proteção constitucional da família õpressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedadeõ, razão pela qual, enquadrando-se a união estável homoafetiva nesses moldes, deve ser ela reconhecida como entidade familiar¹¹⁵.

¹¹⁵ ãEmenta: (...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de õpromover o bem de todosõ. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ãnorma geral negativaõ, segundo a qual ão que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitidoõ. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanación do princípio da ãdignidade da pessoa humanaõ: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO ãFAMÍLIAõ NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. (...) A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ãfamíliaõ, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária

O reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva foi determinante para o julgamento da ação envolvendo a possibilidade do casamento civil entre pessoas com a mesma orientação sexual. Em 25 de outubro de 2011, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, seguindo a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão inédita, por maioria de votos, ao permitir não apenas a conversão da união homoafetiva em casamento, mas também a possibilidade de habilitação direta das pessoas homossexuais para o casamento civil, independentemente da existência de prévia união estável. Trata-se, de fato, de decisão inovadora e consentânea com a ordem constitucional, pois possibilitou a conversão da união homoafetiva em casamento, aplicando-lhe, portanto, o mesmo regramento da união estável, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, sedimentou o entendimento de que não se deve vedar ao ser humano a possibilidade de constituir família, reconhecida e tutelada pelo Estado, tão somente em razão de sua orientação sexual, sob pena de lhe conferir tratamento discriminatório e atentatório à sua dignidade, mormente quando inexiste qualquer mandamento constitucional ou legal que restrinja esse modo de constituição de família às pessoas heterossexuais. Se a união entre pessoas do mesmo sexo é fundada no afeto e se a vontade

relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. (...) 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. (...) A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. (...) Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (Supremo Tribunal Federal, ADI nº 4.277-DF e ADPF nº 132-RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, data do julgamento: 05/05/2011).

delas é formar uma comunhão de vida, pública e contínua, o Estado e a sociedade devem reconhecê-las como família, conferindo-lhes a opção de escolha acerca de sua constituição, informal ou formal, e, conseqüentemente, os respectivos efeitos jurídicos.

Além do casamento e da união estável, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §4º, também consagrou como entidade familiar a comunidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes, denominada família monoparental, que pode se originar da vontade pessoal do genitor, como no caso da mãe solteira, bem como de casos de viuvez e adoção por apenas uma pessoa. À família monoparental aplicam-se todas as regras previstas no Código Civil de 2002 acerca dos direitos e deveres entre pais e filhos, inexistindo um estatuto jurídico próprio destinado a regulá-la, o que, à luz da Carta Magna, sequer se justificaria, em razão do princípio da igualdade entre os filhos¹¹⁶.

Além da exclusão da família legítima, outra importante alteração promovida pela Constituição Federal de 1988 refere-se à consagração do princípio da igualdade entre homem e mulher (artigos 5º, inciso I, e 226, §5º) e entre os filhos (artigo 227, §6º). Segundo Zeno Veloso, ão modelo de sociedade conjugal hierarquizada, verticalizada, elitizada, organizada sob estrutura patriarcal, com o marido exercendo a chefia, o comando, reservando-se à mulher uma posição de inferioridade, acabou, em nosso País¹¹⁷. Nas relações familiares homem e mulher passaram a ter os mesmos direitos e deveres na administração da sociedade conjugal ou de fato, assim como na criação e educação dos filhos. O Código Civil de 2002 regulou esses dispositivos constitucionais ao prever que ao homem não é mais atribuída a chefia da sociedade conjugal, cuja direção passou a ser exercida também pela mulher, em igualdade de condições com aquele, no interesse do casal e dos filhos. O poder familiar também passou a ser exercido por ambos os pais no interesse exclusivo dos filhos menores, independentemente da sua origem.

Da mesma forma, todos os filhos foram equiparados, sendo, igualmente, titulares dos mesmos direitos pessoais, patrimoniais e sucessórios. Por conseguinte, proibiu-se qualquer designação discriminatória relativa à natureza da filiação¹¹⁸. Assim, todo e qualquer filho pode ser reconhecido, voluntária ou judicialmente, independentemente da relação jurídica mantida entre seus pais à época da concepção, pois ãé corolário do princípio da igualdade o direito de estabelecer a ascendência biológica,

¹¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 66-67.

¹¹⁷ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 87.

¹¹⁸ Ensina Zeno Veloso que, ãsuprimidas as distinções categoriais, que tinham o peso de um verdadeiro opróbrio, no Brasil não existem mais filhos legítimos e filhos ilegítimos, mas filhos, puramente, unicamente, sem aquela adjetivação difamante, execrável e vergonhosa de outrora. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 87.

qualquer que seja¹¹⁹. Em suma, o princípio da igualdade nas relações familiares, segundo Sílvio de Salvo Venosa, pode ser assim sintetizado:

Nesse contexto, ambos os pais, casados ou não, passam a ter papel semelhante na educação dos filhos, desaparecendo a autoridade exclusivamente marital. A família, doravante, deve gravitar em torno de um vínculo de afeto, de recíproca compreensão e mútua cooperação. (...) A família passa a ter um conteúdo marcadamente ético e cooperativo e não mais econômico, resquício este da velha família romana e, nesse contexto, não há espaço para qualquer discriminação. Sob tal prisma, a Constituição brasileira vigente coroou tendência universal. Não se discriminam os filhos em razão de sua origem, aspecto que a sociedade, há muito, não sem alguma resistência, já se encarregara de observar¹²⁰.

Ainda no tocante à proteção da pessoa dos filhos, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a família, a sociedade e o Estado devem garantir à criança, ao adolescente e ao jovem¹²¹, 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, bem como resguardá-los de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Asseguram-se, assim, os direitos indispensáveis ao desenvolvimento e à plena formação da personalidade dos filhos menores, materializando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Essas são consideradas as principais modificações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 no direito de família, as quais, em geral, foram confirmadas e reguladas, especialmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, que consagrou a doutrina da proteção integral, assegurando o pleno desenvolvimento físico, intelectual e moral das crianças e dos adolescentes, e pelo Código Civil de 2002¹²². Entretanto, a tutela jurídica não advém exclusivamente desses diplomas legais,

¹¹⁹ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 89.

¹²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 225-226.

¹²¹ Nos termos do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, sendo adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. A Emenda Constitucional nº 65/10 alterou a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal para tratar dos interesses da juventude. Nesse sentido, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 4.529/04, que dispõe sobre o Estatuto da Juventude e, em seu artigo 1º, §1º, considera jovens as pessoas entre quinze e vinte e nove anos de idade, de acordo com a seguinte nomenclatura: I - jovem-adolescente, entre quinze e dezessete anos; II - jovem-jovem, entre dezoito e vinte e quatro anos; III - jovem-adulto, entre vinte e cinco e vinte e nove anos. Esse Projeto de Lei foi encaminhado para votação no Senado, porém, conforme se observa da análise de seu teor, há uma verdadeira sobreposição entre o jovem e o adolescente, tal como previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto da Juventude, já que a pessoa entre quinze e dezessete anos se enquadra na nomenclatura de ambos os diplomas legais.

¹²² Embora a maioria das normas do Código Civil de 2002 esteja em consonância com os princípios constitucionais de direito de família, algumas ainda estão ôfundadas nos paradigmas passados e em desarmonia com os princípios constitucionais. A título de exemplo, cita-se o artigo 1.641, inciso II, que impõe o regime da separação de bens às pessoas que, à época do casamento, possuírem mais de setenta anos de idade. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 12.

intensificando-se a produção legislativa com vistas à proteção dos filhos menores, pessoas vulneráveis ainda em desenvolvimento. A Lei nº 12.318/10, que trata da alienação parental, é um exemplo atual da intervenção do Estado nas relações familiares com o escopo de proteger os filhos contra danos psíquicos causados pela ação dos próprios pais, avós ou de qualquer pessoa que os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que instigue o repúdio do genitor pelo filho ou que dificulte ou impeça o convívio entre eles, prejudicando a formação ou manutenção do vínculo de afeto na relação paterno-filial.

Estabelece-se, assim, o marco definitivo na transição do modelo da família patriarcal, característica do século XIX e da primeira metade do século XX, para a família contemporânea, consagrada no final do século XX com a nova ordem constitucional. Delineada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade e da afetividade, a família destina-se à realização existencial de seus membros, legitimando-se enquanto ampará-los, protegê-los e garantir-lhes o desenvolvimento. Consagrou-se assim um padrão mínimo de proteção, que é em si um objetivo e um meio para atingir o *direito a felicidade de cada um de seus integrantes*¹²³.

Vê-se, pois, que a família perdeu sua função econômica e procriacional¹²⁴ para ser o *locus* de realização pessoal e da dignidade de cada um de seus membros. O afeto passou a ser o elemento formador e conformador da entidade familiar, de modo que enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida¹²⁵. Essa transição da família tradicional para a família contemporânea é marcada pelo fenômeno denominado repersonalização das relações civis, segundo o qual os interesses dos seres humanos devem prevalecer sobre seus interesses patrimoniais, evidenciando, no âmbito

¹²³ MANRIQUE, Ricardo C. Pérez. Nuevas formas familiares ó demografía y Derecho de Familia. In: *A família além dos mitos* (coords. Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 265-266 (Traduzi).

¹²⁴ Explica Paulo Luiz Netto Lôbo que a função econômica perdeu o sentido, pois a família é para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos e não é mais unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social. Contribuiu para a perda dessa função a progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número médio de filhos das entidades familiares. (...) A função procriacional, fortemente influenciada pela tradição religiosa, também foi desmentida pelo grande número de casais sem filhos, por livre escolha, ou em razão da primazia da vida profissional, ou em razão de infertilidade. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 03. Cf. GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.

¹²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 01.

familiar, a supremacia da afetividade e da realização da dignidade¹²⁶. Nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo, ãa família é o espaço por excelência da repersonalização do direito¹²⁷.

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômicas, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua. (...) Reinventando-se socialmente, reencontrou sua unidade na *affectio*, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social¹²⁸.

Destarte, o elemento estruturador da família contemporânea é o afeto, que deve unir todos os seus integrantes, sujeitos centrais da proteção estatal fundada nas garantias da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Nesse sentido, analisar-se-á, no próximo item, o conteúdo dos princípios constitucionais que informam o direito de família a fim de melhor compreender os valores que atualmente norteiam as relações familiares de caráter pessoal.

1.2 Princípios constitucionais informadores do direito de família

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a estrutura das entidades familiares e as relações pessoais entre seus membros passaram a ser fundadas nos princípios, implícitos ou explícitos, nela consagrados¹²⁹. Os princípios constitucionais revelam os valores sobre os quais está erigido o sistema jurídico, cujo cerne é a proteção e a garantia da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, e as suas proposições, com

¹²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 11. Nessa linha, Waldyr Grisard Filho afirma que ão legislador constituinte de 1988 forneceu material instigante para a renovação da família, com a consequente superação do paradigma da família patriarcal, fundada na igualdade e na dignidade da pessoa de seus integrantes, em regime de co-gestão e não-discriminatória, eudemonista, pois que já não é mais o patrimônio seu valor fundamental. Na contemporaneidade os novos arranjos familiares, independentemente da diversidade de sua gênese, cumprem as funções que a sociedade destina à família, à transmissão da cultura e à integral formação dos sujeitos. GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas*, cit., p. 64.

¹²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 11.

¹²⁸ Idem, p. 14-15.

¹²⁹ Nesse sentido, Luiz Edson Fachin ensina que ãa família, não obstante se submeta à legislação infraconstitucional, tem o centro irradiador da sua regulação no Texto Constitucional. E é a partir daí que se fala na incidência dos princípios constitucionais não apenas nas relações de família, mas em todas as relações interprivadas; não apenas no campo dos direitos fundamentais, como queira ler o constitucionalismo, mas em todas as dimensões das relações interprivadas: nos contratos, na família, na propriedade. FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo. In: *A família além dos mitos* (coords. Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 123.

força normativa¹³⁰, ao serem diretamente aplicadas ao caso concreto ou utilizadas na interpretação de regras jurídicas, asseguram, nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ãa prevalência dos valores mais humanitários e sociais¹³¹.

Dessa forma, os institutos de direito civil, especialmente os de direito de família, não devem ser analisados isoladamente, sob o âmbito estrito do positivismo jurídico, mas, ao contrário, devem ser entendidos e interpretados em conformidade com os princípios constitucionais, que informam todo o ordenamento jurídico e todas as relações sociais, sempre visando à proteção do ser humano e à garantia da justiça social. É por meio da aplicação dos princípios na solução dos casos concretos que os fins sociais perseguidos são efetivamente atingidos¹³².

Diante disso, o papel dos princípios é, também, informar todo o sistema, de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, ultrapassando, desta forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro. Não mais se aceita um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista. É necessário ultrapassar esta barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consonância com a realidade se tivermos em mente um Direito principiológico¹³³.

Os princípios constitucionais que informam o direito de família resumem-se aos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, princípios fundamentais da ordem jurídica dos quais decorrem os princípios da igualdade, da pluralidade de entidades familiares, da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente, os quais, observados no estudo, na aplicação e na interpretação das regras jurídicas, garantem a efetividade da tutela familiar.

¹³⁰ Ensina Humberto Ávila que ãos princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos. Nessa linha, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka afirma que ãos princípios são, enfim, a mais alta expressão da normatividade, porque a norma jurídica, como gênero, compreende os princípios e também as regras. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 127. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas*, cit., p. 57.

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 32. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, os princípios diferenciam-se das regras quanto ao seu conteúdo, modo de incidência e aplicação. ãa regra indica suporte fático hipotético (ou hipótese de incidência) mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva à sua incidência, confirmando-a o intérprete mediante o meio tradicional da subsunção (...). O princípio, por seu turno, indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida, segundo formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 34-35.

¹³² Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 127.

¹³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 18-19.

1.2.1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade humana foi concebida filosoficamente na Antiguidade, especialmente a partir da doutrina cristã¹³⁴, mas foi Immanuel Kant, no século XVIII, quem tratou especificamente do valor inerente ao ser humano ó a dignidade ó na concepção que orientou, séculos após, o pensamento jurídico ocidental¹³⁵. Segundo Kant, tudo tem um preço ou uma dignidade. Tem um preço a coisa que pode ser substituída por outra equivalente. Porém, quando isso não é possível, fala-se em dignidade e, portanto, em pessoa humana, insubstituível¹³⁶. A dignidade é, assim, inerente ao ser humano, o qual, na concepção kantiana, existe como um fim em si mesmo, e nunca como um meio para se atingir finalidades estranhas à sua vontade, de modo que qualquer ato que equipare ou trate a pessoa como um mero objeto atenta contra a dignidade da pessoa humana¹³⁷.

A dignidade da pessoa humana foi positivada como valor universal com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, cujo objetivo foi a reconstrução dos direitos humanos e a sua proteção na ordem internacional, constituindo uma das reações da comunidade jurídica às atrocidades cometidas contra a humanidade

¹³⁴ Ensina Maria Celina Bodin de Moraes, que õfoi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural. Atribui-se a Boécio, em texto que data do séc. VI, o registro que propiciou, através da matriz teológica, a transmissão da cultura grego-latina aos filósofos medievais. Foi a propósito do mistério da Trindade que Boécio ofereceu a definição de pessoa, que viria a ser adotada posteriormente por São Tomás: *substância individual de natureza racional*. Daí se pôde pensar, como o fez São Tomás, a dignidade humana sob dois prismas diferentes: a dignidade é inerente ao homem como espécie; e ela existe *in actu* só no homem como indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano. A inflexão diz com o fato de que o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível. Mais do que isso, para São Tomás, a natureza humana consiste no exercício da razão e é através desta que se espera sua submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: *Princípios do direito civil contemporâneo* (coord. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 08-09.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 39.

¹³⁶ Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (...). 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 permite equivalente, então tem ela dignidade. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 68 e 77.

¹³⁷ LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 37. Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana, cit., p. 12.

durante a Segunda Guerra Mundial¹³⁸. A dignidade humana está prevista no primeiro artigo dessa Declaração, segundo o qual todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

No direito interno a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, significando dizer que toda a atuação estatal e todo o ordenamento jurídico e sua interpretação devem ser erigidos tendo-se em vista o respeito e a proteção da pessoa humana, valor central do sistema. Trata-se, nos dizeres de Flávia Piovesan, de um superprincípio, orientador da ordem jurídica interna e internacional em torno da efetiva proteção do ser humano¹³⁹.

A Constituição consagrou o princípio e, considerando sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Com efeito, da mesma forma que Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e constitui-se¹⁴⁰.

Não há, contudo, na doutrina ou na jurisprudência, um conceito preciso sobre o que seja a dignidade da pessoa humana. A principal dificuldade na delimitação de seu conteúdo, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, consiste no fato de se tratar de um valor universal, inerente a todo e qualquer ser humano, cuja constante evolução acaba por gerar um conceito em contínuo processo de desenvolvimento¹⁴¹.

A fim de definir o que seja dignidade humana ou, ao menos, traçar os seus caracteres fundamentais, Antonio Junqueira de Azevedo propõe, primeiramente, que se estabeleça o próprio conceito de pessoa humana, que, para o autor, é o ser apto ao diálogo com o próximo e aberto ao amor, distinguindo-se dos demais seres vivos pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar, e, principalmente, pela sua

¹³⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição* (coord. George Salomão Leite). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 182.

¹³⁹ Idem, p. 193.

¹⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana, cit., p. 14.

¹⁴¹ Outro obstáculo citado pelo autor à conceituação da dignidade da pessoa humana reside no fato de que, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente ou, como preferem outros, atribuída a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade - como já restou evidenciado - passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 47-49.

capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto¹⁴². Tratando-se de ser humano, o princípio da dignidade pressupõe a ôintangibilidade da vida humana, pois, ôsem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade¹⁴³. A partir desse preceito, o princípio da dignidade produz três consequências que o fundamentam e delimitam o seu conteúdo: o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana, o respeito às condições materiais mínimas de vida e o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência social igualitária¹⁴⁴.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana visa a assegurar a integridade moral e física de todo ser humano em razão de sua existência, isto é, de sua condição humana. É a garantia do mínimo existencial, imprescindível ao pleno desenvolvimento da personalidade e do bem estar físico e mental do indivíduo, ou seja, de todos os valores e direitos fundamentais à sua existência¹⁴⁵. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida¹⁴⁶.

Dessa forma, a dignidade, expressão da condição humana, deve ser respeitada e tutelada pelo Estado, pela sociedade e por cada indivíduo, a fim de garantir a existência digna do ser humano, protegendo-o contra qualquer ato atentatório à sua integridade física e moral e garantindo-lhe liberdade e autonomia para determinar os rumos de sua vida, sempre com observância do dever de respeito à dignidade dos demais indivíduos integrantes da sociedade.

¹⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: Família e cidadania: O novo CCB e a ôvacatio legis. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM ó União OAB-MG, 2002, p. 340 e 349.

¹⁴³ Idem, p. 340.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana, cit., p. 349.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição* (coord. George Salomão Leite). São Paulo: Editores, 2003, p. 128-129.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 70.

No âmbito do direito privado, o direito de família é o ramo que mais sofre influência desse princípio¹⁴⁷. Isso porque a família contemporânea, baseada na igualdade e na afetividade, passou a ser o *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades¹⁴⁸. Desse modo, a dignidade da pessoa humana manifesta-se no sentido de impor à comunidade familiar o dever de respeito e de tratamento igualitário, além da observância e proteção dos direitos da personalidade, assegurando-se, assim, uma vida digna a todos em um ambiente familiar adequado à realização pessoal de seus integrantes.

A Constituição Federal, em seu capítulo VII, destinado à disciplina da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, expressamente prevê a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana às relações familiares, fazendo-o, porém, de modo exemplificativo, já que se trata de valor inerente a todo ser humano. Dispõe, assim, que o planejamento familiar deve estar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, §7º), sendo dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança, ao adolescente, ao jovem e às pessoas idosas, dentre outros direitos, a dignidade (artigos 227 e 230). É com fundamento na dignidade que Maria Celina Bodin de Moraes afirma que a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste, razão pela qual terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei¹⁴⁹.

Destarte, a tutela do ser humano é o objetivo central do sistema jurídico, do Estado, da sociedade e da família. É na família que se desenvolvem as relações pessoais com o mais elevado conteúdo afetivo e sentimental. Logo, é também a família o local onde o indivíduo encontra sua plena realização existencial, que a dignidade da pessoa humana se perfaz completamente, devendo, por isso, ser protegido e colocado a salvo de todos os atos que coloquem em risco o seu bem estar físico e mental.

1.2.2 Solidariedade familiar

A afirmação da solidariedade como princípio jurídico somente se tornou possível a partir do início do século XX, com a promulgação das Constituições sociais.

¹⁴⁷ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, v. 5, p. 32.

¹⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 39.

¹⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana, cit., p. 15.

Isso porque, durante o século XIX, a solidariedade expressava apenas um dever moral, ético, fundado na concepção de piedade, pois o individualismo jurídico, predominante no Estado liberal, colocava o interesse individual como a única razão e o único destinatário da proteção jurídica¹⁵⁰. Considerava-se o indivíduo como uma pequena *totalidade*, uma micro-célula autônoma, auto-suficiente e auto-subsistente¹⁵¹, isolado do mundo exterior, razão pela qual não se concebia, à época, a proteção dos interesses sociais e coletivos.

Com a superação do individualismo jurídico e a positivação dos direitos sociais, cria-se o ambiente jurídico e social necessário à consagração do princípio da solidariedade¹⁵². Trata-se de transformação consubstanciada no pensamento sociológico de que o ser humano apenas existe enquanto coexistir com outros indivíduos e com o mundo externo. Desenvolve-se, por conseguinte, a consciência do interesse comum, que, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, implica, para cada membro, a obrigação moral de *não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito*, evidenciando a ideia de reciprocidade, de comunidade de interesses¹⁵³.

No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, concebia-se a solidariedade apenas como diretriz geral de conduta, sendo, ademais, empregada no direito privado apenas no âmbito obrigacional, para designar a pluralidade de sujeitos, cada qual com direito ou dever à totalidade da prestação¹⁵⁴. Com a promulgação da Constituição, a solidariedade passa a ser princípio explícito, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil na construção da sociedade, que, nos termos do artigo 3º, inciso I, além de ser livre e justa, deve também ser solidária. Dessa forma, determina o texto constitucional que *todos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós*¹⁵⁵. Assim, o Estado, a sociedade e cada um de seus indivíduos são responsáveis pela existência social e, em última análise, pelo desenvolvimento de cada ser humano que a compõe. Consequentemente, tanto o Estado, por meio da execução de políticas públicas e

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. In: Família e solidariedade. *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: IBDFAM e Lumen Juris, 2008, p. 01-02.

¹⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 01/10/2010.

¹⁵² Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo esclarece que o princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver em sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar, cit., p. 05.

¹⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*, cit.

¹⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar, cit., p. 02.

¹⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*, cit.

da criação e interpretação das leis, como os indivíduos, por meio da observância de deveres recíprocos envolvendo o respeito e a cooperação, devem atuar de forma efetiva visando à garantia da existência digna de todos os que vivem em sociedade. Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que a solidariedade

como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social. (...) Sem a solidariedade, a subjetividade jurídica e a ordem jurídica convencional estão fadadas a constituírem mera forma de conexão de indivíduos que permanecem juntos, mas isolados. O princípio da solidariedade vai além da justiça comutativa, da igualdade formal, pois projeta os princípios da justiça distributiva e da justiça social. Estabelece que a dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados¹⁵⁶.

No direito de família o princípio da solidariedade manifesta-se, na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, no dever imposto ao Estado, à sociedade e à família de proteção ao grupo familiar, à criança, ao adolescente e às pessoas idosas. Trata-se de importante mudança na concepção das relações familiares, que, na vigência do Código Civil de 1916, estruturavam-se de forma hierarquizada, mas, na sociedade contemporânea, baseiam-se no afeto, na igualdade e na responsabilidade estatal e familiar pelo desenvolvimento de cada um de seus membros. Assim, não é mais a autoridade marital e paterna que garante a coesão dos vínculos familiares, isto é, a unidade familiar, mas, sim, a solidariedade, expressão do afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda e cuidado, que une a família de forma democrática, afetuosa e responsável¹⁵⁷.

O princípio da solidariedade deve ser observado tanto no âmbito interno como no âmbito externo das relações familiares. Externamente, a solidariedade representa a colaboração e o respeito que a entidade familiar e cada um de seus integrantes devem ter em relação à sociedade e ao meio ambiente em que vivem¹⁵⁸. Já internamente, exprime que os membros da família devem agir, uns em relação aos outros, com respeito e cooperação. Nesse sentido, quanto aos cônjuges e companheiros, a solidariedade revela-se na mútua assistência moral e material, na colaboração e cuidado que cada um deles deve ter com o

¹⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar, cit., p. 01 e 03.

¹⁵⁷ Idem, p. 06, 08 e 09.

¹⁵⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo cita como exemplos da aplicação do princípio da solidariedade no âmbito externo das relações familiares a responsabilidade civil objetiva dos pais pelos atos danosos cometidos pelos filhos menores a terceiros (artigo 932, inciso I, do Código Civil), assim como a defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações (artigo 225 da Constituição Federal). LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar, cit., p. 10.

desenvolvimento da pessoa do outro, assegurando-lhes uma existência digna e o equilíbrio e respeito nas relações familiares¹⁵⁹. No tocante aos filhos, a solidariedade corresponde ao dever, imposto aos pais ou responsáveis, de cuidar, educar, manter e zelar pelo filho menor até que ele atinja a maioridade¹⁶⁰. A título de exemplo, podem-se citar algumas disposições do Código Civil de 2002 que revelam a aplicação do princípio da solidariedade nas relações familiares internas, quais sejam: o exercício do poder familiar no interesse dos filhos menores (artigos 1.630 e 1.634); a adoção, exercida em razão do sentimento e da vontade dos adotantes e em atenção ao melhor interesse do adotando; a direção da sociedade conjugal exercida em colaboração pelo marido e pela mulher, no interesse do casal e dos filhos (artigo 1.567); a obrigação imposta aos cônjuges de concorrer, na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho, para o sustento da família e educação dos filhos (artigo 1.568); o direito de pedir e o dever de prestar alimentos entre os parentes, cônjuges e companheiros (artigo 1.694)¹⁶¹; e, a guarda compartilhada, que permite o

¹⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar, cit., p. 07 e 10.

¹⁶⁰ A Convenção sobre os Direitos da Criança estatui, em seu preâmbulo, que, a fim de garantir o pleno desenvolvimento de sua personalidade, a criança deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, bem como ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.

¹⁶¹ Ensina Paulo Luiz Netto Lôbo que a obrigação alimentar, em sentido amplo, fundamenta-se no princípio da solidariedade, sendo regulada pela legislação infraconstitucional, que especifica seus limites e modo de incidência, tais como os sujeitos dessa relação (parentes, cônjuges e companheiros). Assim, nos dizeres do autor, sob o ponto de vista da Constituição, a obrigação a alimentos funda-se no princípio da solidariedade (art. 3º, I), que se impõe à organização da sociedade brasileira. A família é a base da sociedade (art. 226), o que torna seus efeitos jurídicos, notadamente os alimentos, vinculados no direito/dever de solidariedade. A legislação infraconstitucional estabelece seus limites e contornos: O Código Civil (arts. 206, §2º; 1.694 a 1.710) que deu unidade ao direito material sobre o assunto, além do ECA, art. 22, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003, arts. 11 a 14), as normas residuais de direito material da Lei de Alimentos (Lei 5.478/1968) e outras normas dispersas. É jurídica, pois, a obrigação alimentar, fundada no princípio normativo da solidariedade, seja na relação entre parentes seja na relação familiar (cônjuges, companheiros). Assim, considerando-se a relação de parentesco, são sujeitos da obrigação alimentar, nos termos do artigo 1.697 do Código Civil, os ascendentes, os descendentes e os irmãos. A interpretação desse dispositivo é, contudo, controversa. Coloca-se a questão acerca da possibilidade de os parentes colaterais de terceiro e quarto graus, bem como os afins, serem obrigados a prestar alimentos com base no princípio da solidariedade. Segundo o posicionamento doutrinário majoritário, seguido por Maria Helena Diniz e Paulo Luiz Netto Lôbo, não há obrigação alimentar nessas classes de parentesco, tendo em vista a expressa previsão do artigo 1.697 do Código Civil. Nessa linha é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do Recurso Especial nº 1.032.846-RS, em 18/12/2008, eximiu as tias paternas do dever de prestar alimentos aos sobrinhos. Em sentido contrário é o entendimento de Maria Berenice Dias. Afirma a autora que, além de o artigo 1.697 do Código Civil não excluir expressamente os parentes colaterais até o quarto grau, estão eles incluídos na ordem de vocação hereditária, razão pela qual também teriam o dever de prestar alimentos, pois não haveria razão para lhes reconhecer direitos (herança) e não lhes atribuir deveres. Assim, na falta de ascendentes, descendentes e irmãos, seriam eles devedores de alimentos. Quanto aos parentes afins, Maria Berenice Dias também sustenta a possibilidade de serem sujeitos da obrigação alimentar, pois a lei não faz qualquer distinção. Fala em parentesco por afinidade (CC 1.595 §1.º) e impõe obrigação alimentar aos parentes (CC 1.694). Deste modo, quando o legislador faz menção a parentes, devem-se entender aí os familiares consanguíneos, acrescentando a esse vínculo os da afinidade e da adoção. Já Flávio Tartuce e José Fernando Simão adotam posicionamento intermediário que bem soluciona a questão. Segundo os autores, os parentes colaterais de terceiro e quarto graus são sujeitos da obrigação alimentar, pois, tendo eles

convívio do filho com ambos os pais e, por conseguinte, a manutenção do vínculo de afeto que os une, em contraposição à guarda unilateral, que visa primordialmente à preservação dos interesses dos pais (artigo 1.583)¹⁶².

Assim, tal princípio impõe uma atuação visando não apenas aos interesses individuais de cada membro da família, mas também aos interesses de todos os seus integrantes, que, conjugados de forma harmônica, revelam a solidariedade familiar. Nessa linha, Rosa Maria de Andrade Nery ensina que no direito de família

A pacificação das relações exige sejam sopesados, de um lado, a liberdade individual do ser humano, e de outro, as conseqüências oriundas de seus atos de liberdade. Nessa cadência, o risco do viver e promover a vida, no local onde a vida tem condições de medrar, que é a família, não permite que se conceda a liberdade plena que um reclama, se em contrapartida, há quem tenha a vida na dependência da *não liberdade* do outro¹⁶³.

O princípio da solidariedade, portanto, permeia todas as relações familiares, que devem ser construídas e desenvolvidas com observância dos deveres de cooperação, respeito, cuidado e assistência moral e material, viabilizando-se, assim, a união da família em torno da convivência afetiva e responsável e, em última análise, a existência digna de todos os seus membros e de toda a coletividade.

1.2.3 Pluralismo das entidades familiares

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo 226, parágrafos 1º, 3º e 4º, três entidades familiares, quais sejam as formadas pelo casamento, pela união estável e por qualquer dos pais e seus descendentes - a família monoparental. Não obstante o rompimento com o modelo da família legítima, a previsão constitucional de apenas três entidades familiares gerou entendimentos doutrinários diversos quanto à possibilidade de

direito à herança, têm também obrigações, como a de alimentos. Porém, com relação aos afins, afirmam que esse parentesco gera conseqüências jurídicas apenas em matéria de impedimento matrimonial, não havendo que se falar em obrigação alimentar, mormente em razão do disposto no artigo 1.697 do Código Civil. Ressalvam, contudo, a tendência de se estender a obrigação alimentar à relação entre padrasto ou madrastra e enteado. Isso porque, com o advento da Lei nº 11.924/09, que possibilitou ao enteado o uso do sobrenome do padrasto ou madrastra, desde que exista justo motivo para tanto, õparece insuficiente pensar que o vínculo estabelecido entre tais pessoas será apenas para os fins de uso do nome, principalmente em tempos de valorização da socioafetividade, presente muitas vezes em tais relacionamentosö. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 542-545. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 583. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 357-358. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar, cit., p. 13-14. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 421-422.

¹⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar, cit., p. 07, 10 e 11.

¹⁶³ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. *Revista de Direito Privado*, n. 17, jan./mar. 2004, p. 68.

se conferir tutela jurídica a grupos familiares não constituídos por qualquer das formas previstas nos aludidos dispositivos constitucionais.

Paulo Luiz Netto Lôbo, defensor do princípio do pluralismo das entidades familiares, sintetiza os argumentos contrários à tese de que tal previsão constitucional é meramente exemplificativa, subdividindo-os em duas correntes doutrinárias, da seguinte forma¹⁶⁴: a primeira corrente fundamenta-se na primazia do casamento, em detrimento da união estável e da família monoparental, que deveriam receber proteção jurídica limitada em razão do disposto na parte final do §3º do artigo 226 da Constituição Federal, segundo o qual a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento; já a segunda, baseada na igualdade entre as três entidades familiares, adota o posicionamento de que o rol constitucional é taxativo¹⁶⁵.

A despeito dos argumentos suscitados, as duas correntes não merecem acolhida. A primeira porque fundada na desigualdade entre as entidades familiares, em contradição, portanto, com os princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico, em especial os da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Sendo a família o *locus* de afeto e de realização existencial de seus membros, qualquer forma de discriminação violaria o princípio basilar do direito de família ao conferir tratamento indigno às pessoas que, unidas por laços de afeto, constituem relação familiar por outro modo que não o casamento¹⁶⁶. Se assim fosse, regredir-se-ia à concepção discriminatória de família legítima e ilegítima do Código Civil de 1916. Ademais, a parte final do §3º do artigo 226 da Constituição Federal tem por única finalidade facilitar a conversão da união estável em casamento, não impondo qualquer requisito que condicione sua validade ou eficácia à realização de tal conversão. Assegura-se, dessa forma, efetiva proteção jurídica aos companheiros que desejam manter essa união, não podendo o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser constituída ou mantida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra¹⁶⁷. Já a segunda corrente, embora assentada na igualdade entre as entidades familiares e na liberdade de escolha, ainda que limitada, quanto à forma de constituição que melhor atenda à realização existencial de seus membros, restringe a tutela jurídica às

¹⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 58.

¹⁶⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 10-11 e 23. MOTTA, Carlos Dias. Princípios fundamentais de direito de família. In: *Família e sucessões: reflexões atuais* (coord. João Batista Amorim de Vilhena Nunes). Curitiba: Juruá, 2009, p. 61.

¹⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 167.

¹⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 59.

famílias expressamente previstas na Constituição Federal, excluindo as demais formas em evidente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶⁸.

Assim, o melhor posicionamento é o que afirma ser tal previsão constitucional meramente exemplificativa, pois todas as famílias, independentemente da origem de sua formação, merecem tutela estatal a fim de que seja preservada a dignidade de todos os seus integrantes, que encontram na família o *locus* de sua realização existencial e do desenvolvimento de sua personalidade¹⁶⁹. Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 226, *caput* e §8º, respectivamente, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. São disposições genéricas que, ao contrário das Constituições anteriores, não condicionam a proteção estatal a um tipo específico de entidade familiar, mas ampliam-na para toda e qualquer forma de constituição de família¹⁷⁰. Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo preleciona que

ao suprimir a locução *constituída pelo casamento* (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional *a família*, ou seja, qualquer família constituída

¹⁶⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 58-59.

¹⁶⁹ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: principais e operacionais*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principiais-e-operacionais.cont>>. Acesso em: 09/10/2010. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 67. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 37-38. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 338. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 60-61. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 165.

¹⁷⁰ Segundo Sérgio Resende de Barros, a verdade lógica, coincidindo com a realidade histórica de que emergiu a Constituição de 88, demonstra que o seu art. 226 não fixa um *numerus clausus* para fechar a evolução do direito de família. Assim a *mens legislatoris* como a *mens legis*, conseqüentes no mesmo propósito, definiram formas de família a par do casamento, sem excluir as que não definiram. O *numerus* é *apertus*. Pelo que, sem burlar a Constituição, outras entidades familiares o mesmo quando e onde esquecidas pela lei o podem ser acolhidas pela jurisprudência e pela doutrina. Está claro na redação constitucional que a enumeração não foi taxativa e excludente. Essa mentalidade aberta admitiu a união estável (CF art. 226, § 3º) e a família monoparental (CF art. 226, § 4º). Mas o fato de não ter enumerado não significa que tenha vedado outras entidades, como a família homoafetiva, que se lastreia no afeto familiar, mesmo sem conjugar homem com mulher, e a família anaparental, que se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com pai, nem mãe. (...) Os direitos humanos desfraldam a bandeira da universalidade, mas não de forma abstrata, porém de forma historicamente condicionada. Por isso, excluir famílias historicamente existentes é negar o direito de família no seu núcleo fundamental: o direito à família, do qual dimanam todos os direitos humanos familiares. Nessa linha também ensina Paulo Luiz Netto Lôbo: não se pode enxergar na Constituição o que ela expressamente repeliu, isto é, a proteção de tipo ou tipos exclusivos de família ou da família como valor em si, com desconsideração das pessoas que a integram. Não há, pois, na Constituição, modelo preferencial de entidade familiar, do mesmo modo que não há família de fato, pois contempla o direito à diferença. Quando ela trata de família está a referir-se a qualquer das entidades possíveis. Se há família, há tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: principais e operacionais*, cit. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: Família e cidadania o novo código civil brasileiro e a *vacatio legis*. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM e União OAB-MG, 2002, p. 107.

socialmente. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução *a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos*. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos¹⁷¹.

De fato, por serem as formas mais usuais de constituição de família, o casamento, a união estável e a família monoparental foram incluídos na Constituição Federal. Isso, porém, não significa a exclusão das demais entidades familiares constituídas a partir da liberdade e em torno da afetividade entre seus membros, evidenciando, dessa forma, o abandono à concepção econômica e reprodutiva da família existente sob a égide do Código Civil de 1916 e, por conseguinte, a consagração da pessoa humana como destinatária direta da tutela promovida pelo direito de família¹⁷².

Adotado o posicionamento de que todas as entidades familiares são protegidas juridicamente, é preciso identificar as características que ensejam a formação da família a fim de diferenciá-la dos demais relacionamentos, que, embora pessoais e afetivos, não constituem entidades familiares e, conseqüentemente, não estão sujeitos às normas civis e constitucionais do direito de família. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, as características comuns às entidades familiares são:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente¹⁷³.

¹⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 60.

¹⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 38-39. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 60-61.

¹⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 58. Anderson Schreiber, em comentário a esses requisitos, afirma que embora os três requisitos estejam, de fato, presentes em grande parte dos núcleos familiares, o certo é que relações de família podem ser identificadas mesmo à falta de alguma destas características. Não há dúvida, por exemplo, de que o casal homoafetivo que não ostenta publicamente sua condição, preferindo escapar ao olhar discriminatório de setores conservadores da sociedade, não deixa por isso de configurar uma *entidade familiar*, atraindo, mesmo à falta da chamada ostentabilidade, a proteção do direito de família. De modo semelhante, o pai que carece de qualquer afeto pelo filho, ou que sequer tem notícia da sua existência, não se despede da relação familiar de paternidade que os vincula a partir do liame biológico. Tampouco a eventual ausência de estabilidade em uma relação amorosa, com rompimentos e retomadas sucessivas, pode ser tida, em dado recorte temporal, como excludente definitiva de um vínculo de natureza familiar, sobretudo quando já centrado sobre outros atos formais de constituição, como é o caso do matrimônio. A evolução jurídica tem demonstrado a contínua flexibilização no próprio conteúdo destes requisitos para a configuração das entidades familiares. Veja-se o exemplo da união estável, para a qual a legislação exigia o decurso de prazo fixo (estabilidade), e parte da doutrina aludia, mesmo contra orientação jurisprudencial expressa, à necessidade de co-habitação entre os conviventes (ostentabilidade). Tais exigências foram, gradativamente,

Em regra, a convivência afetiva, duradoura, pública e ostensiva, com o objetivo de formar família, caracteriza a entidade familiar, que é uma estruturação psíquica em que cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente¹⁷⁴. Caracterizada a entidade familiar, cada um de seus tipos deve ser regido por legislação específica, estabelecida em conformidade com o seu modo de constituição, particularidades e produção de efeitos. Na ausência, porém, de estatuto jurídico próprio, a entidade familiar deve ser tutelada de acordo com as disposições constitucionais e com os princípios e o regramento geral do direito de família¹⁷⁵. A inexistência de regramento específico não pode significar a ausência de tutela estatal ou a exclusão social àqueles agrupamentos humanos constituídos em torno da afetividade, convivência, assistência e boa-fé¹⁷⁶. Os indivíduos que compõem a família, independentemente de sua origem e modo de formação, devem ser tutelados enquanto seres humanos que são. Assegurada essa proteção, a família da qual são membros também estará, por conseguinte, sendo tutelada, consagrando-se, assim, o princípio do pluralismo das entidades familiares¹⁷⁷.

Nesse sentido, podem ser citadas, a título exemplificativo, as seguintes entidades familiares que, presentes no plano fático, merecem proteção jurídica a despeito de não expressamente elencadas na Constituição Federal: família anaparental, constituída por irmãos cujos pais faleceram ou os abandonaram, por avós e netos ou tios e

superadas, reconhecendo-se a dificuldade de congelar em requisitos fixos um fenômeno que é sociológico em sua essência e múltiplo em suas manifestações. SCHREIBER, Anderson. Famílias simultâneas e redes familiares. In: *Leituras complementares de direito civil: direito das famílias* (coords. Marcos Ehrhardt Júnior; Leonardo Barreto Moreira Alves). Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 143-144.

¹⁷⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 166.

¹⁷⁵ Essa assertiva é assim elucidada por Paulo Luiz Netto Lôbo: cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude dos requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades. Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de espaço de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 60.

¹⁷⁶ Tanto é assim que a família monoparental, embora não regulada pelo Código Civil de 2002, é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal, logo, destinatária de tutela jurídica.

¹⁷⁷ Pouco relevante é a obediência a uma padronização, mesmo porque, quando se trata de afeto, isso é impensável. Necessário é compreender que a sociedade comporta a pluralidade de família, num movimento histórico, a partir das demandas íntimas de cada indivíduo. Ao se relacionar e afeiçoar-se a alguém, não deveria fazer parte da preocupação da pessoa a titulação que será dada a este elo. O importante é verificar se há ali um núcleo familiar compondo uma estrutura psíquica, seja com alguém de seu sexo ou de sexo oposto, com filhos ou sem eles, para se ter uma nova vivência afetiva (...). PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 171-172.

sobrinhos¹⁷⁸; famílias recompostas, também denominadas famílias reconstituídas, que consistem ãna estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm um ou vários filhos de uma relação anterior¹⁷⁹; e, uniões homoafetivas. Quanto a estas, o seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal como entidade familiar consagrou o princípio em análise ao evidenciar o caráter exemplificativo do rol do artigo 226 da Constituição. Em que pese o dispositivo prever a união estável apenas entre homem e mulher, o Tribunal entendeu que a tutela jurídica se estende também às uniões estáveis formadas entre pessoas do mesmo sexo, cujos direitos de família devem ser garantidos em atenção à dignidade das pessoas que a compõem. Trata-se, em síntese, do reconhecimento do direito à família, que deve ser assegurado a todos os indivíduos, independentemente de sua origem, raça, orientação sexual, cor ou idade, nos termos do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal¹⁸⁰.

Desse modo, as diversas formas de união afetiva entre pessoas com o objetivo comum de constituir família, verificadas, no plano fático, já antes do advento da Constituição Federal de 1988, geraram o abandono do modelo da família legítima, fundada exclusivamente no casamento, única entidade familiar até então objeto de proteção estatal.

¹⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 57.

¹⁷⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas*, cit., p. 85. “Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança. (...) O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (...). O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados. (...) Por tudo isso ó consideradas as peculiaridades do processo ó, é que deve ser concedido ao padrasto ó legitimado ativamente e detentor de interesse de agir ó o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar ó pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida ó em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA. STJ, REsp nº 1.106.637/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, data do julgamento: 01/06/2010.

¹⁸⁰ “Se a família encontra-se dissociada do casamento e da procriação, se a união homoafetiva contém respeito, consideração mútua, assistência moral e material recíprocas, não se justifica deixar ao desabrigo essa entidade familiar sob as normas de ordem moral ou por não se tratar de diversidade de sexos, sobretudo diante de opção sexual consubstanciada no direito à privacidade. (...) A importância da aplicação do princípio constitucional da pluralidade de formas de família às uniões de pessoas do mesmo sexo, assim como a qualquer outro vínculo amoroso que tenha estruturação psíquica de família, vai muito além da simples salvaguarda de direitos patrimoniais, pessoais ou previdenciários. Esta importância está, principalmente, na legitimação e desmarginalização das relações familiares, o que significa, em última análise, o cumprimento da palavra de ordem da contemporaneidade, cidadania, que por sua vez tem o significado de uma regra de juízo universal, ou seja, fazer cumprir também o macroprincípio da dignidade da pessoa humana.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 172-173.

A partir da normatização de que a família, considerada em sentido amplo, é a base da sociedade, consagrou-se o princípio do pluralismo das entidades familiares, que garante aos membros de todas as famílias, expressamente previstas ou não no ordenamento jurídico, tratamento igualitário, bem como os direitos e os meios necessários ao desenvolvimento de sua personalidade. Assegurou-se, em última análise, a realização concreta da dignidade da pessoa humana no âmbito familiar.

1.2.4 Igualdade

O princípio da igualdade está previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, essa é uma das formas da igualdade, a igualdade formal, que se consubstancia no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais¹⁸¹.

Em razão das diferenças naturalmente existentes entre os seres humanos, viu-se que a igualdade meramente formal, perante a lei, não era suficiente para se garantir um tratamento efetivamente isonômico no plano fático, razão pela qual se adotou outra forma de igualdade, a igualdade material, também denominada igualdade substancial¹⁸². Assim, além da igualdade formal, garantida constitucionalmente, deve-se buscar a igualdade material, permitindo-se o tratamento desigual, diferenciado, das pessoas desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, tratar igualmente os desiguais conduziria à prática de injustiças em razão do desrespeito às diferenças inerentes aos seres humanos. Conforme ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, *na medida em que se desiguam*, é exigência do próprio conceito de Justiça¹⁸³. A proibição, portanto, reside nas diferenciações arbitrárias, ou seja, nas discriminações, de modo que as distinções devem ser feitas quando verificadas condições peculiares de determinadas pessoas que as coloquem em posição diferenciada em relação ao restante do grupo social, considerando-se, nesse sentido, critérios objetivos

¹⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana, cit., p. 18.

¹⁸² Idem, p. 19.

¹⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 283.

e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação¹⁸⁴. A fim de melhor elucidar o conteúdo do princípio da igualdade, cita-se a lição de Pietro Perlingieri:

Não faltam opiniões que identificam o princípio da igualdade com a paridade de tratamento (...). Todavia, a igualdade não se esgota na igualdade de tratamento. As disparidades das condições econômicas e sociais podem, ou melhor, devem ser tratadas de forma diversa, isto é, sem paridade. (...) A paridade de tratamento se esgota no princípio retributivo. O princípio da igualdade supera a posição formal da paridade de tratamento para realizar a igualdade substancial: quando existe desigualdade de fato, não existe espaço para o princípio da paridade de tratamento. (...) A igualdade substancial, ao contrário, é realizada não apenas com a redistribuição dos bens e com regramentos diversificados em razão da desigualdade de fato, mas também com a garantia de uma efetiva participação dos indivíduos na dinâmica das relações de direito civil¹⁸⁵.

O princípio da igualdade possui tripla função no sistema jurídico brasileiro. Além de limitar a atuação do Poder Legislativo, na edição de leis, e do Poder Executivo, na elaboração de medidas provisórias e implementação de políticas públicas, constitui regra de interpretação para o Poder Judiciário e impõe limites à atuação do particular. Veda-se, assim, a elaboração de normas jurídicas ou a execução de políticas públicas com conteúdo discriminatório de qualquer natureza, que criem tratamento diferenciado ou abusivo a pessoas que se encontrem em situações idênticas. Impõe-se aos magistrados o dever de, no exercício da atividade hermenêutica, atribuir à lei o sentido que garanta e promova a igualdade entre as partes, sem a concessão de vantagens ou privilégios de qualquer espécie. Limita-se, por fim, a conduta dos cidadãos, que deve se manter íntegra, sendo-lhes vedado o agir preconceituoso, sob pena de responsabilização no âmbito civil e penal¹⁸⁶.

No direito de família o princípio da igualdade desdobra-se em três vertentes, que, historicamente, foram fortemente marcadas pela desigualdade, quais sejam: as entidades familiares, a relação entre homem e mulher e a relação de filiação.

Quanto às entidades familiares, o princípio da igualdade, analisado conjuntamente com o princípio do pluralismo familiar, determina que todas as famílias, expressamente previstas ou não na ordem jurídica, devem ser igualmente tuteladas pelo Estado, considerando-se as suas diferenças estruturais, modo de formação e efeitos,

¹⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 282-283.

¹⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 479-480.

¹⁸⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 92-93.

conforme já exposto no presente trabalho¹⁸⁷. Embora as entidades familiares sejam diferentes umas das outras, não há qualquer hierarquia entre elas, de modo que a proteção jurídica deve ser conferida em atenção às suas características e peculiaridades, próprias de cada arranjo familiar, sem que as diferenças naturalmente existentes importem em tratamento desigual, privilegiando uma em detrimento das outras¹⁸⁸.

No tocante à relação entre homem e mulher, o artigo 226, §5º, da Constituição Federal, reiterou o princípio da igualdade, consagrado no *caput* do artigo 5º, ao dispor que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher^{189,190}. A partir da interpretação desse dispositivo constitucional, vê-se que o gênero sexual não deve ser utilizado para diferenciar materialmente homem e mulher, salvo quando a diferenciação tenha por objetivo a redução dos desníveis naturalmente existentes¹⁹¹. Por conseguinte, a principal modificação introduzida pelo princípio na relação de conjugalidade consiste no fim do poder marital, que atribuía ao homem a chefia da sociedade conjugal. A mulher deixou de ser submissa ao marido e a direção da família passou a ser exercida pelos cônjuges ou companheiros, em colaboração e em igualdade de condições, com os mesmos direitos e deveres. Exemplificativamente, o direito de uso do sobrenome do outro foi assegurado ao homem e à mulher; a titularidade do poder familiar passou a ser exercida, em conjunto, por ambos os pais; conferiu-se ao casal a decisão a respeito da fixação do domicílio conjugal e do planejamento familiar, bem como a obrigação de sustentar a família e educar os filhos, na proporção dos bens e dos rendimentos do trabalho de cada um, independentemente do regime patrimonial de bens etc. Assim, com a equalização dos direitos e deveres na

¹⁸⁷ Item 1.2.3, *supra*.

¹⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 44.

¹⁸⁹ Nesse sentido, estabelece o artigo 1.511 do Código Civil de 2002 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

¹⁹⁰ O termo "sociedade conjugal" deve ser entendido em sentido amplo, englobando a união estável, pois, em razão do próprio princípio da igualdade, aos cônjuges e companheiros deve ser dispensado tratamento igualitário. Explica Rolf Madaleno que a igualdade dos cônjuges não é só deles, pois a igualdade é das pessoas, e nem mais precisa ser civilmente casado para merecer tratamento igualitário nas relações afetivas; é, sobretudo, uma isonomia ostentada no fundamento supremo do Estado Democrático de Direito da Carta da República brasileira, de defesa da dignidade humana (...). MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, cit., p. 43. Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 340. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 43. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 39.

¹⁹¹ Quanto às diferenciações previstas na Constituição Federal entre homem e mulher, que não constituem violação ao princípio da igualdade, Alexandre de Moraes cita como exemplos os artigos 7º, incisos XVIII e XIX, e 143, §§1º e 2º, que tratam, respectivamente, da licença à gestante, da licença-paternidade e do serviço militar. Para o autor, além de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria Constituição (...), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os *desníveis de tratamento* em razão do sexo; nunca, porém, beneficiando um deles. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 101.

entidade familiar, a sociedade conjugal passou a ser fundada e mantida no afeto, na solidariedade e na igualdade entre os seus integrantes, e não mais na subordinação e discriminação da mulher, características da sociedade patriarcal do início do século XX.

Por fim, o princípio da igualdade na relação de filiação está previsto no artigo 227, §6º, da Constituição Federal, segundo o qual ãos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Esse dispositivo coloca termo ao tratamento discriminatório conferido aos filhos sob a égide do Código Civil de 1916, seja em razão do vínculo existente entre os pais à época da concepção, seja em virtude da origem biológica ou não da filiação. Assim, não mais se permite o uso das expressões ãfiliação legítima e ilegítima, tendo em vista que, com os princípios do pluralismo das entidades familiares e da igualdade, todas as famílias, fundadas ou não no casamento, bem como todos os seus membros, devem ser tratados isonomicamente, sem qualquer distinção quanto ao sexo ou à origem, em atenção à garantia da dignidade humana¹⁹². Além da vedação ao uso de designações discriminatórias, o princípio da igualdade assegurou aos filhos, independentemente de sua origem, os mesmos direitos patrimoniais¹⁹³, sucessórios¹⁹⁴ e pessoais. Impôs, ainda, às três esferas do poder ó Legislativo, Executivo e Judiciário ó, assim como aos particulares, o ãdever de promoção da igualdade de

¹⁹² Conforme explica Euclides Benedito de Oliveira, ãnão mais se admite falar em filhos ilegítimos, muito menos na sua discriminatória classificação em simplesmente naturais ó frutos de pessoas solteiras, mas desimpedidos para o casamento ó, e em espúrios ó que podiam ser incestuosos ou adulterinos. Caíram por terra, assim, as odiosas discriminações às uniões fora do casamento, contidas no ordenamento civil, com destaque para o vexatório tratamento dispensado aos filhos tidos como ilegítimos. Os bastardos, ou ãespúrios, como eram chamados os adulterinos e incestuosos, sequer podiam ser reconhecidos por seus verdadeiros pais. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. A Constituição Federal e as inovações no direito de família. In: *O direito de família após a Constituição Federal de 1988* (org. Antônio Carlos Mathias Coltro). São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 43-44. Cf. MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre os filhos no direito brasileiro atual ó direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, ano 88, v. 764, jun. 1999, p. 20-24.

¹⁹³ Segundo posicionamento jurisprudencial, o princípio da igualdade entre os filhos deve ser observado na fixação da obrigação alimentar: ãAgravamento Interno. Ação revisional de alimentos. Alimentos Provisórios. Igualdade entre os filhos. Diante da possibilidade do alimentante e da necessidade do alimentado, até este momento processual, correto que os alimentos provisórios sejam fixados no mesmo patamar dos alimentos já pagos em favor de outro filho. Recurso Improvido. (...) O princípio constitucional da igualdade de tratamento aos filhos deve sempre ser observado, em matéria alimentar, quando se constatar a possibilidade do alimentante de arcar com o mesmo valor de pensão para todos os filhos e a necessidade dos mesmos de auferir a respectiva quantia. No caso dos autos, tanto as possibilidades do alimentante quanto as necessidades do menor, ora demandante, neste momento processual, estão bem demonstradas, o que autoriza a majoração determinada pelo juízo a quo. TJRS, Agravo Interno nº 70024585655, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, data do julgamento: 19/06/2008.

¹⁹⁴ Embora a Constituição Federal de 1988 tenha consagrado o princípio da igualdade, a Lei nº 6.515/77, em seu artigo 51, já havia reconhecido a todos os filhos o direito à herança em igualdade de condições.

tratamento em todas as situações materiais e existenciais em que eles se encontrem¹⁹⁵. Em síntese, o princípio da igualdade, aplicável à relação de filiação, pode ser assim enunciado:

(a) nenhuma distinção faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; (b) permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade e (d) veda designações discriminatórias relativas à filiação¹⁹⁶.

É possível, contudo, que se estabeleça tratamento diferenciado aos filhos que possuam necessidades especiais ou condição peculiar. A título de exemplo, em atenção à igualdade material, que autoriza o tratamento desigual para os desiguais, os pais podem adotar diferentes métodos educacionais para seus filhos, respeitando as diferenças inerentes à condição ou personalidade de cada um deles, sem que isso caracterize tratamento discriminatório¹⁹⁷.

Vê-se, pois, que o princípio da igualdade gerou profundas mudanças na estrutura da família e na relação entre os seus membros. Colocou-se fim ao patriarcalismo e à dicotomia entre família legítima e ilegítima, com especiais implicações nas relações conjugais, convivenciais e de parentalidade, na medida em que se vedou qualquer tratamento discriminatório que coloque homem, mulher ou filhos em posição de inferioridade e submissão. Com o fim dos privilégios concedidos ao homem, enquanto marido e pai, abriu-se espaço para que o afeto, e não mais a autoridade hierárquica, seja o elemento formador das relações familiares, mais dignas, democráticas e solidárias.

1.2.5 Melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem origem no instituto inglês do *parens patriae*, que atribuía ao rei a prerrogativa de proteger os incapazes, que não possuíam capacidade para gerir sua própria pessoa ou seus bens. A partir do século XIV, a guarda dessas pessoas e de suas propriedades foi transmitida ao Chanceler, mas apenas no século XVIII é que as Cortes de Chancelaria apartaram as atribuições do *parens patriae* entre a proteção das crianças e a dos loucos. Em 1763, os precedentes *Rex v. Delaval* e o caso *Blissets*, que versavam sobre o procedimento de busca

¹⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo* (orgs. Silmara Juny de Abreu Chinelato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi). São Paulo: Atlas, 2010, p. 421-422.

¹⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 22.

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 44-45.

e apreensão de menores, reconhecerem a superioridade do interesse da criança, que, contudo, somente foi consagrado como princípio, na Inglaterra, em 1836¹⁹⁸.

Nos Estados Unidos da América, o princípio, denominado *best interest*¹⁹⁹, foi reconhecido pela jurisprudência, em 1813, com o julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks*, que tratava da disputa da guarda de uma criança em ação de divórcio fundada no adultério da esposa. A Corte da Pensilvânia, analisando as circunstâncias do caso concreto e em consideração ao melhor interesse da criança, em detrimento do interesse dos pais, atribuiu a guarda do filho menor à mãe, entendendo que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava à criança²⁰⁰.

No plano do direito internacional público, o reconhecimento da necessidade de se conferir proteção especial às crianças e aos adolescentes se faz presente desde 1924, com a aprovação da Declaração de Genebra. Em 1948, a Declaração dos Direitos Humanos estabeleceu, em seu artigo XXV, que a infância tem o direito a cuidados e assistência especiais e que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. A Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1959, também reconheceu direitos visando à proteção especial das crianças. Porém, apenas em 1989 a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/90, consagrou a doutrina da proteção integral e estabeleceu direitos que visam à efetivação dessa tutela especial, anteriormente prevista nos acordos internacionais, e que devem ser garantidos por todo Estado signatário²⁰¹. Nesse sentido, Heloisa Helena Barboza afirma que

¹⁹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: A família na travessia do milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM - Del Rey, 2000, p. 216-217.

¹⁹⁹ Explica Tânia da Silva Pereira que também nos Estados Unidos o princípio do *best interest* está vinculado às atribuições do Juiz quanto ao *parens patriae*. Ele emana da função tradicional do Estado como guardião daqueles que sejam legalmente incapazes. O poder, outrora conferido ao rei, fora agora transferido para cada Estado. A Suprema Corte tem reconhecido esta prerrogativa como parte de uma tradição de longa data. O princípio do *parens patriae* é particularmente relevante nas leis referentes à guarda. A autoridade, antes inerente às Cortes de Equidade, foi atribuída aos tribunais conforme a codificação de cada Estado. As Cortes detêm o dever de supervisionar os guardiães e de assegurar que eles ajam no melhor interesse de seus pupilos. Os guardiães, como *oficiais* da Corte, bem como seus pupilos, estão sempre sob o controle desta. PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança, cit., p. 217.

²⁰⁰ Idem, p. 218.

²⁰¹ Artigo 3.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança: Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: A família na travessia do milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM - Del Rey, 2000, p. 202-203.

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.

Nessa linha, passa a criança a ter direito à vida, a um nome, à nacionalidade, a preservar sua identidade, à liberdade de expressão e opinião ó devendo ser ouvida em todo processo judicial que lhe diga respeito ó, à liberdade de pensamento, consciência, de crença, de associação; enfim, tem reconhecida a dignidade inerente e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana²⁰².

No direito interno, a Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro os direitos destinados à proteção das crianças e dos adolescentes, à época ainda em discussão na Organização das Nações Unidas para aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança, e consagrou o princípio ora em análise em seu artigo 227, *caput*, segundo o qual:

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

Trata-se de mais um princípio constitucional que revela a mudança da concepção da família, que abandonou sua estrutura autoritária e sua função econômica e procriacional para ser o *locus* de afeto, solidariedade e dignidade. A criança e o adolescente assumem, assim, condição especial no âmbito familiar, pois, sendo pessoas em fase de desenvolvimento físico e mental, necessitam de proteção diferenciada, especialmente por parte dos pais, que devem atuar ativa e prioritariamente em consideração aos interesses dos filhos, a fim de garantir a efetividade dos citados direitos fundamentais e propiciar o desenvolvimento pleno da personalidade²⁰³.

O princípio exprime, portanto, o tratamento prioritário e integral dos interesses da criança e do adolescente não apenas pela família, mas também pelo Estado e pela sociedade, na criação e aplicação dos direitos fundamentais, indispensáveis, nos termos do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), ao bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Não se trata de preceito ético, mas de dever imposto aos pais, à sociedade e ao Estado de efetivamente proteger essas pessoas que, em razão de sua fragilidade e

²⁰² BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, cit., p. 203.

²⁰³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 126-127.

vulnerabilidade, encontram-se em condição peculiar de desenvolvimento. Segundo Maria Helena Diniz, ã sempre que os interesses ou os direitos da criança e do adolescente colidirem com os de seus pais ou de terceiros, dever-se-á atender ao princípio do superior interesse do menor²⁰⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, fundado nos princípios do melhor interesse, da paternidade responsável e da proteção integral, reproduz, em seus artigos 4º e 5º, a norma constitucional contida no *caput* do artigo 227, assegurando às crianças e aos adolescentes os direitos mínimos indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento. É por essa razão que o ordenamento jurídico lhes assegura proteção especial por meio de direitos fundamentais específicos, como o direito ao esporte, ao lazer, ao respeito, à profissionalização e à convivência familiar²⁰⁵, que devem ser efetivados, com prioridade absoluta²⁰⁶, sempre em observância ao seu superior interesse. Ainda como garantia à integridade física e psíquica dessas pessoas, a lei veda qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e estabelece que a violação a seus direitos fundamentais, por ação ou omissão, deve ser punida. Nessa linha, as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos, inclusive dos direitos da personalidade, inerentes a toda pessoa humana, cuja violação gera o dever de indenizá-los por dano moral. Isso significa que as crianças e os adolescentes não poderão ser tratados como objeto passivo, mas, sim, como seres humanos, titulares de direitos juridicamente protegidos²⁰⁷.

O direito à convivência familiar merece especial atenção, eis que indispensável ao desenvolvimento humano e estritamente relacionado ao afeto²⁰⁸. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, a convivência familiar consiste na ãrelação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum, no qual as crianças ãse sentem recíproca e

²⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. Direito à convivência familiar. In: *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka* (coords. Flávio Tartuce; Ricardo Castilho). São Paulo: Método, 2006, p. 803.

²⁰⁵ Artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente: ãToda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

²⁰⁶ O artigo 4º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê, exemplificativamente, que a garantia da prioridade pelo Estado na proteção das crianças e dos adolescentes compreende: ãa) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

²⁰⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança, cit., p. 221.

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 68. GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário*. São Paulo: 2011. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 225. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 52.

solidariamente acolhidas e protegidas²⁰⁹. Compreende a constante presença dos pais na vida dos filhos, envolvendo a convivência afetiva e a participação ativa na sua criação e educação, independentemente do vínculo jurídico que os une²¹⁰. Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira, a convivência não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, enfim, educar²¹¹. A convivência familiar é, dessa forma, direito fundamental dos filhos e também dos pais, que deve ser assegurado durante toda a infância e adolescência até o seu pleno desenvolvimento físico e mental.

Em estudo sobre o direito à convivência entre pais e filhos, Giselle Câmara Groeninga sugere que a expressão relacionamento familiar é a que melhor se adequa à finalidade do instituto, de proteção à família e aos filhos. Primeiro porque o termo convivência denota a ideia de estreita harmonia, a qual, conforme ensina a autora, não se faz constantemente presente nas relações familiares, caracterizadas pelo conflito, que é o que possibilita o desenvolvimento da personalidade, por meio da oscilação de afetos contraditórios por parte dos filhos em relação aos pais e, em menor grau, destes para com aqueles²¹². Depois porque, tratando-se de relações familiares em crise, marcadas pela separação ou pelo divórcio dos pais, o termo denota a existência de uma relação de continuidade temporal e de proximidade espacial, que induz à confusão²¹³. Assim, entende a autora que melhor seria denominar tal direito de relacionamento familiar, pois, além de expressar a ideia de formação de vínculos familiares, não evidencia a noção de continuidade, de imprescindibilidade de convívio diário e físico, o qual, de fato, pode inexistir sem que haja o rompimento do vínculo familiar²¹⁴. O direito ao relacionamento

²⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 52.

²¹⁰ Nesse sentido, o artigo 9.3 da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. No direito interno, qualquer ato praticado pelo genitor, pelos avós ou pelo responsável pela criança ou adolescente, que impeça ou dificulte o seu contato com qualquer dos pais, caracteriza alienação parental, eis que viola o direito fundamental dos filhos menores à convivência familiar saudável, interferindo na sua formação psicológica e prejudicando o vínculo afetivo com o genitor e com o grupo familiar (artigos 2º e 3º da Lei nº 12.318/10). Cf. item 2.4, *infra*.

²¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 135.

²¹² GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos*, cit., p. 115.

²¹³ Ressalva, porém, a autora que, embora o termo relacionamento familiar seja o mais adequado para expressar a ideia de proteção da família, o termo *convivência* já representa um grande avanço na compreensão da importância da manutenção dos relacionamentos familiares em sua complementaridade pós-separação, em vez de apenas apresentar uma divisão dicotômica em *guarda* e *visitas*. *Idem*, p. 117.

²¹⁴ Paulo Luiz Netto Lôbo, embora se utilizando do termo convivência familiar, também entende que esta supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem

familiar seria o gênero, do qual a convivência, o contato e as visitas seriam suas espécies, as formas de seu exercício²¹⁵.

Com efeito, é inquestionável a importância de ambos os pais na formação da personalidade dos filhos, pois suas funções, embora diversas, são complementares. Sejam eles casados ou divorciados, conviventes ou não, certo é que o relacionamento familiar, exercido em suas diversas formas, é direito fundamental das crianças e dos adolescentes, pois atende ao seu superior interesse de criação de vínculos familiares, de estreitamento de confiança, de interação e intimidade com aqueles cuja presença, física, moral ou espiritual, é indispensável ao seu pleno desenvolvimento humano.

Destarte, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem por finalidade garantir que toda a atuação, especialmente da família, seja voltada, prioritariamente, à preservação e efetivação dos interesses e direitos fundamentais da prole, imprescindíveis à tutela da dignidade humana e ao pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

1.2.6 Afetividade

A consagração do princípio da afetividade decorre da evolução da família brasileira, que, durante todo o século XIX e até meados do século XX, era matrimonializada e patriarcal, baseada na autoridade do marido, chefe da sociedade conjugal, e no tratamento discriminatório fundado no preconceito quanto ao sexo e à origem da descendência²¹⁶. Com o desenvolvimento social, econômico e cultural, a

recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 52.

²¹⁵ O relacionamento familiar inclui aspectos físicos e mentais. O aspecto mental caracteriza-se pela formação de vínculos, para o que se faz necessária a convivência. Esta pode ter um caráter contínuo e descontínuo, sendo que, com pelo menos um daqueles que exerce a função parental, no início, ela deve ser contínua. Nas famílias transformadas, em nosso direito, a visita é uma modalidade de relacionamento familiar, mas que não se confunde com a convivência contínua, podendo ser considerada uma forma de convivência descontínua, semelhante ao que ocorre nas famílias originais. O contato é uma forma de preservação dos vínculos, como o é o direito de visitas, mas não se deve confundir com a convivência que tem um sentido mais amplo. Seria mais apropriado nomear o direito ao relacionamento familiar como categoria mais ampla, que inclui o direito à convivência, seja esta contínua ou descontínua, e o direito de visita ou contato, que não se confunde com a convivência contínua. Em todas essas modalidades, haveria a formação de vínculos, mas de natureza qualitativa diferente para a formação do psiquismo da criança e para o exercício dos Direitos da Personalidade dos filhos e dos pais. GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos*, cit., p. 178.

²¹⁶ Tratava-se da *família codificada*, inserida num texto legal representativo da tríade formada pelo liberalismo, pelo individualismo e pelo patrimonialismo. FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição no direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil Brasileiro. In: *Leituras complementares de direito*

estrutura hierárquica familiar passa por um processo de transformação, marcado, especialmente, pelo surgimento de novas entidades familiares, compostas por um menor número de indivíduos, bem como pela redução das desigualdades entre homem e mulher e entre os filhos, culminando, com o advento da Constituição Federal de 1988, na caracterização da família eudemonista. Nessa nova estrutura familiar não é o indivíduo que existe para a família, mas a família é que existe para o bem-estar, a realização e o desenvolvimento pessoal de cada indivíduo, que assume posição central no núcleo familiar constituído e mantido pela afetividade, expressão dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade²¹⁷. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo,

a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares²¹⁸.

Embora a afetividade seja reconhecida como elemento indispensável à relação familiar²¹⁹, a doutrina diverge quanto a sua natureza jurídica, havendo, em suma, dois posicionamentos: um no sentido de que seria apenas um valor²²⁰ e outro, que vem se consagrando majoritário, de que seria um princípio jurídico²²¹. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 deve ser analisada considerando-se a sua dimensão formal, ou seja, suas regras e princípios positivados, e também a sua dimensão substancial, que revela os princípios implícitos que decorrem dos princípios expressamente previstos no texto

civil: direito das famílias (coords. Marcos Ehrhardt Júnior; Leonardo Barreto Moreira Alves). Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 34.

²¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição no direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil Brasileiro, cit., p. 36-37.

²¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 48.

²¹⁹ Tem-se, em sentido contrário, o posicionamento minoritário, defendido por Amanda Zoë Morris, segundo o qual o afeto não pode ser considerado como requisito da família moderna, gerador do vínculo familiar. ÕNão cabe ao Direito perscrutar, todavia, os afetos de cada qual, ou definir quais sentimentos ou emoções são adequados em uma dada relação que produz efeitos jurídicos, mas tão somente observar e regular alguns dos efeitos externamente verificáveis, na garantia dos princípios constitucionais da dignidade ó que continua hígido, mesmo sem considerar-se o afeto como aspecto norteador das relações familiares no âmbito jurídico, visto que a sua observância depende do respeito a cada indivíduo e aos seus direitos primordiais. (...) Em conclusão, os afetos parecem ser ingrediente bastante desejável e até mesmo necessário no vínculo parental. Contudo, não parecem poder ser considerados requisitos ou pressupostos da parentalidade jurídica. MORRIS, Amanda Zoë. *A intenção na determinação da parentalidade*. São Paulo: 2006. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 53-58.

²²⁰ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 40.

²²¹ Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 70-72. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 47-52. MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, cit., p. 95-96. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 179-183.

constitucional²²². É o caso da afetividade, que resulta, em especial, dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade, e possui, portanto, natureza normativa. Não é uma proclamação retórica, não é meramente um projeto ético, é norma, norma que se extrai do ordenamento jurídico²²³.

O princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta a afetividade na medida em que impõe a proteção da existência digna do indivíduo, colocando-o a salvo de qualquer ato atentatório à sua integridade física e psíquica e garantindo-lhe o completo desenvolvimento de sua personalidade. A família somente será o *locus* de realização pessoal de cada um de seus membros se baseada e mantida na relação de afetividade, fundada na convivência familiar, no cuidado, no respeito, na proteção recíproca entre todos, vale dizer, na tutela do indivíduo enquanto ser humano. Assim, o princípio da afetividade faz desvanecer a concepção de proteção da família enquanto instituição para assegurar a tutela dos indivíduos enquanto seres humanos que a compõem.

A afetividade também decorre do princípio da solidariedade familiar, que determina a cooperação mútua entre todos os familiares, revelando o ideal de coexistência e de superação da primazia dos interesses estritamente individuais em prol dos interesses coletivos da família. A família não mais se caracteriza como a reunião de indivíduos voltados à satisfação dos interesses patrimoniais da entidade familiar, mas, ao contrário, é um grupo social formado pela afetividade, ou seja, pelo desejo mútuo de desenvolvimento pessoal, de proteção e de bem-estar de todos os seus membros²²⁴.

Do princípio da igualdade também advém a afetividade. A união da família resulta do afeto que deve permear a relação entre todos os seus integrantes. Isso somente é possível em um ambiente marcado pela igualdade, vale dizer, pela inexistência de tratamento discriminatório ou hierárquico que subjugu qualquer indivíduo que componha a entidade familiar. A igualdade entre os filhos, por exemplo, bem demonstra que, sejam eles biológicos ou socioafetivos, havidos ou não do casamento, o elo que deve uni-los aos pais é a afetividade, e não a origem genética ou o vínculo jurídico por estes mantido.

Além desses princípios, pode-se afirmar que a afetividade também está fundada no pluralismo das entidades familiares, cuja proteção jurídica não mais se baseia na existência do vínculo do casamento, mas, sim, no afeto, enquanto elemento estruturante

²²² FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo, cit., p. 124-125.

²²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A família enquanto estrutura de afeto. In: *A família além dos mitos* (coords. Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 253.

²²⁴ Idem, p. 255.

do grupo familiar, e na convivência familiar, direito de todos os integrantes da família, especialmente dos filhos menores, pessoas em fase de desenvolvimento físico e mental que, em razão de sua vulnerabilidade, devem manter constante relacionamento com os pais, lastreado na afetividade e não no mero cumprimento de obrigações patrimoniais²²⁵.

Destarte, a afetividade é princípio constitucional implícito e elemento responsável pela formação, desenvolvimento e manutenção dos laços familiares, devendo nortear as relações pessoais no seio da família. Concluído o estudo acerca da natureza jurídica da afetividade, resta determinar o conteúdo desse princípio jurídico.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, afetividade não se confunde com afeto. Este é ôfato psicológico ou anímico, enquanto a afetividade é princípio jurídico que impõe deveres recíprocos entre pais e filhos, ãinda que haja desamor ou desafeição entre eles, bem como entre cônjuges ou companheiros. Por conseguinte, a afetividade é princípio que rege as relações conjugais, convivenciais e parentais, ao passo que o afeto, manifestação do amor, é inerente apenas às relações conjugais e convivenciais, tendo em vista a impossibilidade de se impor aos pais e filhos a obrigação de amar uns aos outros. Assim, na relação de parentalidade, presume-se a afetividade mesmo quando ausente o afeto, de modo que o princípio somente não terá incidência quando houver a perda do poder familiar ou o falecimento de um dos sujeitos. Já na relação conjugal e convivencial, a incidência do princípio está condicionada à existência do afeto, eis que pressuposto da convivência. Nesse caso, explica o autor que a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada, subsistentes após o fim da convivência, fundar-se-iam no dever de assistência, desdobramento do princípio da afetividade e da solidariedade²²⁶.

A doutrina majoritária²²⁷, contudo, utiliza indistintamente os termos, razão pela qual considera que o afeto ãestá na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade²²⁸. O afeto, dessa forma, é expressão do princípio da afetividade, razão pela qual é, realmente, inerente a todas as relações familiares. Com efeito, o princípio da afetividade significa que a família deve ser estruturada e mantida nos laços de afeto que unem os seus membros, e não em relações

²²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 48.

²²⁶ Idem, p. 48-49.

²²⁷ Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p. 70-72. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre peixes e afetos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=286>>. Acesso em: 19/10/2010. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais nortecedores do direito de família*, cit., p. 180. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 47-50.

²²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre peixes e afetos*, cit.

rígidas, severas, nas quais a hierarquia e o poder predominem sobre os interesses pessoais e os direitos fundamentais.

Ao determinar que o afeto seja a base da família, o princípio jurídico da afetividade não exprime a imposição do dever de amar. A fim de esclarecer o real conteúdo do afeto e da afetividade, expõem-se, a seguir, as respectivas definições contidas no Novo Dicionário da Língua Portuguesa:

Afetividade. *S.f.* 1. Qualidade ou caráter de afetivo. 2. *Psicol.* Conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza.

Afeto¹. [Do lat. *affectu.*] *S.m.* 1. Afeição, simpatia, amizade, amor (...). 2. Sentimento, paixão. 3. Objeto de afeição (...). 4. *Psicol.* O elemento básico da afetividade.

Afeto². [Do lat. *affectu.*] *Adj.* 1. Afeição, dedicado. (...).²²⁹

Afetividade e afeto, portanto, são palavras que possuem significados complementares. Afetividade traduz a ideia de qualidade inerente a um fenômeno externo, ou seja, traz a noção de materialização, por meio de ações, do afeto. Este, por sua vez, exprime o sentimento de amor, simpatia e afeição, desenvolvido de modo natural e espontâneo pelos seres humanos, independentemente de sua vontade. Assim, o amor é a expressão máxima do afeto²³⁰.

Os estudos acerca da relação existente entre afeto e amor podem ser verificados já no século XVII, quando o filósofo holandês, Benedictus de Spinoza, analisou os afetos humanos em sua obra *Ética*, publicada postumamente, em 1677²³¹. Segundo o autor, todos os seres humanos possuem um corpo e uma mente, a qual está fisicamente ligada ao corpo, sendo, portanto, uma só coisa²³². Dessa forma, a compreensão da mente depende da compreensão do próprio corpo, que, por sua vez, sofre modificações

²²⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, cit., p. 55.

²³⁰ Muito antes de todos esses direitos operacionais do direito fundamental à família ó e tanto enlaçando quanto recobrando a todos eles com o manto da ternura e do carinho, da dedicação e do empenho, do compromisso e da responsabilidade para com as pessoas a que se cativa ó vem o direito mais imprescindível à saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social e ao desenvolvimento material e cultural da família e do seu lar: o *direito ao afeto*, cuja máxima expressão é o *direito ao amor*. BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia* (coords. Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 149.

²³¹ ANDRADE, Fernando Dias. Poder familiar e afeto numa perspectiva Espinosana. In: *Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM ó IOB Thompson, 2006, p. 381.

²³² SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 167.

(afecções) causadas por fatores internos e externos a ele. Se o corpo está em constante movimento, a mente também está, na medida em que reflete a consciência dessas afecções do corpo. Nesse sentido, os afetos evidenciam as modificações físicas do corpo. Não são sentimentos, nem paixões, mas simples ideias das afecções do próprio corpo²³³. Essas afecções ou modificações do corpo consubstanciam-se no aumento ou diminuição de potência, vale dizer, no seu fortalecimento ou enfraquecimento. Assim, sendo os afetos ideias das afecções do corpo e estas o aumento ou diminuição de potência, existem duas categorias básicas de afeto que correspondem a esses movimentos, quais sejam: a alegria, afeto baseado no aumento da potência; e a tristeza, afeto que traduz a ideia de diminuição da potência. Considerando-se, ainda, que as afecções podem ter causa interna ou externa, quando relacionadas a uma causa externa, a alegria denomina-se amor, e a tristeza denomina-se ódio²³⁴. Amor e ódio, portanto, são espécies de afetos²³⁵, os quais, contudo, não estariam limitados àqueles. Isso porque, havendo diversas afecções em nosso corpo, com inúmeras causas, diversos também serão os afetos, o que impossibilita a identificação e denominação de todos, ainda que todos sejam formas de alegria ou de tristeza²³⁶. Por fim, além da alegria e da tristeza, haveria um terceiro tipo básico de afeto, não relacionado ao aumento ou diminuição da potência, mas ao estado atual da totalidade das afecções: o desejo²³⁷. Logo, se a tristeza consubstancia-se na ideia de enfraquecimento e a alegria na de fortalecimento, o desejo compreende a vontade de estar vivo²³⁸. Já a paixão, que não se inclui nos aludidos conceitos, seria a òideia inadequada da mesma afecção no corpo, ou

²³³ ANDRADE, Fernando Dias. Poder familiar e afeto numa perspectiva Espinosana, cit., p. 382-383. SPINOZA, Benedictus de. *Ética*, cit., p. 163 e 167-171.

²³⁴ ANDRADE, Fernando Dias. Poder familiar e afeto numa perspectiva Espinosana, cit., p. 383-384. SPINOZA, Benedictus de. *Ética*, cit., p. 163, 177 e 181.

²³⁵ Pois, õamamos algo ou alguém quando concebemos que esse algo ou alguém nos fortalece; odiamos algo ou alguém quando concebemos que esse algo ou alguém nos enfraqueceõ. ANDRADE, Fernando Dias. Poder familiar e afeto numa perspectiva Espinosana, cit., p. 384.

²³⁶ Exemplificativamente, õchamaremos glória à alegria acompanhada da ideia de uma causa interior, e vergonha à tristeza que lhe é contrária, quer dizer, quando a alegria ou a tristeza provém do fato de o homem se julgar, respectivamente, louvado ou reprovado. Fora isso, chamarei satisfação consigo mesmo à alegria acompanhada da ideia de uma causa interior, e arrependimento à tristeza que lhe é contráriaõ. SPINOZA, Benedictus de. *Ética*, cit., p. 177, 179 e 199.

²³⁷ Idem, p. 177, 231 e 233.

²³⁸ ANDRADE, Fernando Dias. Poder familiar e afeto numa perspectiva Espinosana, cit., p. 384-385. Segundo Benedictus de Spinoza, o apetite õnada mais é do que a própria essência do homem, de cuja natureza necessariamente se seguem aquelas coisas que servem para a sua conservação, e as quais o homem está, assim, determinado a realizar. Além disso, entre apetite e desejo não há nenhuma diferença, excetuando-se que, comumente, refere-se o desejo aos homens à medida que estão conscientes de seu apetite. Pode-se fornecer, assim, a seguinte definição: o desejo é o apetite juntamente com a consciência que dele se tem. Torna-se, assim, evidente, por tudo isso, que não é por julgarmos uma coisa boa que nos esforçamos por ela, que a queremos, que a apeteçemos, que a desejamos, mas, ao contrário, é por nos esforçarmos por ela, por querê-la, por apeteçê-la, por desejar-la, que a julgamos boaõ. SPINOZA, Benedictus de. *Ética*, cit., p. 177.

seja, ãafeto em que não nos concebemos como causa, ou como participantes da causa, da afecção no corpo²³⁹. O pensamento de Benedictus de Spinoza é assim sintetizado:

Somos seres passionais: sabemo-nos movidos por paixões que nos parecem só amor ou ódio; somos seres afetivos: sabemo-nos movidos pelos nossos afetos, que não são só amor e ódio; somos seres desejantes: sabemo-nos preenchidos por uma multiplicidade de afetos²⁴⁰.

Vê-se, pois, que, na concepção filosófica Espinosana, o afeto expressa tanto o amor como o ódio. Essa assertiva é corroborada pelos estudos de Psicanálise, pois, conforme afirma Giselle Câmara Groeninga, ãsomos dotados de uma ambivalência afetiva originária²⁴¹, de modo que amor e ódio, tipos de afeto, manifestam-se nas mais diversas formas, consubstanciando-se nos mais variados sentimentos²⁴². Nesse sentido, o afeto é definido como ãa energia psíquica, baseada no prazer e desprazer, que investe pessoas ou representações, que valora as relações, e que se transforma em sentimento ó dando um sentido aos relacionamentos²⁴³. Assim, os afetos abrangem o amor, o ódio, a inveja, a gratidão, a ansiedade, a culpa etc. Essa oscilação afetiva pode ser bem verificada na relação de filiação, na qual a oposição entre amor e ódio se faz constantemente presente nos sentimentos dirigidos aos pais, variando sua intensidade de acordo com o genitor ao

²³⁹ ANDRADE, Fernando Dias. Poder familiar e afeto numa perspectiva Espinosana, cit., p. 385. A fim de esclarecer a ideia, citam-se algumas definições dadas por Benedictus de Spinoza: ãChamo de causa adequada aquela cujo efeito pode ser percebido clara e distintamente por ela mesma. Chamo de causa inadequada ou parcial, por outro lado, aquela cujo efeito não pode ser compreendido por ela só. Digo que agimos quando, em nós ou fora de nós, sucede algo de que somos a causa adequada, (...) quando de nossa natureza se segue, em nós ou fora de nós, algo que pode ser compreendido clara e distintamente por ela só. Digo, ao contrário, que padecemos quando, em nós, sucede algo, ou quando de nossa natureza se segue algo de que não somos causa senão parcial. Por afeto compreendo as afecções do corpo, pelas quais sua potência de agir é aumentada ou diminuída, estimulada ou refreada, e, ao mesmo tempo, as ideias dessas afecções. (...) Assim, quando podemos ser a causa adequada de alguma dessas afecções, por afeto compreendo, então, uma ação; em caso contrário, uma paixão. SPINOZA, Benedictus de. *Ética*, cit., p. 163.

²⁴⁰ ANDRADE, Fernando Dias. Poder familiar e afeto numa perspectiva Espinosana, cit., p. 385.

²⁴¹ GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos *contratos* familiares. In: *Afeto e estruturas familiares*. (coords. Maria Berenice Dias; Eliene Ferreira Bastos; Naime Márcio Martins Moraes). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 203.

²⁴² ãSigmund Freud constatou a existência, no ser humano, de uma ambivalência afetiva originária ó ou, ainda, que está sempre presente na vida mental um dualismo fundamental. O conflito edipiano (complexo de Édipo) é concebido como um conflito de ambivalência, havendo oposição entre o amor e o ódio, ambos dirigidos aos pais, variando a intensidade de um ou de outro afeto em relação a cada um dos genitores de acordo com o estágio de elaboração desse conflito. A afetividade é, portanto, originária e ambivalente, sendo esta a principal característica do funcionamento mental. GROENINGA, Giselle Câmara. *Uma análise interdisciplinar da (in)operabilidade do conceito de culpa no direito de família*. São Paulo: 2007. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 47.

²⁴³ GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos *contratos* familiares, cit., p. 204. Silvano Maria Marchesini, também se baseando nos estudos de Sigmund Freud, afirma que o afeto, na visão psicanalítica, ãrefere-se a um dos *estados emocionais*, cujo conjunto constitui a gama de todos os sentimentos humanos, do mais agradável ao mais insuportável, que se manifesta por uma descarga emocional violenta, física ou psíquica, imediata ou adiada. MARCHESINI, Silvano Maria. *Afeto: encontros e desencontros*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=218>>. Acesso em: 13/06/2010.

qual se dirige e a fase de desenvolvimento da criança e de sua personalidade²⁴⁴. Mas não é apenas entre os filhos que a ambivalência afetiva se manifesta, fazendo-se presente também entre os pais, embora de forma qualitativamente diversa, uma vez que atingiram um grau maior de sublimação de seus impulsos e refinamento dos afetos²⁴⁵. Nessa hipótese, a ambivalência afetiva pode ser verificada em situações de impasse, como nos processos judiciais fundados na dissolução da sociedade conjugal ou convivencial, ainda que desenvolvida de modo inconsciente²⁴⁶.

Nessa mesma linha de correlacionar o afeto à ideia de sentimento, abrangendo suas manifestações antagônicas o amor e ódio, pode-se citar o estudo desenvolvido por Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian, que, baseados na psicologia e na psiquiatria, examinaram as causas psicológicas das perturbações do comportamento das crianças. Para tanto, analisaram os comportamentos, o conjunto dos movimentos reacionais de um indivíduo, e a afetividade, o conjunto dos estados afetivos, isto é, dos sentimentos, das emoções e das paixões de um indivíduo²⁴⁷. As emoções, como o medo e a cólera, são estados afetivos mais intensos e transitórios, contrapondo-se aos sentimentos, menos intensos, porém, mais complexos, estáveis e duradouros, como o amor e a inveja. As paixões, por sua vez, são estados afetivos extremos, estáveis e duradouros, capazes de conduzir a pessoa a uma falsa concepção da realidade. Esses estados afetivos compõem a atividade psíquica e são responsáveis, ao lado da razão, mas em maior grau, por delinear e promover os comportamentos humanos²⁴⁸. Estes, portanto, são eminentemente afetivos.

Embora o afeto esteja estritamente relacionado às sensações humanas, pode-se afirmar que ele não se limita à ideia de sentimento, emoção ou paixão, especialmente quando considerado no âmbito jurídico. Retomando a concepção do vocábulo *afeto* no vernáculo, vê-se que ele também se manifesta na qualidade de ser dedicado:

Dedicado. [Part. de *dedicar*.] Adj. Que se dedica ou se sacrifica; devotado, abnegado: *filho dedicado*. 2. Extremamente afetuoso.

²⁴⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. *Uma análise interdisciplinar da (in)operabilidade do conceito de culpa no direito de família*, cit., p. 47, 89 e 154.

²⁴⁵ Idem, p. 93.

²⁴⁶ Ibidem.

²⁴⁷ Segundo os autores, a afetividade também abrange as pulsões (tendências) e a timia (humor): *é preciso ainda considerar, na esfera afetiva, um terceiro elemento bem especial: trata-se do humor ou timia, que tinge mais ou menos todos os nossos estados mentais de uma sensação agradável ou desagradável, entre os dois pólos extremos do prazer e da dor*. DEBRAY-RITZEN, Pierre; MÉLÉKIAN, Badrig. *Perturbações do comportamento da criança*. Trad. Berenice Fialho Moreira. São Paulo: Círculo do Livro, s.d., p. 19 e 21.

²⁴⁸ Idem, p. 20.

Dedicar. [Do lat. *dedicare*.] *V.t.d.* e *i.* 1. Oferecer ou destinar com afeto ou dedicação (...). 5. Consagrar sua afeição e/ou seus serviços a alguém; consagrar-se; dar-se (...).

Dedicação. [Do lat. *dedicatione*.] *S.f.* (í) 2. Afeição profunda; veneração, amor²⁴⁹.

Assim, a despeito de o amor ser a expressão máxima do afeto, este não se restringe àquele, porquanto o termo traduz, também, o sentido de dedicação, que todos os familiares devem ter entre si visando ao resguardo de seus direitos, à satisfação de seus interesses pessoais e ao seu pleno desenvolvimento físico e mental. Isso porque, consoante lição de Sérgio Resende de Barros, não é qualquer afeto que define a entidade familiar, mas sim um òafeto familiarö, ou seja,

um afeto que enlaça e comunica as pessoas mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas ó de vivência, convivência e sobrevivência ó quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam²⁵⁰.

O princípio jurídico da afetividade não impõe, portanto, o dever de amar, ante mesmo a impossibilidade de compelir o ser humano a desenvolver qualquer espécie de sentimento. Trata-se, sim, de se exigir que, na relação de parentalidade, objeto do presente trabalho, os pais atuem afetivamente, ou seja, com dedicação integral no cumprimento de seus deveres, independentemente do sentimento de amor que nutram em relação aos filhos. Nesse sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka esclarece que

o ordenamento jurídico não pode exigir de ninguém demonstrações de amor e carinho, porquanto não seja disto que se trate, mas, sim, de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções, para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos²⁵¹.

Essa atuação dedicada imposta pelo princípio da afetividade materializa-se, em geral, no cumprimento dos deveres de ordem imaterial do poder familiar, vale dizer, na criação, companhia, guarda e educação, os quais efetivamente colocam os filhos sob a proteção e o amparo dos pais. Nessa linha, afirma Giselle Câmara Groeninga que a õpalavra afeto designa o conjunto de atitudes como bondade, benevolência, devoção,

²⁴⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, cit., p. 526-527.

²⁵⁰ BARROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto*. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 19/10/2010.

²⁵¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 13/06/2010.

proteção, apego, gratidão, ternura etc.²⁵². Trata-se do afeto-ternura, do afeto-dignidade²⁵³. Isso significa dizer que os pais, ao criarem seus filhos, devem sempre fazê-lo, independentemente de seus sentimentos e do momento de paz ou de conflito vivenciado na relação familiar, em atenção à dignidade deles, tratando-os com respeito e ternura, bem como considerando o que é melhor para proteger os seus interesses. Explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que a afetividade deve estar presente na família,

nos seus desvãos positivos (e aí ela pode ser sinônimo de amor, de carinho), ou nos seus desvãos negativos (e então sua sinonímia se faz pelo avesso), tudo isso exatamente porque o afeto não é apenas amor, mas antes ternura. E a vantagem do afeto, compreendido assim, é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um dos membros de uma família e em cada relação familiar que os envolva (de conjugalidade ou de parentalidade), tanto nos momentos de paz como nas ameaças de conflito. Falo da bipolaridade do afeto, como se o quer descrever, aqui, para que ele seja, de uma só vez, o denominador comum das relações familiares, em qualquer tempo do desenvolvimento delas, em tempo de paz ou em tempo de conflito, e também que ele seja o paradigma da dimensão ética no direito de família²⁵⁴.

Dessa forma, ainda que os pais não sintam amor pelos filhos, devem agir como se o sentissem, criando os meios necessários para que o cumprimento de seus deveres reflita no completo desenvolvimento da personalidade deles. Com efeito, o Direito não pode exigir dos pais a prestação de afetos, entendidos como sentimentos e emoções, mas pode exigir uma atuação dedicada consubstanciada em comportamentos que os evidenciem, ainda que inexistentes na realidade, com a finalidade de tutelar os interesses dos filhos e assegurar a plena formação de sua personalidade²⁵⁵. A eles atribui-se a denominação de comportamentos pró-afetivos, já que voltados a possibilitar o surgimento e o desenvolvimento dos laços de afetividade, ainda que não correspondam aos estados afetivos ostentados no momento da prestação²⁵⁶. A reiteração desses comportamentos, adotados no cotidiano da relação entre pais e filhos, acabará por aproximá-los, propiciando o desenvolvimento de verdadeiros laços afetivos, fundados nos

²⁵² GROENINGA, Giselle Câmara. *Uma análise interdisciplinar da (in)operabilidade do conceito de culpa no direito de família*, cit., p. 46.

²⁵³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre peixes e afetos*, cit.

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ Romualdo Baptista dos Santos explica que os comportamentos não correspondem necessariamente ao estado afetivo real do agente. Com frequência, um comportamento é a exteriorização de uma emoção, de um sentimento ou de uma paixão, mas isso não é uma relação de necessidade, ou seja, não acontece sempre e da mesma forma. Muitas vezes, por alguma razão, uma pessoa hostiliza outra, por quem sente amor; ou então, por algum motivo, é cordial com outra pessoa, embora intimamente a odeie. SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 119-120.

²⁵⁶ Idem, p. 123.

sentimentos e nas emoções. Isso porque os relacionamentos é que veiculam os afetos²⁵⁷, viabilizando o seu surgimento enquanto sentimento²⁵⁸. Ter-se-á, nesse caso, o comportamento afetivo propriamente dito, que é aquele que corresponde exatamente ao estado afetivo da pessoa no momento de sua manifestação²⁵⁹. Isso somente é possível em um ambiente familiar harmônico, pautado na convivência, no respeito, na proteção, no zelo, enfim, na presença constante, física ou espiritual, positiva e ativa, dos pais, assim como no desempenho por eles de todos os cuidados imprescindíveis à proteção dos interesses e direitos dos filhos²⁶⁰.

Destarte, é possível afirmar que os deveres parentais estão fundados no princípio jurídico da afetividade, uma vez que devem ser realizados com absoluta dedicação e sempre no interesse dos filhos, a fim de que a criação, a convivência e a educação, exercidas de forma afetiva, cuidadosa e respeitosa, efetivamente determinem a formação da personalidade dos filhos. Segundo Giselle Câmara Groeninga,

a convivência familiar saudável é o que vai propiciar a experiência afetiva e o equilíbrio dos diversos afetos com a prevalência do afeto do amor, e suas variantes de solidariedade e cuidado, e o desenvolvimento da capacidade de empatia²⁶¹.

Dessa forma, a relação de parentalidade deve estar antes fundada na afetividade do que tão somente na origem biológica da filiação e no mero cumprimento das respectivas obrigações patrimoniais. Isso porque, a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural²⁶².

²⁵⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In: *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas* (coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka). Belo Horizonte: Del Rey; São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005, p. 412.

²⁵⁸ Nesse sentido também é o posicionamento de Ricardo C. Pérez Manrique, segundo o qual o afeto se expressa através do vínculo familiar. E a complexidade do vínculo que une os membros do grupo familiar é assim a complexidade das diferentes formas de se relacionarem as pessoas em família. MANRIQUE, Ricardo C. Pérez. El afecto como elemento estructurante del derecho de familia. In: *Afeto e estruturas familiares*. (coords. Maria Berenice Dias; Eliene Ferreira Bastos; Naime Márcio Martins Moraes). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 480-481 (Taduzi).

²⁵⁹ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*, cit., p. 123.

²⁶⁰ Explica Romualdo Baptista dos Santos que não se trata de obrigar o pai a amar ou proibir de odiar o filho, mas simplesmente de exigir condutas que favoreçam o surgimento e o desenvolvimento dos afetos entre pais e filhos, como fator estruturante da personalidade de ambos e principalmente, dos filhos. Segundo Giselle Câmara Groeninga, a convivência é fundamental para balizar nas relações intersubjetivas não só o afeto do amor, mas também o da agressividade. A referida ambivalência afetiva que nos é originária necessita da convivência para que os afetos encontrem a realidade das relações, e para que o afeto do amor e da solidariedade ganhe o primeiro plano. GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos contratos familiares, cit., p. 206. SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*, cit., p. 125.

²⁶¹ GROENINGA, Giselle Câmara. *Uma análise interdisciplinar da (in)operabilidade do conceito de culpa no direito de família*, cit., p. 48.

²⁶² VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, ano XXVII, n. 21, 1979, p. 402 e 413. Nessa linha também afirma

A presença do pai ou da mãe biológicos não é nenhuma garantia de que a pessoa se estruturará como sujeito. O cumprimento de funções paternas e maternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica saudável de alguém. Por isso, a família não é apenas um dado natural, genético ou biológico, mas cultural (...) ²⁶³.

Não havendo qualquer meio legítimo capaz de compelir os pais a agirem afetivamente, a omissão do afeto, caracterizadora do abandono afetivo, gera a possibilidade de se pleitear indenização visando à reparação dos danos causados aos filhos, conforme se demonstrará no decorrer do presente estudo ²⁶⁴.

Pietro Perlingieri: O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 973.

²⁶³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 184.

²⁶⁴ Embora o princípio da afetividade esteja presente em todas as relações familiares, as consequências do seu descumprimento são diversas, pois dependem do vínculo jurídico que une os membros da família. Nas relações conjugais e convivenciais, por exemplo, o afeto se manifesta, principalmente, no amor, razão da união entre cônjuges e companheiros. Mas, na constância da sociedade conjugal, revela-se o afeto também na dedicação recíproca entre eles, evidenciada pelos deveres de respeito e de assistência moral. O fim do afeto gera a dissolução do casamento ou da união estável, relações pautadas na liberdade e, por conseguinte, na transitoriedade. Dessa forma, o abandono afetivo, por si só, não gera qualquer direito indenizatório para os cônjuges ou companheiros, que não possuem a obrigação de se amar ou de se dedicar quando a sociedade conjugal termina. Os deveres que eventualmente subsistam, como a obrigação alimentar, decorrem do princípio da solidariedade, e não da afetividade. Cf. 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: *Leituras complementares de direito civil: direito das famílias* (coords. Marcos Ehrhardt Júnior; Leonardo Barreto Moreira Alves). Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 223.

CAPÍTULO 2: ABANDONO AFETIVO DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS MENORES

2.1 Pressuposto: relação de parentalidade

Conforme a análise realizada no Capítulo 1, a relação de parentalidade deve ser orientada pelo princípio da afetividade, que impõe aos pais a obrigação de conviver com os filhos menores, criando-os e educando-os, vale dizer, zelando pelas suas pessoas de modo ativo e dedicado com vistas à garantia do desenvolvimento pleno da personalidade. Sendo esses deveres inerentes à paternidade e à maternidade, pois materializados no poder familiar, importa verificar os critérios jurídicos pelos quais se estabelece a filiação a fim de que seja possível determinar as pessoas que, juridicamente qualificadas como pais, podem ser responsabilizadas pelo abandono afetivo dos filhos menores.

2.1.1 Conceito de filiação

O vocábulo filiação possui origem etimológica no termo latino *filiatio*, que designa a relação de parentesco estabelecida entre pais e filhos, ãconsiderados na ordem ascensional, destes para os primeiros, do qual também procedem, em ordem inversa, os estados de pai (*paternidade*) e de mãe (*maternidade*)ö²⁶⁵.

Na vigência do Código Civil de 1916 a filiação estava essencialmente fundada no vínculo biológico, consistindo, segundo Lafayette Rodrigues Pereira, na relação ãque o facto da procreação estabelece entre duas pessoas, das quaes uma é nascida da outraö²⁶⁶. Tratava-se do vínculo existente ãentre o filho e as pessoas que o geraramö²⁶⁷, cujos efeitos jurídicos variavam de acordo com a legitimidade da relação mantida pelos pais à época da concepção.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, consagram-se os princípios da igualdade, da solidariedade e da afetividade, que modificam a concepção da filiação. Esta não mais se restringe ao vínculo biológico, vale dizer, à necessidade de transmissão do material genético dos pais aos filhos. Sobrevém, de acordo com a doutrina

²⁶⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 358.

²⁶⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 218.

²⁶⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, cit., p. 427.

majoritária, a filiação socioafetiva, baseada na relação de afeto e solidariedade desenvolvida entre as crianças e os adolescentes e as pessoas que, no ambiente familiar, com eles convivem, criando-os, educando-os e sustentando-os, assumindo, assim, a condição fática e jurídica de pais e filhos²⁶⁸. Dessa forma, a filiação pode ser estabelecida tanto pelo vínculo biológico como pelo vínculo socioafetivo, pois ambos são responsáveis pela formação do elo que une pais e filhos, criando direitos e deveres recíprocos entre eles.

Nesse sentido, Silvio Rodrigues define a filiação como a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado²⁶⁹. Essa última parte do conceito é descrita por Paulo Luiz Netto Lôbo como a filiação decorrente da adoção, da posse de estado de filho e da concepção derivada de inseminação artificial heteróloga²⁷⁰. Trata-se, portanto, do

vínculo que se estabelece entre pais e filhos, decorrente da fecundação natural ou da técnica de reprodução assistida homóloga (sêmen do marido ou do companheiro; óvulo da mulher ou da companheira) ou heteróloga (sêmen de outro homem, porém com o consentimento do esposo ou companheiro; ou óvulo de outra mulher, com a anuência da esposa ou companheira), assim como em virtude da adoção ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho²⁷¹.

Destarte, a filiação pode ser conceituada como a relação jurídica mantida entre ascendentes e descendentes, de primeiro grau em linha reta, estabelecida pelo vínculo biológico, consubstanciado na transferência do material genético por meio da fecundação natural ou da inseminação artificial homóloga, ou pelo vínculo socioafetivo, constituído pela adoção, pela posse de estado de filho ou pela inseminação artificial heteróloga.

2.1.2 Filiação biológica e jurídica

A filiação biológica consiste na relação que se estabelece, por laços de sangue, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta de primeiro grau²⁷². Pressupõe

²⁶⁸ As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Tanto mais quanto é certo que esse movimento evolutivo, transportando a família de uma idade institucionalista para uma idade eudemonista, ocorre em período de extraordinária floração da tecnologia biomédica. VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, cit., p. 413.

²⁶⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 297.

²⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 192.

²⁷¹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

²⁷² Idem, cit., p. 62.

a transmissão do material genético dos pais para os filhos concebidos por meio de fecundação natural ou de inseminação artificial homóloga, independentemente do vínculo jurídico mantido por aqueles. A fecundação natural decorre da conjunção carnal, enquanto a inseminação artificial homóloga resulta da manipulação dos gametas feminino e masculino pertencentes ao casal em razão de deficiência reprodutiva do homem ou da mulher, ou, ainda, da livre opção dos mesmos.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, prevê quatro hipóteses em que se presume a paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, tanto por meio da fecundação natural como da inseminação artificial homóloga. Trata-se da presunção relativa *pater is est quem nuptiae demonstrat*, segundo a qual se atribui ao marido da mãe a paternidade do filho por ela concebido²⁷³.

Ressalte-se que, embora a disposição legal limite a incidência da presunção de paternidade ao casamento, a doutrina, com fundamento nos princípios constitucionais do pluralismo das entidades familiares e da igualdade, tem ampliado sua incidência à união estável²⁷⁴. Isso porque a limitação da presunção *pater is est* às pessoas casadas acabaria por conferir tratamento discriminatório aos filhos ao subdividi-los em duas categorias. Na primeira, os filhos concebidos na constância do casamento, que gozam da presunção e, por conseguinte, podem exigir, automaticamente, os seus direitos decorrentes do parentesco paterno; já na segunda, os filhos concebidos por pessoas não casadas, que vivem em união estável, aos quais não incidiria a presunção, de modo que, se não reconhecidos voluntariamente pelo pai, deveriam propor ação de investigação de paternidade e, somente

²⁷³ Trata-se da presunção de que o filho nascido em função de um casamento tem como pai o marido de sua mãe, tendo em vista a imposição legal do dever de fidelidade a ambos os cônjuges. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, a mudança do direito de família, da legitimidade para o plano da afetividade, redireciona a função tradicional da presunção *pater is est*. Destarte, sua função deixa de ser a de presumir a legitimidade do filho, em razão da origem matrimonial, para a de presumir a paternidade em razão do estado de filiação, independentemente de sua origem ou de sua concepção. A presunção da concepção relaciona-se ao nascimento, devendo este prevalecer. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 196. Cf. VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano I, n. 02, jul./set. 1999, p. 128-129.

²⁷⁴ Caio Mário da Silva Pereira assevera que o legislador de 2002, no que concerne à filiação, reporta-se sempre ao casamento, omitindo situações oriundas das relações de fato reconhecidas como União Estável, hoje entidade familiar protegida pelo Estado. Devem ser revistos, de imediato, os princípios que regem as presunções considerando também estas relações de fato geradoras de direitos e deveres. O posicionamento doutrinário firmado no sentido de estender os efeitos da presunção *pater is est* à união estável é minoritário, sendo defendido por Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenthal, Paulo Luiz Netto Lôbo e Belmiro Pedro Welter. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 315. Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 178-179. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENTHAL, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 497-498. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 202-203. WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102.

após a decisão judicial favorável, exigir os direitos respectivos²⁷⁵. Além disso, a imposição legal do dever de lealdade entre os companheiros, ao invés do dever de fidelidade decorrente do casamento, não justificaria tal limitação, pois, conforme ensina Álvaro Villaça Azevedo, o lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie²⁷⁶, razão pela qual o dever de fidelidade encontra-se, perfeitamente, inserido no conceito de *lealdade e respeito* recíprocos²⁷⁷. Dessa forma, o entendimento que melhor se coaduna com as garantias constitucionais é o que amplia a incidência da presunção *pater is est* à união estável²⁷⁸. Mas, para tanto, no momento de se proceder ao registro do nascimento do filho em nome de ambos os genitores, sendo a declarante apenas a mãe, a união estável deve ser provada a fim de demonstrar o início da convivência entre os pais. Trata-se de prova de difícil produção, já que é característica da união estável a informalidade do seu modo de constituição. Não obstante, adverte Paulo Luiz Netto Lôbo que

dificuldades de ordem prática não podem ser obstáculos à aquisição de direito, pois faria a paternidade dependente de reconhecimento voluntário ou judicial, o que negaria aplicabilidade aos efeitos parentais decorrentes da união estável, como entidade familiar, equiparando o pai ao genitor que não assumiu a paternidade²⁷⁹.

Assim, tal prova pode ser realizada, por exemplo, por meio da apresentação de sentença judicial declaratória da união, de certificado de casamento religioso, de declaração escrita do companheiro ou do contrato de regime de bens²⁸⁰. Na ausência de prova, não há que se falar na incidência da presunção, de modo que o registro do nome do

²⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 497-498. Maria Berenice Dias cita um exemplo que bem evidencia a diferenciação que pode ser estabelecida entre os direitos dos filhos de pessoas casadas ou companheiras em razão da incidência da presunção de paternidade: falecendo o genitor durante a gravidez, ou antes de ter registrado o filho, esse terá de intentar ação declaratória de paternidade. A ação será proposta pelo filho representado pela mãe e no polo passivo vai figurar sua mãe, na condição de representante do espólio. A saída é nomear um curador ao autor para iniciar uma demanda que pode durar anos. Enquanto isso, o filho fica sem identidade, bem como privado dos direitos sucessórios. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 361.

²⁷⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, cit., p. 409.

²⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 402.

²⁷⁸ Incontestada a vida *more uxório*, sob o pálio do casamento eclesiástico, indubitosa a *união estável* que a vigente Constituição protege e define como entidade familiar, tenho em que presumem-se filhos do casal os nascidos durante a aludida união estável, aplicando-se-lhes a antiga parêmia do *pater est...* Realmente, como expõe PONTES DE MIRANDA cuidando dos filhos legítimos ao tempo em que vigiam as regras discriminatórias hoje defesas, *a presunção de que o filho nascido na constância da sociedade conjugal tem por pai o marido da mãe possui, como fundamento, o que mais ordinariamente acontece: a fidelidade conjugal por parte da mulher. (...) Presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se certa (...)*. Negar esta presunção aos filhos nascidos de *união estável*, sob o pálio de casamento religioso, com vivência como marido e mulher, será manter funda discriminação, que a Constituição não quer e proíbe, entre filhos nascidos da relação de casamento civil, e filhos nascidos da união estável que a vigente Lei Maior igualmente tutela. STJ, REsp nº 23-PR, Quarta Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, data do julgamento: 19/09/1989.

²⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 203.

²⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 178. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 203.

pai no assento de nascimento do filho fica condicionado ao expresse reconhecimento paterno, ocorrendo, de modo voluntário, de acordo com as hipóteses previstas nos artigos 1º da Lei nº 8.560/92 e 1.609 do Código Civil, ou por sentença judicial em ação de investigação de paternidade.

A relação de filiação fundada nas presunções de paternidade é denominada filiação jurídica, que busca, em geral, coincidir com a biológica. Contudo, a verdade jurídica nem sempre se identifica com a verdade biológica²⁸¹, conforme se demonstrará a seguir a partir da análise do artigo 1.597, incisos I a IV, do Código Civil²⁸².

Nos dois primeiros incisos do artigo 1.597 o legislador funda a presunção nos períodos mínimo e máximo da gestação humana²⁸³. Assim, presume-se pai o marido da mãe cujo filho nasceu dentro de, no mínimo, cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal ou, no máximo, trezentos dias após a dissolução do casamento pela declaração de sua nulidade ou anulação, por morte ou separação judicial^{284,285}. Não obstante, a previsão dessas presunções é considerada pela doutrina como um critério ultrapassado para o estabelecimento da paternidade, uma vez que ãnem sempre a verdade jurídica, representada pela presunção relativa dos incisos I e II do art. 1.597, coincide com a verdade biológicaã da filiação²⁸⁶.

Reitere-se que a posição moderna da tecnologia faz cair por terra o sistema de presunções de paternidade na maioria dos casos. O sistema de

²⁸¹ ãNão há identidade perfeita entre a filiação biológica e a filiação legal, entre o *dado* pela natureza e o *construído* pelo direito, mesmo se se admitir que a verdade biológica funda a filiação jurídicaã. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. *Droit de la famille*. Paris: Dalloz, 2001, p. 442 (Traduzi).

²⁸² Artigo 1.597 do Código Civil de 2002: ãPresumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do maridoã.

²⁸³ ãNão cabe discutir se, sob o aspecto biológico, o prazo de cento e oitenta dias é bastante para uma gestação a termo. A lei o institui *in favore legitimitatis*, porque a Medicina Legal aponta casos, posto que raros, de um nascimento nesse prazo (...). Admitindo-se, por outro lado, que não é provável um período de gestação maior de trezentos dias, a lei presume concebido na constância do casamento o filho que venha a nascer dentro deste prazo, computado a partir de quando a sociedade conjugal se dissolveu, pela morte, pelo decreto anulatório, ou pela separação judicial, no pressuposto de que aí cessou a convivência (inciso II do art. 1.597)ã. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 317.

²⁸⁴ Segundo Flávio Tartuce e José Fernando Simão, ãa menção à separação judicial deve ser tida como não escrita, diante da Emenda Constitucional 66/2010, que retirou do sistema a sua possibilidade. Mais do que isso, como não há mais prazo mínimo para se divorciar, nos termos do atual art. 226, §6.º, da Constituição Federal, pode-se substituir o termo *separação judicial* por *divórcio*ã. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 334.

²⁸⁵ ãEnquanto no casamento a convivência presume-se a partir da celebração, na união estável deve ser provado o início de sua constituição, pois independe de ato ou declaração. Consideram-se concebidos na constância da união estável os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução por morte ou separação de fato comprovadaã. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 202-203.

²⁸⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 29.

presunções de paternidade colocado no Código de 1916, e mantido em parte no vigente Código, há muito se mostra anacrônico, não só porque a sociedade evoluiu nesse fenômeno, como também porque a ciência permite atualmente apontar o pai (ou a mãe) com o mais elevado grau de certeza. Por essa razão, a jurisprudência vinha admitindo com frequência imputações e impugnações de paternidade contra o que dispõe o sistema²⁸⁷.

Com o contínuo desenvolvimento da engenharia genética e da biotecnologia é possível estabelecer, por meio do exame de DNA, a paternidade biológica com elevado grau de precisão e mínima margem de erro, de modo que as aludidas presunções legais, de fato, nem sempre corresponderão à real origem genética da filiação²⁸⁸. Contudo, a possibilidade de se aferir a filiação biológica de modo quase absoluto não deve servir à desconstituição do estado de filiação estabelecido com o pai que, a despeito de não ser o genitor biológico, revela-se socioafetivo em razão do vínculo constituído a partir da convivência com o filho. Assim, o exame de DNA deve ter sua importância relativizada:

a filiação é instituto abrangente e complexo que não se exaure nos laços genéticos; ao contrário, constitui-se a partir de laços afetivos, pessoais, emocionais e jurídicos que nenhum teste de identificação genética é capaz de aferir. (...) Não bastassem os questionamentos fundamentadamente apontados, não se pode deixar de considerar a falibilidade do exame de DNA, sobretudo à vista da ausência de controle sobre os dados estatísticos e a tecnologia utilizada pelos laboratórios. (...) Incumbe ao juiz, portanto, analisar a conveniência e a necessidade da realização do exame de DNA à luz, também, da utilidade e da finalidade do pretendido reconhecimento, sem o quê iminente o risco da constituição de relações jurídicas impessoais em tudo contrárias à essência da relação paterno-filial²⁸⁹.

Ademais, na hipótese do inciso II do artigo 1.597, ensina Washington de Barros Monteiro que a presunção é descabida, tendo em vista que a separação judicial, a nulidade ou anulação do casamento, em geral, são antecedidas pela separação de fato, que autoriza, inclusive, a constituição de união estável, razão pela qual o ex-marido não deve ser presumido como pai dos filhos nascidos trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal²⁹⁰. Assim, a fim de adaptar essa presunção à realidade social, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que, em relação ao inciso II do mencionado artigo, o

²⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 231.

²⁸⁸ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, p. 307. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 195. VIANA, Rui Geraldo Camargo. Da relatividade do exame de DNA para reconhecimento da filiação. In: *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo* (orgs. Silmara Juny de Abreu Chinelato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi). São Paulo: Atlas, 2010, p. 494.

²⁸⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. Da relatividade do exame de DNA para reconhecimento da filiação, cit., p. 497-499.

²⁹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*, cit., p. 428.

prazo deve ser computado a partir da separação de fato, e não da separação judicial, do divórcio ou da invalidação do casamento, já que se trata do momento em que cessou a coabitação, ou seja, a convivência conjugal²⁹¹. O mesmo problema se coloca quando um novo casamento ou união estável são estabelecidos antes de decorridos dez meses da dissolução da sociedade conjugal anterior. Nesse caso, o artigo 1.598 do Código Civil dispõe que, salvo prova em contrário, o filho nascido dentro dos trezentos dias a contar da data da dissolução da sociedade conjugal presume-se do primeiro marido. Porém, se o nascimento ocorrer após cento e oitenta dias do início da nova convivência conjugal e desde que decorrido o prazo de trezentos dias a contar da dissolução do primeiro casamento, presume-se pai o segundo marido²⁹².

A filiação biológica também pode ser constituída por meio da inseminação artificial homóloga, que, de acordo com o artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, gera presunção de paternidade²⁹³. Nessa técnica de reprodução assistida, ou seja, de fecundação artificial, manipulam-se o óvulo da esposa e o sêmen do marido, de modo que ambos devem consentir com a inseminação, já que são os titulares exclusivos das õpartes destacadas de seu corpo²⁹⁴. A inseminação pode ocorrer enquanto o marido estiver vivo ou após a sua morte. Nesse caso, denominado inseminação artificial *post mortem*, o sêmen ou o embrião deve ter sido conservado criogenicamente²⁹⁵ e implantado no corpo da mulher após o óbito do marido. Exige-se, ademais, autorização escrita deste para a realização da inseminação após a sua morte, bem como a permanência do estado de viúva da genitora a fim de que a presunção de paternidade não recaia sobre o novo cônjuge²⁹⁶.

Ainda no tocante à inseminação artificial homóloga, estabelece o inciso IV do artigo 1.597 do Código Civil hipótese de presunção da paternidade quanto aos filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes dessa

²⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 498.

²⁹² Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, embora o artigo 1.598 faça menção expressa apenas ao casamento, também é aplicável às uniões estáveis. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 215.

²⁹³ A presunção da paternidade relativa à inseminação artificial homóloga também se aplica à união estável. Para Jorge Shiguemitsu Fujita, ãembora reconhecida a união estável como entidade familiar, quer pela Constituição Federal de 1988 (art. 226, §3º), quer pelo Código Civil (arts. 1.723 a 1.726), este, ao formular as hipóteses de reprodução assistida, somente o faz no plano da constância do casamento, deixando de fazê-lo no ambiente da união estável, dando a falsa ideia de que os filhos não poderiam ser gerados por essas técnicas senão dentro do matrimônio, o que não é verdadeõ. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 29.

²⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 198.

²⁹⁵ A criogenia consiste na õciência da produção e manutenção de temperaturas muito baixas em sistemas, e do estudo das propriedades físico-químicas destes sistemas naquelas temperaturasõ. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, cit., p. 499.

²⁹⁶ Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil: õPara que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morteõ.

técnica de reprodução assistida. Embriões excedentários são aqueles resultantes da inseminação promovida *in vitro*, ainda não introduzidos no útero materno²⁹⁷, remanescentes de fertilização realizada anteriormente, armazenados e conservados criogenicamente até a sua futura utilização. Assim, presume-se pai o marido da mãe cujo filho foi concebido, a qualquer tempo, a partir de embriões excedentários. É tão somente por meio da fecundação homóloga que o ordenamento jurídico permite a concepção de embriões excedentários, sendo vedada, dessa forma, a sua utilização por terceiros que não sejam os pais genéticos²⁹⁸. Por fim, ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal, os embriões excedentários somente poderão ser utilizados mediante autorização expressa do ex-marido a fim de que não lhe seja imposta paternidade que não mais deseja²⁹⁹.

O marido cuja paternidade foi estabelecida com base na presunção relativa *pater is est* possui o direito de impugná-la, a qualquer tempo, por meio da ação negatória de paternidade, prevista no artigo 1.601 do Código Civil. Essa ação, contudo, somente poderá ser proposta quando a presunção estiver fundada nos incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil, tendo em vista que na inseminação artificial homóloga a verdade jurídica da filiação coincide, em regra, com a verdade biológica, já que os gametas utilizados na fecundação pertencem ao marido e à mulher³⁰⁰. A impugnação da paternidade é, assim, um direito personalíssimo conferido ao marido que é presumido pai em razão do nascimento do filho ter ocorrido dentro dos prazos mínimo e máximo da gestação humana previstos no Código Civil. Ocorre que, a despeito de se tratar de um direito, o artigo 1.601 deve ser interpretado de tal modo que a desconstituição da relação de filiação por meio da impugnação da paternidade não venha a causar danos psicológicos ao filho em razão do abandono afetivo perpetrado pelo pai. Com efeito, ainda que seja provada a ausência de vínculo biológico por meio do exame de DNA, o liame afetivo criado entre o filho e aquele

²⁹⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 314.

²⁹⁸ Todavia, caso isso ocorra, ensina Paulo Luiz Netto Lôbo que se presumirá mãe aquela que o concebeu e pai aquele que com ela seja casado, tratando-se, portanto, de outro caso em que a verdade biológica da filiação não coincide com a verdade jurídica. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 199.

²⁹⁹ Enunciado nº 107 da I Jornada de Direito Civil: “Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”. Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 504-505.

³⁰⁰ “A concepção do filho por qualquer dos três tipos de inseminação artificial previstos no art. 1.597 do Código Civil impede a impugnação da paternidade pelo marido da mãe, salvo se provar que, na inseminação artificial homóloga o profissional ou o hospital utilizaram sêmen que não foi o seu, com utilização de exame de DNA. De qualquer forma, é forte a presunção da paternidade em virtude da participação voluntária do pai no processo de reprodução assistida”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 222.

que efetivamente se apresentou e agiu como se pai fosse, dando-lhe afeto, criando-o, educando-o e com ele convivendo, será rompido, causando-lhe danos irreversíveis.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual a ausência do vínculo biológico, por si só, não é suficiente à desconstituição da relação de paternidade quando presente, no caso concreto, sólido vínculo afetivo entre pai e filho. Nesse caso, entende a Corte que a paternidade socioafetiva deve prevalecer sobre a biológica, salvo se provado vício de consentimento do pai no momento do registro de nascimento do filho. A mera dúvida acerca da descendência genética não é suficiente para desconstituir o vínculo parental³⁰¹. Isso ãem razão da premissa pela qual pai é quem cria e não quem participa com material genético³⁰². Assim, apenas se inexistente o vínculo biológico e comprovada a existência de erro, dolo ou coação quando da declaração de paternidade perante o oficial do registro civil, é que a paternidade poderá ser desconstituída. A comprovação do vício de consentimento, contudo, é capaz de elidir o vínculo afetivo^{303,304}. Na hipótese, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, inclusive, pela

³⁰¹ RECURSO ESPECIAL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO NUTRIDO DURANTE APROXIMADAMENTE VINTE E DOIS ANOS DE CONVIVÊNCIA QUE CULMINOU COM O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA PATERNIDADE Ó VERDADE BIOLÓGICA QUE SE MOSTROU DESINFLUENTE PARA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE ALIADA AO ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO REGISTRO SOB O ARGUMENTO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - ERRO SUBSTANCIAL AFASTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - PERFILHAÇÃO - IRREVOGABILIDADE - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. O ora recorrente, após estabelecer vínculo de afetividade, durante aproximadamente vinte e dois anos, *ainda que imbuído de dúvida quanto à existência de liame biológico*, reconhece voluntária e juridicamente a paternidade, mediante o competente registro civil. Na realidade, a alegada dúvida sobre a verdade biológica, ainda que não absolutamente dissipada, mostrou-se irrelevante, desinfluyente para que o ora recorrente, incentivado, segundo relata, pela própria família, procedesse ao reconhecimento de W. G. G. H como sendo seu filho, oportunidade, repisa-se, em que o vínculo afetivo, há muito, encontrava-se estabelecido. Não é demasiado acrescentar que, caso a verdade biológica lhe parecesse essencial, substancial para o reconhecimento da paternidade do recorrido, o ora recorrente poderia obter, durante o prolongado período de aproximadamente vinte e dois anos, facilmente, por meio de exames de material genético, a confirmação ou não do apontado vínculo biológico. (...) Tem-se, assim, que, admitir, no caso dos autos, a prevalência do vínculo biológico sobre o afetivo, quando aquele afigurou-se desinfluyente para o reconhecimento voluntário da paternidade, seria, por via transversa, permitir a revogação, ao alvedrio do pai-registral, do estado de filiação, o que contraria, inequivocamente, a determinação legal constante do art. 1.610, Código Civil. STJ, REsp nº 1.078.285 ó MS, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, data do julgamento: 13/10/2009. Cf. STJ, REsp nº 1.067.438 ó RS. Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, data do julgamento: 03/03/2009.

³⁰² SIMÃO, José Fernando. *Parentalidade: o duelo DNA x Afeto* ó Parte I. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf1108.html>. Acesso em: 20/09/2011.

³⁰³ Em síntese, ãem se tratando de erro do pai, prevalece o aspecto biológico e vence o DNA. Entretanto, se houve reconhecimento voluntário de filho alheio, o pai não poderá negar a paternidade, sob pena de agredir a boa-fé objetiva, como norma ética de conduta. Prevalece o AFETO sobre o DNA. SIMÃO, José Fernando. *Parentalidade: o duelo DNA x Afeto* ó Parte II. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf1208.html>. Acesso em: 20/09/2011.

³⁰⁴ Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. ó Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico. ó A realização do

concessão de indenização por danos morais ao marido que foi enganado pela esposa quanto à verdade biológica da filiação:

Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório.

- Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).

- Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.

- O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.

- A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial. (...)

- A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada.

Recursos especiais não conhecidos. (STJ, REsp nº 742.137 ó RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 21/08/2007)³⁰⁵.

Nessa mesma linha, privilegiando, porém, o vínculo afetivo inclusive na hipótese de comprovação de vício de consentimento no momento do registro de nascimento, Paulo Luiz Netto Lôbo, visando à preservação da integridade psíquica do filho, sustenta a tese de que a paternidade somente poderá ser impugnada se o marido provar não ser o genitor biológico ãe, por esta razão, não ter sido constituído o estado de filiação, de natureza socioafetivaã, além de, tendo sido ele o declarante perante o registro de nascimento, provar que somente procedeu ao reconhecimento por ter sido induzido em erro ou em razão de dolo ou coação³⁰⁶. Logo, entende o autor que três são os requisitos

exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento. (...) ó E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e providoã. STJ, REsp nº 878.954 ó RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 07/05/2007.

³⁰⁵ Cf. TJMG, Processo nº 1.0342.04.046436-0/001, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Duarte de Paula, data do julgamento: 05/08/2009.

³⁰⁶ Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, não é possível a alegação de falsidade do registro ãe o declarante for o marido da mãe, sabendo não ter o filho sua origem genética, porque prevalece a presunção *pater is est*, cuja

necessários para a desconstituição da paternidade: ausência de vínculo biológico; ausência de vínculo afetivo, não desenvolvido justamente por inexistir o liame genético; e comprovação de vício de consentimento. Desse modo, não será cabível tal ação pelo pai que, espontaneamente, ãsem coação ou qualquer vício de vontade, registrou filho que sabia não ser seu³⁰⁷. E, ainda que se comprove que a manifestação de vontade quando da declaração do nascimento estava eivada de vício, não há que se falar em desconstituição do vínculo paterno se caracterizado o vínculo afetivo³⁰⁸.

De fato, a partir da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da igualdade entre os filhos e rompeu com o modelo da família legítima, a paternidade não mais se baseia exclusivamente na origem biológica, mas também nos laços afetivos³⁰⁹. Logo, estabelecida a paternidade com base na aludida presunção e desenvolvida estreita relação de afetividade entre pai e filho, a filiação não deve ser desconstituída, ainda que se prove a ausência do vínculo biológico, a fim de que se atenda ao melhor interesse do filho menor ó a manutenção do vínculo socioafetivo baseado na posse de estado de filho.

A família, seja ela de que origem for, é protegida pelo Estado e por sua ordem jurídica (art. 226 da Constituição). Se a exclusividade da prova de inexistência de origem biológica pudesse ser considerada suficiente para o exercício da impugnação da paternidade, anos ou décadas depois de esta ser realizada e não questionada, na consolidação dos recíprocos laços de afetividade, com a inevitável implosão da família assim constituída, estar-se-ia negando a norma constitucional de proteção da família, para atender impulsos, alterações de sentimentos ou decisões arbitrárias do pai. Pelos fundamentos jurídicos que informam o atual regime brasileiro da paternidade, o exercício imprescritível da impugnação pelo marido da mãe depende da demonstração, além da inexistência da origem biológica, de que nunca tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas, consolidadas na convivência

perfilhação foi conscientemente assumida, além de constituir violação ao princípio do *venire contra factum proprium*. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 221 e 210-211.

³⁰⁷ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários ao código civil: parte especial: do direito de família* (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18, p. 66. Nesse caso, configurar-se-á a adoção à brasileira, que será estudada no item 2.1.3.1 do presente trabalho. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: ãO reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho. STJ, REsp nº 932.692 ó DF, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 18/12/2008.

³⁰⁸ O Enunciado nº 130, aprovado na I Jornada de Direito Civil, propõe a seguinte redação para o artigo 1.601 do Código Civil: ãCabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. §1º. Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho. §2º. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

³⁰⁹ ãO vínculo de sangue tem um papel definitivamente secundário para a determinação da paternidade; a era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não que se determina. NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 85.

familiar. A imprescritibilidade, sem ressalva do estado de filiação constituído, colide com a moderna compreensão do fenômeno da parentalidade, atentando contra a estabilidade das relações familiares³¹⁰.

Esse entendimento deve ser aplicado, inclusive, às hipóteses em que a paternidade do filho é registrada em nome do marido da mãe, em razão da presunção *pater is est*, ainda que o genitor biológico seja terceira pessoa e requeira a retificação do assento do registro de nascimento. Trata-se da ação vindicatória de filho, que, na lição de Flávio Tartuce, ôé aquela demanda que cabe ao pai biológico (ou até eventualmente à mãe biológica) em face de um terceiro que acabou por registrar um filho que é seu³¹¹. Nesse caso, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o vínculo socioafetivo desenvolvido entre a criança e o pai registral, que acreditava ser o genitor biológico, mas, de fato, não o era, deve ser preservado, mormente quando o pai socioafetivo deseja mantê-lo, não obstante a revelação da verdade biológica e a vontade do genitor biológico em ver declarada a relação paterno-filial:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativas à filiação.
2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.
3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.
4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.
5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quicá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.
6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur*

³¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 221-222.

³¹¹ TARTUCE, Flávio. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. In: *Leituras complementares de direito civil: direito das famílias* (coords. Marcos Ehrhardt Júnior; Leonardo Barreto Moreira Alves). Salvador: Jus Podivm, 2010 p. 110.

propriam turpitudinem allegans) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido. (STJ, REsp nº 1.087.163 ó RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrigli, data do julgamento: 18/08/2011).

Portanto, com vistas à garantia da dignidade humana e dos direitos da personalidade do filho, apenas se, cumulativamente, inexistir o vínculo biológico e afetivo, e existir, de forma comprovada, vício de consentimento quando do registro de nascimento, é que se deve admitir a desconstituição da relação de paternidade erigida nas presunções dos incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil³¹². Na lição de Rui Geraldo Camargo Viana, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a paternidade afetiva deve prevalecer sobre a paternidade biológica e jurídica ã sempre que a primeira se revelar o meio mais adequado de realização dos direitos constitucionais assegurados à pessoa humana³¹³.

2.1.2.1 Reconhecimento voluntário e judicial

Ao contrário dos filhos concebidos durante o casamento, que têm a paternidade expressamente presumida por força de lei, no tocante aos filhos havidos fora da relação matrimonial a paternidade é estabelecida por meio do reconhecimento, que pode ser voluntário ou judicial. Trata-se de ato jurídico declaratório, e não constitutivo, posto que não cria a paternidade, já existente no mundo fático em razão do vínculo biológico entre pai e filho, mas apenas a declara a fim de que produza efeitos jurídicos³¹⁴. Segundo José Luiz Gavião de Almeida, o reconhecimento é ã fórmula pela qual o direito encontrou caminho para transferir a paternidade biológica ao mundo jurídico³¹⁵.

É voluntário o reconhecimento em que há declaração espontânea, de ambos os pais ou de apenas um deles, quanto ao vínculo paterno ou materno que os une a

³¹² É o caso do ex-marido que, tomando conhecimento do adultério da mulher, dissolve a sociedade conjugal logo após o nascimento da criança, que acreditava ser sua filha, não estabelecendo com ela qualquer laço de afetividade. Caracterizado o erro e ausente o vínculo biológico e afetivo, a relação paterno-filial deve ser desconstituída. Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 313.

³¹³ VIANA, Rui Geraldo Camargo. Da relatividade do exame de DNA para reconhecimento da filiação, cit., p. 495-496. Sobre os efeitos deletérios que o artigo 1.601 do Código Civil pode produzir ao autorizar a impugnação da paternidade, a qualquer tempo, pelo marido que não é o genitor biológico, conferir o texto escrito por João Baptista Villela em forma de monólogo: VILLELA, João Baptista. *Art. 1.601*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=32>>. Acesso em: 12/12/2011.

³¹⁴ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 340.

³¹⁵ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Reconhecimento de filiação. In: *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo* (orgs. Silmara Juny de Abreu Chinelato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi). São Paulo: Atlas, 2010, p. 539.

determinada pessoa. Nos termos do artigo 1.609 do Código Civil, o reconhecimento poderá ser feito no registro do nascimento; por escritura pública ou escrito particular³¹⁶, a ser arquivado em cartório; por testamento; e por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não tenha sido o objeto único e principal do ato que o contém.

O reconhecimento voluntário pode ser feito a qualquer tempo, inclusive, antes do nascimento do filho ou após a sua morte. O reconhecimento, no caso do nascituro, não pode ser condicionado ao nascimento com vida e, sendo *post mortem*, pressupõe que o filho tenha deixado descendentes, afastando-se, assim, eventual finalidade estritamente patrimonial, sucessória. Isso porque é ôimoral um pai pretender reconhecer o seu filho que deixou de perfilhar em vida, apenas apressando-se em reconhecê-lo depois de morto para lhe recolher a herança, por vocação hereditária³¹⁷. Sendo, ademais, realizado após a maioridade civil, o reconhecimento depende do consentimento do filho, que, mesmo reconhecido quando menor de idade, poderá impugná-lo no prazo de até quatro anos a contar da maioridade ou emancipação³¹⁸. Silvio Rodrigues explica que esse direito à impugnação é dado ao filho, pois o reconhecimento gera efeitos morais e materiais que não devem ser impostos pela vontade exclusiva de apenas uma das pessoas envolvidas na relação³¹⁹. ÕNinguém pode ser reconhecido contrariamente à própria vontade e, dessa forma, Õevitam-se reconhecimentos que não correspondam à realidade, dado que, se não se pudesse obstar o reconhecimento, qualquer um poderia reconhecer outrem³²⁰. Assim, garante-se ao filho o direito de impugnar a paternidade nos casos em que o reconhecimento não corresponda à verdade socioafetiva da filiação fundada na posse de estado de filho.

Trata-se de ato jurídico personalíssimo³²¹, livre, incondicionado e irrevogável. Logo, visando à proteção do interesse do filho e à manutenção do vínculo

³¹⁶ Segundo José Luiz Gavião de Almeida, esse reconhecimento ã deve ser indiscutível quanto ao declarante e de forma expressa confessar a situação de pai, sob pena de se garantir ao documento apenas valor de prova. ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Reconhecimento de filiação, cit., p. 531.

³¹⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, cit., p. 559.

³¹⁸ Segundo Sílvia de Salvo Venosa, ã esse prazo decadencial não se amolda ao novo direito de filiação e não pode subsistir. Há de persistir sempre a possibilidade de definição da verdadeira relação de filiação. (...) A qualquer momento, como regra geral, o filho pode impugnar seu estado de filiação. Trata-se de direito potestativo. Nesse sentido é também o posicionamento de Maria Berenice Dias. Mas, advertem Flávio Tartuce e José Fernando Simão que ã essa impugnação deve ser reputada improcedente nos casos em que estiver caracterizada a parentalidade ou paternidade socioafetiva, em decorrência da posse de estado de filhos e do vínculo de afeto formado. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 384-385. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 354. VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 260.

³¹⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 319-320.

³²⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*, cit., p. 233.

³²¹ O ato de reconhecimento é privativo do pai e da mãe, sendo possível a sua realização por meio de procuração com poderes especiais. O reconhecimento promovido por um deles não vincula o outro, produzindo efeitos apenas em relação ao perfilhador. Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 230.

afetivo, não se admite o arrependimento posterior. Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a possibilidade de invalidação do registro de nascimento quando houver prova de erro ou falsidade do ato de registro, em conformidade com o artigo 1.604 do Código Civil³²², ou existir prova de vício de consentimento³²³. Adotando essa interpretação, o Superior Tribunal de Justiça, em ação declaratória de nulidade de registro civil, julgou improcedente o pedido de desconstituição da relação paterno-filial ante a ausência de prova de vício de consentimento:

Sob a ótica indeclinável de proteção à criança, ao visualizar os matizes fáticos descritos no acórdão impugnado, verifica-se, no processo em julgamento, que o recorrido reconheceu espontaneamente paternidade extramatrimonial, cujo ato somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento. Isto é, para que haja efetiva possibilidade de anulação do registro de nascimento da menor, é necessária prova robusta no sentido de que o *pai registral* foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto.

Não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, como ocorreu na hipótese dos autos, em que o próprio recorrido manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico com a menina e, mesmo assim, reconheceu-a como sua filha. Se o fez com o intuito de agradar sua então mulher, tal motivação não caracteriza coação, como alegou de início. Somente demonstra a peculiar fraqueza espiritual da natureza humana que muito deve ainda evoluir para alcançar um nível de vivência digna.

Ressalte-se, ademais, que o recorrido jamais poderia valer-se de falsidade por ele mesmo perpetrada, o que corresponderia a utilizar-se de sua própria torpeza para benefício próprio, o que realmente lhe seria muito conveniente, em prejuízo direto à criança envolvida (STJ, REsp nº 1.003.628-DF, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 13/10/2008).

Em sentido contrário, Paulo Luiz Netto Lôbo e Maria Berenice Dias³²⁴ entendem que o reconhecimento somente poderá ser invalidado se houver erro ou falsidade do ato de registro, e não do reconhecimento propriamente dito, pois isso poderia significar fraude à lei, uma vez que se alcançariam os mesmos efeitos vedados da revogação³²⁵. Assim, em atenção ao melhor interesse da criança, a relação de filiação somente deve ser desconstituída se o erro ou falsidade recair sobre o ato de registro. Todavia, caso se admita a invalidação do reconhecimento em razão da existência de vício de consentimento, é imprescindível a inexistência de vínculo afetivo entre pai e filho a caracterizar a

³²² Artigo 1.604 do Código Civil: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

³²³ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 474. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 329. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 261.

³²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 379.

³²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 236.

paternidade socioafetiva³²⁶. Isso porque, na lição de João Baptista Villela, em artigo pioneiro sobre o tema, ãa paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural³²⁷, de modo que o vínculo afetivo deve prevalecer sobre o vínculo sanguíneo.

A falta de reconhecimento voluntário por parte daqueles que geraram o filho não pode privá-lo de seu direito à paternidade ou à maternidade. Por essa razão, o ordenamento jurídico prevê a ação de investigação de paternidade ou maternidade, ãque é o meio pelo qual se substitui, via sentença judicial, o ato voluntário do reconhecimento, ou a presunção legal, passando a filiação biológica a ingressar no mundo do direito³²⁸.

Trata-se de ação de estado, portanto, imprescritível, cujo único legitimado ativo é o filho, que poderá propô-la em face do suposto pai ou da suposta mãe³²⁹. O reconhecimento judicial da paternidade pressupõe a comprovação do vínculo biológico entre as partes, sendo o exame de DNA, atualmente, uma das provas mais utilizadas nesse sentido³³⁰, devendo, contudo, ser relativizado e cotejado com as demais provas produzidas nos autos do processo, conforme já exposto nesse trabalho. Ademais, o reconhecimento é direito indisponível, sendo vedada a celebração de qualquer negócio jurídico que tenha por objeto a renúncia ao reconhecimento da filiação em troca de vantagens econômicas³³¹.

Conforme dispõe o artigo 1.616 do Código Civil, a sentença de procedência da ação de investigação de paternidade produz os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário, retroagindo à data do nascimento³³². Submete-se, ademais, às regras da coisa julgada, de modo que, comprovado o vínculo biológico entre investigando e investigado, a relação paterno-filial declarada por sentença transitada em julgado deve ser mantida. O mesmo ocorre com as ações julgadas improcedentes em razão da comprovação de inexistência de tal vínculo³³³. Porém, nos casos de improcedência da ação por insuficiência

³²⁶ Enunciado nº 339 da IV Jornada de Direito Civil: ãa paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.

³²⁷ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, cit., p. 401.

³²⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Reconhecimento de filiação, cit., p. 540.

³²⁹ ãNo tocante à ação investigatória, muito mais comum é aquela relativa à paternidade. Todavia, é de se reconhecer o crescente número de ações também relativas à maternidade, pela possibilidade de trocas de bebês. TARTUCE, Flávio. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho, cit., p. 107.

³³⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 361.

³³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 239.

³³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 337.

³³³ Cita-se, a título de exemplo, acórdão do Superior Tribunal de Justiça que não admitiu a relativização da coisa julgada, tendo em vista que na ação anterior a paternidade foi terminantemente afastada com base em prova pericial, ainda que diversa do exame de DNA: ãa possibilidade de reiterar-se o pedido de investigação tem como limite a coisa julgada. De fato, quando, em ação anterior, a paternidade do investigado não foi declarada à míngua de provas, é possível reabrir a discussão em novo processo. A possibilidade dessa nova ação manifesta-se quando, à época do ajuizamento da ação primitiva, o exame de DNA ainda não era disponível e a sentença passada em julgado não afastara peremptoriamente a paternidade. (...) No caso, entretanto, a declaração de improcedência não se assentou em falta de provas. Pelo contrário, o Tribunal,

de provas, mormente naqueles em que não se realizou o exame de DNA e a paternidade não foi afastada com absoluta certeza, indaga-se acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada com vistas à viabilização da identificação da origem biológica do filho.

Dispõe o Enunciado nº 109 da I Jornada de Direito Civil que ãa restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando. A questão mantém-se controvertida, porém, parte considerável da doutrina e da jurisprudência tem admitido a relativização em tais casos com base nos fundamentos assim sintetizados por Maria Helena Diniz:

Sem embargo, diante da quase certeza do DNA, dever-se-ia, ainda, admitir a *revisão da coisa julgada* (...) para fins de investigação de paternidade, em casos de provas insuficientes produzidas na ocasião da prolação da sentença, para garantir o direito ao respeito à dignidade humana (CF, art. 1º, III), à identidade genética e à filiação, sanando qualquer injustiça que tenha ocorrido em razão de insuficiência probatória e, além disso, o registro público deve conter a verdade real³³⁴.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

A propositura de nova ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, não viola a coisa julgada se, por ocasião do ajuizamento da primeira investigatória ó cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas ó, o exame pelo método DNA não era disponível tampouco havia notoriedade a seu respeito. A não exclusão expressa da paternidade do investigado na primitiva ação investigatória, ante a precariedade da prova e a insuficiência de indícios para a caracterização tanto da paternidade como da sua negativa, além da indisponibilidade, à época, de exame pericial com índices de probabilidade altamente confiáveis, impõem a viabilidade de nova incursão das partes perante o Poder Judiciário para que seja tangível efetivamente o acesso à Justiça. (STJ, REsp nº 826.698-MS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 06/05/2008).

Investigação de paternidade ó Preliminar de extinção ó Coisa julgada ó Indeferimento ó Em ações que envolvam direito personalíssimo, que são regidas pela regra ãrebus sic stantibus, a coisa julgada deve ser mitigada

examinando as provas, declarou a impossibilidade de o réu ser o pai dos autores. (...) No entendimento dos julgadores, prova produzida na ação de 1969 afastou categoricamente a paternidade do réu-recorrente. Isso porque a prova do sistema MN embora não sirva para afirmar a paternidade, permite excluí-la com absoluta segurança. Foi o que ocorreu na ação anterior. O perito, em seu laudo, afirmou que o autor não era filho do réu, não deixando margem à dúvida. STJ, REsp nº 706.987 ó SP, Segunda Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, data do julgamento: 14/05/2008.

³³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 495. Nessa linha, cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 405-407. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 573-576. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 51-52. LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 242. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 376. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 365-368. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 268.

ó À época da ação anterior, sequer existia a possibilidade de realização do exame de DNA ó Decisão mantida ó Recurso improvido. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 606.866-4/4-00, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Joaquim Garcia, data do julgamento: 17/06/2009).

Diante do elevado grau de certeza produzido pelo exame de DNA quanto à determinação da filiação biológica, ensina Rolf Madaleno que a coisa julgada deve ser relativizada no caso em questão a fim de ãcompletar ou reescrever a verdade dos vínculos de parentesco que, antes de estampar a realidade dos registros públicos, acalma a alma agitada de cada um dos protagonistas dessas ações³³⁵. Nesses casos excepcionais, entre a segurança jurídica da coisa julgada e o direito à filiação e à identidade, este deve prevalecer em atenção à dignidade humana do filho.

Ressalva-se, contudo, a paternidade socioafetiva, que deve ter primazia sobre a verdade biológica, hipótese em que a ação investigatória somente terá cabimento para conhecimento da origem genética do investigante³³⁶. Nessa linha, a propositura da ação de investigação de paternidade também tem sido admitida pela doutrina visando tão somente à identificação da origem biológica, sem a constituição do vínculo jurídico da filiação³³⁷. É o que ocorre com os filhos socioafetivos, cujo estado de filiação é estabelecido na afetividade, independentemente do vínculo biológico, mas lhes é assegurado o conhecimento da sua origem genética por se tratar de direito da personalidade fundado na dignidade da pessoa humana³³⁸.

Dessa forma, a aludida ação pode ser proposta pelo filho com o único objetivo de conhecer seus pais biológicos, mas sem a desconstituição da relação paterno-filial socioafetiva, sobre a qual está fundado o verdadeiro estado de filiação³³⁹. Constitui,

³³⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, cit., p. 602.

³³⁶ Ibidem.

³³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 203-204. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 49. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... In: *A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM - Del Rey, 2000, p. 176.

³³⁸ Flávio Tartuce e José Fernando Simão citam um exemplo em que a ação de investigação de paternidade poderia ser proposta pelo filho com fins meramente declaratórios, reconhecendo-se o vínculo genético sem desconstituir a relação paterno-filial socioafetiva pré-estabelecida: ãum casal tem um filho, que é devidamente registrado pelo marido, que pensa ser o seu filho. Trinta anos depois, após a morte do marido, a mulher conta ao seu filho que o seu pai não é aquele que faleceu, mas, uma outra pessoa, com quem ela teve um relacionamento rápido quando era jovem. Ciente do fato, o filho resolve promover a ação contra o seu suposto pai verdadeiro. Realizado o exame de DNA no curso da ação, constata-se que o pai biológico do autor é o réu e não aquele que o criou durante trinta anos. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 363-364.

³³⁹ Nesse sentido afirma Maria Berenice Dias: ãcomprovado que o investigante entretinha com quem o registrou vínculo de filiação, que se consolidou pela convivência, tal impossibilita exclusivamente a mudança do estado de filiação. No entanto, persiste o direito de investigar a paternidade biológica, como direito de personalidade. A consolidação de uma paternidade ou maternidade socioafetiva não pode impedir que o filho

nos dizeres de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ão direito que cada um de nós tem de buscar, se quiser, a verdade a respeito de sua vinculação genética a um homem ou a uma mulher, ainda que não seja a estes que sua alma ordene chamar de *pai* e de *mãe*³⁴⁰.

A ação de investigação de paternidade serve, portanto, à identificação do vínculo biológico de descendência, seja para declarar a relação de filiação a fim de que ela produza efeitos jurídicos, seja tão somente para revelar a origem genética do filho que já possui a paternidade constituída na socioafetividade.

2.1.2.2 Procedimento de averiguação oficiosa da paternidade

A averiguação oficiosa da paternidade é um procedimento administrativo, sem caráter judicial, mas conduzido por magistrado, cabível nas hipóteses em que não há incidência da presunção *pater is est*, sendo a mãe a única declarante do nascimento do filho perante o oficial do registro civil³⁴¹. Com efeito, na ausência de prova do casamento, o filho nascido de relação extramatrimonial não pode ter a paternidade registrada no assento de nascimento a partir de declaração exclusivamente materna. Assim, sendo apenas a maternidade declarada, mas com menção ao nome do suposto pai, a Lei nº 8.560/92, em seu artigo 2º, estabelece a possibilidade de instauração de tal procedimento com o objetivo de facilitar o reconhecimento da filiação por parte dele. Afirma Silvio Rodrigues que

essa lei teve como objetivo favorecer as famílias carentes, sem recursos e talvez constrangidas em buscar a tutela jurisdicional própria em favor do recém-nascido, pelas dificuldades naturais das providências que se fazem necessárias à ação de investigação tradicional³⁴².

busque conhecer, inclusive judicialmente, sua genealogia, suas raízes, suas origens, seus antepassados. Além do direito de personalidade envolvido, manifesto o interesse jurídico em tal descoberta, em face dos impedimentos matrimoniais, do sofrimento psicológico e emocional decorrente do desconhecimento das origens, das compatibilidades em doações de órgãos, da análise de doenças geneticamente transmissíveis. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 402.

³⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai, cit., p. 178.

³⁴¹ Segundo Zeno Veloso, ãa averiguação oficiosa da paternidade e a investigação da paternidade a cargo do Ministério Público não se aplicam ao caso de filho havido por mulher casada, pois este tem como pai presumido o marido, e não seria curial que o afastamento da regra *pater is est* pudesse ocorrer por simples declaração da mãe e esposa, mormente se esta convive com o cônjuge. Em sentido contrário é o posicionamento de Maria Berenice Dias: ãIndependentemente de ser casada com o pai de seu filho, ou com outrem, pode se omitir em declinar o nome do genitor. Ainda que seja casada, não há qualquer impedimento para que se desencadeie o procedimento investigatório. No aparente conflito entre a reputação da mãe, que, ao declarar que o filho não é de seu marido, acaba confessando a prática de adultério, e o interesse do filho em ser registrado, prevalece o interesse do infante, pois o direito à identidade está envolto em princípios fundamentais que dizem com a sua personalidade. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 416. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 126.

³⁴² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 329.

Inicia-se o procedimento com a remessa ao juiz, pelo oficial do registro civil, da certidão integral do registro de nascimento e da qualificação do suposto pai. Recebidos os documentos, o juiz ouvirá a mãe, sempre que possível, quanto à paternidade alegada e determinará que o suposto pai, independentemente de seu estado civil, seja judicialmente notificado para se manifestar, no prazo de trinta dias, averiguando-se oficiosamente a procedência da alegação. A diligência poderá ser realizada em segredo de justiça, quando o juiz entender necessário, como no caso de o suposto pai ser casado³⁴³.

Confirmada a paternidade pelo suposto pai, lavra-se o termo de reconhecimento, remetendo-se a respectiva certidão ao oficial do registro civil para a devida averbação. Todavia, no silêncio ou na expressa negativa do suposto pai quanto à paternidade que lhe é atribuída, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público que terá legitimidade, desde que existam elementos suficientes, para propor ação de investigação de paternidade, sem prejuízo daquele que tenha legítimo interesse para tanto, vale dizer, o filho menor. A ação, contudo, não será proposta quando a criança for encaminhada para adoção.

Ressalte-se que a omissão ou a negativa do pai em reconhecer o filho não lhe acarretará consequências ou quaisquer ônus, uma vez que se trata de procedimento administrativo. Não havendo o reconhecimento espontâneo, sequer na hipótese de existência de resultado positivo de eventual prova pericial produzida a paternidade poderá ser imposta. Porém, explica Silvio Rodrigues que, diante da certeza biológica da filiação, a ação de investigação de paternidade estará extremamente facilitada, sendo apenas mais onerosa ao próprio requerido a injustificada recusa em assumir o filho³⁴⁴.

2.1.3 Filiação socioafetiva

A concepção doutrinária acerca da filiação socioafetiva remonta ao trabalho desenvolvido por João Baptista Villela, denominado *Desbiologização da paternidade*, no qual o autor consagra a ideia de que o vínculo afetivo na relação paterna se sobrepõe ao vínculo biológico, pois a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural³⁴⁵. Assim, a filiação socioafetiva é aquela fundada na dimensão cultural da paternidade, e, deste modo, reclama não a identidade biológica entre pai e filho, contudo,

³⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 416.

³⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 330-331.

³⁴⁵ VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*, cit., p. 401.

uma correspondência entre estes firmada na afetividade e no convívio social³⁴⁶. Trata-se de filiação baseada no vínculo afetivo, e não no elemento sanguíneo ou jurídico. Assim, é determinada pela convivência familiar, dedicação, respeito, cuidado e solidariedade, que, reciprocamente considerados entre pais e filhos, estabelecem a verdadeira relação de parentalidade. Nesse sentido, Jacqueline Filgueras Nogueira afirma que

O verdadeiro sentido das relações pai-mãe-filho transcende a lei e o sangue, não podendo ser determinadas de forma escrita nem comprovadas cientificamente, pois tais vínculos são mais sólidos e mais profundos, são *ôinvisíveis* aos olhos científicos, mas são visíveis para aqueles que não têm olhos limitados, que podem enxergar os verdadeiros laços que fazem de alguém um ôpaiô: os laços afetivos, de tal forma que os verdadeiros pais são os que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo. Pais, onde a criança busca carinho, atenção e conforto (...). Esse vínculo, por certo, nem a lei nem o sangue garantem³⁴⁷.

Segundo Maria Berenice Dias, a filiação socioafetiva é caracterizada pelo seu conteúdo ético, pois, desvinculada da verdade biológica ou jurídica, baseia-se exclusivamente na afetividade³⁴⁸. Esta decorre da convivência entre pais e filhos, e não da prática isolada de um único ato, eis que insuficiente à constituição de um vínculo tão sólido e de tal expressão axiológica como o é o afetivo³⁴⁹. Nesses termos, a doutrina consagra três hipóteses de filiação socioafetiva, quais sejam a adoção, a posse de estado de filho e a derivada da concepção por inseminação artificial heteróloga³⁵⁰.

2.1.3.1 Adoção

A adoção consiste no ôato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo

³⁴⁶ NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. A paternidade nos dias atuais (vínculo de fato, de direito e de amor). In: *Família e sucessões: reflexões atuais* (coord. João Batista Amorim de Vilhena Nunes). Curitiba: Juruá, 2009, p. 232.

³⁴⁷ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói*, cit., p. 84.

³⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 372.

³⁴⁹ Na lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, ônão é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Para tanto, é preciso que o afeto sobrepuje, seja o fator marcante, decisivo, daquela relação. É o afeto representado, rotineiramente, por dividir conversas e projetos de vida, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, mostrar caminhos, ensinar e aprender, concomitantemente. Esse também é o posicionamento de Flávio Tartuce: ôo elo que une as pessoas, em relação de parentalidade, é mais do que o elo de sangue. É um elo de amor, de companheirismo, de convivência espiritual, de apoio moral, de auxílio patrimonial, de divisão das alegrias e das tristezas do dia-a-dia. É um elo qualitativo e também quantitativo. É um elo de confiança, conquistado com os anos. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 518. TARTUCE, Flávio. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho, cit., p. 103.

³⁵⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 70. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A família enquanto estrutura de afeto, cit., p. 257.

ou afimö³⁵¹. Nos dizeres de Luiz Edson Fachin, òé na adoção que os laços de afeto se viabilizam desde logo, sensorialmente, superlativando a base do amor verdadeiro que nutrem entre si pais e filhosö³⁵². Trata-se de filiação resultante da livre vontade dos adotantes em perfilhar pessoa que, em geral, lhes é estranha, baseando-se, portanto, na solidariedade e afetividade exercidas no interesse dela com vistas à formação de família efetivamente desejada. João Baptista Villela, corroborando sua afirmação de que a paternidade é um fato cultural, assim fundamenta a adoção:

A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o País sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber³⁵³.

Constitui medida excepcional, pois, de acordo com o artigo 39, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, somente poderá ser levada a efeito quando esgotados todos os recursos de manutenção da criança ou do adolescente na sua família natural ou extensa³⁵⁴, visando, assim, à preservação do vínculo natural da filiação. Por essa razão, os pais biológicos devem consentir com a adoção, salvo se desconhecidos ou previamente destituídos do poder familiar³⁵⁵. Mas, caracterizada situação de abandono do filho pelo genitor biológico, bem como consolidada no tempo situação de fato consistente na perfilhação por terceira pessoa, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de constituir o vínculo da filiação pela adoção independentemente de prévia destituição do poder familiar:

ADOÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MENOR QUE MORA, DESDE O CASAMENTO DE SUA GENITORA COM SEU PADRASTO, EM DEZEMBRO DE 2000, COM ESTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MOLDURA FÁTICA APURADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEMONSTRANDO QUE O MENOR FOI ABANDONADO POR SEU PAI BIOLÓGICO, CUJO

³⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 392.

³⁵² FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*, cit., p. 238.

³⁵³ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, cit., p. 416-417.

³⁵⁴ Conforme o artigo 25 e seu parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se família natural a formada pelos pais ou por qualquer deles e seus descendentes. Já a família extensa é a òque se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividadeö.

³⁵⁵ Artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente: òA adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimentoö.

PARADEIRO É DESCONHECIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. As instâncias ordinárias apuraram que a genitora casou-se com o adotante e anuiu com a adoção, sendo "patente a situação de abandono do adotando, em relação ao seu genitor", que foi citado por edital e cujo paradeiro é desconhecido.

2. No caso, diante dessa moldura fática, afigura-se desnecessária a prévia ação objetivando destituição do poder familiar paterno, pois a adoção do menor, que desde a tenra idade tem salutar relação paternal de afeto com o adotante - situação que perdura há mais de dez anos -, privilegiará o seu interesse. Precedentes do STJ.

3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp nº 1.207.185, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, data do julgamento: 11/10/2011).

Observados os requisitos legais e sendo a adoção a medida mais indicada para resguardar o interesse da criança e do adolescente, a relação de filiação será constituída por sentença judicial, inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão e que cancelará o registro original do adotado, nos termos do artigo 47 e §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. A partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva³⁵⁶, adotante e adotado assumem, respectivamente, a condição de pai e filho, adquirindo os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, inerentes a qualquer outra relação de filiação por força do princípio da igualdade. Essa nova relação faz cessar os vínculos mantidos com os pais e parentes biológicos, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, assegurando-se, por outro lado, o direito do adotado em conhecer sua origem genética³⁵⁷. Por conseguinte, a titularidade do poder familiar é transferida aos adotantes, que assumem os deveres de criar, sustentar e educar o filho adotado.

Da mesma forma que o reconhecimento voluntário, a adoção é medida irrevogável. Logo, não se admite a desconstituição do vínculo de parentalidade pelo arrependimento posterior do adotante. Porém, segundo Carlos Roberto Gonçalves, a adoção poderá ser declarada nula quando não observadas as formalidades legais exigíveis ao ato, vale dizer, se o adotante for menor de idade ou não possuir, pelo menos, dezesseis anos a mais que o adotando; se a adoção conjunta não for realizada por adotantes casados ou conviventes; se o tutor ou curador que pretender adotar o pupilo ou curatelado não tiver prestado contas; e se houver vício decorrente de simulação ou fraude à lei. Ainda no

³⁵⁶ Artigo 47, § 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito".

³⁵⁷ Artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica".

entendimento do autor, a adoção poderá ser anulada quando resultar de vício de consentimento do adotante, do adotado ou de seu representante legal³⁵⁸.

Contudo, conforme já exposto no presente trabalho, havendo vício de consentimento por parte do adotante ou do representante legal do adotado, a desconstituição da relação de filiação deve ser precedida de análise quanto à existência de real vínculo afetivo entre adotante e adotado a fim de que, atendendo-se ao melhor interesse da criança e do adolescente, a sua integridade psíquica não seja violada com o rompimento da relação de parentalidade. Nesse sentido, cita-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, a despeito de reconhecer a existência de vício de consentimento da mãe biológica quanto à anuência para a adoção de sua filha, privilegiou o vínculo socioafetivo consolidado ao longo de nove anos, primeiramente, na guarda provisória e, ao final, na adoção, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente:

CIVIL. ADOÇÃO. VÍCIO NO CONSENTIMENTO DA GENITORA. BOA-FÉ DOS ADOTANTES. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM OS ADOTANTES. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela ser assegurada condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico.
2. A constatação de vício de consentimento da genitora, com relação a entrega de sua filha para a adoção, não nulifica, por si só, a adoção já realizada, na qual é possível se constatar a boa-fé dos adotantes.
3. O alçar do direito materno, em relação à sua prole, à condição de prevalência sobre tudo e todos, dando-se a coacta manifestação da mãe-adolescente a capacidade de apagar anos de convivência familiar, estabelecida sobre os auspícios do Estado, entre o casal adotante, seus filhos naturais e a adotanda, no único lar que essa sempre teve, importa em ignorar o direito primário da infante, vista mais como objeto litigioso e menos, ou quase nada, como indivíduo, detentora, ela própria, de direitos, que, no particular, se sobrepõe aos brandidos pelas partes.
4. Apontando as circunstâncias fáticas para uma melhor qualidade de vida no lar adotivo e associando-se essas circunstâncias à convivência da adotanda, por lapso temporal significativo ó 09 anos ó, junto à família adotante, deve-se manter íntegro esse núcleo familiar.
5. Recurso especial provido. (STJ, REsp nº 1.199.465 ó DF, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 14/06/2011)³⁵⁹.

³⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 386.

³⁵⁹ O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul também já decidiu nessa linha: ãApelação cível. Ação anulatória de destituição do poder familiar e de adoção. Ainda que a ação de destituição do poder familiar, com posterior pedido de adoção, esteja eivada de vício insanável, qual seja, a não observância ao disposto no art. 372 do anterior Código Civil, no caso em comento há uma situação de fato consolidada, consistente no fato de que o adotado está com os adotantes há dezoito anos, assinalando os estudos e relatórios das equipes interprofissionais perfeita adaptação, adequada educação, dinâmica familiar estável e, o que é mais importante, uma ocorrente e profunda vinculação afetiva com os pais adotivos, existindo elementos a assinalar, de igual forma, que o adotado sequer sabia que sua situação biológica era dissonante de sua condição socioafetiva, razão pela qual justifica-se o desprovimento do recurso, com a manutenção da sentença de improcedência do pedido de anulação de destituição do poder familiar e da adoção. TJRS,

A adoção, portanto, é instituto jurídico que possibilita às crianças, aos adolescentes e aos maiores de dezoito anos de idade, que não possam ser mantidos em sua família natural ou extensa, o acolhimento e a integração em entidade familiar baseada no afeto, na convivência, na assistência, no respeito e na solidariedade. A adoção, desse modo, ãconsagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico, pois significa ãa busca de uma família para uma criança, e não mais, como o era na sua concepção tradicional, ãa busca de uma criança para uma família³⁶⁰.

Há casos, porém, em que a adoção é realizada extrajudicialmente, sem a observância dos requisitos legais. Trata-se da denominada ãadoção à brasileira, que, segundo Washington de Barros Monteiro, consiste no ãreconhecimento voluntário da paternidade, quando não existe vínculo biológico, que se aproxima da paternidade adotiva, embora não se submeta ao devido processo legal³⁶¹. Os declarantes, ãmovidos por intuito generoso e elevado de integrar a criança à sua família, como se a tivessem gerado³⁶², emitem, conscientemente, falsa declaração a respeito da paternidade ou maternidade biológica no registro de nascimento, não se submetendo, dessa forma, aos ditames legais para a adoção. A despeito de se tratar de conduta tipificada como crime no artigo 242 do Código Penal³⁶³, a sociedade não a desaprova ante a motivação solidária de pessoas que acolhem crianças não desejadas em sua família biológica, com o intuito de perfilhá-las, ainda que sem a observância das exigências legais. Porém, adverte Paulo Luiz Netto Lôbo que a intenção dolosa dos declarantes, como ocorre no seqüestro de crianças em maternidades, não configura adoção à brasileira, pois a criança é retirada à força de seus pais biológicos, de modo que o seu móvel não é ãa solidariedade e a afetividade, mas a satisfação egoística de seus anseios pessoais³⁶⁴.

Embora constitua ato irregular, a adoção à brasileira, consolidada na convivência familiar e na afetividade, converte-se em posse de estado de filho, pois o nome, o tratamento e a reputação social do adotado, característicos dessa espécie de filiação, revelam a filiação socioafetiva e, portanto, convalidam a declaração e o registro de

Apelação Cível nº 70010090298, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, data do julgamento: 23/12/2004.

³⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 483-484. Cf. NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói*, cit., p. 90-91.

³⁶¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, cit., p. 465.

³⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 225.

³⁶³ Artigo 242 do Código Penal: ãDar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

³⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 225.

nascimento, que não poderá ser cancelado³⁶⁵. Em muitos casos, dissolvida a sociedade conjugal ou convivencial, o pai requer a anulação do registro de nascimento, desconstituindo-se a relação de filiação, com o único propósito de afastar a obrigação alimentar. Assim, ôcomo a adoção é irrevogável (ECA 39 §1º), não se pode conceder tratamento diferenciado a quem faz uso de expediente ilegalô, não se admitindo, da mesma forma, o arrependimento posterior³⁶⁶. Veda-se, por conseguinte, que o próprio declarante, após estabelecido o estado de filiação, pleiteie a invalidade do registro de nascimento, em razão da prevalência da filiação socioafetiva construída na convivência familiar, bem como por constituir situação de *venire contra factum proprium*, que viola a boa-fé objetiva³⁶⁷. Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL ô AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL ô NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ô ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA ô RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO ô APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF ô ADOÇÃO À BRASILEIRA ô PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA ô IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO ô RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(...) 2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado. (STJ, REsp nº 1.088.157-PB, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, data do julgamento: 23/06/2009)³⁶⁸.

Ademais, ainda que o artigo 1.604 do Código Civil autorize a anulação se provado erro ou falsidade do registro, não se deve admitir a alegação de falsidade na medida em que o registro reflete a declaração espontânea e consciente emitida pelo próprio

³⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 226.

³⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 496-497.

³⁶⁷ Cf. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 78. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 226.

³⁶⁸ Em caso análogo envolvendo adoção à brasileira, o Superior Tribunal de Justiça não deu provimento ao recurso especial interposto pela filha biológica que, com propósito estritamente patrimonial, requereu a desconstituição do vínculo de filiação estabelecido entre adotante e adotada: ôDireito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar. A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido ô considerada a sua imutabilidade nesta via recursal ô, registrou filha recém-nascida de outrem como sua. (...) Conquanto a ôadoção à brasileiraô não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada ô consideradas as especificidades de cada caso ô a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercidaô. STJ, REsp nº 1.000.356-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 25/05/2010.

declarante, que sabe não ser o genitor da criança. Desse modo, segundo Maria Berenice Dias, o registro não revela nada mais do que aquilo que foi declarado e por conseguinte, corresponde à realidade do fato jurídico, não havendo que se falar em falsidade a ensejar a anulação do registro³⁶⁹. Destarte, a adoção à brasileira deve ser mantida como forma de preservação do vínculo afetivo estabelecido entre adotante e adotado, fundado na posse de estado de filho, que passa a ser objeto de análise.

2.1.3.2 Posse de estado de filho

A filiação socioafetiva também pode decorrer do reconhecimento da posse de estado de filho. Trata-se, na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, da situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal³⁷⁰. Isso porque é no cotidiano da vida em família que a posse de estado de filho se constitui, revelando-se no tratamento dispensado pelos pais ao filho e no uso que este faz do nome de família, apresentando-se e sendo reconhecido como tal na sociedade. Segundo Silvio Rodrigues, a posse de estado de filho

consiste no desfrute público, por parte de alguém, daquela situação peculiar ao filho, tal o uso do nome familiar, o fato de ser tratado como filho pelos pretensos pais, aliado à persuasão geral de ser a pessoa, efetivamente, filho³⁷¹.

São três, portanto, os elementos formadores da posse de estado de filho: *tractatus*, *nomem* e *fama*. O primeiro significa que as pessoas envolvidas na relação devem se comportar, habitual e reciprocamente, como pais e filho, exercendo os direitos e cumprindo os deveres decorrentes da filiação de forma contínua. Deve o filho, ademais, usar o nome de família dos pais, consequência da constituição da filiação, e, assim, desta demonstrativa. Por fim, o filho deve ser reconhecido como tal perante a família e a comunidade em que vive, em verdadeira exteriorização e notoriedade da relação de filiação³⁷². A presença concomitante desses três elementos não se faz necessária à determinação da posse de estado de filho, devendo a análise quanto à sua existência ser realizada de acordo com o caso concreto. Todavia, o tratamento é o elemento mais significativo, devendo estar sempre presente, pois revela o relacionamento entre pais e

³⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 497.

³⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 211.

³⁷¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 292.

³⁷² Cf. BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. *Revista da Ajuris*, ano XXVI, n. 78, jun./2000, p. 207-208. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 212. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. *Droit de la famille*, cit., p. 448-450.

filho, vale dizer, a existência efetiva ou não do vínculo afetivo³⁷³. Nesse sentido, Jacqueline Rubellin-Devichi afirma que o *tractatus* é o elemento ômais rico e de maior valor probatório, pois os seus atos constitutivos

são todos aqueles efetuados para a educação, manutenção ou criação do filho. Eles devem ter sido realizados pelos pais nessa qualidade, sem ambigüidades e não por caridade, nem para a execução de uma obrigação natural³⁷⁴.

Já o nome de família é considerado o elemento de menor importância, pois a criança nem sempre o usará, sendo, normalmente, chamada e conhecida pelo prenome, de modo que a ausência do *nomem* não deve comprometer a declaração da relação de filiação quando presentes os demais elementos, quais sejam o tratamento e a fama³⁷⁵. Assim, a posse de estado de filho restará caracterizada com a prática de atos que exteriorizem os citados elementos, mormente o tratamento e a fama. Essa prática deve ser habitual e contínua, pois o estado de filiação não se constitui por meio de condutas isoladas, mas a partir de comportamentos reiterados que expressem afeto, cuidado, respeito, criação, educação e assistência material e imaterial dos pais em relação aos filhos, revelando o verdadeiro vínculo parental.

Embora a posse de estado de filho constitua, de fato, a filiação socioafetiva, como nos casos dos ôfilhos de criação³⁷⁶, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.605, inciso II³⁷⁷, a prevê tão somente como meio de prova. Desse modo, segundo o dispositivo legal, a posse de estado de filho apenas poderá provar a filiação quando inexistente, desconhecido ou defeituoso o registro de nascimento da criança, pois, nos termos do artigo 1.604 do aludido diploma legal, ôninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

A doutrina e a jurisprudência, contudo, têm se posicionado em sentido contrário para considerar a posse de estado de filho como constitutiva da relação de filiação, portanto, capaz de desconstituir o registro de nascimento existente quando a afetividade prevalecer sobre o vínculo biológico ou jurídico. Esse é o entendimento de

³⁷³ Cf. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 114. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. *Droit de la famille*, cit., p. 449-450.

³⁷⁴ RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. *Droit de la famille*, cit., p. 449 (Traduzi).

³⁷⁵ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói*, cit., p. 116.

³⁷⁶ Na lição de Jorge Shiguemitsu Fujita, filhos de criação são aqueles que, ôembora pertencentes a outrem, são sustentados, educados, amados e providos por casais que os consideram como filhos próprios, embora apenas se encontrem sob a sua guarda, e não sob o amparo de uma adoção. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 80.

³⁷⁷ Artigo 1.605 do Código Civil: ôNa falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Luiz Edson Fachin, segundo o qual a posse de estado de filho não opera apenas no plano secundário, quando houver ausência da prova formal (registro), e pode ser, à luz do art. 1.593, fonte da filiação³⁷⁸. O Enunciado nº 256 da III Jornada de Direito Civil também estabelece que a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Nessa linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul admitiu a possibilidade de propositura da ação investigatória de paternidade ou maternidade socioafetiva a fim verificar a existência dos elementos constitutivos da posse de estado de filho e, por conseguinte, declarar a relação de filiação socioafetiva de um filho de criação em detrimento da verdade biológica constante do registro civil de nascimento originário:

ACÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO.

A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o despreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares.

Uma de suas formas é a posse do estado de filho, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública.

Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente.

Isso ainda ocorre com o estado de filho afetivo, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse.

O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (TJRS, Apelação Cível nº 70008795775, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, data do julgamento: 23/06/2004).

Em caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça também se posicionou no sentido de admitir tal ação investigatória. Porém, não reconheceu a relação de filiação

³⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*, cit., p. 226.

socioafetiva por não estarem presentes, na situação fática apresentada, os elementos caracterizadores da posse de estado de filho:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.

1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.

2. A norma princípio estabelecida no art. 27, *in fine*, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão.

3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, *a priori*, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.

4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão.

5. Recurso não provido. (STJ, REsp nº 1.189.663-RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, data do julgamento: 06/09/2011).

Vê-se, pois, que os aludidos dispositivos do Código Civil devem ser revistos a fim de que a posse de estado de filho seja positivada como forma constitutiva da relação de filiação socioafetiva, em conformidade com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que vem se consagrando majoritário³⁷⁹. Isso acarretará proteção e segurança jurídica, especialmente quanto aos efeitos jurídicos produzidos, aos sujeitos de uma relação que, embora não fundada no vínculo biológico, é constituída no afeto e na solidariedade, elementos reveladores da verdadeira parentalidade.

2.1.3.3 Inseminação artificial heteróloga

A terceira hipótese de filiação socioafetiva decorre da concepção por inseminação artificial heteróloga, técnica de reprodução assistida que utiliza ômaterial

³⁷⁹ Ôfica a certeza da necessidade de alterações em nossa legislação civil, no sentido de considerar a posse do estado de filho um elemento declaratório da filiação, inclusive a socioafetiva, assim como regulamentá-la como meio de prova aplicável em todos os casos e ações que se apresentarem, quer nas ações de investigação de paternidade ou de maternidade, inclusive as de caráter socioafetivo, quer nas ações negatórias de paternidade ou de maternidade. Desse modo, os filhos de criação ou filhos do afeto não ficariam à margem da lei, da família e da sociedade, não somente quanto aos aspectos de ordem social e patrimonial, mas, sobretudo, no que se refere aos de natureza pessoal, psíquica, moral e afetiva. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 120.

genético de pelo menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas (sêmen ou óvulos) de um ou de outro cônjuge³⁸⁰. O Código Civil, contudo, apenas prevê a hipótese de inseminação artificial heteróloga que faz uso do sêmen de terceiro, doador anônimo, para a fecundação do óvulo da mulher³⁸¹. Não se exige que o marido seja estéril, que possua alguma deficiência física ou por qualquer razão psíquica não possa procriar. A única imposição refere-se à necessidade de prévia autorização do marido quanto ao uso de sêmen que não lhe pertence. Isso porque o artigo 1.597, inciso V, do Código Civil³⁸², estabelece presunção de paternidade para os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga na constância do casamento, sendo tal autorização condição para a sua incidência³⁸³.

Para Silvio Rodrigues, a previsão dessa presunção é imprópria, pois nessa técnica de reprodução assistida o marido tem certeza de que não é o pai biológico, mas, ainda assim, consente com o ingresso do nascituro em sua família, perfilhando-o. Desse modo, não haveria que se falar em presunção ante a inexistência de qualquer expectativa do marido da mãe ser o genitor do filho concebido na constância do casamento, aproximando-se essa filiação mais do instituto da adoção³⁸⁴. Com efeito, na inseminação artificial heteróloga essa presunção não tem a finalidade de atribuir ao marido a paternidade biológica do filho. Entende-se, porém, que ela tem por escopo reconhecer a paternidade socioafetiva, vale dizer, estabelecer a paternidade não do doador do sêmen, genitor biológico, mas daquele que consentiu com a fertilização em razão da vontade de perfilhar a criança a ser concebida. É a afetividade, existente desde o consentimento do marido quanto à realização dessa técnica de reprodução assistida, que criará os laços de

³⁸⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 314.

³⁸¹ Porém, na lição de Jorge Shiguemitsu Fujita, o avanço da medicina e da engenharia genética permite a realização da inseminação artificial heteróloga por meio outras técnicas não previstas no Código Civil, quais sejam: ãa) Técnica de reprodução assistida heteróloga ou por doadora, com o uso de gameta (sêmen) do esposo e gameta (óvulo) de uma doadora, com a anuência prévia da esposa. (...) Desse modo, será reconhecida como mãe aquela que não forneceu seu material genético para a fertilização pelo sêmen de seu marido; ao passo que a doadora do óvulo, em que pese ser a genitora, não é contemplada pela lei como sendo a mãe. b) Técnica de reprodução assistida heteróloga ou por doadores, com a utilização de sêmen de um doador anônimo e de óvulo de uma doadora anônima, implantando-se no útero de uma mãe substituta (gestatriz). Apesar da polêmica hipótese, os detentores dos materiais genéticos doados não serão considerados pais. Se a criança ficar com os encomendantes a filiação será socioafetiva bilateral (a *patre* e a *matre*). Se ela ficar com a gestatriz, também a filiação será socioafetiva, porém unilateral (a *matre*). FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 76.

³⁸² Artigo 1.597 do Código Civil: ãPresumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

³⁸³ Conforme exposto no item 2.1.2, essa presunção também deve ser aplicada à união estável, exigindo, para a sua incidência, autorização do companheiro quanto ao uso do sêmen de terceiro.

³⁸⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 316.

união na relação paterno-filial. Trata-se, portanto, de hipótese em que a paternidade socioafetiva se sobrepõe de modo absoluto à paternidade biológica³⁸⁵.

Cuidando-se de paternidade socioafetiva e tendo o marido expressamente autorizado a realização da inseminação artificial heteróloga, não cabe impugnação da paternidade, cuja presunção é absoluta e não autoriza o comportamento contraditório daquele que consente com a inseminação, mas se nega a registrar o filho nascido, agindo, portanto, em evidente violação à boa-fé³⁸⁶. Nos dizeres de Zeno Veloso,

seria antijurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu, consciente e voluntariamente. Na verdade, o pai real é o doador do sêmen, em geral um personagem que fica no anonimato e que depositou o seu material em um banco de esperma. Mas esta circunstância é desprezada, para que prevaleçam os valores éticos da paternidade instituída pela reprodução assistida. Permitir que o marido venha depois a se arrepender, rejeitando, sem piedade, o novo ser que, com a sua anuência, foi introduzido na família seria admitir um indecoroso e cruel *venire contra factum proprium*³⁸⁷.

Nesse sentido é o Enunciado nº 258 da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta³⁸⁸. A ação negatória de paternidade somente será admissível no caso de revogação do consentimento antes da fertilização³⁸⁹ e desde que ausente laço afetivo entre o marido e o filho³⁹⁰. Após, o consentimento torna-se irrevogável, de modo que não se permite o arrependimento posterior.

Destarte, a filiação socioafetiva, seja a decorrente da adoção, da posse de estado de filho ou da inseminação artificial heteróloga, está fundada no afeto, que se faz

³⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 474-475.

³⁸⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 337.

³⁸⁷ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, cit., p. 151.

³⁸⁸ Gustavo Tepedino esclarece que o art. 1.610 considera irrevogável o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, mesmo que efetuado por instrumento particular, por maioria de razão há de se considerar irrevogável o reconhecimento de paternidade efetuado de modo inequívoco no consentimento com a procriação assistida. TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, cit., p. 506.

³⁸⁹ A retratabilidade ou revogabilidade do consentimento do marido só pode ser aceita antes da fertilização, pois a partir desse momento, sendo ela bem sucedida, há outra realidade a ser considerada: o nascituro (...)ö. CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários ao código civil*, cit., p. 61.

³⁹⁰ Na lição de Rolf Madaleno, o marido, ao aceitar a inseminação heteróloga de sua esposa, ou o parceiro em sua companheira, não tem o direito de negar a paternidade, e quem não autorizou o nascimento do filho medicamente assistido deverá promover imediatamente uma ação negatória de paternidade genética, antes de ser consolidada uma paternidade afetiva, como deflui do inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, diante da admissão indireta da filiação socioafetiva, quando o marido reconhece como seu o filho de um doador anônimo. MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, cit., p. 512-513.

presente antes mesmo da execução do primeiro ato de perfilhação. Nesses casos, demonstra-se o afeto desde a escolha ou o consentimento dos pais em perfilhar alguém: os adotantes agem afetivamente ao optarem por acolher e dar uma família a uma criança que não a possui; na posse de estado de filho, o afeto também se revela no momento em que se escolhe criar uma criança como se filha biológica fosse; por fim, na reprodução assistida heteróloga, atuam de forma afetiva aqueles que consentem com a utilização de material genético de terceiro visando à concepção de uma pessoa com a qual não possuem vínculo biológico, mas que é considerada filha por ser fruto do afeto. Trata-se, assim, de filiação constituída no afeto, que se desenvolve e se intensifica com a convivência familiar, formando a verdadeira relação de filiação: a afetiva.

Os pais socioafetivos, assim como os biológicos, são titulares do poder familiar e devem cumprir os respectivos deveres impostos como forma de garantir o pleno desenvolvimento físico e psíquico dos filhos. É nesse contexto que se inicia, a seguir, o estudo do poder familiar, seus aspectos gerais e deveres, cujo descumprimento está estritamente relacionado ao abandono afetivo.

2.2 Poder familiar

2.2.1 Conceito e características

O Código Civil de 2002 denomina poder familiar o conjunto de direitos e deveres exercidos pelos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores. Abandonou-se a concepção do pátrio poder para reconhecer que não são os interesses dos pais que se impõem aos filhos, mas os interesses dos filhos menores, enquanto pessoas em desenvolvimento, que devem orientar o exercício do poder familiar por ambos os pais. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira ensina que o poder familiar consiste no complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercido pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições³⁹¹.

Não obstante a alteração axiológica promovida pelo Código Civil de 2002, que deslocou o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar)³⁹², a

³⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 421.

³⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 268.

expressão *õpoder familiarõ* é criticada pela doutrina³⁹³. De fato, com o fim da sociedade patriarcal a manutenção do pátrio poder não mais se justificava, visto que desempenhado exclusivamente pelo pai, chefe da família, no seu interesse. Todavia, o emprego da expressão *poder familiar* para designar o conjunto de direitos e deveres exercidos pelos pais no interesse dos filhos menores também não se revela o mais adequado. Isso porque o vocábulo *õpoderõ* traduz a conotação de coação física exercida sobre outra pessoa, logo, não condiz com o conteúdo protetivo do instituto. A expressão *õfamiliarõ*, por sua vez, indica equivocadamente que o encargo seria da família como um todo, e não apenas dos pais, revelando a ideia de que os avós, por exemplo, também estariam investidos na função³⁹⁴. Assim, segundo a doutrina, baseada no direito francês e norte-americano, a melhor designação seria *õautoridade parentalõ*³⁹⁵, pois

o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples superioridade hierárquica, análoga à que se exerce em toda organização, pública ou privada. *õParentalõ* destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade, além de fazer justiça à mãe. (...) A expressão *poder familiar* adotada pelo legislador brasileiro deve ser recebida com tal dimensão³⁹⁶.

Nesse contexto, Paulo Luiz Netto Lôbo conceitua o poder familiar como *õo exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destesõ*³⁹⁷. Trata-se da normatização da autoridade natural que os pais possuem sobre os filhos menores visando à sua proteção, preservação de sua dignidade e garantia de seu pleno desenvolvimento físico e mental. O poder familiar é, assim, *õum regime de cuidado e proteção dos filhosõ*³⁹⁸.

³⁹³ Embora esse seja o posicionamento majoritário, cita-se o entendimento de Giselle Câmara Groeninga, para quem a expressão *õpoder familiarõ* é a que melhor se coaduna com o conteúdo do instituto: *õa expressão poder familiar encerra possibilidades mais amplas que a autoridade a que os filhos estão submetidos; também traduz a potência afetiva que caracteriza uma família. O Poder Familiar encerra a noção de potência da ligação afetiva, que abarca também o dever de solidariedade e cuidado que caracteriza as relações familiares, vis-à-vis outras instituições. Estas devem, no plano público e político, proteger a família e prestar-lhe assistênciaõ*. GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos*, cit., p. 98.

³⁹⁴ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

³⁹⁵ Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*, cit., p. 243-244. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 397. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 387. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e processo educacional: a polêmica gradualidade do seu exercício. In: *Direito de família e das sucessões* (coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Flávio Tartuce; José Fernando Simão). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 334. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 301.

³⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 269.

³⁹⁷ Idem, p. 268.

³⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, p. 269. Embora os pais possuam autoridade sobre os filhos menores, o seu exercício deve se destinar à garantia dos direitos e interesses destes, pois *õos filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da*

Consiste, por fim, em um *munus* público, isto é, um encargo, uma função legal vinculada a determinada finalidade, qual seja, a de preservar os interesses dos filhos³⁹⁹. Denise Damo Comel explica que o caráter funcional do poder familiar decorre da sua concepção dicotômica de direito-dever, ou seja, ao dever dos pais de proteger os filhos contrapõe-se o direito de exigir-lhes respeito e obediência, ãe decidir, ordenar, de se fazer obedecerö, visando ao alcance õdas melhores condições de desenvolvimento e amadurecimento na formação do caráter e da cidadania, sempre na defesa de seus interessesö. Pois ãnão há como conceber que os pais possam exercer encargo de tal complexidade e responsabilidade sem que se coloque o filho na posição inversa, como o sujeito que deve obediência e respeito aos titulares do poder familiarö⁴⁰⁰.

Sendo um encargo legal decorrente da parentalidade, o poder familiar não pode ser renunciado, tampouco delegado, de modo que aos pais é vedado transacioná-lo ou transferi-lo a outrem. Não se permite que os pais se desincumbam, por sua vontade, de uma obrigação de ordem pública imposta pelo Estado objetivando a proteção e educação dos filhos menores ãem seu próprio e primeiro benefício, mas também em favor da sociedade como um todoö⁴⁰¹. O poder familiar é, ainda, imprescritível, vale dizer, dele não decaem os pais pela falta de seu exercício, somente o perdem na forma e nos casos expressamente previstos em lei. Por conseguinte, não se pode nomear tutor ao filho menor cujos pais não foram destituídos ou suspensos do poder familiar.

A partir do conceito e das características do poder familiar observa-se que o instituto é concebido para proteger a pessoa e os bens do filho menor, que, em razão de sua vulnerabilidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, merece maior amparo e cuidado a fim de que se desenvolva de forma digna e plena.

2.2.2 Titularidade

A titularidade do poder familiar é atribuída a ambos os pais, em atenção ao princípio da igualdade e nos termos do artigo 21 do Estatuto da Criança e do

autoridade parental, mas não sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos paisö. FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*, cit., p. 244.

³⁹⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 538. SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo* (orgs. Silmara Juny de Abreu Chinelato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi). São Paulo: Atlas, 2010, p. 575.

⁴⁰⁰ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 58, 62 e 69.

⁴⁰¹ SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar, cit., p. 575.

Adolescente⁴⁰², independentemente do vínculo jurídico mantido por eles. O artigo 1.631 do Código Civil⁴⁰³, todavia, refere-se tão somente à titularidade dos pais casados ou que vivam em união estável, sendo omissos quanto às demais entidades familiares tuteladas constitucionalmente. Não obstante, a norma deve ser interpretada consoante o princípio do pluralismo das entidades familiares, abrangendo, portanto, todas as famílias formadas por pais e filhos menores, uma vez que o poder familiar decorre da relação de filiação, e não do casamento ou da união estável⁴⁰⁴. Qualquer interpretação em sentido contrário acabaria por conferir tratamento desigualitário aos filhos havidos fora do casamento ou da união estável, pois, conforme explica Denise Damo Comel,

o texto deixa margem à interpretação de que fora das hipóteses do art. 1.631, poderia haver outra disciplina relativamente ao poder familiar. O que parece é que se têm duas disciplinas diferentes, conforme seja filho de casamento e de união estável ou filho havido fora dessas duas formas de constituição de família, o que se afigura absolutamente incompatível com o preceito de igualdade de todos os filhos assegurado pela Constituição Federal. (...) Sendo o poder familiar função dos pais a ser exercida em benefício e no interesse do filho, não há que restringi-lo a certas e determinadas relações havidas entre os pais, senão estendê-lo a todo e qualquer filho, sem discriminação, em consonância com os preceitos constitucionais⁴⁰⁵.

A convivência dos pais não é, assim, requisito para a titularidade do poder familiar. Logo, a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável não é causa de perda do poder familiar, visto ser esta decorrência da relação de filiação, e não do vínculo jurídico ou da convivência mantida pelos pais⁴⁰⁶. Nesses casos, ainda que a guarda do filho seja atribuída a apenas um dos pais, o outro permanecerá titular do poder familiar, sendo-lhe assegurado o direito de visitas e a participação na tomada de decisões fundamentais que envolvam a criação e a educação do filho. O que pode ocorrer, portanto, é a variação de grau do poder familiar, máxime quanto ao que cumpre o dever de guarda, mas isso diz respeito apenas ao seu exercício e não à titularidade⁴⁰⁷. Nessa linha, prevê o artigo 1.636 do Código Civil que o pai ou a mãe que contrai novas núpcias ou estabelece união

⁴⁰² Artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência".

⁴⁰³ Artigo 1.631 do Código Civil: "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade".

⁴⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 400.

⁴⁰⁵ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 70-71.

⁴⁰⁶ Nesse sentido é a disposição do artigo 1.632 do Código Civil: "A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos".

⁴⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 273.

estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Trata-se da incomunicabilidade do poder familiar, cuja titularidade, existente antes da constituição da nova união, permanece inalterada. É o que ocorre, por exemplo, entre pais separados, divorciados ou solteiros, que conservam a responsabilidade pela criação, educação e sustento do filho menor, fruto do relacionamento anterior⁴⁰⁸.

Desse modo, o poder familiar é exercido pelos pais, em conjunto, de forma harmônica, igualitária e no interesse dos filhos. A vontade de um dos pais não pode prevalecer sobre a do outro, razão pela qual suas opiniões devem ser conciliáveis a fim de atingirem uma decisão comum por meio de concessões recíprocas, equilíbrio, tolerância e temperança⁴⁰⁹. Porém, caso existam divergências insanáveis quanto ao seu exercício, o parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil autoriza que qualquer dos pais recorra à autoridade judicial para solução do conflito⁴¹⁰. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo essa não é, contudo, a melhor solução, pois

a vitória de um dos pais sobre o outro não encerrará o clima de conflito, que poderá se aguzar com riscos de implosão da união familiar. Sempre que possível, deve o juiz estimular a tentativa prévia de mediação familiar, que tem por característica a ausência de julgamento e de ganho de um contra o outro, mas a gestão confidencial e imparcial da resolução conjunta do problema, induzida pelo mediador, mediante acordo durável e mutuamente aceitável, com espírito de co-responsabilidade parental, podendo ser concluída com homologação judicial⁴¹¹.

Excepcionalmente, o poder familiar poderá ser exercido exclusivamente por apenas um dos pais, nos seguintes casos: morte, falta ou ausência duradoura do pai ou da mãe; suspensão ou perda do poder familiar; impedimento legal para o seu exercício, como a incapacidade civil⁴¹²; e falta de reconhecimento voluntário pelo pai, hipótese em que o filho fica sob o poder familiar da mãe, salvo se esta não for conhecida ou capaz de exercê-lo, caso em que será nomeado tutor, de acordo com o artigo 1.633 do Código Civil.

⁴⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*: arts. 1.591 a 1.693 (coord. Álvaro Villaça Azevedo). São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 218.

⁴⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 273.

⁴¹⁰ Portanto, a vontade de um dos pais não deve prevalecer sobre a do outro, como em outro momento de nossa legislação já se entendera no tocante ao pai, ainda que considerada a modificação trazida pelo Estatuto da Mulher Casada, de forma a estabelecer que embora cabendo aos pais o pátrio poder, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher, deveria prevalecer a decisão do pai, no caso de divergência, apenas ressaltando-se à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Do pátrio poder ao poder familiar: o novo código civil. In: *Família e sucessões: reflexões atuais* (coord. João Batista Amorim de Vilhena Nunes). Curitiba: Juruá, 2009, p. 99.

⁴¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 273.

⁴¹² Idem, p. 274.

De outro lado, os filhos menores não emancipados, seja a relação de filiação biológica ou socioafetiva, são titulares dos direitos decorrentes do poder familiar. Não são meros sujeitos passivos, mas sujeitos dos direitos correspondentes aos deveres desempenhados por seus pais. Porém, explica Paulo Luiz Netto Lôbo que òa medida que o menor desenvolve sua própria capacidade de escolha, o poder familiar reduz-se proporcionalmente, findando quando atinge seu limite temporal⁴¹³, vale dizer, a maioridade civil ou a emancipação.

Os direitos e os correspectivos deveres dos pais relacionam-se à administração dos bens⁴¹⁴ e à pessoa do filho menor. Estes últimos ó os deveres quanto à pessoa do filho ó serão, a seguir, estudados, pois o seu descumprimento constitui o cerne e o fundamento do abandono afetivo, conforme se demonstrará no presente trabalho.

2.2.3 Conteúdo do poder familiar: deveres dos pais quanto à pessoa dos filhos menores

O conteúdo pessoal do poder familiar está previsto na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. O artigo 227 da Constituição Federal estabelece que é dever da família assegurar à criança e ao adolescente 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. Especificamente na relação de parentalidade, o artigo 229 dispõe que é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores. O dever de assistir revela a abrangência do conteúdo do poder familiar, pois obriga os pais a estarem òpresentes na vida do filho, ativa e diuturnamente, numa postura de ação e integração, prestando-lhe assistência de toda a ordem⁴¹⁵ em prol de seu completo desenvolvimento físico e mental. Ana Carolina Brochado Teixeira explica que a previsão constitucional das principais funções do poder familiar se justifica em razão da posição ocupada pelo filho na família, bem como da sua condição de pessoa vulnerável:

Os filhos ganharam uma posição de destaque no âmbito da família. Não recebem apenas a proteção geral a cada pessoa humana, mas também uma tutela especial, por serem pessoas em fase de desenvolvimento, e em

⁴¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 275.

⁴¹⁴ Quanto aos bens dos filhos, os direitos e deveres dos pais estão previstos nos artigos 1.689 a 1.693 do Código Civil, sob o subtítulo òdo usufruto e da administração dos bens de filhos menores. Esses direitos e deveres de conteúdo patrimonial não serão analisados, pois não possuem relação com o tema desse estudo.

⁴¹⁵ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 94-95.

razão de um *déficit* de discernimento provocado pela pouca idade, o que leva a uma inevitável vulnerabilidade⁴¹⁶.

Além dos deveres de assistência, criação e educação previstos no texto constitucional, o Código Civil preceitua, em seu artigo 1.634, que compete aos pais ter os filhos em sua companhia e guarda; dar-lhes ou não consentimento para casar; nomear-lhes tutor, se o outro dos pais não lhe sobreviver ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los ou assisti-los nos atos da vida civil; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e exigir-lhes obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Por fim, o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente inclui dentre os deveres dos pais o de sustento, bem como a obrigação de cumprir e fazer cumprir, no interesse dos filhos menores, as determinações judiciais.

Os encargos previstos no Código Civil, somados àqueles estabelecidos no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente, revelam o conteúdo pessoal do poder familiar, que se resume nos deveres de criar, que abrange o sustento e a educação; de ter em companhia e guarda, que inclui o dever de reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha; de representação e assistência, que compreende o dever de dar ou negar consentimento para casar, bem como o de nomear tutor; de exigir obediência, respeito e colaboração; e de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Todos exercidos sempre no interesse dos filhos menores, visando à sua adequada inserção na sociedade, ao desenvolvimento e à plena formação de sua personalidade⁴¹⁷.

Nos próximos itens serão estudados os deveres de criação, educação, sustento, companhia e guarda, que bem sintetizam as obrigações dos pais quanto aos filhos menores, a fim de verificar se a sua omissão caracteriza o abandono afetivo.

2.2.3.1 Criação, educação e sustento

O dever de criação consiste na prática de todos os atos que garantam o desenvolvimento e a formação dos filhos, abrangendo, assim, a assistência moral e material, a educação e o sustento⁴¹⁸. Em sentido jurídico, o exercício desse dever tem por finalidade assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais previstos no artigo 227 da

⁴¹⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e processo educacional, cit., p. 335.

⁴¹⁷ Cf. COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 96. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 275. SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar, cit., p. 575.

⁴¹⁸ O vocábulo *criar* está definido no Novo Dicionário da Língua Portuguesa como: *05. Alimentar, sustentar (...). 6. Instruir, educar (...). 17. Formar-se, crescer, desenvolver-se; educar-se.* FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, cit., p. 498.

Constituição Federal, vale dizer, 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. Trata-se, nos dizeres de Silvio Rodrigues, do zelo material e moral para que o filho fisicamente sobreviva e por meio da educação forme seu espírito e seu caráter⁴¹⁹. Não se limita, portanto, à satisfação das necessidades biológicas da prole, cumprindo aos pais, ainda, capacitá-la moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e de dignidade⁴²⁰. O dever de criação, destarte, está ligado ao suprimento das necessidades biopsíquicas do menor, relacionando-se à assistência, ou seja, à satisfação das necessidades básicas, tais como, cuidados na enfermidade, orientação moral, o apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente⁴²¹.

No tocante à educação, decorrente do dever de criação, afirma Paulo Luiz Netto Lôbo que ela deve ser entendida em sentido amplo, incluindo não apenas a educação escolar, mas também a formação moral, política, religiosa, profissional e cívica, indispensáveis ao completo desenvolvimento da personalidade do filho e ao seu preparo para a convivência em sociedade⁴²². Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o dever de educação tem por finalidade garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual, de modo que os pais devem desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana⁴²³. Nesse sentido é a disposição contida no artigo 205 da Constituição Federal, segundo a qual a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Dessa forma, a educação, enquanto dever dos pais, verifica-se tanto no plano informal como no plano formal. A educação informal revela-se na transmissão, dos pais para os filhos, de ensinamentos de vida, conselhos, valores morais e culturais, assim como de regramentos impostos pela sociedade para uma convivência harmônica e pacífica entre todos os cidadãos, revestindo-se, na lição de Denise Damo Comel,

⁴¹⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 360.

⁴²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 542.

⁴²¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: *Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM e IOB Thompson, 2006, p. 113.

⁴²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 276.

⁴²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

de significativo conteúdo afetivo e emocional, à medida que acontece espontaneamente, na convivência estabelecida com o filho, também de relevante valor no aspecto intelectual e social, refletindo, enfim, na formação do cidadão como um todo e no amadurecimento e aprimoramento da personalidade, com a transmissão de noções e conceitos que se integrarão de modo relativamente estável e duradouro na personalidade do filho⁴²⁴.

A educação informal abrange, ainda, o direito de impor regras e limites razoáveis à convivência em família⁴²⁵ e, conseqüentemente, de exigir dos filhos obediência⁴²⁶ e respeito, utilizando, moderadamente, do direito de correção como sanção do dever educacional. O exercício desse direito deve ser moderado. Logo, estão vedados os castigos que atentem contra a dignidade da pessoa humana e a proteção integral da criança e do adolescente. Ocorrendo excessos, como por exemplo, a prática de maus-tratos, configura-se o abuso de direito e os pais podem ser civilmente responsabilizados pela reparação dos danos causados aos filhos, além de estarem sujeitos à suspensão ou destituição do poder familiar⁴²⁷, bem como às sanções penais^{428,429}.

⁴²⁴ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 103.

⁴²⁵ O importante, segundo a psicologia, é que a criança possa receber uma educação condigna e receba a noção de autoridade, por meio da imposição de limites já no seio familiar, sob pena de um desajustamento e uma inadequação social posterior, quando o grupo familiar, por si só, já não se fizer presente, ou não se puder fazer ativo na proteção da pessoa do filho. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁴²⁶ Ao analisar o dever de obediência dos filhos, Fernanda Otoni de Barros afirma que as crianças são cada vez mais estimuladas a terem uma posição autônoma, questionadora, na busca da realização de seus desejos. É no cotidiano familiar que percebemos como é difícil administrar esse embate, marcar um espaço necessário no limite à liberdade, conjugar autoridade e amor, introduzindo a lei no universo da criança. Vacilar nesse momento pode corresponder a uma suspensão da lei, e é muito complicado na constituição da criança não lhe dar uma referência de autoridade segura. Se não se submeter à lei do pai, como a criança, futuro cidadão, irá cumprir a norma fundamental que sustenta o ordenamento jurídico? BARROS, Fernanda Otoni de. Um pai digno de ser amado. In: *A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM - Del Rey, 2000, p. 236.

⁴²⁷ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*, p. 388-389.

⁴²⁸ Artigo 136 do Código Penal: "Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. §1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a quatro anos. §2º Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. §3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos."

⁴²⁹ Em 14/12/2011, a Câmara dos Deputados, por meio de Comissão Especial, aprovou o projeto de lei nº 7.672/10, que altera a Lei nº 8.069/90 para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante. Nos termos do referido projeto de lei, considera-se castigo físico a "ação de natureza disciplinar ou punitiva com o uso da força física que resulte em sofrimento ou lesão à criança ou adolescente", e tratamento cruel ou degradante a "conduta ou forma cruel de tratamento que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize a criança ou adolescente". Dentre as sanções aplicáveis aos pais, integrantes da família ampliada, responsáveis, agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar, tratar, educar ou proteger crianças e adolescentes, estão previstas as seguintes medidas: encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos ou programas de orientação; obrigação de encaminhar a criança a tratamento

Já a educação formal diz respeito à escolarização do filho. O tipo de educação escolar é de livre escolha dos pais, porém, estão eles obrigados a matricular seus filhos na rede regular de ensino, nos termos do artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente, incorrendo no crime de abandono intelectual, previsto no artigo 246 do Código Penal, aquele que o deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar⁴³⁰. Aos pais cabe, portanto, escolher o estabelecimento escolar e matricular o filho, acompanhar sua frequência, seu aproveitamento escolar e o trabalho dos professores, tomar ciência do processo pedagógico e participar da definição das propostas educacionais. A obrigação dos pais, contudo, não se resume à educação básica e

especializado; e, advertência. Ademais, o texto determina a obrigatoriedade de comunicação ao Conselho Tutelar dos casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, tratamento cruel ou degradante e os de maus-tratos pelos profissionais da saúde, da assistência social, da educação ou por qualquer pessoa que exerça cargo, emprego ou função pública. O projeto de lei depende de apreciação e votação no Senado Federal, mas sua aceitação é amplamente controvertida na comunidade jurídica e na sociedade, argumentando-se ora pela preservação da integridade física da criança e do adolescente, ora pelo direito-dever dos pais de educarem seus filhos mediante o uso moderado do direito de correção. O debate é imprescindível ao deslinde da questão, pois, conforme afirmou Giselle Câmara Groeninga em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, o de repente, acontece uma palmada, alguém vê e denuncia e isso é interpretado como se fosse um crime dos pais, e não é o caso. Além disso, pode haver uma natural confusão entre o que é fantasia e o que é realidade por parte das crianças em um caso de agressão. Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1022227-especialistas-alertam-para-punicao-injusta-por-palmada.shtml>. Acesso em: 20/12/2011.

⁴³⁰ Quanto à obrigatoriedade de matricular os filhos na rede regular de ensino, surge a questão acerca da possibilidade de instituição do ensino domiciliar pelos pais que desejarem educar seus filhos em casa. Embora admitido em alguns países, como nos Estados Unidos da América, esse tipo de ensino não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a disposição expressa do artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente que impõe aos pais a obrigação de matricular seus filhos na rede regular de ensino. Até o momento, as tentativas para autorizar esse tipo de ensino também não obtiveram êxito no Poder Legislativo. Em 24/11/2011, arquivou-se, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei nº 3.518/08 que admitia a modalidade de educação domiciliar, no nível básico, desde que ministrada no lar por membros da própria família ou guardiães legais. Nos termos do voto do relator, Deputado Waldir Maranhão, além da educação domiciliar afrontar princípios constitucionais e dispositivos do Código Penal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a experiência e a vivência cotidianas na escola são fundamentais para a aprendizagem e para a vida, a conformação do caráter e da personalidade das crianças e adolescentes. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela impossibilidade do ensino domiciliar no Brasil: **MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO FUNDAMENTAL. CURRÍCULO MINISTRADO PELOS PAIS INDEPENDENTE DA FREQUÊNCIA À ESCOLA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ILEGALIDADE E/OU ABUSIVIDADE DO ATO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. LEI 1.533/51, ART. 1º, CF, ARTS. 205 E 208, § 3º; LEI 9.394/60, ART. 24, VI E LEI 8.096/90, ARTS. 5º, 53 E 129. 1. Direito líquido e certo é o expresso em lei, que se manifesta inconcusso e insuscetível de dúvidas. 2. Inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno. 3. Segurança denegada à minguada existência de direito líquido e certo. STJ, MS nº 7407-DF, Primeira Seção, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, data do julgamento: 24/04/2002. Nesse sentido também já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PODER FAMILIAR. DEVER. DESCUMPRIMENTO. EDUCAÇÃO. EVASÃO ESCOLAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA. O descumprimento do dever de ensinar os filhos, em rede regular, com a permissão à evasão da escola, caracteriza infração tipificada no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ensejando a aplicação da sanção pecuniária prevista naquele dispositivo contra os pais. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento à apelação. TJMG, Apelação Cível nº 1.0687.07.054286-9/001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Melo, data do julgamento: 04/12/2008.****

fundamental, devendo, ainda, garantir o acesso do filho ao ensino médio, auxiliá-lo na escolha da profissão e na sua entrada no ensino superior⁴³¹.

O dever de educação, tanto no plano formal como no informal, deve ser orientado no sentido de que o filho menor se desenvolva, adquirindo, gradativamente, autonomia para que, sozinho, faça suas próprias escolhas de forma responsável, tornando-se preparado para o exercício da cidadania e qualificado para o trabalho⁴³². Viabilizar a autonomia do filho menor é, assim, um dos fundamentos do poder familiar, já que é por meio da criação e da educação que os pais desenvolvem a capacidade física e intelectual dos filhos, formando-os e orientando-os para uma vida digna e responsável na maioridade.

O dever de sustento, por fim, consiste na obrigação dos pais de alimentar os filhos menores, garantindo-lhes o indispensável à satisfação de suas necessidades vitais básicas, que abrangem vestuário, moradia, alimentação, saúde e educação. Segundo Yussef Said Cahali, o dever de sustento não se confunde com a obrigação alimentar vinculada à relação de parentesco em linha reta⁴³³. A primeira diferença consiste no fato de que o dever de sustento decorre do poder familiar, não sendo um direito autônomo, como o é o de alimentos, mas uma obrigação de cunho assistencial, ôgenérica e mais ampla de assistência paterna, representada pelo dever de criar e sustentar a prole⁴³⁴. Essa dimensão assistencial dos alimentos fundados no dever de sustento reside, sobretudo, no plano pessoal, eis que relativo aos cuidados que devem ser dispensados pelos pais aos filhos menores. Assim, os pais são obrigados a sustentar os filhos enquanto perdurar a menoridade, independentemente do seu estado de necessidade. Logo, ainda que os filhos sejam proprietários de bens, como os recebidos por doação ou herança, permanece a obrigação dos pais de sustentá-los, mesmo que tais rendas sejam suficientes para suportar os encargos da alimentação⁴³⁵. O dever de sustento independe, outrossim, da possibilidade econômica dos pais⁴³⁶ e, inclusive, do exercício do poder familiar. Embora a violação do dever de

⁴³¹ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 104.

⁴³² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental, cit., p. 114.

⁴³³ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 338.

⁴³⁴ Idem, p. 339.

⁴³⁵ Ibidem.

⁴³⁶ Yussef Said Cahali cita dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 279/378 e RT 388/157) para explicar que a obrigação alimentar fundada no dever de sustento independe da condição econômica dos pais: ãO pai, ainda que pobre, não se isenta, por esse motivo, da obrigação de prestar alimentos ao filho menor; do pouco que ganhar, alguma coisa deverá dar ao filho; ãa alegada impossibilidade material não pode constituir motivo de isenção do dever do pai de contribuir para a manutenção do filho; eventualmente, a prestação ficaria descumprida, pois ao impossível ninguém está obrigado; a obrigação, no entanto, sempre subsistiria. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, p. 339-340.

sustento seja causa de suspensão ou perda do poder familiar⁴³⁷, além de ser conduta tipificada como crime de abandono material, a respectiva obrigação subsistirá para o pai ou a mãe destituído do encargo, que, caso contrário, seria beneficiado com a exoneração da função⁴³⁸. A obrigação de alimentos, por outro lado, tem como pressuposto à sua constituição a necessidade de quem os postula e a possibilidade de quem os presta, sendo, portanto, proporcional e de conteúdo variável. É, ainda, recíproca entre todos os ascendentes e descendentes, o que não ocorre com o dever de sustento, que não é recíproco a benefício dos genitores e cessa com a maioridade do filho, sendo, ademais, absoluto, sem qualquer consideração às respectivas fortunas⁴³⁹. Com a maioridade, eventual obrigação alimentar dos pais para com os filhos fundar-se-á no artigo 1.694 do Código Civil, resultando, portanto, da relação de parentesco em linha reta, e não do poder familiar⁴⁴⁰. Por fim, a obrigação alimentar fundada no dever de sustento é prestada *in natura*, enquanto os alimentos decorrentes do parentesco materializam-se, em regra, por meio de prestações periódicas, geralmente em dinheiro⁴⁴¹.

Vê-se, pois, que os deveres de criação, educação e sustento visam ao desenvolvimento do filho menor. Consubstanciam-se, portanto, na assistência moral e material, evidenciada na realização dos direitos fundamentais dos filhos, cujo descumprimento pode caracterizar o abandono material e afetivo.

2.2.3.2 Companhia e guarda

É direito-dever dos pais a companhia e a guarda dos filhos menores. Essa função do poder familiar visa à proteção da prole, uma vez que, a partir da vigilância e da convivência familiar e comunitária em ambiente saudável, evita-se que terceiras pessoas

⁴³⁷ Artigo 1.637 do Código Civil: “Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”. Artigo 1.638, inciso II, do Código Civil: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II - deixar o filho em abandono”.

⁴³⁸ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, cit., p. 341.

⁴³⁹ Idem, p. 341-342.

⁴⁴⁰ Idem, p. 342. Súmula nº 358 do Superior Tribunal de Justiça: “o cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”.

⁴⁴¹ Na lição de Yussef Said Cahali, a obrigação de sustento define-se como uma *obrigação de fazer*, enquanto a obrigação alimentar consubstancia uma *obrigação de dar*. Apenas quando se verifica a impossibilidade de coabitação dos genitores, mantido o menor na companhia de um deles, ou de terceiros, é que a execução da obrigação de sustento (obrigação de fazer) se resolve na prestação do equivalente (obrigação de dar), e passa a representar assim uma forma suplementar colocada à disposição do filho para a obtenção dos meios de subsistência e educação. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, cit., p. 343.

exercçam má influência sobre a educação e a formação da personalidade do filho ainda em desenvolvimento⁴⁴². Trata-se de conteúdo do direito-dever de criação e educação⁴⁴³, cujo cumprimento somente se torna possível quando os pais mantêm os filhos em sua companhia e sob sua guarda.

A companhia é um direito tanto dos pais quanto dos filhos. O direito dos pais à companhia dos filhos engloba o de fixar a sua residência e determinar em quais momentos eles podem dela se ausentar. Já o direito dos filhos à companhia dos pais consubstancia-se no direito à convivência familiar e à permanência na residência por estes fixada⁴⁴⁴. Mas o direito à companhia não se restringe à proximidade física ou à fixação da residência, consistindo, ainda, em uma interação afetiva e intelectual entre o filho e seus pais, fundada no carinho ambiental e nos bons exemplos⁴⁴⁵, possibilitada por meio da convivência familiar. Segundo Denise Damo Comel, o direito à companhia deve ser entendido como a forma de estabelecer entre pais e filhos uma relação de proximidade, gerando comunhão de vida e de interesses, com constante troca de experiência, sentimentos e informações⁴⁴⁶.

Não fosse assim, não teria sentido algum a convivência dos filhos com os pais, posto que não é função com fim em si mesmo, senão que se constitui em meio para alcançar o objetivo maior de assistir, criar e educar o filho, que exige estreito relacionamento para possibilitar troca de afetos, sentimentos, idéias, experiências e promover o desenvolvimento pleno e sadio do filho⁴⁴⁷.

O direito à companhia, portanto, está fundado na convivência familiar, assegurada no artigo 227 da Constituição Federal como direito fundamental das crianças e dos adolescentes, marcada pelo afeto e pelo respeito à sua dignidade⁴⁴⁸. Dessa forma, a convivência familiar não se resume à presença física dos pais na vida dos filhos ou à mera coabitação entre eles. Fosse assim, falar-se-ia em convivência doméstica, e não familiar,

⁴⁴² Cf. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 85.

⁴⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*, p. 427.

⁴⁴⁴ Nada impede que o filho viva, por algum tempo e em algum momento, fora da residência dos pais, como, por exemplo, numa viagem de férias, para submeter-se a tratamento médico ou fazer uma visita a terceiros, assim também para estudar fora do domicílio paterno ou por outro motivo. Em qualquer caso, tais saídas devem se dar sob autorização e acompanhamento dos pais, que não se desincumbem por tal razão de suas funções, senão que apenas devem acompanhar o que se passa com o filho a distância, com maior ou menor diligência e cuidado dependendo das circunstâncias. COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 112. Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 277.

⁴⁴⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 85.

⁴⁴⁶ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 111.

⁴⁴⁷ Ibidem.

⁴⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Direito à convivência familiar*, cit., p. 801.

que se extinguiria com a dissolução da sociedade conjugal⁴⁴⁹. A convivência familiar vai além, devendo ser entendida no âmbito da vivência em familiaridade, em intimidade⁴⁵⁰, conferindo-se à prole o afeto, atenção, educação, cuidados com a saúde, formação psíquica, moral e ética e enfim, toda a assistência necessária ao desenvolvimento da personalidade, como forma de resguardo de sua dignidade⁴⁵¹.

A convivência familiar independe do vínculo jurídico que une os pais, subsistindo com a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável por ser direito-dever inerente ao poder familiar. Com efeito, a relação de filiação não se altera com a mudança do estado civil dos pais - os filhos continuam sendo filhos e os pais permanecem pais. Embora haja alteração na estrutura da família, não há extinção dos laços familiares formados entre pais e filhos, razão pela qual o direito à convivência familiar deve ser assegurado⁴⁵². Nessa linha é a disposição do Enunciado nº 337 da IV Jornada de Direito Civil: o fato de o pai ou a mãe constituírem nova união não repercute no direito de terem os filhos do leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes⁴⁵³.

Com a dissolução da união entre os pais o direito à convivência familiar é garantido por meio do instituto da guarda, seja ela unilateral ou compartilhada⁴⁵³. A guarda, segundo Denise Damo Comel, é a prerrogativa de ter o filho em seu poder, em ter-lhe a posse oponível a terceiros, e vinculada aos deveres de prestar-lhe assistência material, moral e educacional⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VI, n. 25, ago./set. 2004, p. 136.

⁴⁵⁰ Definição dada pelo Novo Dicionário da Língua Portuguesa para o vocábulo *conviver*. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, cit., p. 472.

⁴⁵¹ SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho, cit., p. 138.

⁴⁵² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 205.

⁴⁵³ A companhia e o tipo de guarda, unilateral ou compartilhada, também exercem influência na responsabilidade civil dos pais pela reparação dos danos causados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, nos termos do artigo 932, inciso I, do Código Civil. Conforme ensina José Fernando Simão, a responsabilidade civil dos pais pressupõe, além do exercício do poder familiar, que o filho menor viva em companhia e esteja sob a vigilância paterna ou materna. Logo, na guarda unilateral, o guardião estará em companhia e exercerá a vigilância do filho menor, salvo nos dias de visitas, em que a situação se inverte, tendo o não guardião a companhia do filho. É a chamada teoria do traspasso de responsabilidade, que se baseia na ideia pela qual a responsabilidade traspassa-se com o menor e responde o genitor que o tiver em sua companhia no momento em que este cometer o fato danoso. Já na guarda compartilhada, ambos os pais exercem o poder familiar e a vigilância sobre o filho menor. Consequentemente, ambos serão responsáveis pela reparação civil dos danos por ele causados. SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 164-166.

⁴⁵⁴ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 110.

Na guarda unilateral, todavia, a convivência não é contínua, sendo limitada, eis que o filho fica sob a guarda de apenas um dos pais, vale dizer, daquele que revele melhores condições para exercê-la e maior aptidão para lhe propiciar afeto, saúde, segurança e educação. Além da guarda física, o guardião tem o direito de criar e educar o filho, bem como tomar as decisões mais importantes relativas ao seu desenvolvimento físico e psíquico. Já ao pai não guardião é assegurado o direito de visitas⁴⁵⁵ e de supervisionar os interesses do filho, fiscalizando sua manutenção e educação. Ao filho também é assegurado o direito à visita do pai não guardião, sendo, na lição de Maria Helena Diniz, um direito da personalidade, já que fundado na preservação da sua integridade física e psíquica⁴⁵⁶. A falta da presença e da convivência com o pai poderá conduzir a criança e o adolescente a um estado depressivo, danoso à saúde física ou psíquica, provocando moléstias e desvios comportamentais, caracterizadores da ruptura do vínculo afetivo, o que pode gerar indenizações por dano moral⁴⁵⁷. Portanto, a limitação à convivência não retira do pai que não possui a guarda do filho os deveres de lhe dar atenção, afeto e cuidado, mostrando-se interessado no cotidiano de sua vida e no seu desenvolvimento físico e psíquico. Assim, ainda que limitado o exercício do poder familiar pelo pai não guardião, os direitos remanescentes devem ser exercidos em sua plenitude, em atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente, que devem ter o vínculo afetivo com ele construído integralmente preservado.

A guarda compartilhada, por sua vez, é mais adequada e recomendável, pois garante a convivência plena com ambos os pais, sem limitação. Na guarda compartilhada o filho possui uma residência principal para garantir sua estabilidade emocional e seu bom desenvolvimento psíquico e educacional⁴⁵⁸, atribuindo-se a ambos os pais a responsabilização na tomada das decisões e o exercício conjunto dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar. Embora a guarda física seja atribuída a um dos pais, ambos a exercem de modo flexível, sem a rigidez do direito de visitas característico da guarda

⁴⁵⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*, cit., p. 210. O direito de visita não é atribuído apenas ao pai não guardião, mas também a parentes e pessoas com os quais o filho possua vínculo afetivo. Esse é o entendimento consolidado no Enunciado nº 333 da IV Jornada de Direito Civil: "O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse". Seguindo essa linha, a Lei nº 12.398/11 acrescentou o parágrafo único ao artigo 1.589 do Código Civil, segundo o qual "o direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente".

⁴⁵⁶ Segundo Maria Helena Diniz, "a visita não pode constituir mera presença física, mas deve fortalecer os laços afetivos e de amizade entre genitor e filhos, sendo proveitosa para a formação deste. É, portanto, necessário que o visitante se interesse pela vida, educação e formação moral do filho". DINIZ, Maria Helena. *Direito à convivência familiar*, cit., p. 807.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

⁴⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Direito à convivência familiar*, cit., p. 805.

unilateral. Dessa forma, o pai não detentor da guarda física não está limitado a supervisionar os interesses do filho, devendo participar ativamente de sua criação e educação⁴⁵⁹. Nesse sentido, explica Maria Helena Diniz que a guarda compartilhada melhor atende ao interesse dos filhos menores, pois

a figura materna ou paterna de fim de semana é substituída pela dos genitores que acompanham e decidem, diariamente, sobre a criação e a educação da prole. A guarda compartilhada possibilita uma integração dos pais no desempenho efetivo das funções materna e paterna, priorizando os interesses dos filhos⁴⁶⁰.

Por preservar o melhor interesse do filho menor, a guarda compartilhada passou a ser regra no sistema jurídico civil⁴⁶¹, devendo a guarda unilateral ser adotada apenas em hipóteses excepcionais, mormente quando inexistir relação harmônica e pacífica entre os pais a impossibilitar uma convivência contínua e salutar com o filho⁴⁶². De acordo com esse entendimento já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Guarda de menor - Decisão que a defere, provisoriamente, em favor da mãe e fixa regime de visitas provisório em favor do pai - Inconformismo do genitor - Desacolhimento - Menor em tenra idade - Animosidade entre as partes que impede o exercício da guarda compartilhada antes pactuada - Ausência de elementos concretos que justifiquem que o menor não permaneça na companhia materna, ao menos em caráter provisório - Desarmonia que desaconselha o regime de visitas livres - Pretensão de ampliação de visitas que deve ser objeto de pedido em primeiro grau - Decisão mantida - Recurso desprovido. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 990.10.281578-1, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Grava Brazil, data do julgamento: 06/07/2010).

Existindo harmonia nas relações familiares a guarda compartilhada melhor atende aos interesses do filho, que não se distancia de um dos pais, preservando-se a convivência familiar. É também mais adequada aos próprios pais, que permanecem com o pleno exercício dos direitos e deveres do poder familiar e, assim, participam conjuntamente da criação e educação, sendo ambos responsáveis pelos atos dos filhos menores⁴⁶³.

Vê-se, pois, que tanto a companhia como a guarda têm por fundamento assegurar a convivência familiar, direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade

⁴⁵⁹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, cit., p. 89. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 219 e 221.

⁴⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Direito à convivência familiar*, p. 806.

⁴⁶¹ Como bem se sabe, a atribuição do dever de guarda atenta sobretudo ao melhor interesse da criança, sendo certo que a lei dá preferência ao seu compartilhamento entre os pais (CC, artigo 1584, parágrafo 2º), situação que se presume mais benéfica ao pleno desenvolvimento do menor. TJSP, Apelação nº 994.09.285600-0, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Piva Rodrigues, data do julgamento: 27/07/2010. Nessa linha é também o Enunciado nº 335 da IV Jornada de Direito Civil: a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.

⁴⁶² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 221.

⁴⁶³ Idem, p. 224.

do filho menor. Não apenas a presença física dos pais no cotidiano da vida dos filhos, mas, principalmente, a afetiva, é indispensável à sua plena formação física e psíquica. É por meio do afeto, da atenção, do cuidado, da dedicação dos pais à satisfação dos interesses dos filhos que a convivência familiar se concretiza na sua forma mais plena, pois, somente assim, garantir-se-á o bem-estar físico e mental da prole.

2.2.4 Extinção e suspensão do poder familiar

O poder familiar é um *múnus* público, logo, o Estado pode interferir no seu exercício estabelecendo os casos de sua suspensão e extinção⁴⁶⁴. A extinção do poder familiar consiste na interrupção definitiva do seu exercício, ocorrendo de pleno direito se verificadas as hipóteses taxativamente previstas no artigo 1.635 do Código Civil. Já a suspensão faz cessar o exercício do poder familiar durante determinado período em razão da ocorrência de qualquer das causas exemplificativamente arroladas no artigo 1.637 do aludido diploma legal⁴⁶⁵.

A primeira hipótese de extinção do poder familiar refere-se à morte dos pais ou do filho. Quanto aos pais, apenas a morte de ambos extingue o poder familiar⁴⁶⁶, pois, caso contrário, sua titularidade é atribuída exclusivamente ao pai ou à mãe sobrevivente. No tocante ao filho, sua morte faz cessar a relação jurídica que ensejou a incidência do poder familiar. Em síntese, a morte acarreta a extinção do poder familiar, uma vez que ão primeiro caso, desaparece o titular do direito; e, no segundo, a razão de ser do instituto, que é a proteção do menor⁴⁶⁷.

O poder familiar é, ademais, extinto pela emancipação do filho, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil⁴⁶⁸. A emancipação é o instituto jurídico pelo qual o menor adquire capacidade civil antes de atingir a idade legal. Pode ser concedida pelos pais, pelo juiz ou pela lei, nos õcasos em que se pressupõe ter o indivíduo adquirido

⁴⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 316.

⁴⁶⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 554. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 278-280.

⁴⁶⁶ Em razão da necessidade do filho menor continuar a ser protegido, nomear-se-á tutor, que cuidará dos seus interesses pessoais e patrimoniais. Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 372.

⁴⁶⁷ Ibidem.

⁴⁶⁸ Artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil: ãCessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

plena maturidade, a despeito de sua idade, não havendo que se falar na proteção que o legislador concede aos imaturos⁴⁶⁹. Nesse sentido, também se extingue o poder familiar pela maioridade do filho, alcançada aos dezoito anos de idade. Com a aquisição da capacidade civil a lei presume que o filho não mais necessita da proteção do poder familiar, já tendo se desenvolvido física e mentalmente de forma plena, encontrando-se, portanto, apto para reger e conduzir, por si próprio, os atos da vida civil. A extinção do encargo, contudo, tanto na emancipação como na maioridade civil, não deve acarretar no desaparecimento ou na diminuição da

intensidade do interesse do pai pelo filho, pelo seu futuro, pela sua sorte, pela sua felicidade, pelo seu bem-estar, nem faça desaparecer, da parte do filho para com o pai, o mesmo respeito, a mesma obediência, a mesma veneração que antes dedicava àquele que lhe deu a vida⁴⁷⁰.

A adoção também é causa de extinção do poder familiar. Isso porque se trata de instituto que atribui ao adotado a condição de filho do adotante, fazendo cessar, dessa forma, os vínculos mantidos com os pais biológicos. Em razão da necessidade de se tutelar o filho adotado menor de idade, a titularidade do poder familiar é transferida para os adotantes, que exercerão todos os direitos e deveres dele decorrentes. Com efeito, a

⁴⁶⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 372. Questiona-se, nesse ponto, se a emancipação, ao extinguir o poder familiar, também faz cessar a responsabilidade civil dos pais pelos danos causados pelo filho. Ensina José Fernando Simão que, em princípio, os pais não responderão pelos atos danosos praticados pelo filho emancipado, uma vez que a emancipação equivale à maioridade civil, fazendo cessar o poder familiar e, por conseguinte, o poder de direção e vigilância que o pai exerce sobre o filho. Ainda segundo o autor, não deve subsistir o entendimento firmado na vigência do Código Civil de 1916 sobre a manutenção da responsabilidade civil dos pais no caso de emancipação voluntária. Primeiro porque o seu fundamento residia no artigo 156 do Código Civil de 1916, que equiparava o menor, entre dezesseis e vinte e um anos de idade, ao maior quanto às obrigações decorrentes de atos ilícitos de que fosse culpado. Esse dispositivo legal foi revogado pelo Código Civil de 2002, de tal modo que o menor não mais responde solidariamente com seus pais ou representantes pelos danos causados, mas, sim, subsidiariamente. Além disso, o artigo 932, inciso I, do Código Civil de 2002, dispõe que os pais apenas respondem civilmente pelos danos causados pelos filhos que estiverem sob sua autoridade e companhia. Ocorre que a autoridade é automaticamente extinta com o fim do poder familiar e a companhia, na maioria dos casos, também. Por fim, não se deve presumir que a emancipação voluntária tem, em regra, a única finalidade de eximir os pais da responsabilidade pelos atos praticados pelo filho. Se assim fosse, a emancipação estaria sendo tratada como se fosse meio para os pais efetivarem verdadeira fraude contra credores, ou seja, como forma de eximir-se de uma obrigação legal, de seu dever de vigilância e dos ônus decorrentes do poder familiar. Presumir-se-ia a má-fé, como se o objetivo de toda emancipação voluntária fosse tão somente a exoneração da responsabilidade civil dos pais. Assim, tanto a emancipação legal como a voluntária faz cessar a responsabilidade civil dos pais pelos atos danosos praticados pelo filho emancipado. Porém, provada a má-fé dos pais, vale dizer, a intenção emancipatória com a finalidade única e exclusiva de afastar a responsabilidade civil, esta subsistirá. Pode-se afirmar que a responsabilidade também remanescerá na hipótese excepcional de o filho emancipado permanecer residindo com os pais, sob sua vigilância, cuidado e dependência econômica e afetiva, podendo a emancipação ser considerada ineficaz quanto à exoneração da responsabilidade civil dos pais. Conclui o autor que, na hipótese de emancipação, só surgirá a responsabilidade dos pais do menor se provada pela vítima a culpa em tal ato, hipótese em que não há de se falar em responsabilidade objetiva, afastando-se a incidência do artigo 933, mas, sim, em responsabilidade subjetiva dos representantes. SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit., p. 171-177.

⁴⁷⁰ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 305.

extinção do poder familiar é requisito indispensável à constituição da adoção, pois, somente assim, permite-se que o filho se desligue de sua família biológica e integre efetivamente a família dos adotantes, assumindo tal condição com os mesmos direitos e deveres que a prole biológica, sem qualquer discriminação.

Por fim, extingue-se o poder familiar por decisão judicial que, reconhecendo a existência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.638 do Código Civil, decreta a perda do poder familiar. A perda ou destituição do poder familiar é sanção civil aplicada em virtude da gravidade da conduta adotada pelos pais em face dos filhos menores, colocando em risco a sua segurança e dignidade⁴⁷¹. Assim, além da finalidade punitiva, possui também escopo protetivo, na medida em que afasta o filho da convivência com o pai ou a mãe que coloca em perigo a sua integridade física e psíquica. Em razão da gravidade da violação dos direitos e deveres do poder familiar, trata-se de sanção obrigatória, irreversível e extensiva a toda a prole, ainda que o ato tenha sido praticado contra apenas um dos filhos⁴⁷².

A primeira causa de perda do poder familiar consiste em castigar imoderadamente o filho. Vê-se que, ao proibir o castigo imoderado, o Código Civil acaba por permitir implicitamente o castigo moderado. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, o castigo pode ser físico, psíquico ou de privação de situações de prazer. Porém, o castigo físico e psíquico, ainda que moderado, não seria admitido, por se tratar de ato de violência à integridade física e à dignidade do filho, que são direitos fundamentais do ser humano. Ainda, esclarece o autor que todo castigo físico caracteriza-se como violência, razão pela qual não deve ser permitido ante a previsão do artigo 227 da Constituição Federal, que estabelece que é dever da família colocar o filho a salvo de toda forma de violência⁴⁷³. Em sentido contrário, Silvio Rodrigues entende que os castigos moderados, inclusive os físicos, são admitidos pelo sistema jurídico em razão do direito de correção dos pais. Desse modo, ãenquanto não exorbita, pode o pai aplicar castigos físicos ao filho, com o propósito de emendá-lo⁴⁷⁴. Com efeito, o castigo moderado é admitido pelo ordenamento jurídico⁴⁷⁵, todavia, o caso concreto deve ser analisado com cuidado e razoabilidade. Não é qualquer castigo físico ocasional e leve, como uma palmada, que deve acarretar a perda do poder familiar, pois, além de não colocar em risco a integridade física e a dignidade do

⁴⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 281.

⁴⁷² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 550.

⁴⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 281-282.

⁴⁷⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 370-371.

⁴⁷⁵ Cf. nota de rodapé nº 429 sobre o projeto de lei nº 7.672/10 que prevê o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante.

filho, integra o poder disciplinar dos pais. Todavia, a reiteração do castigo, ainda que leve, pode caracterizar a imoderação, pois a constância da agressão acaba por violar a integridade física e psíquica do filho, podendo, assim, ser causa de destituição do poder familiar. Já o castigo que na sua essência é imoderado, seja ele físico ou psíquico, deve acarretar a perda do poder familiar, ainda que exercido isoladamente, sem reiteração. Nesse sentido, Denise Damo Comel cita alguns exemplos de castigos imoderados que devem ser considerados como causa de destituição do poder familiar:

O castigo imoderado pode ocorrer de diferentes modos. Podem caracterizá-lo castigos físicos, como surras, espancamentos, submissão à dor física, privação de alimentos, exigência de serviços pesados e extremamente dificultosos, impróprios às condições do filho, dentre outros. Mas nem sempre a violência física é imprescindível para a configuração do castigo imoderado, pois a tortura psicológica também poderá, máxime em se tratando de crianças, configurar a hipótese. Assim, ameaças constantes, sujeição a temores infundados e humilhações, graves ofensas verbais também poderão consistir-se em castigo imoderado, conforme o caso, a ensejar a perda do poder familiar⁴⁷⁶.

A segunda causa que enseja a perda do poder familiar é o abandono do filho. Na lição de Silvio Rodrigues, o abandono abrange o ato de deixar o filho sem assistência material e moral, como o ôdescaso intencional pela sua criação, educação e moralidadeô⁴⁷⁷. É o caso do ôpai que tem desleixo para com a prole, que pouco se lhe importa a nutrição, faltando aos cuidados básicos e essenciais à própria sobrevivênciaô⁴⁷⁸. Assim, tanto o abandono material, que priva o filho das condições necessárias à sua subsistência, como o abandono moral e afetivo, caracterizado pela ausência da convivência familiar e pela omissão quanto aos deveres de criação e educação, podem acarretar a destituição do poder familiar, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. ART. 395, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ECA. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. - Caracterizado o abandono afetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do Art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se a mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder. (STJ, REsp nº 275.568-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, data do julgamento: 18/05/2004)⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 288.

⁴⁷⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 371.

⁴⁷⁸ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 288.

⁴⁷⁹ Esse também é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: ôAPELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. Correta a decisão pela perda do poder familiar dos genitores que não apresentam afeto quanto aos filhos, e foram negligentes quanto ao cuidado dos infantes, colocando-os em situações de risco. Por conseguinte, somente a procedência da demanda

A perda do poder familiar também pode ocorrer pela prática de atos contrários à moral e aos bons costumes. Paulo Luiz Netto Lôbo explica que a moral e os bons costumes devem ser analisados de modo objetivo, e não subjetivo, considerando-se os valores existentes na sociedade, em determinado período de tempo e de espaço, incluindo as condutas consideradas ilícitas pela ordem jurídica⁴⁸⁰. Assim, os pais devem manter conduta digna e honrada a fim de influenciar positivamente a formação da personalidade dos filhos. Não se exige que tais atos sejam diretamente direcionados à pessoa do filho, sendo suficiente à destituição do poder familiar que ele conviva com pais que atuem de modo vicioso e imoral e, dessa forma, receba, ainda que de forma passiva, as más influências⁴⁸¹. São considerados atos contrários à moral e aos bons costumes a convivência em ambiente promíscuo e inadequado, o alcoolismo, a vadiagem, o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes, a prostituição, as relações incestuosas, dentre outros⁴⁸².

A última hipótese de perda do poder familiar consiste na prática reiterada das faltas previstas para a suspensão do poder familiar, cuja análise será realizada a seguir, juntamente com o estudo dessa hipótese de restrição ao exercício do encargo. Antes, contudo, deve-se observar que se trata de importante inovação introduzida no Código Civil de 2002, na medida em que evita que os pais reiterem a prática de condutas menos graves, mas também causadoras de danos aos filhos, aguardando a sanção mais branda da suspensão do poder familiar⁴⁸³.

A suspensão do poder familiar também constitui sanção civil, porém, menos severa que a destituição do poder familiar. Isso porque a conduta praticada pelo pai ou pela mãe é de menor gravidade, de modo que a privação do exercício do *múnus* público é imposta por tempo determinado, podendo abranger todos ou alguns dos seus atributos, assim como se referir apenas ao filho vitimado ou a toda a prole⁴⁸⁴. A suspensão do poder familiar é sanção facultativa. Logo, o juiz não está obrigado a impô-la, fazendo-o apenas quando inexistir outra medida alternativa que produza o efeito desejado e preserve o melhor interesse do filho. Além disso, cessada a causa que determinou a suspensão, o

possibilitará a inserção em família substituta, deflagrando a correta busca pelo melhor interesse dos infantes. Negaram provimento ao apelo. TJRS, Apelação Cível nº 70033444936, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, data do julgamento: 17/12/2009.

⁴⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 282.

⁴⁸¹ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 290.

⁴⁸² Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 551. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 413.

⁴⁸³ RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 371.

⁴⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 548. RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 369.

exercício do poder familiar poderá ser restabelecido de forma plena. O artigo 1.637 do Código Civil arrola, exemplificativamente, duas causas de suspensão do poder familiar, sem exclusão de outras que decorram do descumprimento dos deveres a ele inerentes e cuja gravidade do ato imponha a aplicação da medida⁴⁸⁵.

A primeira causa de suspensão do poder familiar refere-se ao abuso de autoridade, caracterizado pelo descumprimento dos deveres parentais, pela ruína dos bens dos filhos ou por colocar em risco a segurança deles. Nesse sentido, afirma Denise Damo Comel que ocorrerá abuso de autoridade quando o pai ou a mãe exorbitarem de suas atribuições, ou fizerem mau uso, ou uso injusto, excessivo das prerrogativas que a lei lhes confere no que respeita ao poder familiar⁴⁸⁶. A título exemplificativo cita-se acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que bem evidencia a situação de risco dos filhos menores, pois a genitora, além de tratá-los com negligência e descaso, confessou a prática de crime de infanticídio contra o filho recém-nascido:

SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. INAPTIDÃO DA GENITORA PARA O DESEMPENHO DA FUNÇÃO PARENTAL. SITUAÇÃO DE RISCO. 1. Provada a completa negligência com que foram tratados os filhos e o estado de abandono a que foram relegados, configurando-se uma situação grave de risco, essa conduta ilícita é atingida na órbita civil pelas sanções de destituição ou suspensão do poder familiar. 2. É imperiosa a suspensão do poder familiar da genitora, a fim de que os filhos tenham condições de se desenvolver de forma mais saudável e desfrutar de uma vida melhor, mais digna e equilibrada. Recurso provido. (TJRS, Apelação Cível nº 70038459772, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, data do julgamento: 20/10/2010)⁴⁸⁷.

Além do abuso de autoridade, suspende o poder familiar a condenação criminal do pai ou da mãe por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Presume-se que o genitor condenado criminalmente nessas condições não possui aptidão para exercer os encargos do poder familiar. No Código Civil de 1916 firmou-se entendimento no sentido de que a suspensão do pátrio poder era

⁴⁸⁵ A prática de ato de alienação parental também é causa de suspensão do poder familiar, nos termos do artigo 6º, inciso VII, da Lei nº 12.318/10, e será analisada no item 2.4.3 desse trabalho.

⁴⁸⁶ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 271.

⁴⁸⁷ Em outro acórdão o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul suspendeu o exercício do poder familiar em razão do abandono afetivo dos pais: ãAPELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DOS DEVERES E OBRIGAÇÕES A QUE ALUDE O ART. 22 DO ECA. PROTEÇÃO À CRIANÇA E EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Comprovado que a mãe descumpriu, injustificadamente, o dever a que alude o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja, de guarda, porquanto descuroou dos cuidados que se impunham em relação ao filho, atualmente com 17 anos de idade, sujeitando-o ao abandono afetivo, a suspensão do poder familiar é medida que se impõe no caso concreto. Apelação desprovida. TJRS, Apelação Cível nº 70035575927, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior, data do julgamento: 24/08/2010.

automática, sendo consequência necessária da sentença criminal condenatória, independentemente de conter menção expressa a respeito. Todavia, a nova concepção protetiva do poder familiar impõe, segundo Denise Damo Comel, uma interpretação da norma fundada no melhor interesse do filho. Assim, entende a autora que não é toda e qualquer condenação criminal à pena privativa de liberdade superior a dois anos que acarretará a suspensão do poder familiar⁴⁸⁸. Nessa linha, Caio Mário da Silva Pereira afirma que a suspensão automática do encargo somente se justifica quando a condenação se referir a crimes relativos à violência entre os pais ou à assistência familiar⁴⁸⁹. Com efeito, apenas nos casos de condenação a pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto é que a suspensão deve ser automática, tendo em vista a incompatibilidade entre o regime prisional e o cumprimento dos deveres parentais. Porém, sendo a pena cumprida em regime aberto ou substituída por pena restritiva de direito, a suspensão do poder familiar não deve ser automática. Aconselha-se, nesse caso, que o juiz analise a natureza da infração, suspendendo o poder familiar apenas se a conduta incriminada repercutir negativamente na formação do filho ou se o crime tiver sido praticado contra ele.

De qualquer forma, sendo o crime praticado contra o filho, independentemente do *quantum* da pena e do regime prisional, a suspensão do poder familiar é medida que se impõe, eis que caracterizado o abuso de autoridade, nos termos do *caput* do artigo 1.637 do Código Civil. Poder-se-ia falar, ainda, na configuração de hipótese de perda do poder familiar, pois, de acordo com o artigo 92, inciso II, do Código Penal, a incapacidade para o exercício do poder familiar é efeito da sentença penal condenatória nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra o filho⁴⁹⁰. Isso porque, declarada na sentença penal condenatória, essa incapacidade possui caráter permanente, não restabelecendo o poder familiar mesmo após o cumprimento da pena, tratando-se, portanto, de perda, e não de suspensão do poder familiar⁴⁹¹. No caso, a solução que melhor atende ao interesse do filho é, de fato, a perda do poder familiar do genitor que, dolosamente, pratica crime contra ele, mormente aqueles em que se atenta contra a sua integridade física e psíquica. A suspensão do poder familiar não é medida suficiente à

⁴⁸⁸ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 273-275.

⁴⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 435.

⁴⁹⁰ Artigo 92, inciso II, do Código Penal: ãSão também efeitos da condenação: II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curateladoã.

⁴⁹¹ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 280. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 553-554.

garantia da dignidade e da integridade do filho, já que o seu exercício é restabelecido com o término do cumprimento da pena, ficando o filho exposto, em regra, à situação de risco.

Vê-se, pois, que os pais que descumprem os deveres decorrentes do poder familiar podem tê-lo suspenso ou destituído. O instituto visa à proteção dos interesses dos filhos menores, de modo que não sendo os seus titulares aptos ao desempenho do encargo, ou praticando condutas graves que coloquem em risco a dignidade e a segurança da prole, devem ser privados de seu exercício. Conforme exposto, o abandono afetivo pode ser causa tanto de destituição como de suspensão do poder familiar, devendo o magistrado analisar o caso concreto a fim de verificar qual medida melhor atende ao interesse do filho. Em qualquer das hipóteses, não se exclui a possibilidade de responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores, como se demonstrará no presente estudo.

2.3 Caracterização do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos menores

Na relação parental, o abandono afetivo caracteriza-se pela ausência de comportamento pró-afetivo dos pais. Conforme já visto, a afetividade não se traduz na imposição da obrigação de amar, devendo ser entendida, em sua acepção jurídica, como a dedicação integral dos pais ao pleno desenvolvimento da personalidade e à garantia da integridade psíquica dos filhos. É o agir como se amor sentisse, ainda que a conduta do genitor não corresponda ao seu real estado afetivo. Isso somente é possível por meio do cumprimento dos deveres de ordem imaterial do poder familiar, os quais asseguram aos filhos convivência familiar, educação e assistência imaterial, direitos indispensáveis à sua completa formação moral, ética, física e mental. Ainda que não sintam amor pelos filhos, é por meio do cumprimento desses deveres que os pais se comportam de modo pró-afetivo, eis que evidenciam a finalidade de tutelar os interesses da prole e assegurar o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Dessa forma, configura-se o abandono afetivo quando há ofensa de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei⁴⁹², vale dizer, quando os deveres de criação, educação, companhia e guarda são descumpridos, assumindo lugar o desamparo e o desprezo pelo filho⁴⁹³.

⁴⁹² TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 07, dez./jan. 2009, p. 109.

⁴⁹³ Ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que configura abandono afetivo a 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. Nesse sentido também afirma Paulo Luiz Netto Lôbo: o abandono afetivo nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não

O descumprimento dos deveres de criação e educação enseja o abandono afetivo quando o genitor se omite quanto à assistência e à formação moral e intelectual dos filhos menores. Trata-se, essencialmente, da falta de cuidado, interesse, respeito, atenção, apoio psicológico, transmissão de valores morais e culturais, imposição de regras e limites à vida em família e em sociedade e acompanhamento físico e espiritual. Consiste, enfim, na omissão dos pais quanto à satisfação das necessidades biopsíquicas da prole⁴⁹⁴. Já o descumprimento dos deveres de companhia e guarda configura o abandono afetivo quando os pais deixam de conviver com os filhos menores. A convivência não se resume à mera presença física dos pais, envolvendo a sua participação constante no cotidiano da vida dos filhos, acolhendo-os, protegendo-os, estabelecendo verdadeira relação de interação e proximidade espiritual. Configurar-se-á o abandono afetivo pela não observância voluntária, injustificada e contínua do dever de convivência⁴⁹⁵. Não se trata da ausência temporária e justificada, mas, sim, do caso do pai ou da mãe que não deseja estar na companhia do filho, dele se afastando deliberadamente, rejeitando-o, tratando-o de modo indiferente, como se uma pessoa estranha fosse.

Vê-se, pois, que o dever de sustento não está relacionado à caracterização do abandono afetivo⁴⁹⁶. Esse dever possui conteúdo patrimonial, sendo imprescindível ao desenvolvimento físico dos filhos. Seu inadimplemento pode caracterizar o abandono material, mas não o abandono afetivo. O abandono afetivo vai além, abrangendo o desamparo, a falta de cuidado e interesse, a omissão dos pais quanto à criação, educação e convivência com os filhos menores. É necessário presença, afeto, limite, segurança, proteção, exemplo, enfim, atributos que não se esgotam no dever de sustento e no pagamento de alimentos a fim de que a paternidade e a maternidade sejam exercidas em sua plenitude, com tempo, dedicação, disponibilidade, trabalho...⁴⁹⁷.

O abandono material não é o pior, mesmo porque o Direito tenta remediar essa falta, oferecendo alguns mecanismos de cobrança e sanção aos pais

podem ser desconsideradas. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 285.

⁴⁹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental, cit., p. 113.

⁴⁹⁵ Cf. 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*, ano VII, n. 32, out./nov. 2005, p. 35.

⁴⁹⁶ Muitos julgaram o e o século anterior esteve a dar respaldo a esta convicção o que a assunção da responsabilidade pela manutenção material dos filhos seria o suficiente a ser feito em prol de alguém a quem não se deseja por perto. Certamente, essa *meia-responsabilidade* não foi jamais suficiente, mas o paradigma de outrora não abria chance para tal análise, porque a importância da vontade e do querer adulto sempre foi significativamente mais importante que a necessidade e a carência infantil. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos, cit., p. 210.

⁴⁹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VII, n. 32, out./nov. 2005, p. 151.

abandônicos. O Código Penal, por exemplo, tipifica como crime o abandono material e intelectual (arts. 244/246) e a lei civil estabelece pena de penhora e/ou prisão para os devedores de pensão alimentícia. O mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não-presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, a segurança e a proteção⁴⁹⁸.

Assim, cumpridos todos os demais deveres decorrentes da autoridade parental, mas inadimplida tão somente a obrigação alimentar por razões econômico-financeiras, não há que se falar em abandono afetivo, pois este não diz respeito aos deveres patrimoniais, e sim àqueles de conteúdo existencial, pessoal. Do mesmo modo, o cumprimento do dever de sustento, por si só, não afasta o abandono afetivo, caracterizado pela não observância dos demais encargos, vale dizer, quando inexistente, de forma voluntária e injustificada, a convivência do genitor com o filho, bem como quando ausente o cuidado, o zelo, a atenção e a assistência moral, imprescindíveis ao seu desenvolvimento e à sua existência digna. Logo, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal⁴⁹⁹.

O descumprimento dos deveres de criação, educação, companhia e guarda pode decorrer da conduta de qualquer dos pais, de tal sorte que o abandono afetivo independe do vínculo jurídico mantido por eles. É pressuposto à sua caracterização tão somente a existência da relação de filiação, biológica ou socioafetiva. Dessa forma, ainda que a criança ou o adolescente tenha sido criado, educado e sustentado por terceira pessoa, porém, sem o estabelecimento de relação de filiação socioafetiva, é possível a caracterização do abandono afetivo pelo genitor biológico que o rejeitou⁵⁰⁰. A ausência afetiva do pai ou da mãe jamais será suprida por qualquer pessoa que, a despeito de não ser titular do poder familiar, desempenhe, de fato, os deveres dele decorrentes. Isso porque todos os filhos possuem o direito ao pai, o qual está fundado na singularidade dos sujeitos que compõem a relação parental, insubstituíveis, portanto. Trata-se, na lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, do

direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de colocar-se em situação de

⁴⁹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia* (coords. Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 225.

⁴⁹⁹ Cf. sentença proferida pelo juiz de direito Mario Romano Maggioni, da 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, nos autos do processo nº 141/1030012032-0, em 15/09/2003.

⁵⁰⁰ Em sentido contrário, Maria Celina Bodin de Moraes entende que será preciso que tenha havido o abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém *faz as vezes* de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico. MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VII, n. 31, ago./set. 2005, p. 59.

aprendizado e de apreensão dos valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver (...) ⁵⁰¹.

Destarte, não há que se falar em abandono afetivo quando não estabelecida a relação de filiação. Nesse sentido, importante questão se coloca acerca da possibilidade de caracterização do abandono quando o pai desconhecia a existência do filho e, por essa razão, não cumpriu os deveres parentais. É a hipótese de fecundação natural, em que, sobrevivendo a gravidez, o casal se separa no curso do lapso temporal entre a concepção e a confirmação do estado gestacional, sem que o pai seja cientificado pela mãe do futuro nascimento ⁵⁰². Não há configuração do abandono afetivo pelo pai que, não conhecendo o fato da concepção, não soube do nascimento e não provocou a ruptura do vínculo afetivo, posto que este nunca se efetivou ⁵⁰³. Com efeito, a caracterização do abandono afetivo pressupõe a sua deliberação, ou seja, o genitor, por vontade própria e de modo injustificado, descumpra os deveres parentais de criação, educação, companhia e guarda, desprezando o filho, privando-o da convivência familiar, da assistência imaterial, da atenção e do cuidado com o seu desenvolvimento físico e mental. Logo, não há como se exigir afeto em uma relação paterno ou materno-filial que sequer foi estabelecida. O abandono afetivo depende da existência desse vínculo, do qual decorrem os deveres da autoridade parental, sem o qual não se caracterizará.

RESPONSABILIDADE CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO EM AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONALMENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS ATENTATÓRIOS AO DIREITO DA PERSONALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA DO GENITOR CONTRÁRIA AO ORDENAMENTO JURÍDICO. IMPROCEDÊNCIA.

1. A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria, mas é hipótese excepcional.
2. Na espécie, o réu descobriu a existência de seu filho apenas 20 anos após o nascimento deste, sendo que aquele morava na Rússia em razão de serviço público.
3. A conduta do genitor apta a dar azo à reparação de direito da personalidade deve conter negativa insistente e deliberada de aceitar o filho, além do desprezo com relação a sua pessoa.
4. Não se vislumbram tais requisitos se o pai, tanto por desconhecimento desta condição, quanto por contingências profissionais, aceitou a paternidade sem contestar, mas não pôde ter contato mais próximo com

⁵⁰¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos, cit., p. 220.

⁵⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁵⁰³ Ibidem.

seu filho, mormente tendo em vista jamais ter a genitora o procurado para exigir participação na criação da criança ou ao menos dizer que estava grávida. (TJDF, Processo nº 20090110114820, 2ª Turma Cível, Rel. Des. J.J. Costa Carvalho, data do julgamento: 13/04/2011).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA PATERNA. IMPOSSIBILIDADE. Não há como imputar ao genitor, que desconhecia a existência de sua filha, ou o vínculo biológico que os unia, a responsabilidade por reparar danos morais supostamente sofridos com a sua ausência. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0016.06.061747-5/001, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Sérvulo, data do julgamento: 11/05/2010).

Por outro lado, estabelecida a relação de filiação, surge para o pai o dever de conviver com o filho, dando-lhe, além da assistência material, a assistência moral, acolhendo-o e se interessando pela sua criação e educação, enfim, participando ativa e afetivamente do cotidiano de sua vida. Adotando o pai uma conduta omissa quanto a esses deveres, negligenciando os interesses do filho, caracterizar-se-á o abandono afetivo, independentemente da existência de prévia convivência entre eles. A recusa voluntária e injustificada do pai em ter o filho em sua companhia viola o direito fundamental à convivência familiar, previsto no artigo 227 da Constituição Federal. Assim, ainda que o filho não tenha convivido com o pai em qualquer ocasião de sua vida, uma vez estabelecida a relação de filiação nascem para este os deveres inerentes ao poder familiar e, a partir desse momento, aqueles de conteúdo existencial devem ser cumpridos, sob pena de configuração do abandono afetivo⁵⁰⁴. Nessa linha decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao reconhecer o abandono afetivo pelo pai que, após o reconhecimento judicial da filiação, privou o filho de sua convivência e assistência moral:

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. (TJSP, Apelação Cível com Revisão nº 511.903-4/7-00, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, data do julgamento: 12/03/2008).

Constituída a relação de filiação, sejam os pais casados ou conviventes, sejam separados, divorciados ou não conviventes, haverá obrigatoriedade no cumprimento dos deveres do poder familiar, cuja não observância pode ensejar o abandono afetivo. Na primeira hipótese - pais casados ou conviventes -, configura-se o abandono afetivo quando

⁵⁰⁴ Segundo Flávio Tartuce, a configuração do abandono afetivo independe da convivência anterior entre pai e filho, pois, em qualquer dos casos, haverá lesão a direito subjetivo deste. TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral, cit., p. 110.

eles não cumprem com bom desempenho e dedicação as funções parentais, agindo com manifesto descaso, fazendo-se presentes apenas de forma física, sem se interessarem pelo cotidiano da vida do filho, sem o educarem e sem prestarem assistência moral. É nesse sentido que ãse têm assistido, nas últimas décadas, à tentativa de se transferir à escola, por exemplo, o dever de educação das crianças, quando a estas instituições incumbe tão-somente o *dever de instrução e formação intelectual*⁵⁰⁵.

Já a segunda hipótese ó pais separados, divorciados ou não conviventes ó é a mais comum, podendo ser causada pelo genitor guardião ou pelo não guardião. A conduta do genitor guardião pode caracterizar o abandono afetivo pelo desamparo, ou seja, pelo descumprimento dos deveres de criação, educação e convivência, o que pode ensejar, inclusive, a inversão da guarda do filho. Há casos, ainda, em que o guardião confunde os papéis parentais com os conjugais e acaba externalizando o sofrimento vivido pelo término da sociedade conjugal ao obstaculizar o direito de visitas, ãimaginando que o seu ex-companheiro será mau pai exatamente por ter sido um mau convivente ou um mau cõnjuge⁵⁰⁶. Trata-se da prática de alienação parental, que pode provocar a ruptura do vínculo afetivo mantido entre o filho e o genitor não guardião. Não há que se falar, contudo, em abandono afetivo pelo genitor alienado e, conseqüentemente, na sua responsabilização civil, conforme se demonstrará no item 2.4 desse trabalho.

Quanto ao genitor não guardião o abandono afetivo se verifica pelo descumprimento do dever de visitas, ou seja, pela ausência voluntária e injustificada da convivência com o filho, assim como pela falta de interesse com a sua criação e educação. Deve-se apurar ãse o réu teve efetivamente condições de estabelecer relacionamento afetivo maior do que a relação que afinal se estabeleceu⁵⁰⁷ e, caso positivo, estará caracterizado o abandono afetivo. Nesse âmbito, serão analisados três casos paradigmáticos levados ao Poder Judiciário por filhos que, com a separação dos pais, foram afetivamente abandonados pelos genitores não guardiões, os quais, em razão dessa conduta, foram civilmente responsabilizados pela reparação dos danos àqueles causados.

O marco judicial na discussão do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos menores foi o julgado da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de

⁵⁰⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁵⁰⁶ Ibidem.

⁵⁰⁷ Cf. sentença proferida pelo juiz de direito Luis Fernando Cirillo, da 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, nos autos do processo nº 583.00.2001.036747-0, em 05/06/2004.

Minas Gerais, Apelação Cível nº 408550-5, em 01/04/2004, envolvendo o menor Alexandre Batista Fortes e seu pai Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, sob a ementa:

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

Segundo o acórdão, relatado pelo juiz Unias Silva, trata-se de ação de indenização por danos morais proposta pelo filho Alexandre em face de seu pai, sob a alegação de que foi abandonado afetivamente quando contava com seis anos de idade. Após o término da sociedade conjugal, o genitor manteve contato com o filho ôde maneira razoavelmente regularô. Porém, com o nascimento de sua filha, fruto de outro relacionamento, ôafastou-se definitivamenteô de Alexandre. Foram quinze anos de tentativas empreendidas pelo filho visando à reaproximação com seu pai. Contudo, todas restaram infrutíferas e o filho não pôde desfrutar de sua companhia e atenção, já que ele ônão compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formaturasô. Vê-se, pois, estar plenamente caracterizado o abandono afetivo. Quando ainda criança, Alexandre, aos seis anos de idade, perdeu seu referencial paterno. Aquele que, até então, apresentava-se e, de fato, agia como pai, cumprindo os deveres decorrentes do poder familiar, abandonou-o, efetivamente o substituindo pela sua filha que acabara de nascer. Em que pese cumprisse com suas obrigações patrimoniais, o pai privou o filho de sua companhia e convivência, dele se afastando completamente, não prestando qualquer assistência moral, atenção e cuidado com a sua criação e educação. Em comentário a esse acórdão, Luiz Felipe Brasil Santos afirma que

Apesar do aparente ineditismo dessa decisão, tais situações são bastante corriqueiras no dia-a-dia: pais incapazes de distinguir com nitidez a relação conjugal da relação parental. Em consequência, quando se separam do cônjuge, rompem também com os filhos. Por vezes, o abandono é material, representado pela sonegação dos alimentos. Em outras, é afetivo, manifestando-se pelo afastamento, desinteresse e completa ausência de contato com o filho⁵⁰⁸.

Esse julgado encontra precedente na sentença proferida no processo nº 141/1030012032-0, da 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, datada de 15/09/2003, da lavra do juiz Mario Romano Maggioni. Trata-se de caso em que o pai também foi condenado a pagar à filha indenização por danos morais em razão do

⁵⁰⁸ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Pais, filhos e danos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=141>>. Acesso em: 09/12/2010.

abandono afetivo, caracterizado, desde o nascimento da autora, pela omissão quanto aos deveres de criação, educação e convivência familiar. Nos termos da sentença, a educação abrangia não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirmasse⁵⁰⁹. Em razão da revelia do pai, não houve interposição de recurso e a sentença transitou em julgado. Isso fez com que o conteúdo inovador da decisão não tivesse, à época, a repercussão esperada, que ocorreu apenas com a publicação do aludido acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais⁵¹⁰.

O terceiro caso que merece destaque foi julgado pelo juiz de direito Luis Fernando Cirillo, da 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, nos autos do processo nº 583.00.2001.036747-0, em 05/06/2004. Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais proposta pela filha em face do pai com fundamento no abandono afetivo. De acordo com a sentença, o réu se separou da mãe da autora alguns meses após o seu nascimento, constituindo nova família da qual advieram três filhos. Após a separação, o pai passou a rejeitar a filha, privando-a de sua companhia, atenção e cuidado. Agravou-se a situação pelo fato de terem ocorrido diversos encontros ocasionais entre a filha, seu pai e seus irmãos, já que todos eram membros da colônia judaica e frequentavam os mesmos lugares na comunidade israelita. Todos esses encontros foram marcados pela rejeição e pela conduta omissa do pai, que tratava a filha como se uma desconhecida fosse, sequer lhe dirigindo a palavra, ao mesmo tempo em que, na presença da autora, cercava os demais filhos de carinho e afeto. Portanto, plenamente caracterizado o abandono afetivo. Conforme se depreende da análise da sentença, o pai, por sua própria vontade e de forma injustificada, rejeitou a filha, negando-se a conviver ou a estabelecer um mínimo de relacionamento afetivo com ela, como se não existisse uma relação de filiação e de paternidade. Ademais, os eventuais obstáculos impostos pela mãe às visitas do pai, logo após a separação do casal, não justificam o abandono perpetrado por ele. De acordo com o entendimento do magistrado, baseado nas provas produzidas nos autos, tais obstáculos foram uma boa desculpa para que o réu encontrasse justificativa para ignorar a autora e assim se livrasse de um relacionamento que, a seus olhos, só poderia resultar em aborrecimentos e despesas. Conclui que não se pode considerar que os atritos corriqueiros nas separações conjugais recentes justifiquem que, pelo resto da vida, um pai se considere desobrigado de manter qualquer relação afetiva com sua filha.

⁵⁰⁹ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 284.

⁵¹⁰ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Pais, filhos e danos*, cit.

Dessa forma, ao descumprir o dever de visitas, privando a filha de sua companhia, além de não demonstrar qualquer interesse pela sua criação e educação, o pai a abandonou afetivamente, tratando-a com manifesto descaso, a despeito do adimplemento da obrigação alimentar, que, conforme exposto, não descaracteriza o abandono afetivo.

Verifica-se nesses três casos que o abandono afetivo foi causado pelos pais biológicos, que descumpriram, de modo voluntário e injustificado, os deveres de criação, educação e convivência familiar, renegando e desamparando os filhos menores. Todavia, conforme já mencionado, é possível a caracterização do abandono afetivo na relação de filiação socioafetiva, na qual também se exige o cumprimento dos deveres de ordem imaterial do poder familiar. Logo, do mesmo modo que na relação de filiação biológica, os filhos socioafetivos devem ser tratados com respeito e consideração à sua integridade física e psíquica, de tal forma que os pais devem lhes dar atenção e assistência imaterial, cuidando de sua formação moral e psíquica, estabelecendo um relacionamento de proximidade física e espiritual. Os pais que assim não agem ou, injustificadamente, deixam de agir, abandonam afetivamente os filhos, rompendo um vínculo fundado no afeto, que se faz presente desde a constituição da relação filial.

Destarte, verifica-se o abandono afetivo tanto na relação de filiação biológica como na socioafetiva, independentemente do vínculo jurídico mantido pelos pais. O abandono pelos pais biológicos pode ocorrer desde o nascimento do filho, inviabilizando o desenvolvimento da relação afetiva, ou durante a fase de crescimento e formação, quando já estabelecido o vínculo afetivo entre eles. Já na filiação socioafetiva, configura-se o abandono afetivo quando já existentes laços afetivos entre pais e filhos, já que são eles que estabelecem essa filiação. Assim, descumpridos os deveres parentais de conteúdo existencial - criação, educação, companhia e guarda -, evidenciando o desamparo e desprezo dos pais em relação aos filhos, configura-se o abandono afetivo, cuja possibilidade de reparação civil dos danos causados será estudada no capítulo 3.

2.4 Abandono afetivo *versus* alienação parental

Antes de iniciar a análise acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo, estudar-se-á a alienação parental, visto que a sua prática pode descaracterizar a ocorrência do abandono pelo genitor não guardião. Isso porque o afastamento entre o filho e o genitor alienado não decorre de comportamento por este deliberado. Ao contrário, o afastamento é provocado pelo genitor guardião, que, na maioria dos casos, movido por

sentimento de vingança, impede as visitas ou faz falsas acusações com a única finalidade de provocar a ruptura do vínculo afetivo entre o genitor alienado e o filho. Nesse caso, não há que se falar em abandono afetivo, conforme se demonstrará a seguir.

2.4.1 Origem e conceito de alienação parental

A alienação parental foi regulada pela Lei nº 12.318/10, porém, não se trata de fenômeno recente, relacionando-se à intensificação da convivência familiar entre pais e filhos⁵¹¹. Até a primeira metade do século XX, a prática de atos de alienação parental praticamente inexistia. As funções maternas e paternas eram bem divididas, de tal modo que à mulher cabia desempenhar os afazeres domésticos e cuidar dos filhos, e ao homem o dever de chefiar a sociedade conjugal e prover a manutenção da família. Assim, quando da separação do casal, atribuía-se a guarda dos filhos, na maioria dos casos, à mãe, cabendo ao pai o dever de alimentos e de visitas, em dias predeterminados e espaçados⁵¹². O relacionamento paterno-filial não estava essencialmente fundado na afetividade, mas, sim, na hierarquia e rigidez, fazendo com que o pai não reivindicasse a guarda do filho ou a intensificação da convivência com ele.

Após a mudança paradigmática promovida pela Constituição Federal de 1988, alterou-se a estrutura familiar e o relacionamento entre pais e filhos, agora baseado na afetividade, na solidariedade e na dignidade. Por conseguinte, com o término da vida conjugal, o pai passou a se opor à guarda exercida exclusivamente pela mãe, reivindicando a guarda compartilhada ou, ao menos, a intensificação das visitas⁵¹³, questionando-se o que, até então, era visto como a natural exclusividade feminina na *maternagem*⁵¹⁴. É nesse contexto de disputa da guarda dos filhos que surge a alienação parental, vale dizer, quando a sanha de dominação por parte de um dos genitores com relação ao filho avança o campo dos direitos do outro genitor, afetando igualmente os interesses superiores do próprio filho, numa disputa conturbada, doentia e infeliz⁵¹⁵. Trata-se da hipótese em que um dos pais, com mero intuito vingativo, em razão do sentimento de abandono e rejeição

⁵¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=463>>. Acesso em: 13/06/2011.

⁵¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 462.

⁵¹³ DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?*, cit.

⁵¹⁴ PAULO, Beatrice Marinho. Alienação parental: identificação, tratamento e prevenção. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, ano XII, n. 19, dez./jan. 2011, p. 08.

⁵¹⁵ OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental. In: *Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família. Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Porto Alegre: IBDFAM - Magister, 2010, p. 236.

surgido com a ruptura da vida conjugal, utiliza o filho como instrumento para atingir o outro genitor, denegrindo a sua imagem e impedindo a convivência entre eles⁵¹⁶.

A esse processo patológico, decorrente, em geral, da falta de maturidade de um dos pais para lidar com as questões afetivas após a separação, atribuiu-se a denominação de síndrome de alienação parental⁵¹⁷. Essa expressão foi criada por Richard A. Gardner, professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, Nova York, EUA, que caracteriza esse distúrbio a partir da programação do filho por um dos genitores para denegrir o outro, bem como de contribuições da própria criança, que, crendo na campanha desmoralizadora do genitor alienador, insurge-se contra o genitor alienado. A síndrome de alienação parental é definida pelo autor como:

um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável⁵¹⁸.

Foi com base em tais comportamentos que Richard Gardner optou pelo uso do termo síndrome de alienação parental, pois, além das expressões lavagem cerebral e programação não abrangerem a contribuição da criança, os sintomas por ela apresentados surgem, geralmente, em conjunto, combinados entre si, característicos das síndromes⁵¹⁹. A expressão, contudo, não é uniformemente aceita pela doutrina. Segundo Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, alienação parental e síndrome de alienação parental não se confundem, sendo aquela a causa desta. Para a autora, a alienação parental consiste no afastamento do filho de um dos genitores provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia; já a síndrome de alienação parental diz respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele

⁵¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 462-463.

⁵¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?*, cit. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Síndrome de alienação parental*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>>. Acesso em: 13/06/2011.

⁵¹⁸ GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <http://www.mediacaoparental.org/richard_gardner.php>. Acesso em: 04/09/2011.

⁵¹⁹ Ibidem.

alijamento⁵²⁰. Já Euclides de Oliveira entende que a expressão síndrome de alienação parental abrange tanto os atos praticados pelo alienador como o distúrbio psíquico sofrido pelo filho em virtude desse comportamento. Todavia, afirma o autor que, do ponto de vista jurídico, interessa considerar tão somente a alienação levada a efeito por um dos genitores, deixando à investigação psicológica ou psiquiátrica a análise da síndrome que caracterize aquele resultado danoso do ponto de vista do relacionamento paterno-filial. Por essa razão prefere adotar o termo simplificado da alienação parental⁵²¹.

Embora tal distinção possa ser feita, atribuindo-se o termo alienação parental à conduta de programação da criança pelo alienador, e a expressão síndrome de alienação parental à campanha desmoralizadora do próprio filho e aos sintomas dos distúrbios psíquicos por ele sofridos, para fins de responsabilidade civil a alienação parental não deve ser dissociada de sua respectiva síndrome, pois os danos sofridos pelo filho são indispensáveis à responsabilização do alienador⁵²². Contudo, a síndrome de alienação parental não é aceita como uma categoria diagnóstica, ou seja, como uma síndrome médica válida, nem pela Associação Médica Americana, nem pela Associação de Psiquiatria Americana, tampouco pela Associação Americana de Psicologia, além de não integrar, como pretendeu Gardner, o DSM-IV o Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais, publicado pela *American Psychiatric Association*, em 1994⁵²³. Ademais, conforme ensinam Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Gustavo Ferraz de Campos Mônico, o conceito de alienação parental não deve ser restrito ao afastamento provocado pelo genitor, já que nem sempre tal fato se mostra convergente, pelo que não pode ser elevado à condição de elemento que conforma o conceito⁵²⁴.

Com efeito, os atos de alienação parental são, em geral, praticados por um dos genitores, porém, a eles não se limitam, podendo ser realizados por parentes ou por aqueles que tenham o menor sob sua autoridade, guarda ou vigilância. Nesse sentido, dispõe o artigo 2º da Lei nº 12.318/10 que são atos de alienação parental

⁵²⁰ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de Alienação Parental*. Disponível em: <<http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 04/09/2011.

⁵²¹ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 236-237.

⁵²² Nos termos do artigo 6º, *caput*, da Lei nº 12.318/10, caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência da criança ou do adolescente com o genitor, é possível a reparação dos danos causados pelo alienador, aplicando-se o instituto da responsabilidade civil.

⁵²³ Por essa razão, Giselle Câmara Groeninga sugere o termo Fenômeno de Alienação Parental, pois permitiria a identificação dos comportamentos e do fenômeno, bem como a análise de sua etiologia, sem, no entanto, atribuir-lhe uma classificação que restrinja, mais do que expanda, o seu campo de análise e atuação. GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos*, cit., p. 208.

⁵²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MÔNICO, Gustavo Ferraz de Campos. *Síndrome de alienação parental*, cit.

a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

De acordo com o texto legal, o alienado sempre será, além do filho, um dos pais, podendo o alienador ser o outro genitor, os avós, tutores, curadores ou pessoas que exerçam o direito de guarda ou tenham a criança ou o adolescente sob sua autoridade ou vigilância. Não obstante a omissão legislativa, a doutrina também inclui no polo ativo, no rol dos alienadores, os tios, irmãos ou qualquer parente próximo que exerça influência sobre o menor⁵²⁵, denegrindo a imagem dos pais e nele incutindo sentimentos de rejeição e de rancor com vistas à ruptura do vínculo afetivo na relação parental. Do mesmo modo, a doutrina também inclui no polo passivo, no rol dos alienados, os avós⁵²⁶ e outros parentes próximos⁵²⁷, desde que exista sólido vínculo afetivo com a criança ou o adolescente. A maior vítima, no entanto, será o filho menor, que, justamente na fase de sua formação psíquica, de maior vulnerabilidade, é tratado como mero objeto de disputas familiares, sendo afastado do convívio com um dos genitores ou, até mesmo, dos avós ou parentes que com ele possuam estreito vínculo afetivo. Segundo Euclides de Oliveira,

a posição mais delicada é a do filho enquanto menor, seja criança ou seja adolescente, perpetuando-se ainda na sua fase adulta, uma vez que os efeitos da alienação que sofreu pelos desencontros dos pais se estendem indefinidamente sem limitação temporal. (...). São postos em confronto o dominador e o dominado, aqui situado o filho, porque é a maior vítima do afastamento compulsório, sem forças para reagir diante da pressão ou da instigação alheia⁵²⁸.

Vê-se, pois, que a alienação parental ocorre, em geral, em processos envolvendo a disputa pela guarda do filho. Mas também pode ser verificada em situações de aparente cordialidade entre os genitores, com o advento de fatos supervenientes como a influência de terceiros (um novo companheiro ou cônjuge do guardião, por exemplo),

⁵²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 463. FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49. FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 29. OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 237.

⁵²⁶ Regulamentação de visitas. Deferimento de visitas pleiteadas pela avó materna, em período estreito, sem retirada e com acompanhamento. Irresignação dos guardiões desacolhida. Processo criminal movido contra a genitora que não pode suprimir o convívio com os demais familiares maternos. Alienação parental. Não demonstrado perigo de prejuízo para a menor. Recursos improvidos. TJSP, Agravo de Instrumento nº 0516448-45.2010.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, data do julgamento: 08/06/2011.

⁵²⁷ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*, cit., p. 50. OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 237.

⁵²⁸ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 238.

mudanças nos cuidados exigidos pelo filho, o interesse do próprio filho em passar à companhia do outro genitor, e tantos outros fatores da vida⁵²⁹. Embora os atos de alienação parental possam ser praticados por outros parentes além dos genitores, é com relação a estes que serão considerados no presente estudo, tendo em vista a descaracterização do abandono afetivo na relação entre pais e filho.

2.4.2 Formas de alienação parental

A alienação parental relaciona-se às mais diversas causas que, apesar de injustificáveis e sem qualquer legitimidade, conduzem o alienador à sua prática. Dentre esses motivos, pode-se citar o sentimento de vingança por eventual adultério de um dos cônjuges; a inveja do relacionamento de intimidade e afetividade mantido entre o filho e o outro genitor; o desejo de manter a posse exclusiva do filho; o inconformismo com o novo relacionamento conjugal do outro genitor; a solidão advinda com o fim da vida conjugal, principalmente quando um dos pais não possui familiares próximos; a desconfiança e insegurança de que o não guardião possa satisfatoriamente cuidar e zelar pela criança durante as visitas; dentre outros⁵³⁰.

Movido por tais sentimentos, o alienador, intencionalmente ou não, acaba praticando atos de alienação parental, que, casuisticamente, revelam-se os mais diversos, porém, todos com o mesmo objetivo: afastar a criança ou o adolescente do convívio com o genitor alienado, rompendo o vínculo afetivo entre eles, sem qualquer razão plausível. Algumas dessas condutas estão previstas, de modo exemplificativo, no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.318/10, sob a denominação de formas de alienação parental.

A primeira delas consiste em realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade. Nessa hipótese, um dos pais induz o filho a acreditar que o outro genitor não possui condições de exercer a função parental, vale dizer, que não é um bom pai ou uma boa mãe na medida em que todas as suas atitudes relacionadas à criação e educação do filho seriam equivocadas e indevidas. Cria no menor a falsa impressão de que tudo o que aquele genitor promove está errado, ou seria mais bem feito por aquele que promove a campanha que denigre a imagem do outro

⁵²⁹ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 238.

⁵³⁰ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de Alienação Parental*, cit.

perante o filho⁵³¹. Este passa a acreditar no despreparo do genitor alienado, tornando-se inseguro e dele se afastando por sua vontade, viciada pelo dolo do alienador.

A segunda hipótese refere-se à prática de atos que dificultem o exercício da autoridade parental. A titularidade do poder familiar decorre da relação de filiação, logo, independe do vínculo jurídico mantido pelos pais, de tal modo que a ambos os genitores é assegurado o direito à convivência com os filhos. Ademais, explica Euclides de Oliveira que ãcompete aos pais decidir sobre questões de maior interesse na formação do filho, razão pela qual ãse o genitor guardião impede ou dificulta o desempenho da tarefa decisória ou fiscalizatória do outro, estará prejudicando, por certo, o desempenho de sua autoridade como pai⁵³². Assim, ao obstaculizar o exercício do poder familiar, o alienador acaba por impedir o relacionamento do filho com o genitor alienado.

Dificultar o contato da criança ou do adolescente com o genitor é outra forma de alienação parental, prevista no inciso III do aludido dispositivo legal. Caracteriza-se, por exemplo, quando o alienador controla sobremaneira os horários de visitas; impede o contato telefônico, por e-mail ou outras formas de comunicação; não permite que o menor esteja em companhia do outro genitor em ocasiões que não foram previamente estipuladas etc^{533,534}. Essas limitações afastam genitor e filho, tornando o relacionamento entre eles desprovido de afeto e intimidade, já que aquele se vê impedido de participar do cotidiano da vida deste. Os encontros tornam-se cada vez mais protocolares, desinteressantes, culminando na completa falta de interesse do filho em se encontrar com o genitor alienado.

A quarta forma de alienação parental consiste em ãdificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar. Trata-se do caso em que o alienador não cumpre o acordo celebrado ou a decisão judicial quanto às visitas ou ao exercício da guarda compartilhada, impedindo o filho de ficar em companhia do outro genitor ou

⁵³¹ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*, cit., p. 53.

⁵³² OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 245.

⁵³³ Cf. FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*, cit., p. 55. FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de Alienação Parental*, cit. OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 245.

⁵³⁴ ãRegulamentação de visitas. Genitor apto ao exercício de direito. Criança com mais de oito anos. Pernoite está em condições de prevalecer. Oportunidade para que pai e filho, em ambiente descontraído, possam ampliar a afetividade. Prevalência do interesse do menor. Obstáculo apresentado pela genitora é prejudicial a criança. Individualismo da mãe deve ser afastado de plano. Procedimento da apelante caracteriza alienação parental. Recorrente já propusera ação de destituição de pátrio poder em face do recorrido, porém, sem sucesso. Beligerância entre as partes não pode afetar o relacionamento com o filho. Apelo desprovido. TJSP, Apelação Cível nº 990.10.217441-7, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, data do julgamento: 11/11/2010.

desestimulando-o de ir ao seu encontro⁵³⁵. A título de exemplo pode-se citar a organização de atividades infantis ou a compra de presentes para o filho justamente no dia da visita, de modo que a criança prefira exercê-las a encontrar o genitor alienado⁵³⁶. Há casos, ainda, em que o guardião impede as visitas em razão do inadimplemento da obrigação alimentar pelo outro ou da reconstrução de sua própria vida afetiva e criação de uma nova família, ãcrendo e propalando que as crianças agora têm um *novo pai* ou uma *nova mãe*, melhor na exata medida em que esta pessoa se mostra também um melhor companheiro amoroso do que fora o genitor não guardião⁵³⁷. Segundo Giselle Câmara Groeninga,

muitas vezes, observa-se que, por motivações da ordem da subjetividade da mãe e do pai, os que originalmente constituíam também o casal conjugal, há a intenção de mudança não só do parceiro, mas de substituição do par parental. Essa tentativa é não só uma negação da realidade psíquica, não menos concreta na memória do que as marcas do DNA, e do estado que os filhos apresentam em relação aos pais, como constitui uma violação ao direito à identidade destes. Embora seja verdade que outros, que não os pais, podem exercer a função materna e paterna, isso absolutamente não torna aqueles substituíveis, assim como não o são os filhos⁵³⁸.

A quinta hipótese diz respeito à omissão deliberada de informações pessoais relevantes sobre a criança ou o adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço. A falta de informação sobre aspectos importantes da vida do filho gera o sentimento de abandono, tendo em vista que ele passa a ter a falsa ideia de que o alienado com ele não se preocupa ao negligenciar momentos e fases de sua vida nos quais a presença de ambos os pais é imprescindível. São os casos, por exemplo, em que o alienador não informa ao alienado que o filho está internado ou acometido de alguma doença, que está tendo um ótimo ou ruim desempenho escolar, que participará de determinado evento esportivo, dentre outros. Contudo, uma das mais graves omissões

⁵³⁵ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 245. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: ãAgravado de Instrumento. Busca e apreensão. Direito de visitação por parte do genitor. Descumprimento reiterado do acordo homologado em juízo por parte da genitora. Suspeita de alienação parental. Fixação de multa para o caso de descumprimento da ordem judicial determinando a realização das visitas. Caso concreto em que desde junho de 2007 o genitor não consegue efetivar o direito de conviver com sua filha, postulando reiteradas vezes a busca e apreensão da criança. Por outro lado, a genitora não apresenta justificativa plausível para o descumprimento do acordado, cabendo ao Judiciário assegurar o convívio paterno, em atenção ao melhor interesse da infante. Embora compreenda excessiva a medida postulada, é cabível a determinação de cumprimento por parte da agravada do acordo de visitação, fixando-se multa diária para o caso de descumprimento da decisão. Agravo de Instrumento parcialmente provido. Agravo de Instrumento nº 70043065473, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, data do julgamento: 14/07/2011.

⁵³⁶ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de Alienação Parental*, cit.

⁵³⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁵³⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. *Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo*, cit., p. 416.

refere-se à mudança de endereço, pois obstaculiza a convivência familiar na medida em que impõe o completo afastamento do alienado, sem que o filho tenha ciência da real causa desse distanciamento. Consequentemente, o menor passa a acreditar que o alienador é a única pessoa que com ele se importa, afastando-se e renegando o genitor alienado, igualmente vítima da alienação parental⁵³⁹.

A sexta forma de alienação parental, considerada uma das mais graves, consiste em ãapresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescenteö. Euclides de Oliveira cita como exemplos as acusações de maus tratos, abuso sexual, abandono, falta de cuidados e a prática de determinados atos ilícitos⁵⁴⁰. Formulada a denúncia, o magistrado, ao mesmo tempo em que se vê obrigado a adotar medidas cautelares para preservar a integridade física e psíquica do menor, como a reversão da guarda e a suspensão ou monitoração das visitas, deverá apurar a veracidade da acusação por meio da realização de estudos sociais e psicológicos. Constatado que o menor foi, de fato, vítima de algum ato ilícito, não há que se falar em alienação parental, que se caracterizará apenas se apurada a falsidade da denúncia, hipótese em que também é denominada de ãimplantação de falsas memóriasö⁵⁴¹. O problema que se coloca, todavia, é que, não raras as vezes, o resultado das avaliações é inconclusivo, pois

é enorme a dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados. Difícil reconhecer que se está diante da síndrome da alienação parental e que a denúncia de abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como meio de acabar com o relacionamento do filho com o genitor⁵⁴².

⁵³⁹ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*, cit., p. 57.

⁵⁴⁰ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 245. ãAGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE VISITAÇÃO DO PAI À FILHA. IMPEDIMENTO PELA GENITORA COM APOIO DA CLÍNICA NA QUAL A MENINA REALIZAVA TRATAMENTO. PEDIDO DE CESSAÇÃO DO TRATAMENTO NESTA CLÍNICA. POSSIBILIDADE. Verificado que a clínica, na qual a menina realiza tratamento há mais de quatro anos, além de estimular a ocorrência de abuso sexual pelo genitor, abuso este já afastado em ação própria transitada em julgado com base em diversos laudos periciais, não consegue reaproximar o genitor da menina, afastando-os cada vez mais com o apoio e incentivo da genitora, deve o tratamento na referida instituição ser cessado, a fim de que, após sugeridos outros profissionais por ambas as partes e com a avaliação do corpo técnico do juizado, o magistrado possa decidir qual o melhor tratamento a ser seguido pela criança. Com isto, visa-se a impedir a alienação parental que vem sofrendo a menina, mesmo após quatro anos da decisão que manteve o genitor com o poder familiar, determinando a visitação que vem sendo obstaculizada pela genitora com o apoio da clínica na qual a criança ainda realiza o tratamento. AGRADO PROVIDO EM PARTEö. TJRS, Agravo de Instrumento nº 70035473933, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza, data do julgamento: 22/09/2010.

⁵⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 462-463.

⁵⁴² Idem, p. 463-464.

Isso porque o filho ãnem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida⁵⁴³. Por essa razão, quando instado, confirma as acusaes como verdadeiras. Na lição de Maria Berenice Dias, a verdade do alienador passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memrias⁵⁴⁴. Ademais, o próprio alienador cria empecilhos  realização da perícia, não levando o filho nas datas agendadas para entrevistas e exames, dificultando o trabalho dos peritos e de todos os profissionais envolvidos na apuração das denúncias. Durante todo esse processo, os danos psíquicos sofridos pelo menor são incontestáveis, eis que injustamente afastado do convívio com o genitor alienado e, o mais grave, induzido a acreditar que foi vítima, na maioria dos casos, de abuso sexual. Além dos distúrbios desenvolvidos na infância e adolescência, como depressão, comportamento hostil e tendência ao isolamento, o filho, na fase adulta, conviver com o sentimento de culpa ao se conscientizar da injustiça praticada contra o alienado⁵⁴⁵.

A última forma de alienação parental refere-se  mudança injustificada de domicílio para local distante, com o objetivo de dificultar a convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com os avós. Embora o guardião tenha o direito de fixar o domicílio, sendo acompanhado do filho, o seu exercício não deve ser abusivo, como no caso da mudança injustificada ou com manifesto propósito de afastamento do outro genitor ou dos avós. A alteração de endereço deve ser previamente comunicada ao não guardião e ao juiz do processo, expondo os motivos justificadores da medida. Caso o pedido não seja formulado ou não se apresente qualquer razão plausível justificadora da mudança, e esta, ainda assim, se concretize, o ato de alienação parental restará configurado, eis que levado a efeito com o único escopo de obstaculizar a convivência familiar⁵⁴⁶. Segundo Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca,

geralmente essa transferência de domicílio se d de modo abrupto, após anos de vida em local ao qual não apenas o genitor alienante encontrava-se acostumado e adaptado, como também a criança que, de inopino, vê-se privada do contato com o progenitor alienado, com os familiares, com os amiguinhos, com a escola a que já se encontrava integrada, etc⁵⁴⁷.

⁵⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 463.

⁵⁴⁴ Ibidem.

⁵⁴⁵ MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira; MARTA, Taís Nader. Síndrome da alienação parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, ano XIII, n. 21, abr./mai. 2011, p. 46-47.

⁵⁴⁶ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 246.

⁵⁴⁷ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de Alienação Parental*, cit.

Além das aludidas formas de alienação parental, todo e qualquer ato injustificado que tenha por objetivo dificultar ou impedir a convivência do menor com o outro genitor ou demais familiares com quem mantenha vínculo afetivo, caracteriza alienação parental, portanto, passível das sanções previstas no artigo 6º da Lei nº 12.318/10, sem prejuízo da responsabilidade civil do alienador.

2.4.3 Medidas inibitórias ou atenuadoras dos efeitos da alienação parental

Segundo o artigo 4º da Lei nº 12.318/10, havendo indício da prática de ato de alienação parental, o juiz dará tramitação prioritária ao processo e, ouvido o Ministério Público, determinará, em caráter de urgência, medidas provisórias para assegurar a integridade psíquica do menor, a convivência com o alienado ou a reaproximação entre ambos. A adoção de tais medidas é feita antes mesmo das provas periciais, de modo que o magistrado deve agir com extrema cautela, pois, da mesma forma que pode estar diante de ato de alienação parental, a conduta do genitor pode ser legítima, com vistas à efetiva proteção do menor, colocado em situação de risco pela atuação negligente ou imprudente do outro genitor no exercício do poder familiar, bem como pela prática de maus tratos, abuso sexual ou outras condutas ilícitas.

Garantir-se-á ao menor e ao genitor alienado o direito à visitação assistida a fim de assegurar a convivência entre eles, ainda que mínima, preservando-se, na medida do possível, o vínculo afetivo. Há, porém, uma exceção legal, prevista no parágrafo único do aludido dispositivo legal, que, fundado na doutrina da proteção integral, veda a visitação assistida quando houver òiminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitasö.

Diante dos indícios de alienação parental e após as providências provisórias e urgentes, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial, nos termos do artigo 5º da Lei nº 12.318/10. Esse dispositivo é criticado pela doutrina, pois a perícia deve ser obrigatoriamente determinada pelo magistrado, não se limitando a juízo de conveniência. Segundo Euclides de Oliveira, a perícia é imprescindível

para que o juiz seja informado com precisão, por peritos, psicólogos e assistente social, ou mesmo em casos mais graves, por um psiquiatra de sua confiança, acerca do histórico do caso, da personalidade das partes envolvidas e dos incidentes que digam respeito a acusações relacionadas a uma possível prática de alienação parental.

As disposições sobre o aprofundamento na pesquisa avaliatória, por peritos ou por equipe multidisciplinar, mostram a preocupação com a descoberta dos fatos subjacentes aos indícios de atos de alienação⁵⁴⁸.

A perícia não deve ser restrita a uma análise pontual e superficial das alegações e comportamentos das partes, devendo abranger, conforme o parágrafo primeiro do referido dispositivo legal, entrevista pessoal, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como o menor se manifesta acerca de eventual acusação contra o alienado. Tudo com o escopo de efetivamente apurar, de modo célere, a ocorrência ou não da alienação parental⁵⁴⁹.

Constatada a prática de alienação parental a partir das provas produzidas, o artigo 6º da Lei nº 12.318/10 estabelece um rol exemplificativo⁵⁵⁰ de medidas e sanções que, segundo a gravidade do caso, podem, cumulativamente ou não, ser aplicadas como forma de punir o alienador, fazer cessar a sua prática e inibir ou atenuar os seus efeitos, sem prejuízo da respectiva responsabilidade civil ou criminal.

A primeira medida consiste em advertência ao alienador⁵⁵¹, devendo o juiz esclarecer quais danos podem ser causados ao menor, bem como as demais sanções aplicáveis no caso de reiteração de tal prática, como a inversão da guarda e a suspensão do poder familiar⁵⁵². Tendo em vista a escassa eficácia da medida, Euclides de Oliveira propõe que ela ãdeve ser seguida de outras providências de ordem prática e de ordem punitiva, como a determinação de realização de terapia familiar⁵⁵³.

Visando à garantia dos interesses do menor e do genitor alienado, o inciso II prevê a possibilidade de ampliação do regime de convivência familiar, aumentando os dias e horários das visitas a fim de restabelecer a relação de proximidade e confiança e estreitar o vínculo afetivo entre eles.

⁵⁴⁸ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 248.

⁵⁴⁹ Dispõe o artigo 5º, §3º, da Lei nº 12.318/10, que, em razão da urgência das medidas e seriedade das acusações, ão perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

⁵⁵⁰ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*, cit., p. 71.

⁵⁵¹ ãAção de Destituição de Pátrio Poder ó Pedido formulado pela genitora ó Sentença de improcedência ó Realização de estudos social e psicológico que concluem não haver motivos para a medida drástica ó Comprovada a desinteligência do casal após a separação judicial ó Não configuradas as hipóteses elencadas nos art. 1.637 e 1.638 do Código Civil - Advertência quanto a possível instalação da Síndrome de Alienação Parental ó Recurso improvido. TJSP, Apelação Cível nº 994.09.283602-9, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, data do julgamento: 28/04/2010.

⁵⁵² FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*, cit., p. 73.

⁵⁵³ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 249. Cf. FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de Alienação Parental*, cit.

A terceira medida prevista é a multa. O dispositivo legal não estabelece parâmetros para a sua fixação, de modo que deve ser arbitrada em consideração às condições financeiras do alienador, assim como atender à sua finalidade, qual seja a de fazer cessar a prática da alienação parental⁵⁵⁴. A lei também não prevê qual o seu destino. Porém, entendem Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis que a multa não deve ser revertida em favor do Estado, mas, sim, às vítimas da alienação⁵⁵⁵.

O acompanhamento psicológico ou biopsicossocial é a quarta medida e visa à atenuação dos efeitos da alienação parental. Esse acompanhamento pode ser aplicado tanto ao menor, a fim de minorar os danos psíquicos sofridos, como ao alienador, para readequar o seu comportamento e possibilitar, quando não suspensa a autoridade parental, o convívio salutar com o menor⁵⁵⁶.

Uma das medidas de elevada eficácia está prevista no inciso V, que determina a alteração da guarda unilateral para a guarda compartilhada ou, na sua inviabilidade, a inversão da guarda unilateral, que, nos termos do artigo 7º, deve ser atribuída àquele que viabilize a efetiva convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor. Sua aplicabilidade relaciona-se aos casos em que o alienador é o guardião do menor, aproveitando-se da convivência diuturna para nele incutir o sentimento de rejeição ao genitor não guardião⁵⁵⁷. Nessa hipótese, o juiz pode determinar a alteração da guarda, compartilhando-a com o alienado com vistas à melhor fiscalização da conduta do alienador e restabelecimento do vínculo afetivo com o filho, ou atribuí-la de modo unilateral ao genitor alienado, visando à preservação da integridade psíquica do filho na medida em que reduz a convivência com o alienador, razão pela qual deve ser adotada tão somente nas situações de extrema gravidade.

Considerando-se que a mudança injustificada de endereço é uma das formas de alienação parental, o juiz poderá fixar cautelarmente o domicílio da criança ou do adolescente. O artigo 6º, parágrafo único, prevê, ainda, outra medida relacionada a essa forma de alienação parental, qual seja a inversão da obrigação de levar ou retirar o menor da residência do genitor, por ocasião dos períodos de convivência familiar. Essa inversão também é aplicável aos casos de obstrução da convivência familiar. Porém, sua incidência

⁵⁵⁴ Cf. FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação parental*, cit., p. 36. OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 249.

⁵⁵⁵ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*, cit., p. 73.

⁵⁵⁶ Idem, p. 74.

⁵⁵⁷ Idem, p. 75.

é especial na primeira hipótese, constituindo medida profilática, para evitar alteração de endereço do filho sem o consentimento do outro genitor e sem a devida justificacão⁵⁵⁸.

A alienação parental também é causa de suspensão do poder familiar. Segundo Rolf Madaleno, é

frequente a sua aplicacão judicial nas disputas sobre o sagrado direito de visitaçao, quando o genitor guardião, por mera vindita, procura obstruir as visitas do outro progenitor, tratando o Judiciário de alterar a guarda, como também de suspender o poder familiar quando constatar uma nefasta ascendência do pai ou da mãe sobre o indefeso dependente⁵⁵⁹.

Cessada a causa de suspensão, o genitor alienador retoma o exercício do poder familiar, sendo recomendável sua avaliação psiquiátrica a fim de verificar se efetivamente reassumiu condições psíquicas de participar da criaçao e educaçao do filho⁵⁶⁰. Por outro lado, a reiteraçao dos atos de alienação parental poderá acarretar a perda do poder familiar, nos termos do artigo 1.638, inciso IV, do Código Civil.

Por fim, dispõe o *caput* do artigo 6º da Lei nº 12.318/10 que a aplicacão das referidas medidas não afasta eventual responsabilidade civil do alienador. Com efeito, preenchidos os requisitos da responsabilidade civil subjetiva ó conduta ilícita culposa, dano e nexo de causalidade ó a condenaçao do alienador à reparaçao civil dos danos causados é medida que se impõe. Nos termos do artigo 3º da Lei nº 12.318/10, a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, além de configurar descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. Com efeito, o comportamento do alienador voltado a denegrir a imagem do alienado, induzindo e manipulando o menor a rejeitá-lo e a não desejar sua companhia, além de violar o direito fundamental à convivência familiar, fere a própria concepçao do poder familiar e seus respectivos deveres. Isso porque o poder familiar é concebido para ser exercido pelos pais no interesse dos filhos menores, visando à sua proteçao, preservacão de sua dignidade e garantia de seu pleno desenvolvimento físico e mental. Agindo de tal modo, o genitor alienador não protege o filho, ao contrário, coloca-o em situaçao de risco por meio de opressão e violência psíquica, ferindo a dignidade humana da criança especialmente no que tange à sua identidade pessoal⁵⁶¹. É evidente, pois, a ilicitude da conduta, eis que contrária às

⁵⁵⁸ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental*, cit., p. 250.

⁵⁵⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, cit., p. 673.

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Síndrome de alienação parental*, cit.

disposições dos artigos 227 e 229 da Constituição Federal, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.634, inciso II, do Código Civil.

Ressalte-se que a conduta do alienador é ilícita também em relação ao genitor alienado, que se vê privado do direito à convivência com o filho, fundado no artigo 1.634, inciso II, do Código Civil. Caracterizada a alienação parental pela implantação de falsas memórias, a ilicitude configura-se, ainda, pela violação dos direitos da personalidade, especialmente o direito à honra, visto que ao ser denunciado pela prática de atos atentatórios à integridade física e psíquica do menor, os quais, em verdade, não ocorreram, o alienado tem a sua dignidade pessoal e a sua reputação atingidas.

Na alienação parental o alienador age, em regra, com culpa *stricto sensu* em relação à criança ou ao adolescente. Embora a campanha para denegrir o alienado seja voluntária, efetivamente desejada pelo alienador, o dano causado ao menor não o é. O desejo do alienador não é causar danos psíquicos, mas, sim, afastá-lo da convivência com o alienado. Trata-se, contudo, de resultado que, mesmo não almejado, poderia ser previsto, já que é elevada a probabilidade de o menor ter a sua integridade psíquica abalada ao ser programado pelo alienador para renegar o alienado. Não evitando o dano, o alienador viola o dever de cuidado, age sem cautela, de modo imprudente e impulsivo, colocando o sentimento de vingança acima dos interesses do menor, desconsiderando as cautelas exigidas com a sua formação e desenvolvimento físico e psíquico.

Já com relação ao alienado, a conduta é, em regra, dolosa. O propósito do alienador é atingir a honra e a imagem do alienado, além de impedir ou dificultar a convivência familiar visando à ruptura do vínculo afetivo entre ele e seu filho.

A prática de atos de alienação parental pode causar ao menor danos materiais e morais. Segundo Richard Gardner, a síndrome de alienação parental caracteriza-se pelos seguintes sintomas, que se manifestam, nos tipos moderado e severo, em conjunto e, nos casos leves, de modo dissociado:

1. Uma campanha denegritória contra o genitor alienado.
2. Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação.
3. Falta de ambivalência.
4. O fenômeno do ópensador independente.
5. Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.
6. Ausência de culpa sobre a crueldade e/ou a exploração contra o genitor alienado.
7. A presença de encenações encomendadas.

8. Propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado⁵⁶².

O filho passa a denegrir a imagem do genitor alienado, transmitindo a falsa impressão de que esse comportamento decorre da sua própria vontade, dissociado de qualquer influência externa. Porém, quando instado a manifestar as razões da rejeição, apresenta motivos fracos, incoerentes, sequer compreendendo a fragilidade de seus argumentos nos casos moderados e graves de alienação parental. O menor constantemente mantém sentimentos negativos em relação ao alienado, não os manifestando de modo ambivalente, ou seja, não oscila seus afetos relativamente a uma mesma situação, objeto ou pessoa⁵⁶³. Ademais, não demonstra culpa ou arrependimento ao renegar a pessoa alienada, pois não consegue perceber a gravidade de sua conduta⁵⁶⁴.

Portanto, podem ser constatados danos à integridade psíquica do menor, pessoa em fase de desenvolvimento, que, ao invés de ser destinatário de proteção especial, é vítima da violência e opressão do alienador, que utiliza a sua fragilidade e natural dependência para programá-lo e nele incutir os sentimentos de ódio e rejeição em relação à pessoa alienada. Nessa linha, Beatrice Marinho Paulo afirma que o menor pode desenvolver distúrbios psicológicos e transtornos psiquiátricos que, em determinados casos, perduram por toda a vida. Dentre esses distúrbios, a autora cita aqueles que já foram identificados em vítimas de alienação parental:

vida polarizada e sem nuances; depressão crônica; doenças psicossomáticas; ansiedade ou nervosismo sem razão aparente; transtornos de identidade ou de imagem; dificuldade de adaptação em ambiente psicossocial normal; insegurança; baixa autoestima; sentimento de rejeição, isolamento e mal-estar; falta de organização mental; comportamento hostil ou agressivo; transtornos de conduta; inclinação para o uso abusivo de álcool e drogas e para o suicídio; dificuldade no estabelecimento de relações interpessoais, por ter sido traído e usado pela pessoa que mais confiava; sentimento incontrolável de culpa, por ter sido cúmplice inconsciente das injustiças praticadas contra o genitor alienado⁵⁶⁵.

Destarte, a alienação parental pode caracterizar o dano moral, decorrente da violação dos direitos da personalidade do menor, especialmente o direito à integridade físico-psíquica e à identidade pessoal, devendo o alienador repará-lo, nos termos do artigo

⁵⁶² GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?*, cit.

⁵⁶³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Síndrome de alienação parental*, cit.

⁵⁶⁴ Ibidem.

⁵⁶⁵ PAULO, Beatrice Marinho. *Alienação parental*, cit., p. 09.

5º, inciso X, da Constituição Federal, e dos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil. A indenização por danos materiais também é cabível se houver, por exemplo, gastos com tratamento psicológico ou psiquiátrico da criança ou do adolescente.

O dano moral também pode se caracterizar em relação ao genitor alienado por meio da lesão à honra. O abalo à sua autoestima resta configurado, tendo em vista que, até a efetiva constatação do quadro de síndrome de alienação parental, ele acaba por acreditar que o filho, de fato, não deseja a sua companhia e que todas as insinuações e agressões verbais a ele dirigidas são fruto da consciência e da vontade do menor. Assim, a aceitação que tem de si mesmo é atingida, afetando a sua dignidade pessoal.

Por fim, é preciso que o dano seja resultado necessário da conduta ilícita do alienador. Verificando-se que as lesões sofridas pelo alienado ou pela criança ou adolescente decorreram da prática de atos de alienação parental, o alienador deve ser civilmente responsabilizado pela reparação dos danos causados.

2.4.4 Descaracterização do abandono afetivo por ato de alienação parental

A prática de atos de alienação parental pelo genitor guardião descaracteriza o abandono afetivo do genitor alienado. O rompimento do vínculo afetivo entre este e seu filho pode, de fato, ocorrer em razão da falta de convivência e relacionamento familiar. Essa ausência, contudo, não é voluntária e injustificada, como o é no abandono afetivo. Ao contrário, o afastamento é provocado tão somente pelo alienador, que promove campanha depreciativa do genitor alienado, impondo obstáculos ou impedindo as visitas, dificultando o exercício das funções parentais e impedindo a sua participação na formação e desenvolvimento do filho. O genitor alienado não dá causa ao distanciamento, sendo privado do direito à convivência familiar não somente pela conduta do alienador, mas também do próprio filho, que, crendo nas falsas acusações propaladas e desenvolvendo o sentimento de repúdio por aquele instigado, afasta-se por sua própria vontade, viciada, contudo, pelo dolo do alienador. É o genitor guardião quem, ao praticar atos de alienação parental, causa a quebra do vínculo afetivo entre o filho e o genitor alienado, afastando-os da companhia um do outro e impedindo o estabelecimento ou o desenvolvimento dos laços afetivos entre eles. Portanto, é o genitor guardião quem deverá sofrer as sanções civis previstas em lei, além de responder civilmente pela reparação dos danos causados.

Nesse caso, a responsabilidade civil é por alienação parental, e não por abandono afetivo. Embora o alienador descumpra o dever de criação ao violar os direitos

da personalidade do filho, causando danos à sua integridade psíquica e à sua identidade pessoal, não há que se falar em caracterização do abandono afetivo. Este se verifica quando o pai ou a mãe deliberadamente descumpre os deveres de ordem imaterial do poder familiar, renegando o filho, desprezando-o, tratando-o com manifesto descaso e desrespeito, como se uma pessoa estranha fosse. Não é o que ocorre na alienação parental. O genitor alienador não rejeita o filho, tampouco o trata com desprezo. O que se verifica é a ausência de maturidade para lidar com as questões afetivas surgidas com a separação do casal. Por não conseguir elaborar o sentimento de rejeição, acaba utilizando o filho como instrumento para atingir o outro genitor, confundindo, muitas vezes, a função parental com o papel conjugal. As ações do alienador são diretamente voltadas para o genitor alienado, e não para o filho, ainda que ele seja indiretamente atingido. O genitor que denigre a imagem do alienado, impede a sua convivência com o filho e formula falsas denúncias contra ele, poderá causar danos psíquicos ao filho menor e por eles deverá responder civilmente. Mas isso se dá em virtude da prática de alienação parental, e não do abandono afetivo.

Outrossim, não há que se falar em responsabilidade civil do genitor alienado, uma vez que descaracterizado o abandono afetivo pela alienação parental⁵⁶⁶. Para tanto, os atos de alienação parental devem estar plenamente configurados, ficando evidenciado que o afastamento entre o genitor alienado e seu filho ocorreu por conduta exclusiva do alienador, que reiteradamente impediu as visitas e o exercício da autoridade parental. Do mesmo modo, deve ficar demonstrado que o genitor alienado não se mostrou conivente com a conduta do alienador, adotando medidas e procedimentos judiciais, pleiteando, por exemplo, a inversão da guarda ou a busca e apreensão do menor, com vistas à reversão da situação para tentar evitar o rompimento do vínculo afetivo. Caso o genitor alienado assim não se comporte, mostrando-se inerte e acomodado com o afastamento do filho provocado pelo alienador, caracterizar-se-á a excepcional hipótese de concorrência entre a alienação parental e o abandono afetivo, portanto, duas causas que convergem na direção dos danos causados ao filho⁵⁶⁷. Dessa forma, a conduta do genitor

⁵⁶⁶ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, embora equipare a afetividade à imposição da obrigação de amar, retrata uma hipótese de alienação parental que afasta o abandono afetivo do genitor alienado e, por conseguinte, sua responsabilidade civil pela reparação dos danos causados: indenização por danos morais afetivos. Genitor cumpre rigorosamente com a prestação alimentícia. Genitora, titular da guarda dos recorrentes, permaneceu sem informar o paradeiro da prole por oito anos. Mãe omissa, pois não propôs ação de regulamentação de visitas. Ressarcimento pretendido com base em suposto desamor não tem supedâneo. Judiciário não pode impor que alguém ame outrem. Pretensão dos apelantes caracteriza notória vingança. Apelo desprovido. TJSP, Apelação Cível nº 990.10.038.606-9, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, data do julgamento: 11/11/2010.

⁵⁶⁷ Trata-se, aqui, do fenômeno da coparticipação na responsabilidade civil, que, na lição de Gisela Sampaio da Cruz, pode resultar ôda concorrência de duas ou mais causas que convergem na direção do dano. Tem-se,

alienador e do alienado deve ser bem demonstrada a fim de verificar quem efetivamente deu causa ao rompimento do vínculo afetivo ó o alienador, o alienado ou ambos.

Isso porque, na maioria dos casos, a alienação parental é utilizada como argumento de defesa do genitor não guardião em ação de indenização por danos morais com fundamento no abandono afetivo, justamente para atribuir ao guardião a culpa pelo rompimento do vínculo afetivo. A difícil tarefa, portanto, é aferir quem tem razão: o genitor que se diz alienado e, por essa razão, foi injustificadamente afastado da convivência com o filho; ou filho que, representado pelo outro genitor, afirma ter sido abandonado afetivamente por conduta deliberada daquele. Logo, a produção de prova pericial, psicológica ou biopsicossocial, é de fundamental importância para constatar a ocorrência da alienação parental ou do abandono afetivo. Até mesmo porque, no caso da alienação parental, o filho acredita que foi, de fato, abandonado, já que, por se encontrar em fase de desenvolvimento, não possui o discernimento necessário para compreender o comportamento manipulador e vingativo do alienador, mas apenas para perceber a ausência, aparentemente injustificada, do genitor alienado. É no sentido de apurar a real causa do afastamento entre genitor e filho, vale dizer, se por alienação parental ou abandono afetivo, que a prova pericial é imprescindível.

Além disso, não é a imposição de qualquer obstáculo à convivência que caracterizará a alienação parental e afastará o abandono afetivo do genitor supostamente alienado. Não são raros os casos em que, logo após a separação do casal, o genitor guardião, emocionalmente abalado com o término do relacionamento, impede ou dificulta as visitas do não guardião ao filho. Quando isso ocorre por um curto espaço de tempo, de modo transitório e esporádico, restabelecendo-se brevemente a possibilidade de convívio, não há alienação parental. Não obstante, também não são raras as hipóteses em que o genitor não guardião utiliza como pretexto para não visitar o filho tais dificuldades

no caso apresentado, a hipótese de causalidade cumulativa, também denominada de causas concorrentes, eis que presentes duas causas ó alienação parental e abandono afetivo ó que concorrem para o evento danoso, sendo que cada uma delas seria capaz de, isoladamente, determinar a produção do resultado. Explica a autora que a causalidade cumulativa pode ocorrer de forma simultânea ou sucessiva. ÕEm regra, quando vários agentes causam o dano de forma simultânea, a ofensa é única, razão pela qual se justifica plenamente a regra da solidariedade, com base no art. 942 do Código Civil. Contudo, quando as causas são sucessivas, é possível cogitar-se de uma espécie de *causalidade parcial* em que cada uma das causas vai dar origem a uma parcela independente do dano que, justamente por ser formado por partes autônomas, será imputado a diferentes autores sem a regra da solidariedade. Na situação em exame, a alienação parental e o abandono afetivo ocorrem simultaneamente, e não de modo sucessivo. Isso porque se referem a condutas que se prolongam no tempo e ocorrem concomitantemente. Enquanto o genitor guardião pratica os atos de alienação parental, o não guardião nada faz para reverter a situação. O abandono afetivo não ocorre após o esgotamento da conduta do alienador, que se reitera no tempo, mas, sim, concomitantemente, razão pela qual a responsabilidade civil dos genitores pela reparação dos danos causados ao filho será solidária. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 28-30.

momentaneamente impostas pelo guardião após a separação do casal. O genitor que age desse modo, justificando a falta de convivência com o filho em razão de eventuais e esporádicas dificuldades criadas pelo guardião às visitas, dissimula, em verdade, o real motivo de sua ausência: a vontade de não estar na companhia do filho. Nesse sentido, cita-se um trecho da sentença proferida pelo juiz de direito Luis Fernando Cirillo, em ação de indenização por abandono afetivo, na qual o pai alega que a ausência de convivência com a filha se deu em razão dos obstáculos impostos pela genitora às visitas⁵⁶⁸:

Embora tenha sido fixado como um dos pontos controvertidos se a exclusão paulatina do réu do convívio com a autora foi causada por atitudes da mãe da requerente, finda a instrução da causa não se produziu prova de que o abandono afetivo da autora pelo réu tenha sido consequência de um comportamento permanente e deliberado da mãe da autora, destinado a impedir o acesso do pai à filha. Se a mãe da autora tumultuou, dificultou ou até mesmo impediu o acesso do autor à ré, só há notícia de que isso tenha acontecido logo após a separação dos pais da autora. Aconteceu, no caso dos autos, portanto, o que aconteceu em grande parte das separações de casais com filhos. Nem por isso pode considerar que os atritos corriqueiros nas separações conjugais recentes justifiquem que, pelo resto da vida, um pai se considere desobrigado de manter qualquer relação afetiva com sua filha.

Assim, aquele que, diante do primeiro empecilho criado pelo guardião, desiste de conviver com o filho, não insistindo em manter contato com ele e não adotando qualquer procedimento judicial a fim de reverter a situação, abandona-o afetivamente, não se exonerando da responsabilidade civil pela reparação dos danos causados. Nessas circunstâncias, não há que se falar em concorrência de causas, já que o rompimento do vínculo afetivo com o filho decorre tão somente da conduta do genitor não guardião. Os eventuais e transitórios obstáculos impostos pelo guardião, comumente verificados nas separações ou divórcios litigiosos, não são a causa da ruptura do vínculo afetivo. Este decorre da conduta do genitor não guardião, que, diante da menor dificuldade imposta às visitas, afasta-se por completo do filho, rejeitando-o sob tal pretexto. Haverá, assim, responsabilidade civil por abandono afetivo, conforme se demonstrará a seguir.

⁵⁶⁸ TJSP, Processo nº 583.00.2001.036747-0, da 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, julgado em 05/06/2004.

CAPÍTULO 3: RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PARENTAL

3.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil: conceito e funções

O vocábulo responsabilidade deriva do verbo latino *respondere*, que designava a obrigação de determinada pessoa de assumir as consequências jurídicas da atividade desenvolvida⁵⁶⁹. Possui também a raiz latina de *spondeo*, obrigação do direito romano formada a partir da resposta dada pelo devedor ao credor nos contratos verbais⁵⁷⁰. Traduz, portanto, nas duas acepções, a conotação de responder por algo⁵⁷¹.

A atual concepção da responsabilidade civil também está baseada na noção de resposta, relacionando-se, porém, ao princípio da proibição de ofender, vale dizer, à ideia de que a ninguém se deve lesar e a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano e o limite objetivo da liberdade individual⁵⁷². Funda-se em dever ético-jurídico de cumprir uma prestação de ressarcimento, pois ter responsabilidade, ser responsável, é assumir as consequências do próprio agir⁵⁷³.

Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido. A responsabilidade civil é, portanto, a retratação de um conflito⁵⁷⁴.

Logo, a responsabilidade civil é o instituto por meio do qual se impõe ao agente que viola direito alheio e causa dano o dever de repará-lo, pois não direito da vítima

⁵⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3, p. 43.

⁵⁷⁰ Nos contratos verbais o devedor se vinculava ao credor por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*; ou seja, prometes me dar um cento? Prometo). AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 243.

⁵⁷¹ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, cit., p. 243.

⁵⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 44. Explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que *neminem laedere* é a arcaica regra, simplificada regra, na verdade, do preceito maior originado nos *Jura Praecepta* do direito romano, conhecido como *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*. Desde sempre e como exigência do modo honesto de viver e, em hipótese de dano a outrem causada, haveria de se devolver o que dele é, ou o que perdeu, por meio da reparação do dano. Assim agir decorre da natural noção de que o dever de reparar o dano derivado da injusta invasão da esfera jurídica alheia integra a completude do *honeste vivere*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 124.

⁵⁷³ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 576.

⁵⁷⁴ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112.

à reparação do dano que injustamente sofra corresponde um dever de recuperação ou, ao menos, de reaproximação do estado anterior à lesão causada⁵⁷⁵, em atenção à dignidade da pessoa humana⁵⁷⁶. A responsabilidade civil nasce, assim, da violação de um dever jurídico preexistente, originário, imposto pela lei ou pela vontade⁵⁷⁷. Trata-se do dever secundário, sucessivo, que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário⁵⁷⁸. Refere-se, dessa forma, à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado⁵⁷⁹. Nesse sentido, Flávio Tartuce afirma que

a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida⁵⁸⁰.

Conforme o dever jurídico originário decorra do ordenamento jurídico ou de relação jurídica obrigacional, a responsabilidade civil resultante do seu descumprimento será extracontratual ou contratual. Na responsabilidade contratual há a prévia existência de um vínculo obrigacional, cujo inadimplemento gera o dever de indenizar o dano causado. Por outro lado, inexistindo relação obrigacional entre os indivíduos, decorrendo o dano de violação de direito subjetivo, a responsabilidade será extracontratual. Vê-se, pois, que a responsabilidade civil pode estar vinculada a uma obrigação, mas com ela não se confunde. Refere-se a obrigação ao dever jurídico originário, cuja violação geradora de dano acarreta o surgimento da responsabilidade civil, dever jurídico sucessivo.

Devemos a Alois Brinz essa importante distinção entre obrigação e responsabilidade, o primeiro a visualizar dois momentos distintos na

⁵⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 125.

⁵⁷⁶ Sem responsabilidade não se pode assegurar a realização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Os três princípios são interdependentes. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 12, out./nov. 2009, p. 05.

⁵⁷⁷ Segundo Sergio Cavalieri Filho, as mais importantes causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar são: a) ato ilícito (*stricto sensu*), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; c) violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e de fiança (garantia); e) violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta), como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados; f) ato que, embora lícito, enseja a obrigação de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei (ato praticado em estado de necessidade). CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 05-06.

⁵⁷⁸ Idem, p. 02.

⁵⁷⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 07-08.

⁵⁸⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 303-304.

relação obrigacional: o do débito (*Schuld*), consistente na obrigação de realizar prestação e dependente de ação ou omissão do devedor; e o da responsabilidade (*Haftung*), na qual se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter a correspondente indenização pelos prejuízos causados em virtude do descumprimento da obrigação originária⁵⁸¹.

A responsabilidade civil exprime, assim, o dever imposto a alguém de responder pelas lesões causadas a terceiros⁵⁸². Consiste na reparação pecuniária dos danos decorrentes de conduta ilícita culposa ou do risco. É nesse contexto que a responsabilidade civil se classifica em subjetiva e objetiva. Será subjetiva quando se basear na teoria da culpa, ou seja, na conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano. Fundando-se, porém, na teoria do risco, a responsabilidade civil será objetiva, sendo irrelevante a culpabilidade, pois o dever de indenizar decorre de previsão legal ou do exercício de atividade de risco que causa dano aos direitos de outrem⁵⁸³. Nessa linha, Álvaro Villaça Azevedo define a responsabilidade civil como a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposos, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou, ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem⁵⁸⁴. Maria Helena Diniz também conceitua o instituto abrangendo tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva. Trata-se, segundo a autora, da

aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou de animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda,

⁵⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 03.

⁵⁸² Segundo René Savatier, a responsabilidade civil consiste na obrigação que pode ser imposta a alguém de reparar os danos causados a outrem por seu próprio ato, ou por ato de terceiros ou fato de coisas dela dependentes. SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1939, v. 01, p. 01 (Traduzi).

⁵⁸³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 608. O fenômeno da objetivação da responsabilidade civil inicia-se na segunda metade do século XIX e suas principais causas são assim sintetizadas por Patrice Jourdain: a primeira refere-se à radical transformação da sociedade, marcada pela revolução industrial e pela mecanização das atividades humanas, que geraram, concomitantemente, a multiplicação e agravamento dos danos; a segunda diz respeito à valorização da pessoa humana, pois, na medida em que se multiplicaram as atividades perigosas, o homem passou a não aceitar os golpes do destino, exigindo reparação de todos os danos sofridos; por fim, a comisseração social, que, até então, beneficiava principalmente os responsáveis por seus próprios atos, volta-se, repentinamente, para o lado das vítimas. A culpa, como único fundamento da responsabilidade civil, passa a ser insuficiente para indenizar todas as vítimas. A partir de 1870, alguns autores, preparando a evolução ulterior, propuseram substituir a culpa pela ideia de risco. As pessoas não seriam responsáveis apenas por suas culpas, mas também pela realização dos riscos que criaram. Ao invés de considerar apenas o comportamento do sujeito responsável, orientava-se o direito para o objeto da responsabilidade civil: a reparação dos danos. JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 10-12. Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29-32. SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit., p. 64.

⁵⁸⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, cit., p. 244.

em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva)⁵⁸⁵.

A imposição do dever de reparar as lesões causadas possui três finalidades: reparatória, punitiva e preventiva⁵⁸⁶. A função precípua da responsabilidade civil é reparar, ressarcir os danos. A lesão causada rompe o equilíbrio econômico-jurídico anteriormente existente entre a vítima e o agente, razão pela qual se deve restabelecer, o quanto possível, o *status quo ante*, recolocando-a na situação em que se encontrava antes da ocorrência do dano⁵⁸⁷. Isso ocorre por meio da reposição do bem material perdido ou do pagamento de indenização pecuniária, fixada de acordo com a extensão do dano, em atenção ao princípio da *restitutio in integrum*. A responsabilidade civil

visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o *statu quo ante*. Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento, respeitando, assim, sua dignidade⁵⁸⁸.

Ademais, a responsabilidade civil possui, embora em caráter secundário, função punitiva. A sanção é a consequência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado⁵⁸⁹. Logo, a responsabilidade civil tem por escopo punir o ofensor pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar⁵⁹⁰. Tem-se, por fim, a função preventiva, pedagógica. A obrigação de reparar os danos repercute tanto na esfera patrimonial do ofensor como na própria sociedade, inibindo ou, ao menos, desestimulando a repetição da conduta lesiva ante a certeza ou elevada probabilidade de condenação à reparação. Além disso, é melhor prevenir o dano do que repará-lo, já que existem hipóteses, como o dano moral, em que a reparação sequer é

⁵⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7, p. 34.

⁵⁸⁶ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 22-24.

⁵⁸⁷ Segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy, o dano reduz o ofendido a uma situação de desigualdade, a qual precisa ser reequilibrada, pressuposto de solidarismo que, também ele, constitui elemento axiológico básico do ordenamento, na Constituição Federal levado ao texto do art. 3º, I, que elenca o rol dos objetivos da República, entre os quais o de construção de uma sociedade justa e solidária, o que somente se dá mercê de relações, incluindo as jurídicas, que sejam justas, quer dizer, razoavelmente equilibradas, e que sejam solidárias. Idem, p. 24.

⁵⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 07-08.

⁵⁸⁹ Idem, p. 08.

⁵⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 63. Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias contemporâneas e dimensões da responsabilidade*, cit., p. 09.

possível, mas tão somente a compensação da vítima. A prevenção é, conseqüentemente, categoria que há de ser considerada na noção contemporânea de responsabilidade civil. Ao lado da responsabilidade curativa trilha a responsabilidade preventiva⁵⁹¹. Na lição de Maria Clara Osuna Diaz Falavigna,

muito embora o sentido da responsabilidade civil seja a reparação do dano, essa reparação tem um sentido teleológico, que é a sanção que refletirá em toda a sociedade, o que nos leva a concluir que o dano não repercute apenas no patrimônio individual do indivíduo lesado, já que traduz uma punição que visa a compelir outros indivíduos a se absterem de realizar o mesmo ato, nos mesmos moldes da sanção penal⁵⁹².

As três funções da responsabilidade civil coexistem entre si. Embora o principal escopo do instituto seja impor o dever de reparar os danos causados, é por meio dessa reparação que, além de restaurar o equilíbrio das relações sociais, pune-se o ofensor pela conduta lesiva, evitando-se a ocorrência de danos futuros. Destarte, a responsabilidade civil, conceituada como o dever jurídico de reparar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados a terceiros em virtude de conduta ilícita dolosa ou culposa do agente, ou, independentemente de culpa, nos casos previstos em lei ou se tratando de atividade de risco, tem a finalidade de tornar a vítima indene, punindo o ofensor pela conduta contrária à ordem jurídica, bem como o inibindo, assim como os demais indivíduos da sociedade, de novamente incorrer na sua prática lesiva.

3.2 Responsabilidade civil subjetiva: elementos caracterizadores

A responsabilidade civil é instituto aplicável ao direito de família, especialmente à relação de parentalidade, que envolve sujeitos vulneráveis, em fase de desenvolvimento, razão pela qual os pais são responsáveis pela efetivação de todas as condições necessárias à formação e realização existencial dos filhos⁵⁹³. Embora essa

⁵⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e dimensões da responsabilidade, cit., p. 10.

⁵⁹² FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. A composição do dano em um modelo solidarista. In: *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade* (coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Maria Clara Osuna Diaz Falavigna). Porto Alegre: Magister, 2007, p. 280.

⁵⁹³ Explica Paulo Luiz Netto Lôbo que a viragem copernicana da assunção de deveres fundamentais em face da criança resulta de sua emergência como sujeito de direitos próprio. A responsabilidade com sua formação integral, em respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento, é muito recente na história da humanidade. A concepção até então existente de pátrio poder era de submissão do filho aos desígnios quase ilimitados do pai; a criança era tida mais como objeto de cuidado e correção do que como sujeito próprio de direitos. Fora da família, a criança era tida como menor em condição irregular. No Brasil, a viragem, decorrente da difusão internacional da doutrina de proteção integral da criança, concretiza-se com o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990. De objeto a sujeito chega-se à responsabilidade e aos direitos fundamentais. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e dimensões da responsabilidade, cit., p. 14.

possibilidade ainda seja admitida com certa restrição, principalmente na jurisprudência, a reparação dos danos patrimoniais e morais decorrentes da violação de deveres familiares é plenamente cabível, desde que presentes os elementos da responsabilidade civil⁵⁹⁴.

No caso da responsabilidade civil por abandono afetivo, o dever de indenizar os danos causados aos filhos menores depende da atuação culposa dos pais no descumprimento dos deveres de ordem imaterial do poder familiar. Trata-se, assim, de responsabilidade civil subjetiva, caracterizada pela violação de um dever jurídico por meio de conduta voluntária culposa que causa dano a direito alheio. Nesse sentido é a disposição do artigo 186 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ficando obrigado à sua reparação nos termos do *caput* do artigo 927 do mesmo diploma legal⁵⁹⁵. Sendo o fundamento da responsabilidade civil subjetiva a culpa, seus elementos caracterizadores são a conduta ilícita culposa do agente, o dano e o nexo de causalidade, que serão a seguir analisados e cotejados no item 3.3 a fim de que se conclua pela possibilidade ou não da responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores.

3.2.1 Conduta humana e ilicitude

A conduta humana consiste no comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas⁵⁹⁶. Pressupõe, portanto, voluntariedade⁵⁹⁷. Segundo Sergio Cavalieri Filho, “a ação ou

⁵⁹⁴ MADALENO, Rolf. O dano moral na investigação de paternidade. In: *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade* (coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Maria Clara Osuna Diaz Falavigna). Porto Alegre: Magister, 2007, p. 354-355.

⁵⁹⁵ Artigo 927 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

⁵⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 24.

⁵⁹⁷ Segundo Francisco Amaral, a conduta deve ser voluntária “no sentido de ser controlável pela vontade da pessoa à qual se imputa o fato. Excluem-se, portanto, os atos praticados durante o sono ou em outro estado de inconsciência (hipnose, delírio febril, ataque epilético) ou sob coação absoluta. Porque não constituem ações em sentido jurídico, faltando-lhes a possibilidade de controle do agente, mas não se excluem os atos danosos praticados por distração”. Nesse sentido também é a lição de Carlos Roberto Gonçalves, para quem a voluntariedade “exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um demente. Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem”. A voluntariedade da conduta não se confunde com a vontade pelo resultado dela advindo. Esta se relaciona à culpa, enquanto aquela à conduta, à liberdade de agir ou não. Esclarece Rui Stoco: “a voluntariedade da conduta não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado, isto é, o querer intencional de produzir o resultado, de assumir o risco de produzi-lo, de não querê-lo mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta”. AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 553. GONÇALVES,

omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo⁵⁹⁸. A conduta pode ser comissiva ou omissiva. Será comissiva quando o agente praticar ato vedado em lei ou em negócio jurídico, consistindo na violação do dever geral de abstenção por meio de um fazer, de um comportamento positivo. Já a conduta omissiva caracteriza-se pela abstenção da ação imposta pela lei ou pela vontade das partes. É a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se⁵⁹⁹. Dessa forma, a omissão apenas terá relevância jurídica quando o omitente possuir o dever jurídico de agir, de modo que, não o fazendo, responderá pelos danos resultantes de sua conduta omissa⁶⁰⁰.

Na responsabilidade civil subjetiva a conduta humana, comissiva ou omissiva, deve ser qualificada juridicamente, ou seja, deve se apresentar como um ato ilícito⁶⁰¹. O artigo 186 do Código Civil, ao consagrar a teoria subjetiva, estabelece que o aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Com base nesse dispositivo legal a doutrina majoritária conceitua o ato ilícito vinculando o elemento culpa à sua caracterização. Segundo José de Aguiar Dias, o fato violador de um dever preexistente consubstancia-se no ato ilícito, cuja essência é a culpa, que o qualifica⁶⁰². Nesse sentido, Maria Helena Diniz ensina que ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios. Logo, o dever ressarcitório decorre da culpa, vale dizer, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente, que, tendo ciência da ilicitude de seu ato, deveria ter agido de outro modo, mas não o fez⁶⁰³. Esse também é o posicionamento de Sílvio de Salvo Venosa,

Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70. STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 129.

⁵⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 24.

⁵⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 40.

⁶⁰⁰ Esclarece Sergio Cavaliere Filho que a omissão é como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo. (...) Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 24-25.

⁶⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 37.

⁶⁰² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual. e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 109. Nesse sentido, cf. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 129 e 219. SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, cit., p. 05. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 158-160.

⁶⁰³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 41.

segundo o qual ãa ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa⁶⁰⁴. Portanto, a violação da ordem jurídica, por si só, não é suficiente à configuração do ato ilícito, que depende também do elemento anímico. Isso porque

o ilícito tem duplo fundamento: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. Portanto, para sua caracterização, é necessário que haja uma ação ou omissão voluntária, que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual, e que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou culpa, se consciente dos prejuízos que advêm de seu ato, assume o risco de provocar evento danoso⁶⁰⁵.

Dessa forma, o agente que, culposamente, pratica ato contrário à ordem jurídica e causa dano a outrem, comete ato ilícito e, por conseguinte, lhe é imposta a obrigação de indenizar. O ato ilícito é, assim, ãfonte da obrigação de indenizar danos causados à vítima⁶⁰⁶. Não há que se falar em ilicitude da conduta que, mesmo causadora de dano e contrária ao ordenamento jurídico, é desprovida do elemento subjetivo, ou seja, da culpa ou do dolo. Nesse caso, o ato será antijurídico, eis que contrário ao direito, mas não ilícito⁶⁰⁷. A fim de elucidar esse entendimento, Arnaldo Rizzardo explica que a mera violação da lei não caracteriza o ato ilícito, pois o elemento subjetivo existe desde a infringência da ordem jurídica, sendo a culpa, portanto, qualificadora do ato ilícito⁶⁰⁸.

Vê-se, pois, que a partir desse entendimento a culpa é o elemento nuclear do ato ilícito, de modo que, estando ela presente, o ato praticado com violação ao direito, causador de dano, será ilícito. Todavia, ausente a culpa, o ato caracterizar-se-á como lícito, não havendo que se falar em responsabilidade civil subjetiva. Não obstante, há hipóteses em que o ato lícito é também fonte da obrigação de indenizar, decorrendo de expressa previsão legal ou quando a atividade desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem⁶⁰⁹. É o caso da responsabilidade civil objetiva, que independe de culpa, fundando-se, dessa forma, em ato lícito. Na lição de Rui Stoco:

⁶⁰⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 25.

⁶⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 41. Cf. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 478-479.

⁶⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 41.

⁶⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 457. Cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 159.

⁶⁰⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 05.

⁶⁰⁹ Explica Rogério Roberto Gonçalves de Abreu que ãhá casos em que a responsabilidade civil decorre de atos que não se enquadram no modelo descrito no art. 186. Nem todos os casos de responsabilidade civil têm base no art. 186 do CC e, portanto, nem toda obrigação de indenizar deverá ser fundamentada na prática de um ato ilícito civil. Pode haver (como de fato há) *responsabilidade civil por atos lícitos*. (...) Há várias situações para as quais a lei prescreve responsabilidade civil sem a configuração de um ato ilícito (conforme paradigma previsto no art. 186 do CC/2002). Como exemplos, citamos as hipóteses em que se verificam

cabe lembrar que, se em outros sistemas é possível discutir se a culpa integra o conceito de ato ilícito, em nosso ordenamento não, posto que a lei não permite dúvida a esse respeito (...). Mas a dinâmica dos fatos e a evolução do Direito obrigou a que outras teorias fossem desenvolvidas, de sorte que nem sempre a culpa é o ponto fulcral da responsabilidade, que poderá nascer sob outro fundamento, como a responsabilidade sem culpa, por força da teoria risco ou da inexigência legal de ilicitude⁶¹⁰.

Portanto, conforme a corrente doutrinária acima exposta, tanto na responsabilidade civil subjetiva como na objetiva a imposição do dever de ressarcimento pressupõe a existência do dano e do nexo de causalidade. A responsabilidade subjetiva fundamenta-se no ato ilícito, qualificado pela violação da ordem jurídica por meio de conduta humana culposa ou dolosa que causa dano a outrem. Já a responsabilidade objetiva funda-se no risco⁶¹¹, não havendo que se falar em ato ilícito, visto que independe de culpa. Baseia-se em ato lícito, que se traduz, além dos casos especificados em lei, no desenvolvimento de atividade que implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil⁶¹².

causas excludentes de ilicitude (como o estado de necessidade agressivo), ou aquelas, em que há *responsabilidade civil objetiva* (dispensando-se o elemento culpa)ö. ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Teoria do dano ilícito. In: *Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil* (coords. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves). São Paulo: Método, 2006, p. 508-509.

⁶¹⁰ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, p. 113.

⁶¹¹ Segundo José Fernando Simão, a responsabilidade objetiva tem por fundamento a teoria do risco, em uma de suas modalidades: risco-proveito, risco-criado, risco administrativo, risco profissional, risco excepcional e risco integral. öPela teoria do *risco-proveito*, aquele que, com sua atividade, cria um risco, deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, porque esta atividade de risco proporciona-lhe um benefício (*ubi emolumentum, ibi onus*). Assim, havendo ganho, haverá também o encargo. (...) Já pela teoria do *risco-criado*, o agente deve indenizar quando, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo. Não importa se a atividade traz a ele um proveito econômico nem mesmo se é atividade econômica. Basta a atividade em si. (...) Pela teoria do *risco administrativo*, não se exige falta do serviço ou culpa dos agentes praticantes. Basta o fato do serviço (defeito que exponha risco ao usuário) e que o Estado cause um dano em sua atividade. (...) Há também a teoria do *risco profissional*, pela qual a reparação aos empregados no trabalho ou em razão dele independeria da culpa do empregador e teria como objetivo evitar que a discussão de culpa levasse à improcedência da ação acidentária em razão da dificuldade do empregado em fazer a sua prova. (...) Tem-se, ainda, a chamada teoria do *risco excepcional*. Será objetiva a responsabilidade quando o dano decorrer de atividade que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. Podem ser lembrados os casos de rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear e materiais radioativos. Por fim, a última teoria é a do *risco integral*. Por ela, há responsabilidade civil em qualquer situação, desprezando-se inclusive as excludentes que romperiam o nexo causal. (...) Excepcionalmente, a teoria do risco integral é utilizada nos casos de danos ambientais e nucleares, e, nesse aspecto, a lei sobre responsabilidade civil das usinas nucleares não foi recepcionada pela Constituição Federalö. SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit., p. 64-70. Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 81-84.

⁶¹² Claudio Luiz Bueno de Godoy interpreta o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, para verificar a qual das espécies de risco se refere a cláusula geral da responsabilidade sem culpa. Conclui o autor que õa opção da legislação brasileira, ao estabelecer a cláusula geral de responsabilidade objetiva, não foi a de reduzi-la ao perigo intrínseco, mesmo que especial, da atividade desenvolvida. Antes, erigiu-se, no ordenamento civil, uma cláusula geral que, ao contrário de outras, próprias de diversos sistemas, ou mesmo ao contrário de outras precedentemente projetadas, no Brasil aludiu não ao perigo, mas ao risco induzido pelo exercício de certa atividadeö. Isso porque õatividades há que podem não ser reputadas essencialmente perigosas, as atividades de risco, que todavia bem podem ser móvel de risco particular, especial. Ou seja,

Por outro lado, o posicionamento doutrinário minoritário, cujo principal expoente é Sergio Cavalieri Filho, não inclui necessariamente o elemento culpa no conceito de ato ilícito⁶¹³. Logo, conforme essa posição, o entendimento acima exposto estaria equivocado, não sendo possível afirmar que a responsabilidade subjetiva fundamenta-se em ato ilícito e a responsabilidade objetiva em ato lícito. Segundo o autor, seja a responsabilidade subjetiva ou objetiva, a reparação do dano sempre dependerá da ilicitude da conduta humana que o causou. Isso porque o ato ilícito caracterizar-se-ia tão somente pela prática de conduta contrária à ordem jurídica, violadora de dever jurídico originário, o que se verificaria em ambas as espécies de responsabilidade civil⁶¹⁴.

Não há que se falar em *ato lícito* se em todos os casos de responsabilidade objetiva ó do transportador, do Estado, do fornecedor etc. ó há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, o que configura a ilicitude. Ora será o dever de incolumidade, ora o dever de segurança ó mas (...) haverá sempre o descumprimento de uma obrigação originária. Ademais, os casos de indenização por *ato lícito* são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso de dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas (Código Civil, arts. 188, II, c/c arts. 929 e 930, 1.285, 1.289, 1.293, 1.385, §3º etc.). Nesses e em outros casos não há responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação legal de indenizar por ato lícito⁶¹⁵.

Para o autor, considerando-se que a responsabilidade civil pressupõe a violação de um dever jurídico originário, ainda que geral, como o dever de incolumidade e de segurança, sempre dependerá da existência de um ato ilícito, contrário à lei ou à disposição do negócio jurídico, independentemente de ter o infrator agido com dolo ou culpa. Logo, tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva seriam caracterizadas pelo mesmo elemento objetivo, qual seja o ato ilícito. A diferença residiria no elemento anímico ó dolo ou culpa ó, que não se vincularia ao conceito de ato ilícito, sendo autônomo,

evita-se a redução da abrangência da norma à discussão sobre se a atividade é ou não perigosa por natureza, para admitir a responsabilização sem culpa de quem desenvolve atividade diversa dos exemplos corriqueiros de perigo (mineração, fornecimento de energia, fabrico de explosivos etc.), portanto atividade não raro comum, a qual, porém, acaba ensejando um risco especial a terceiros. Esse risco, ademais, precisa ser diferenciado, especial, particular, destacado (...). Ainda diante da redação já do parágrafo único do art. 927, tem-se a observação de Rui Stoco, no sentido de que essa mesma norma *incide apenas nas atividades em que se imponha um risco anormal e especial*. Anormalidade, aqui é bom dizer, que se compreende não em relação ao exercício da atividade, que deve ser normal, nem de modo a identificar uma periculosidade adquirida, mas tão somente a significação de um risco diferenciado. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 112-114.

⁶¹³ Segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy, é óforçoso reconhecer, como acentua Eduardo Zannoni, que a noção de ilicitude se amplia e se desprende da necessária vinculação à culpa do agente. Conforme o fator de imputação de responsabilidade por que opte o sistema, dão-se hipóteses em que a ilicitude se evidencia na concreta produção de danos em que se converta o risco de certa atividade, em si e abstratamente lícita e legal. Idem, p. 35.

⁶¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 07-08.

⁶¹⁵ Idem, p. 08-09.

indispensável à configuração da responsabilidade subjetiva, mas prescindível na responsabilidade objetiva. Desse modo, em ambas faz-se necessária a presença da conduta humana, o agir voluntário. Porém, enquanto na responsabilidade subjetiva o dever de ressarcir o dano decorre da vontade livre e consciente, dolosa ou culposa do agente em praticar o ato ilícito, na responsabilidade objetiva o dever ressarcitório advém apenas do exercício de atividade que viola o direito e causa lesão, independentemente de dolo ou culpa. É nesse contexto que Sergio Cavalieri Filho trata do duplo aspecto da ilicitude. O aspecto objetivo, que fundamenta a responsabilidade objetiva, considera tão somente a conduta do agente, que deve ser contrária à ordem jurídica para caracterizar o ilícito. Trata-se, segundo o autor, do ato ilícito *lato sensu*, que viola a lei e cujo dever de reparar o dano subsiste sem qualquer consideração ao elemento anímico. É ãa mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente⁶¹⁶. Já o aspecto subjetivo do ato ilícito, base da responsabilidade subjetiva, leva em conta a conduta humana culposa ou dolosa contrária ao ordenamento jurídico. Consiste no comportamento objetivamente ilícito e também culposos, vale dizer, no ato ilícito *stricto sensu*. Na responsabilidade civil subjetiva, além da conduta, do dano e do nexo de causalidade, a culpa, de acordo com o artigo 186 do Código Civil, é imprescindível, sendo, assim, o elemento ãnuclear do ato ilícito que lhe dá causa⁶¹⁷. Segundo Sergio Cavalieri Filho, esse posicionamento quanto à classificação do ato ilícito em *lato sensu* e *stricto sensu* pode ser observado no Código Civil, pois, conforme explica o autor:

o Código Civil assumiu em relação ao ato ilícito esta postura dicotômica, tanto é assim que, além da responsabilidade subjetiva fulcrada no ato ilícito *stricto sensu*, prevista no art. 927, lembra o parágrafo único deste mesmo artigo que há outras situações igualmente geradoras da obrigação de indenizar *independentemente de culpa*. Devemos ainda ressaltar que o Código, após conceituar o ato ilícito em sentido estrito em seu art. 186, formulou outro conceito de ato ilícito, mais abrangente, no seu art. 187, no qual a culpa não figura como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico ou social do Direito. O abuso do direito foi aqui configurado como ato ilícito dentro de uma visão objetiva, pois boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social nada mais são que valores ético-sociais consagrados pela norma em defesa do bem comum, que nada tem a ver com a culpa. (...) A responsabilidade subjetiva continua fulcrada no ato ilícito *stricto sensu* (art. 186), com aplicação nas relações interindividuais ó violação de um dever jurídico ó, e o ato ilícito em sentido amplo é o fato gerador da responsabilidade objetiva e tem por campo de incidência as relações entre

⁶¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 11.

⁶¹⁷ Idem, p. 09-11.

o indivíduo e o grupo (Estado, empresas, fornecedores de serviços, produtos etc.)⁶¹⁸.

A partir da análise das duas correntes doutrinárias, vê-se que a controvérsia acerca da ilicitude ou licitude do ato recai sobre a responsabilidade objetiva. Para a doutrina majoritária a responsabilidade objetiva decorre da prática de ato lícito, pois independe da culpa do ofensor, causador do dano. Já para a doutrina minoritária, o ato que enseja a reparação do dano na responsabilidade objetiva é ilícito, considerado em sentido amplo como a mera violação da ordem jurídica, independentemente de dolo ou culpa do agente. Dessa forma, adotando-se qualquer das correntes doutrinárias, certo é que ambas fundamentam a responsabilidade objetiva na teoria do risco, caracterizando-a sem consideração ao elemento subjetivo ó dolo ou culpa. A controvérsia reside na natureza jurídica do ato que enseja a reparação dos danos ó se lícito ou ilícito. Por outro lado, na responsabilidade subjetiva, cerne desse trabalho, ambos os posicionamentos doutrinários convergem para o mesmo sentido, qual seja, o da sua caracterização a partir de um ato ilícito, vale dizer, da violação da ordem jurídica por meio de conduta voluntária, dolosa ou culposa, causadora de dano.

3.2.2 Culpa

A culpa é o elemento nuclear da responsabilidade civil subjetiva. A conduta contrária à ordem jurídica, o dano e o nexo de causalidade não são suficientes à imposição do dever de indenizar, sendo imprescindível o agir culposo do agente. Este, por sua vez, somente pode ser atribuído a um sujeito imputável, de modo que a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade⁶¹⁹. A imputabilidade diz respeito à õcapacidade psíquica de entendimento e autodeterminação do agenteõ⁶²⁰. Trata-se da exigência de discernimento, que torna o agente capaz de compreender a ilicitude do ato, de se autodeterminar de acordo com a sua vontade e de assumir as consequências de sua conduta ilícita⁶²¹. É, enfim, õo conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas

⁶¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 11.

⁶¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil*: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em: 29/12/2010. SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, cit., p. 207.

⁶²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 25.

⁶²¹ õCom efeito, dos termos do art. 186 do Código de 2002, não se pode senão concluir que é imprescindível o elemento imputabilidade, isto é, a obrigação de reparar o dano causado tem como pressuposto a existência, no agente, da livre determinação de vontadeõ. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 480. Cf. SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, cit., p. 207-208.

consequências de uma conduta contrária ao dever⁶²². Assim, segundo Sergio Cavaliere Filho, a imputabilidade é composta por dois elementos: a maturidade, ou seja, o desenvolvimento mental, e a sanidade mental, isto é, a higidez⁶²³. Nesse sentido é a lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Ora, se a *imputabilidade* é pressuposto da culpabilidade, pois que a precede obrigatoriamente na configuração da responsabilidade civil, possível seria entendê-la como uma especialíssima aptidão de que é dotado o sujeito, condicionada por referenciais de sanabilidade e amadurecimento pessoais e espirituais do autor do ato, aptidão esta que é capaz de admitir a ele, então, valorar corretamente os seus deveres e agir de acordo com este discernimento. Em outras palavras, significa a própria aptidão de cada um de nós para cometer atos ilícitos e suportar a responsabilidade daí advinda.

Por isto, resulta claro que apenas em relação a um sujeito imputável é possível corresponder uma atitude culposa e, desta conjugação, derivar um dever indenizatório relativamente aos danos decorrentes⁶²⁴.

Imputável o agente, passa-se à análise da culpabilidade, pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, assim denominada justamente em razão da exigência do elemento subjetivo, anímico: a culpa do agente.

A culpabilidade, ou culpa *lato sensu*, consiste na õconduta caracterizada pela reprovabilidade ou censurabilidade legalõ⁶²⁵. Não basta que o agente tenha violado um direito subjetivo ou uma norma jurídica, é preciso que ele tenha agido com culpa, merecendo a censura ou reprovação do direito. Isso ocorre quando, no caso concreto, ele poderia e deveria ter agido de outro modo, mas não o fez⁶²⁶. Trata-se do õquerer

⁶²² SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit., p. 119-120.

⁶²³ Explica o autor que os menores de idade não são responsáveis pelos danos que sua conduta ilícita causar, eis que incapazes e, portanto, imputáveis. Em regra, respondem pela reparação civil seus pais, se os filhos estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, nos termos do artigo 932, inciso I, do Código Civil. Porém, o artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que, õem se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítimaõ. Trata-se de situação excepcional em que o incapaz, menor de idade, responde primariamente com o seu patrimônio. Ademais, os danos provocados por pessoa com enfermidade ou deficiência mental, que lhe retire o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, serão ressarcidos pelo curador, e não pelo incapaz, imputável, conforme o artigo 932, inciso II, do Código Civil. Logo, salvo a hipótese prevista no artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o incapaz somente responderá subsidiariamente, com o seu patrimônio, pelos prejuízos que causar, õse as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientesõ, de acordo com o artigo 928 do Código Civil. Nesse caso, dispõe o parágrafo único desse dispositivo que a indenização será equitativa e somente terá lugar se não privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 26-27.

⁶²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil*: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, cit.

⁶²⁵ Ibidem.

⁶²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, cit., p. 566. Segundo Alvino Lima, em face de õum fato concreto violador do direito de outrem, uma vez verificados o dano e o laço de causalidade, surge, então, a indagação de se conhecer se o agente, ao praticar o ato, ao cometer a omissão, agiu atendendo às

intencional de produzir o resultado, de assumir o risco de produzi-lo, de não querê-lo mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta⁶²⁷. É toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou não, como na culpa⁶²⁸.

A culpa *lato sensu* abrange, portanto, o dolo e a culpa *stricto sensu*⁶²⁹. O dolo consiste na violação intencional do dever jurídico com o fim de causar dano a outrem. Caracteriza-se, na lição de Silvio Rodrigues, pela ação ou omissão do agente, que, antevendo o dano que sua atitude vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso⁶³⁰. É a hipótese em que o agente deseja o resultado danoso ou assume o risco de produzi-lo, dirigindo o comportamento com vistas à sua obtenção⁶³¹. Já na culpa *stricto sensu* não há a intenção de causar dano. O ofensor tem a vontade de agir licitamente, mas adota comportamento impróprio, sem cautela, inadequado aos padrões sociais, e acaba por causar lesão indesejada, mas previsível, a outrem. O agente desrespeita o dever de cuidado, pratica ato indevido, que o homem médio, prudente e cauteloso, não praticaria⁶³². Age com imprudência, negligência ou imperícia, e, por

circunstâncias que o rodeavam, como todos nós agiríamos, como atuaria o homem prudente, normal, avisado. Se, analisada a atitude do agente, aferindo-a por esta balança da conduta humana, em geral, verificarmos que não houve desvio do que comumente se faz, da maneira como geralmente se procede, não encontramos o elemento vivificador dos demais requisitos da responsabilidade; o ato deixará, conseqüentemente, de ser ilícito, embora lesivo do direito de outrem. LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 66-67.

⁶²⁷ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 129.

⁶²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 29.

⁶²⁹ A diferença entre dolo e culpa *stricto sensu* não tem relevância para a determinação da responsabilidade civil. Em certos casos, importa apenas para a fixação do *quantum* indenizatório. Explica Flávio Tartuce que para o Direito Civil não importa se o autor agiu com dolo ou culpa, sendo as conseqüências iniciais as mesmas: a reparação do dano ou indenização dos prejuízos. Entretanto, os critérios para fixação da indenização são diferentes, eis que os arts. 944 e 945 da atual codificação trazem a chamada redução proporcional da indenização ou por equidade (...). Esclarece Anderson Schreiber que o objetivo é proteger o responsável civil de um ônus excessivo em certas situações. (...) A ninguém, com efeito, passa despercebido o fato de que o legislador não autorizou a elevação da indenização com base na culpa grave ou no dolo do agente, mas exclusivamente permitiu a *redução equitativa* da indenização quando a culpa for desproporcionalmente tênue frente ao dano provocado. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 44-45. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 356.

⁶³⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 147.

⁶³¹ O dolo na responsabilidade civil não se confunde com o dolo enquanto vício da vontade em negócio jurídico. Este, segundo Arnaldo Rizzardo, se define como o ardil ou expediente astucioso empregado com a finalidade de levar outrem à prática de um negócio prejudicial, em proveito do agente do dolo ou de outra pessoa. É a causa da celebração do negócio jurídico, razão pela qual gera a sua anulabilidade. Já o dolo na responsabilidade civil consiste na intenção do agente em infringir dever jurídico a fim de causar lesão a terceiro. Não está relacionado a negócio jurídico e, por conseguinte, não gera anulabilidade, mas, sim, o dever de reparar o prejuízo. RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, cit., p. 02. Cf. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 354.

⁶³² Sobre o dever de cuidado ensina Sergio Cavaliere Filho: vivendo em sociedade, o homem tem que pautar sua conduta de modo a não causar dano a ninguém. Ao praticar os atos da vida, mesmo que lícitos, deve observar a cautela necessária para que de seu atuar não resulte lesão a bens jurídicos alheios. A essa cautela, atenção ou diligência convencionou-se chamar de *dever de cuidado objetivo*. Ainda segundo o autor, a

consequente, viola direito alheio. Trata-se, pois, do ãagir inadequado, equivocado, por força de comportamento negligente, imprudente ou imperito, embora o agente não tenha querido o resultado lesivo, desde que inescusável⁶³³. Na lição de Alvino Lima, há na culpa um erro de conduta, ãum desvio da normalidade no agir ou abster-se⁶³⁴. Nesse aspecto reside a diferença entre dolo e culpa em sentido estrito:

O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado⁶³⁵.

Da análise conceitual da culpa *stricto sensu* vê-se que são três os seus elementos caracterizadores: a conduta voluntária que provoca dano indesejado, a previsão do resultado e a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção⁶³⁶. O ofensor deve adotar comportamento voluntário, efetivamente desejado por ele. O resultado danoso, contudo, é involuntário, não almejado. Embora indesejado, o resultado deve ser previsto ou, ao menos, previsível. O dano será previsto quando o agente tem consciência acerca da

caracterização da culpa em sentido estrito pressupõe o dever e a possibilidade do ofensor ter agido de modo diverso, conforme o homem médio o faria. No ãgrau de diligência ou cautela exigível deve ser levado em conta não só o esforço da vontade para avaliar e determinar a conduta adequada ao cumprimento do dever, mas também os conhecimentos e a capacidade ou aptidão exigíveis das pessoas. O padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não é só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente sensato, avisado, razoável e capaz. (...) Não havendo normas legais ou regulamentares específicas, o conteúdo do dever objetivo de cuidado só pode ser determinado por intermédio de um princípio metodológico ó comparação do fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum, capaz e prudente. A conduta culposa deve ser aferida pelo que ordinariamente acontece, e não pelo que extraordinariamente possa ocorrer. Jamais poderá ser exigido do agente um cuidado tão extremo que não seria aquele usualmente adotado pelo homem comum, a que os romanos davam a designação prosaica de *bonus pater familias*, e que é, no fundo, o tipo de homem médio ou normal que as leis têm em vista ao fixarem direitos e deveres das pessoas em sociedade. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 32 e 34.

⁶³³ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 133.

⁶³⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit., p. 57-58. Seguindo esse entendimento, Anderson Schreiber afirma que ãa culpa passou a ser entendida como o *erro de conduta*, apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma *objetiva* comparação com um modelo geral de comportamento. (...) Como modelo abstrato de comportamento, emprega-se tradicionalmente, nos ordenamentos de *civil law*, o parâmetro romanista do *bonus pater familias*, entendido como o *homem médio*, o *homem-padrão*, o *indivíduo prudente*. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 35. Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 33.

⁶³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 30-31. Em sentido contrário, Agostinho Alvim afirma que ão dolo consiste na voluntariedade, em relação ao ato injusto que causa o dano, não sendo indispensável que o agente queira o mal alheio. A culpa caracteriza-se pela imprudência, pelo descuido, sem que haja deliberação de violar um dever. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 227.

⁶³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 35.

possibilidade de sua ocorrência, mas acredita que ele não acontecera⁶³⁷. Não sendo previsto, o resultado deve ser previsível, ou seja, deve existir certo grau de probabilidade, de possibilidade de previsão. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho esclarece que o previsto é o resultado que foi representado, mentalmente antevisto, enquanto previsível é o dano não antevisto, não representado mentalmente, mas que poderia ter sido previsto e, conseqüentemente, evitado, segundo as regras de experiência⁶³⁸. Existem dois critérios que devem ser conjugados para aferir a previsibilidade: o objetivo, por meio do qual se adota como parâmetro o comportamento do homem médio, e o subjetivo, que considera as condições pessoais do agente, como idade, grau de cultura e de escolaridade, dentre outras. Logo, o juiz deve considerar se o resultado danoso poderia ser previsível pelo homem médio e também se o agente possuía condições de agir como ele, vale dizer, se lhe era possível empregar a atenção e diligência ordinárias em atenção às suas condições pessoais⁶³⁹. Ademais, a previsibilidade deve ser específica, e não abstrata no sentido de prever o que um dia pode eventualmente acontecer. É necessário que determinado acontecimento, concretamente considerado, pudesse ter sido previsto pelo agente, e conseqüentemente evitado, mas não o foi por falta de cuidado⁶⁴⁰. De qualquer forma, seja o resultado previsto ou previsível, deve ter ele ocorrido por falta de cautela do agente. É a violação do dever de cuidado, essência da culpa, que, verificada no caso concreto, gera o dever de indenizar o dano, previsto ou previsível, porém, não evitado.

Exterioriza-se a culpa na imprudência, negligência e imperícia⁶⁴¹. Configura-se a imprudência pela ausência de precaução, pela precipitação do comportamento, pelo agir impulsivo do agente por meio de uma conduta comissiva. Nessa linha é a lição de Arnaldo Rizzardo, segundo o qual a imprudência revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo

⁶³⁷ Tem-se, nesse caso, a culpa consciente, que se aproxima do dolo, mas com ele não se confunde. No dolo o resultado é desejado pelo agente, logo, também existe a previsão. Já na culpa consciente o resultado, embora previsto, não é desejado. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 35.

⁶³⁸ Ibidem.

⁶³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 36. STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 136. Já para Anderson Schreiber, não há que se levar em conta qualquer aspecto subjetivo. Isso porque o agente não é mais tido em culpa por ter agido de forma reprovável no sentido moral, mas simplesmente por ter deixado de empregar a diligência social média, ainda que sua capacidade se encontre aquém deste patamar. Em outras palavras, o indivíduo pode ser considerado culpado ainda que *tenha feito o seu melhor para evitar o dano*. De fato, as aptidões ou inaptidões pessoais de cada sujeito, salvo no caso extremo e estreito da incapacidade jurídica, deixam de ser relevantes para sua responsabilização. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 37.

⁶⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 36.

⁶⁴¹ Ensina Sergio Cavalieri Filho que a imprudência, a negligência e a imperícia não são espécies ou elementos da culpa, e, sim, formas de exteriorização da conduta culposa. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 36.

das cautelas necessárias em certos momentos⁶⁴². A negligência também se caracteriza pela falta de cuidado, mas se verifica através de conduta omissiva. Trata-se do descaso, da falta de atenção, da omissão do agente que estava obrigado a agir positivamente. A imperícia, por fim, consiste na falta de aptidão para o exercício de atividade técnica; ôé a demonstração de inabilidade por parte do profissional no exercício de sua atividade de natureza técnica, a demonstração de incapacidade para o *mister* a que se propõe⁶⁴³.

A depender do grau de intensidade, a culpa *stricto sensu* classifica-se em grave, leve e levíssima. Na culpa grave o ofensor age com extrema falta de cautela, prevendo a ocorrência do resultado danoso e se comportando como se efetivamente o desejasse, a despeito da falta de intenção. O autor comete falta grave, ôperceptível ao senso comum, altamente censurável, como ao se descurar de cuidados elementares⁶⁴⁴. Já na culpa leve o agente se comporta sem a atenção normalmente exigida. É a hipótese em que o dano poderia ser evitado com atenção ordinária, própria do homem médio. A culpa levíssima, por fim, caracteriza-se pelo simples descuido, pela falta de atenção extraordinária ou pela ausência de especial habilidade ou de conhecimento singular⁶⁴⁵.

O grau de culpa do agente é, em regra, irrelevante para a fixação de sua responsabilidade pela reparação dos danos. Agindo com culpa grave, o ofensor deverá reparar integralmente a lesão, arcando com a respectiva indenização, estabelecida de acordo com a extensão do dano⁶⁴⁶. Atuando com culpa leve ou levíssima o agente também deverá ressarcir a vítima dos danos causados⁶⁴⁷, porém, sendo a lesão grave, de excessiva desproporção com a gravidade da culpa, poderá o magistrado reduzir equitativamente a indenização, nos termos do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil⁶⁴⁸. Assim, a

⁶⁴² RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, cit., p. 04.

⁶⁴³ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 134.

⁶⁴⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, cit., p. 101.

⁶⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 37. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 360.

⁶⁴⁶ Explica Flávio Tartuce que a culpa grave produz o mesmo efeito do dolo, de modo que o ofensor deverá reparar integralmente o dano causado, não havendo que se falar em redução equitativa do montante indenizatório. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 360.

⁶⁴⁷ Para Rui Stoco a culpa levíssima, em determinados casos, não gera o dever de indenizar. Conforme o autor, ôé certo que a doutrina afirma que o legislador adotou a norma romana, segundo a qual a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar, como consta da máxima *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. Pondere-se, todavia, que em determinadas circunstâncias a culpa levíssima, por sua irrelevância para o fato concreto e sendo escusável, não conduz à responsabilização do agenteô. Em sentido contrário é o posicionamento de Sergio Cavaliere Filho: ôainda que levíssima, a culpa obriga a indenizar ô *in lege aquilea et levissima culpa venit* ô, medindo-se a indenização não pela gravidade da culpa, mas pela extensão do danoô. STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 135. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 37.

⁶⁴⁸ Artigo 944 do Código Civil de 2002: ôA indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenizaçãoô.

gravidade da culpa ó leve ou levíssima ó apenas influencia a fixação do *quantum* indenizatório, mas não a caracterização da responsabilidade civil propriamente dita, aplicando-se tanto aos danos materiais como aos danos morais. Ensina Flávio Tartuce que, ãessencialmente quanto aos danos morais, o grau da culpa deve influir no *quantum* indenizatório arbitrado, por não se tratar propriamente de um ressarcimento em sentido estrito, mas de uma compensação satisfativa (reparação)ö⁶⁴⁹.

A culpabilidade, destarte, é elemento essencial à responsabilidade civil subjetiva. A imposição do dever de reparar os danos decorre da conduta culposa do agente, seja ela intencional, como no caso do dolo, ou decorrente da falta de cautela, como na culpa *stricto sensu*, que se evidencia por meio da imprudência, negligência ou imperícia. Portanto, o ofensor que pratica ato ilícito visando ao resultado danoso ou, ainda que não o desejando, provoca-o pela ausência de cuidado, será obrigado a reparar as lesões causadas.

3.2.3 Dano

O dano é elemento indispensável à responsabilidade civil, pois, sem lesão, não há o que ressarcir ou reparar. Existe responsabilidade sem culpa, mas não há responsabilidade sem dano. Por essa razão, afirma Sergio Cavalieri Filho que o dano ãnão é somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizarö⁶⁵⁰. Trata-se, nos dizeres de Maria Helena Diniz, da ãlesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moralö⁶⁵¹.

Para que o dano seja indenizável é indispensável a presença dos seguintes requisitos: a) violação de interesse juridicamente tutelado; b) certeza do dano; e, c) subsistência da lesão⁶⁵². O primeiro requisito consiste na violação a bem jurídico, de natureza econômica ou não, pertencente a terceira pessoa. Segundo Maria Helena Diniz, ãa noção de dano pressupõe a do lesadoö⁶⁵³. Logo, é imprescindível a existência de ofensa a

⁶⁴⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 364.

⁶⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 71.

⁶⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 64. Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 559.

⁶⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 82. Explica Paulo Nader que a ãcaracterização do dano independe da sua extensão. Tanto os prejuízos de pequeno porte como os de grande expressão são suscetíveis de reparaçãoö. Considera-se a extensão do dano apenas para fins de fixação da indenização, mas não para a configuração da responsabilidade civil. NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, cit., p. 73.

⁶⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 65.

interesses juridicamente tutelados de outrem. O segundo requisito refere-se à certeza do dano. O dano deve ser certo, efetivo, real, e não hipotético ou abstrato. A certeza do dano não se confunde com a atualidade, pois diz respeito à sua existência, enquanto a atualidade ou futuridade se relaciona à determinação do seu conteúdo e ao momento em que ele se produziu. O dano pode ser atual ou futuro, vale dizer, potencial, devendo ser decorrência necessária, inevitável e previsível da ação⁶⁵⁴. A certeza do dano, portanto, constitui sempre uma constatação de fato atual que poderá projetar, no futuro, uma consequência necessária, pois, se esta for contingente, o dano será incerto⁶⁵⁵. Por fim, o dano deve ser subsistente, isto é, não pode ter sido reparado até o momento de sua reclamação em juízo. Caso contrário, o prejuízo é insubsistente, não havendo interesse jurídico no pedido da vítima, salvo se foi ela quem, às suas expensas, o reparou. Nesse caso, o dano subsiste, devendo ser ressarcido pelo montante por ela despendido⁶⁵⁶.

O dano pode ser classificado em patrimonial e moral. Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar ensina que dano é a lesão suportada por certa pessoa, tanto em seu patrimônio (dano material), como em sua personalidade (dano moral), em função de ato ilícito, ou de exercício de atividade perigosa realizada por outrem⁶⁵⁷.

O dano patrimonial, também denominado de dano material, consiste no prejuízo que atinge bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro⁶⁵⁸. Trata-se de dano que repercute em bens suscetíveis de avaliação pecuniária. Em geral, o dano patrimonial resulta da violação a interesses patrimoniais. Porém, é possível que também decorra da lesão a interesses não patrimoniais. É o caso da violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, que pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas⁶⁵⁹. Em qualquer dos casos, o dano material é suscetível de valoração econômica, de modo que a sua reparação pode se consubstanciar na restauração da situação anterior ou no pagamento

⁶⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 66.

⁶⁵⁵ Ibidem.

⁶⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 82.

⁶⁵⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Danos patrimoniais e morais por violações a direitos da personalidade. *Revista do Advogado*, n. 38, dez. 1992, p. 15.

⁶⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 71.

⁶⁵⁹ Ibidem. Consiste no dano patrimonial indireto, ou seja, aquele que atinge interesses jurídicos extrapatrimoniais do lesado, como os direitos da personalidade, causando, de forma mediata, perdas patrimoniais (...). O dano patrimonial indireto é, portanto, uma consequência possível, porém não necessária, do evento prejudicial a um interesse extrapatrimonial, constituindo um dano moral que produz reflexos prejudiciais à economia do ofendido. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 73.

de indenização pecuniária equivalente ao prejuízo sofrido. O dano patrimonial, ademais, pode provocar a diminuição ou impedir o crescimento do patrimônio da vítima. Abrange, assim, o dano emergente e o lucro cessante. O dano emergente corresponde ao que a vítima efetivamente perdeu, ou seja, à imediata e concreta diminuição do seu patrimônio em razão do ato ilícito⁶⁶⁰. Já o lucro cessante consiste naquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, vale dizer, ãa perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio⁶⁶¹.

Quanto à definição do dano moral, diverge a doutrina. O posicionamento majoritário conceitua-o como o efeito não patrimonial da lesão a interesse juridicamente tutelado, abrangendo os sentimentos e as dores experimentadas pela vítima. Segundo José de Aguiar Dias, ãquando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral, que se traduz na ãreação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão⁶⁶². Cita-se, nesse sentido, a definição de Silvio Rodrigues, para quem o dano moral é aquele ãsem qualquer repercussão patrimonial, que ãocorre quando se trata apenas da reparação da dor causada à vítima, sem reflexo em seu patrimônio⁶⁶³. Consubstancia-se, em síntese, nas ãlesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico⁶⁶⁴.

Há, ainda, um segundo posicionamento doutrinário, que define o dano moral a partir da lesão aos direitos da personalidade e a todos os interesses não patrimoniais, abrangendo as dores físicas e emocionais. Nessa linha, afirma Yussef Said Cahali:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade

⁶⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 69. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 72.

⁶⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 72.

⁶⁶² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 839 e 851.

⁶⁶³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 189-190.

⁶⁶⁴ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 13. Nesse sentido, cf. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 195-196. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 90. JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*, cit., p. 138-139.

psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral⁶⁶⁵.

Tem-se, por fim, uma definição restritiva do dano moral. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, ãconstitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana, de tal modo que toda circunstância que atingir a condição humana de determinada pessoa, viola sua personalidade e causa dano moral⁶⁶⁶. O sofrimento humano, as sensações de constrangimento, os sentimentos de tristeza, angústia e humilhação não ensejam, por si só, a reparação do dano moral. Isso porque esses sentimentos e emoções ãpodem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis, moralmente legítimas até, mas ãse não forem decorrentes de *danos injustos*, ou melhor, de danos a situações merecedoras da tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis⁶⁶⁷. Apenas se aquilo que humilha e magoa a pessoa violar a sua dignidade, afrontando a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade ou a solidariedade, é que se caracterizará o dano moral. A configuração do dano moral exige apenas ãa injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal⁶⁶⁸.

Assim, o dano moral é aquele decorrente da violação à dignidade humana e, em última análise, à personalidade. Segundo José Fernando Simão,

a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem e, assim, inclui todos os direitos da personalidade. Conclui-se que o dano moral nada mais é que a violação do direito à dignidade⁶⁶⁹.

Trata-se de conceito que decorre da interpretação da Constituição Federal de 1988, em especial de seu artigo 1º, inciso III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito⁶⁷⁰. O ser humano é o valor central do ordenamento jurídico; ãé o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do direito e, como tal, a eles preexistentes⁶⁷¹. Desse modo, ãa Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de

⁶⁶⁵ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 20.

⁶⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 327.

⁶⁶⁷ Idem, p. 130.

⁶⁶⁸ Idem, p. 132.

⁶⁶⁹ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit., p. 105.

⁶⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 76-77.

⁶⁷¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 284.

todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos⁶⁷². Com efeito, a honra, o nome, a intimidade, a privacidade e a liberdade, direitos da personalidade, encontram fundamento na dignidade da pessoa humana, pois dizem respeito à natureza do ser humano⁶⁷³. Logo, equivocado o entendimento no sentido de que o dano moral se evidencia na dor e no sofrimento da vítima, pois, excepcionalmente, pode existir ofensa à dignidade sem sofrimento do indivíduo. É o caso das pessoas que possuem algum tipo de doença mental que lhes retira a capacidade de discernimento ou que se encontram em estado vegetativo. Todas elas podem sofrer ofensa à sua dignidade sem, contudo, sentir dor, vexame ou humilhação. Estes sentimentos podem ser consequência do dano moral, mas não a sua causa⁶⁷⁴.

O dano moral evidencia-se, portanto, a partir da violação dos direitos da personalidade, que tutelam e concretizam a dignidade da pessoa humana⁶⁷⁵. Na lição de

⁶⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 76.

⁶⁷³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, cit., p. 181.

⁶⁷⁴ Esse é o posicionamento de Sergio Cavaliere Filho, a seguir transcrito para melhor elucidar a ideia: o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. (...) Com essa idéia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 77.

⁶⁷⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 397. Cf. DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil*. São Paulo: Método, 2002, p. 105. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 97. STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 1.630. Maria Celina Bodin de Moraes propõe que os danos extrapatrimoniais sofridos pelas pessoas jurídicas sejam denominados de dano institucional. Isso porque o dano extrapatrimonial que lhes seja causado não poderá ter o mesmo fundamento nem a mesma medida que o dano sofrido pelas pessoas humanas, já que a tutela da dignidade constitucional somente protege estas últimas. O dano institucional teria como características mais visíveis a necessidade de comprovação objetiva da potencialidade do dano e a possibilidade de consideração das condições econômicas da vítima como critério de fixação da reparação. Segundo Francisco Amaral, não obstante a teoria dos direitos da personalidade ter-se construído a partir de uma concepção antropocêntrica do direito, isto é, a pessoa natural como referência, (...) pode-se reconhecer que as pessoas jurídicas são suscetíveis de titularidade de direitos da personalidade que não sejam inerentes à pessoa humana. Assim, Rubens Limongi França define o dano moral como aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos. Quanto aos direitos da personalidade exercidos pelas pessoas jurídicas, Paulo Luiz Netto Lôbo exemplifica: o direito à reputação é o mais atingido, pois a consideração e o respeito que passa a granjear a pessoa jurídica integra sua personalidade própria e não as das pessoas físicas que a compõem. A difamação não apenas acarreta prejuízos materiais mas morais, que devem ser compensados. Do mesmo modo, pode ocorrer a lesão à imagem, com retratação ou exposição indevidas de seus estabelecimentos e instalações. A privacidade pode ser também invadida, quando o sigilo de suas correspondências é violado. E até mesmo o direito moral de autor pode ser atribuído à pessoa jurídica, conforme expressa disposição da Lei nº 9.609, de 1998, que disciplina o direito do autor de programas de computador, quando estes forem desenvolvidos por seus empregados, contratados para tal fim. AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 288. FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. *Revista dos Tribunais*, ano 77, v. 631, mai. 1988, p. 31. LÔBO,

Sergio Cavalieri Filho, ãos bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de *dano moral*⁶⁷⁶. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo,

não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade. (...) A rica casuística que tem desembocado nos tribunais permite o reinvio de todos os casos de danos morais aos tipos de direitos da personalidade. Nenhum dos casos deixa de enquadrar-se em um ou mais de um tipos (...). O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais⁶⁷⁷.

Os direitos da personalidade dizem respeito às ãfaculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções⁶⁷⁸. Traduzem-se nos direitos subjetivos que são inatos e essenciais à realização da pessoa⁶⁷⁹. Portanto, ãtêm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual⁶⁸⁰. Os direitos da personalidade ãtratam do *ser* e não do *ter*⁶⁸¹. Abrangem, assim, o direito à vida e à integridade física e psíquica, o direito à liberdade de pensamento, o direito de autor e de inventor, o direito à liberdade, à honra, à intimidade, ao segredo, à imagem e à identidade⁶⁸². Não obstante, os direitos da personalidade a estes não se limitam, vigorando, a partir da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, o que a doutrina convencionou chamar de tipicidade aberta dos direitos da personalidade. Na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, ãos tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade⁶⁸³. Dessa forma, além dos tipos

Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/7843/public/7843-7842-1-PB.htm>>. Acesso em: 04/01/2011.

⁶⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*, cit.

⁶⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 77.

⁶⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*, cit.

⁶⁷⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*, n. 38, dez. 1992, p. 05.

⁶⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*, cit.

⁶⁸⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 283. Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade, cit., p. 09.

⁶⁸¹ TARTUCE, Flávio; GROENINGA, Giselle Câmara. O dano à integridade psíquica. Uma análise interdisciplinar. In: *Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil* (coords. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves). São Paulo: Método, 2006, p. 148.

⁶⁸² Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 284.

⁶⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*, cit. ãO Código Civil em vigor, nos dispositivos que tratam dos direitos da personalidade, protege, basicamente, cinco ícones principais, a saber: a) a vida e a integridade físico-psíquica; b) a honra; c) o nome; d) a imagem; e) a intimidade. Isso, sem

expressamente previstos no ordenamento jurídico, é cabível a tutela de outros, desde que reconhecidos socialmente e em conformidade com a cláusula geral da dignidade da pessoa humana⁶⁸⁴. A dificuldade em delimitar todos os atributos da personalidade pode residir na ideia de que a personalidade não é um direito, mas sim, um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela⁶⁸⁵.

Assim, o dano moral configura-se pela efetiva lesão aos atributos da personalidade humana, que pode, ou não, provocar dor, humilhação, sofrimento, aflições, tristeza, angústia e desequilíbrio no bem-estar físico e mental. A dor pode ser consequência do dano moral, mas não é o dano propriamente dito⁶⁸⁶. Tais sentimentos, se eventualmente existentes no caso concreto, decorrem da violação aos direitos da personalidade, como a honra e a integridade psíquica, sendo irrelevantes à verificação da ocorrência do próprio dano. Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo esclarece que

a referência freqüente à dor moral ou psicológica não é adequada e deixa o julgador sem parâmetros seguros de verificação da ocorrência de dano moral. A dor é uma consequência, não é o direito violado. O que concerne à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua dor, correspondem a dos aspectos essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos da personalidade⁶⁸⁷.

Caracterizado o dano moral, impõe-se a sua reparação, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, e dos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil. Segundo a doutrina e a jurisprudência majoritárias, a condenação do ofensor ao pagamento de indenização por danos morais depende da demonstração do fato ofensivo, da culpa e do

prejuízo de outros direitos, tidos como *direitos de personalidade* ou fundamentais, inclusive diante da já citada proteção ampliada do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e de outros dispositivos do Texto Maior, como aquele que visa a tutelar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988). TARTUCE, Flávio; GROENINGA, Giselle Câmara. O dano à integridade psíquica, cit., p. 147.

⁶⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*, cit.

⁶⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 764. Cf. ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 22.

⁶⁸⁶ Explica Maria Celina Bodin de Moraes que não definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos dor, espanto, emoção, vergonha, aflição espiritual, desgosto, injúria física ou moral, em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confunde-se o dano com a sua (eventual) consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 131. Cf. DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil*, cit., p. 105. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 132.

⁶⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*, cit.

nexo de causalidade. O dano moral existiria *in re ipsa*, ou seja, independeria de prova, presumindo-se de modo absoluto. Comprovado o fato ofensivo, provado estaria o dano moral⁶⁸⁸. Além disso, a exigência da prova imporia à vítima o excessivo ônus de demonstrar um abalo imaterial, consistente na violação da dignidade humana, o que, em determinados casos, como na lesão à honra, não seria possível e acabaria por gerar a irreparabilidade do dano. Assim, prevalece o entendimento que afirma ser o dano moral decorrente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum⁶⁸⁹. Nesse sentido ensina Maria Celina Bodin de Moraes:

enquanto o dano patrimonial exige a prova concreta do prejuízo sofrido pela vítima, no dano moral não é necessária a prova para a configuração da responsabilização civil, bastando a própria violação à personalidade da vítima. Em consequência, depois de restar superada a máxima segundo a qual não há responsabilidade sem culpa, tendo-se encontrado na teoria do risco um novo e diverso fundamento de responsabilidade, desmentido se vê hoje, também, o axioma segundo o qual não haveria responsabilidade sem a prova do dano (...)⁶⁹⁰.

O entendimento majoritário, porém, encontra dissenso na doutrina. Segundo Anderson Schreiber, a prova do dano moral é requisito para a imposição do dever de indenizar⁶⁹¹. Explica o autor que a posição prevalecente confunde o dano moral com a dor, o sofrimento, a humilhação, enfim, as consequências sentimentais eventualmente decorrentes da violação da personalidade. Por isso, dispensa a prova do dano moral, já que

⁶⁸⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Danos patrimoniais e morais por violações a direitos da personalidade, cit., p. 16. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 83. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, cit., p. 650.

⁶⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 83. Esse também é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: a jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. STJ, REsp nº 196.024-MG, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, data do julgamento: 02/03/1999.

⁶⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 158-159.

⁶⁹¹ Esse também é o posicionamento de Flávio Tartuce, para quem o dano moral deve ser, em regra, provado: ultimamente, a tendência jurisprudencial é de ampliar os casos envolvendo a desnecessidade de prova do dano moral, diante do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), um dos baluartes do *Direito Civil Constitucional*. De qualquer forma, visando afastar o enriquecimento sem causa, dotando a responsabilidade civil de uma função social importante, seguimos o entendimento pelo qual se deve considerar como regra a necessidade de prova, presumindo-se o dano moral em alguns casos, como no protesto indevido de títulos, morte de pessoa da família ou perda de órgão ou parte do corpo. Para Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini, a lesão a um *direito da personalidade* daria ensejo à reparação desse dano, denominado moral. Assim, se violados os direitos da personalidade, desde que seja comprovado o dano, a vítima pode requerer a sua reparação mediante a fixação de uma quantia, para que sejam compensadas a dor, a humilhação, a tristeza, enfim o sofrimento suportado. DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil*, cit., p. 105. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 398.

seria ôineficaz exigir a demonstração em juízo da repercussão sentimental de um determinado evento sobre a vítima, seja porque a dor e o sofrimento são fatos inteiramente subjetivos, seja porque, nesta condição, são facilmente simuláveis⁶⁹². Ocorre que, conforme exposto, os sentimentos e sensações negativas podem ser consequência do dano moral, mas não o dano propriamente dito, sendo irrelevante à sua configuração. O dano moral decorre da ofensa a direito da personalidade. Desse modo, dispensar a prova de tais sentimentos não significa exonerar a vítima da prova do dano moral, porquanto aqueles não se confundem com este. Assim, a vítima deve demonstrar, concretamente, a lesão a qualquer dos atributos da personalidade. Não se trata de provar qualquer aspecto subjetivo, mas tão somente a lesão à personalidade. Em alguns casos, como no dano à integridade física ou psíquica, a prova é relativamente simples, pois dotada de materialidade. Todavia, faltando-lhe materialidade, a prova se torna mais difícil de ser produzida, como ocorre com o dano à honra. Mas, ainda assim, a lesão deve ser verificada objetivamente, sem alusão às eventuais consequências subjetivas. No caso, por exemplo, de alegação de dano à honra em razão de notícia de jornal tendenciosa, o ôjuiz não observa simplesmente a notícia e a partir dela extrai a ilação de que tenha ou não causado dano à honra da vítima. Deve, ao contrário, observá-la e verificar, de modo objetivo e concreto, se houve efetivo abalo à reputação pela conduta lesiva, ôperquirindo, por exemplo, se a notícia emprega contra o autor da demanda expressões difamatórias, se alude ao seu caráter, se lhe dirige ofensa pessoal. Eis como se prova a lesão e, portanto, o dano⁶⁹³.

Em outras palavras, a construção da presunção de dano extrapatrimonial ou do dano moral *in re ipsa* parece intimamente vinculada a uma concepção que enxerga nesta espécie de dano uma categoria consequencial e subjetiva ó o dano moral como reflexo da lesão sobre a serenidade emocional da vítima. Rejeita-se aqui tal concepção, em favor de um entendimento que vislumbre no dano extrapatrimonial nada além da lesão a um interesse extrapatrimonial concretamente merecedor de tutela. A lesão ocorre objetivamente e sua verificação se dá de forma inteiramente desvinculada da repercussão no estado de espírito da vítima. Esclarecido isto, parece certo que nada há que se presumir, procedendo-se tão somente à análise concreta e objetiva da relação entre a conduta alegadamente lesiva e o interesse alegadamente lesado.

Visto como lesão à personalidade humana, o dano moral exige, evidentemente, a prova da lesão, da mesmíssima forma, aliás, que a exige o dano patrimonial, como lesão ao patrimônio⁶⁹⁴.

A condenação à reparação dos danos morais faz surgir importante questão envolvendo a quantificação da indenização, tendo em vista a ausência de previsão de

⁶⁹² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 202.

⁶⁹³ Idem, p. 204.

⁶⁹⁴ Idem, p. 204-205.

critérios no Código Civil. Porém, antes da exposição dos parâmetros a serem adotados pelo magistrado no arbitramento do valor indenizatório, deve-se esclarecer que a indenização não tem por finalidade impor um preço à dor, mesmo porque ausente qualquer relação entre os aspectos de ordem subjetiva e a configuração propriamente dita do dano moral. A indenização revela-se como o meio de compensar a vítima pela lesão à sua personalidade⁶⁹⁵. Ademais, deve-se considerar que a indenização, além da função compensatória, tem também, em caráter acessório, função punitiva e pedagógica, pois visa a desestimular a reiteração da conduta ilícita⁶⁹⁶. Ensina Maria Helena Diniz que a reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como no dano material, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena⁶⁹⁷. Contudo, essa função disciplinadora e pedagógica somente deve ser admitida quando cabível a reparação principal. Na lição de Flávio Tartuce, não há como atribuir à reparação moral uma natureza *punitiva pura*, já que a última expressão utilizada no art. 927, *caput*, do CC é justamente a forma verbal da palavra *reparação*⁶⁹⁸. Ademais, o caráter punitivo deve ser aceito apenas em casos excepcionais, extremamente sérios e com consequências gravosas. A título de exemplo, Maria Celina Bodin de Moraes cita as hipóteses em que seja necessário dar essa resposta à sociedade, envolvendo conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. Deve ser admitido, outrossim, quando a lesão potencialmente atingir um elevado número de vítimas, como ocorre no âmbito dos direitos difusos. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo

⁶⁹⁵ A fim de adequar o modo de reparação do dano moral ao seu conteúdo existencial e, ao mesmo tempo, evitar a propagação da indústria do dano moral, Anderson Schreiber, baseado especialmente na doutrina e jurisprudência estrangeiras, propõe o desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação do dano. Tais meios não necessariamente vêm substituir ou eliminar a compensação em dinheiro, mas se associam a ela no sentido de efetivamente aplacar o prejuízo moral e atenuar a importância pecuniária no contexto da reparação. Cita como exemplos a retratação pública e a publicidade da reparação. Segundo o autor, o reconhecimento destes novos remédios aumenta a efetividade da reparação para a vítima e reduz o estímulo a ações mercenárias. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 193-198.

⁶⁹⁶ Segundo Carlos Alberto Bittar, o valor da indenização por dano moral deve ser de tal sorte a desestimular novas práticas lesivas, como se vem assentando na jurisprudência, a fim de que se criem óbices jurídicos às condutas rejeitadas pelo Direito e, assim, se possa conferir mais segurança e mais tranquilidade para um desenvolvimento normal e equilibrado das atividades humanas no meio social. BITTAR, Carlos Alberto. *Danos patrimoniais e morais por violações a direitos da personalidade*, cit., p. 16.

⁶⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*, cit., p. 459. Nesse sentido, cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 91.

⁶⁹⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 411. O Superior Tribunal de Justiça fixou seu entendimento nesse sentido: No tocante ao *quantum*, assinala-se que a fixação da indenização por dano moral deve revestir-se de caráter indenizatório e sancionatório, de modo a compensar monetariamente o constrangimento suportado pelos recorrentes, sem que caracterize o enriquecimento ilícito, adstrito ao princípio da razoabilidade e, de outro lado, há de servir como meio propedêutico ao agente causador do dano. STJ, REsp nº 582.047, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, data do julgamento: 04/08/2009. Cf. REsp nº 1.065.397-MT, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, data do julgamento: 04/11/2010).

inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido⁶⁹⁹. Ainda no entender da autora, a parcela punitiva que compõe o montante indenizatório não deve ser revertida à vítima do dano, sob pena de gerar enriquecimento sem causa. Deve, ao revés, ser depositada em fundos análogos aos do artigo 13 da Lei nº 7.347/85⁷⁰⁰.

Além disso, na fixação do *quantum* indenizatório o magistrado deve considerar a repercussão do dano, a possibilidade econômica do ofensor e, quando o caso, o grau de culpa do agente⁷⁰¹. O juiz deve atentar às peculiaridades do caso concreto, arbitrando-o com razoabilidade e prudência a fim de compensar a vítima pelo dano sofrido, sem servir de fonte de enriquecimento ilícito. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho afirma que o juiz deve fixar a indenização de acordo com o seu prudente arbítrio, considerando a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes⁷⁰².

Analizados os elementos caracterizadores do dano, bem como os principais aspectos envolvendo a configuração do dano material e do dano moral, passa-se ao estudo do último pressuposto da responsabilidade civil subjetiva: o nexo de causalidade.

3.2.4 Nexo de causalidade

A caracterização da responsabilidade civil subjetiva não depende tão somente da conduta culposa, contrária à ordem jurídica, e do dano. É preciso, ainda, que o ato ilícito praticado pelo agente seja a causa do dano sofrido pela vítima, de modo que, entre ambos, exista uma relação de causa e efeito, sem a qual não se configura a responsabilidade civil. É preciso indagar, portanto, se o dano é resultado necessário da conduta ilícita do agente. Nesse sentido, o nexo de causalidade pode ser definido como a

⁶⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 263.

⁷⁰⁰ Ibidem. Não admitindo a função punitiva do dano moral, tem-se o posicionamento de Wilson Melo da Silva: «para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique. *Nulla poena sine lege; nullum crimen sine lege*. Para a existência do dano, porém, basta a simples infringência da ampla regra do *neminem laedere*. O delito, no dano, é apenas o seu fato gerador, a circunstância determinante dêle. E o que, no juízo cível, se busca ressarcir é apenas a consequência, patrimonial ou não-patrimonial, do delito e não o delito mesmo. O delito sempre pressupõe a culpa do agente. O dano, não. (...) Mira-se, na responsabilidade civil, a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para graduação do *quantum* reparador, e não a culpa do autor. (...) A pena não passa jamais da pessoa do delinquent; o ônus, porém, da reparação do dano, patrimonial ou extrapatrimonial, se transmite aos herdeiros do ofensor». SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*, cit., p. 436-437. Cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 209-215.

⁷⁰¹ Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 88. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 413.

⁷⁰² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 90.

relação de causa e efeito entre a conduta ilícita e o dano. É o nexo causal que se estabelece entre o fato danoso e o dano, razão pela qual o fato, que pode resultar de uma atuação ilícita ou de uma situação definida em lei, é pois imprescindível como causa geradora da indenização⁷⁰³. Na lição de Sergio Cavalieri Filho, o nexo causal

estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente⁷⁰⁴.

Existem, essencialmente, três teorias que procuram explicar o nexo causal, vale dizer, demonstrar a verdadeira causa do dano, mormente quando mais de um fato está relacionado à sua ocorrência. São elas: a) teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*); b) teoria da causalidade adequada; e, c) teoria dos danos diretos e imediatos.

Pela teoria da equivalência das condições, todos os fatos que concorreram para o resultado danoso são considerados causa e, por conseguinte, geram responsabilidade civil. Não se estabelece distinção entre causa e condição⁷⁰⁵, considerando-se causa toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve⁷⁰⁶. Assim, segundo essa teoria, todas as causas e condições que concorreram para o resultado danoso se equivalem. Entende-se como causa do dano o conjunto dos antecedentes que o condicionam⁷⁰⁷. Para verificar a existência da relação de causalidade, deve-se eliminar mentalmente a condição, por meio de um processo hipotético, de modo que, se acarretar o desaparecimento do dano, a condição é tida como causa, mas, se ele subsistir, de causa não se trata⁷⁰⁸. Explica Álvaro Villaça Azevedo que todas as concausas, condições e circunstâncias que tenham concorrido para o evento danoso devem ser consideradas englobadamente como causas. Sem esse somatório de condições e circunstâncias, o prejuízo não ocorreria⁷⁰⁹. Trata-se de teoria extremamente abrangente, pois, ao considerar todo antecedente que contribuiu para a ocorrência do resultado danoso como causa, amplia por demais a cadeia causal, que pode

⁷⁰³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, cit., p. 253.

⁷⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 46.

⁷⁰⁵ Para Sergio Cavalieri Filho, causa é aquilo de que uma coisa depende quanto à existência, enquanto condição é o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos. A teoria da equivalência das condições não faz essa distinção. Idem, p. 47.

⁷⁰⁶ Ibidem.

⁷⁰⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 40.

⁷⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 47. Segundo Gisela Sampaio da Cruz, significa dizer, por outras palavras, que um fenômeno é condição de outro, quando o primeiro não puder ser suprimido mentalmente, sem que o resultado desapareça em sua forma particular. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 39.

⁷⁰⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, cit., p. 253.

regredir infinitamente, gerando decisões injustas⁷¹⁰. Por essa razão, não é adotada no direito civil brasileiro.

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, não considera como causa toda e qualquer condição ou circunstância que contribua para a ocorrência do dano. Segundo essa teoria, causa é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado⁷¹¹. Apenas será causa, portanto, aquela que, considerada abstratamente e segundo as regras de experiência e das leis naturais, foi determinante à provocação do dano⁷¹². O fundamento dessa teoria é assim exposto por Agostinho Alvim:

apreciando certo dano, temos que concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas, pergunta-se, tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais?

Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância accidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada⁷¹³.

Portanto, não basta que o fato tenha sido, *em concreto*, uma condição *sine qua non* do prejuízo. É preciso, ainda, que o fato constitua, *em abstrato*, uma *causa adequada* do dano⁷¹⁴. Vê-se, assim, que o cerne dessa teoria se resume à adequação e ao

⁷¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 129. A fim de demonstrar a inconveniência da adoção dessa teoria, Sergio Cavalieri Filho cita um exemplo que demonstra as consequências de sua aplicação no caso concreto: teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria-prima etc. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 47.

⁷¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 48. Álvaro Villaça Azevedo cita o seguinte exemplo para demonstrar a influência das teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada na caracterização da responsabilidade civil: os doutrinadores, em geral, citam o exemplo da pessoa que deu uma pancada leve no crânio de outrem, que, em uma pessoa normal, não causaria qualquer dano, sequer pequeno ferimento. Todavia, a vítima da pancada, sendo portador de fragilidade dos ossos do crânio, que já se encontrava fraturado, vem a falecer. Essa causa não é adequada para produzir a morte. Contudo, pela teoria da equivalência de condições, essa batida é considerada *conditio sine qua non* para ocasionar o falecimento. Isso porque, conforme explica Gisela Sampaio da Cruz, ao contrário da teoria da equivalência das condições, na teoria da causalidade adequada a *causa* deve ser estabelecida em abstrato, segundo a ordem natural das coisas e a experiência da vida, e não em concreto, a considerar os fatos tal como se deram, já que, em tais circunstâncias, as condições são mesmo equivalentes. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, p. cit., 254. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 66.

⁷¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 131.

⁷¹³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 304.

⁷¹⁴ Prosseguindo com sua explicação, Sergio Cavalieri Filho, baseando-se nos ensinamentos de Antunes Varela, assim elucida essa teoria: se alguém retém *ilicitamente* uma pessoa que se aprestava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como *causa (jurídica) do dano* ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não se teria dado se não fora o fato ilícito. A idéia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de *causalidade* adequada entre *fato* e *dano* quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima,

juízo de probabilidade. Trata-se, pois, de verificar se a causa efetivamente concorreu para o evento danoso, bem como se era ela, em abstrato, segundo a experiência comum, adequada, apropriada à sua produção⁷¹⁵.

Tem-se, por fim, a teoria dos danos diretos e imediatos, também denominada de teoria da interrupção do nexo causal. Segundo Álvaro Villaça Azevedo, essa teoria congrega as duas outras analisadas acima e revela o posicionamento acolhido pelo legislador brasileiro, nos termos do artigo 403 do Código Civil, que, embora trate da responsabilidade contratual, também se aplica à extracontratual⁷¹⁶. Para a teoria dos danos diretos e imediatos, a causa consiste no antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao dano, determina que este seja sua consequência, direta e imediata⁷¹⁷. Assim, quando diversos fatores contribuírem para a produção do dano, deve-se verificar qual deles se liga ao evento lesivo em uma relação de necessariedade, distinguindo-se as condições que concorreram para a sua produção da sua real causa necessária⁷¹⁸. A expressão direta e imediata não significa que o dano deve decorrer da causa cronologicamente mais próxima ao resultado danoso, mas, sim, daquela necessária, mais determinante à sua ocorrência, ainda que remota, sem a qual o dano não existiria⁷¹⁹. Considera-se como causa, desse modo, o evento fático necessário e determinante à ocorrência do prejuízo⁷²⁰. O advento de uma causa superveniente, que interrompa o nexo causal, convertendo-se na causa direta e imediata do dano, impede que se estabeleça o vínculo causal entre o prejuízo e o primeiro agente, pois o dano não seria decorrência

segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 48.

⁷¹⁵ Idem, p. 49. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 64.

⁷¹⁶ Artigo 403 do Código Civil de 2002: "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual". AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, cit., p. 254. Cf. TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo II, p. 64.

⁷¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 132.

⁷¹⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 102.

⁷¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 50. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 132-133.

⁷²⁰ Para esclarecer a teoria, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho citam o exemplo: "Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então, é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Ora, pela morte da vítima, apenas poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor. Tício, por sua vez, não responderia pelo evento fático, uma vez que o seu comportamento determinou, como efeito direto e imediato, apenas a lesão corporal". GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 133.

necessária da conduta deste⁷²¹. Nesse sentido, Flávio Tartuce afirma que, havendo violação do direito por parte do credor ou do terceiro, haverá interrupção do nexo causal com a conseqüente irresponsabilidade do suposto agente⁷²². Essa teoria é a adotada por parte da doutrina, que entende ter sido ela acolhida pelo legislador brasileiro no artigo 403 do Código Civil⁷²³. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho sustentam que se trata da teoria mais adequada, pois não apresenta o nível de insegurança jurídica e subjetividade apresentados em alto grau pelas teorias anteriores⁷²⁴. Por conseguinte, tecem a seguinte crítica quanto à teoria da equivalência das condições e à teoria da causalidade adequada:

se a teoria anterior peca por excesso, admitindo uma ilimitada investigação da cadeia causal, esta outra, a despeito de mais restrita, apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, *causa do resultado danoso*⁷²⁵.

Sergio Cavaliere Filho, por sua vez, também se baseando no artigo 403 do Código Civil, afirma que o legislador adotou a teoria da causalidade adequada⁷²⁶. Isso porque, ao mencionar a expressão efeito direto e imediato, o referido dispositivo legal acolhe o entendimento de que causa não é apenas o antecedente adequado, mas também necessário, determinante à produção do resultado danoso. Explica o autor:

Não há no atual Código Civil, tal como no de 1916, regra expressa sobre o nexo causal (...). Com base no art. 1.060 do Código de 1916, nossos melhores autores ó a começar por Aguiar Dias ó sustentam que a teoria da causa adequada prevalece na esfera civil. Esse art. 1.060 foi fielmente reproduzido no art. 403 do Código atual (...). De se ressaltar que a expressão efeito direto e imediato não indica a causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim aquela que

⁷²¹ Baseando-se no exemplo citado na nota de rodapé acima, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam: "Note-se, portanto, que a interrupção do nexo causal por uma causa superveniente, ainda que relativamente independente (capotagem do veículo) impede que se estabeleça o elo entre o resultado morte e o primeiro agente, Tício, que não poderá ser responsabilizado". GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 133.

⁷²² TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 365.

⁷²³ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 559. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, cit., p. 254. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 111. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 135. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, cit., p. 618. RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, cit., p. 76. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 60-61. TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*, cit., p. 68.

⁷²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 134.

⁷²⁵ Idem, p. 132.

⁷²⁶ Esse também é o posicionamento de Flávio Tartuce, segundo o qual o Código Civil de 2002 adotou, em melhor sentido, a *teoria da causalidade adequada*, eis que a indenização deve ser adequada aos fatos que a cercam. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 366.

foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas. Com frequência a causa temporalmente mais próxima do evento não é a mais determinante, caso em que deverá ser desconsiderada, por se tratar de mera *concausa*⁷²⁷.

A controvérsia é ampla e perdura na doutrina e na jurisprudência. Porém, a despeito das teorias nominalmente aceitas, o que se verifica é a prevalência da investigação da causa necessária do evento danoso.

O problema é que, muitas vezes, a jurisprudência e a doutrina, sucumbindo talvez ao caráter sedutoramente empírico do tema, acabam por confundir ambas as teorias, não dispensando, entretanto, em nenhuma hipótese, a investigação da necessidade da causa. (...) Portanto, a despeito de reconhecermos que o nosso Código melhor se amolda à teoria da causalidade direta e imediata, somos forçados a reconhecer que, por vezes, a jurisprudência adota a causalidade adequada, no mesmo sentido⁷²⁸.

Finalizada a análise acerca dos elementos da responsabilidade civil subjetiva, inicia-se o estudo do tema central dessa dissertação: a responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores.

3.3 Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos menores

O estudo acerca do dever de indenizar por abandono afetivo resulta, essencialmente, da necessidade de se tutelar a personalidade e a dignidade dos filhos menores, vítimas das lesões causadas pela conduta culposa dos pais que negligenciam sua criação e educação, privando-os, ainda, da convivência familiar. Trata-se, assim, de analisar a possibilidade de responsabilizar civilmente os pais que, adotando conduta imprópria, negam 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 garantias⁷²⁹. Sílvia de

⁷²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 50. Referindo-se ao posicionamento de Sergio Cavaliere Filho, Gisela Sampaio da Cruz afirma que muitos dos autores que consideram a Teoria da Causalidade Adequada a teoria adotada pelo direito brasileiro, no momento de aferir o nexo causal, buscam, no mais das vezes, a causa necessária do dano, confundindo-a com a Teoria do Nexo Causal Direto e Imediato. (...) O referido autor, embora adote nominalmente a Teoria da Causalidade Adequada (...), entende que o dano tem de ser consequência necessária da conduta do agente, tal como determina a Teoria do Nexo Causal Direto e Imediato. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 85.

⁷²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 135-136. Cf. TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade, cit., p. 71.

⁷²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: Família e cidadania ó o novo código civil brasileiro e a *vacatio legis*. *Anais do III Congresso Brasileiro de*

Salvo Venosa, ao comentar a incidência do instituto da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, afirma:

É fato que a responsabilidade aquiliana, e especificamente o dever de indenizar no direito contemporâneo, deixou de representar apenas uma reposição patrimonial de prejuízo ou uma jurisprudência dirigida a esse sentido, deslocando-se para um campo cada vez mais axiológico ou de valores existenciais que se traduzem, no seu cerne, na possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral. Para esse quadro concorre definitivamente a Constituição de 1988, um marco e divisor de águas no direito privado brasileiro. É indubitável que a responsabilidade civil em sede de direito de família decorre de toda essa posição porque, em última análise, ao se protegerem abusos dos pais em relação aos filhos, ou vice-versa, (...) o que se protege, enfim, são os direitos da personalidade e a dignidade do ser humano⁷³⁰.

Portanto, a aplicação do instituto da responsabilidade civil à relação de parentalidade somente se tornou possível com a mudança paradigmática introduzida pela Constituição Federal de 1988, que colocou a proteção da pessoa humana como valor central do sistema jurídico e, por conseguinte, consagrou o princípio da afetividade nas relações familiares⁷³¹. A proteção da dignidade humana efetiva-se por meio da garantia dos direitos da personalidade, os quais tutelam, além dos aspectos físicos, os aspectos psíquicos do indivíduo, estritamente relacionados ao intelecto e ao afeto. Sendo a afetividade imprescindível ao pleno desenvolvimento da personalidade e tendo a sua atuação ligação direta com as relações familiares, é dever dos pais se comportar de modo pró-afetivo, desempenhando corretamente os deveres do poder familiar, no interesse dos filhos menores, a fim de que eles se desenvolvam física e psicologicamente.

Embora o direito de família procure tutelar os filhos que são abandonados pelos pais por meio da suspensão ou destituição do poder familiar, não raras as vezes essas sanções são insuficientes, especialmente quando o abandono afetivo já se operou e os danos aos filhos também. Nesse sentido é que se tem concebido a aplicação do instituto da responsabilidade civil à relação de parentalidade, mormente nos casos de abandono afetivo. Não se trata, aqui, de responsabilizar os pais pela falta de amor, mas, sim, de lhes

Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM ó União OAB-MG, 2002, p. 404.

⁷³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 318-319.

⁷³¹ O Direito antes destinado à proteção do indivíduo e da propriedade, agora visa à proteção da pessoa humana e de sua dignidade. Há nitidamente uma mudança de eixo axiológico: o valor fundamental do Direito moderno era a propriedade privada, que se vinculava aos indivíduos de forma absoluta; no Direito atual, o valor fundamental é a pessoa humana, a quem se conferem direitos como forma de promoção da sua dignidade. SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: *Direito de família e das sucessões* (coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Flávio Tartuce; José Fernando Simão). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 201-202.

impor o dever de indenizar os filhos menores pela omissão quanto à sua criação, educação e convivência familiar, não apenas física, mas, principalmente, espiritual, moral. Essa possibilidade, contudo, é ainda extremamente controvertida na doutrina e na jurisprudência e decorre, especialmente, das divergências quanto ao próprio conteúdo do afeto e, por conseguinte, da caracterização do ato ilícito. Assim, procurando elucidar a divergência quanto à possibilidade de se impor o dever de indenizar os filhos menores pelos danos sofridos em razão do abandono afetivo dos pais, iniciar-se-á o cotejo dos elementos da responsabilidade civil subjetiva na relação de parentalidade, expondo-se os principais argumentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e contrários a essa responsabilização. Nesse estudo, os elementos que caracterizam a responsabilidade civil subjetiva serão analisados considerando-se a funcionalização das entidades familiares, ou seja, a existência da família que visa à realização da personalidade de seus membros⁷³².

O primeiro elemento da responsabilidade subjetiva é a conduta voluntária contrária à ordem jurídica. Na relação parental, o abandono afetivo caracteriza-se pelo descumprimento dos deveres de ordem imaterial do poder familiar, quais sejam o de criação, educação, companhia e guarda. Estes não evidenciam o dever de amar, mas a dedicação integral dos pais à plena formação psíquica dos filhos menores, que necessitam de assistência moral justamente para lhes proporcionar e assegurar o desenvolvimento de sua personalidade⁷³³. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em abordagem filosófica sobre a responsabilidade civil na relação paterno-filial, afirma que a autoridade parental não mais se consubstancia em uma relação de poder, mas, sim, em uma relação de afeto, construída durante todo o processo de criação e educação dos filhos. Ensina a autora que

ao final do processo de autoridade paterna, de formação familiar, de dependência dos filhos em relação aos pais, o que temos é uma outra associação, cujos laços mais fortes que os laços determinados pela vida civil a todos os cidadãos são justamente os laços de afeto, quando tais laços tenham tido a devida oportunidade de se formarem, ao longo de todo esse percurso⁷³⁴.

Ainda, explica a autora que a autoridade parental existe não apenas em razão de uma fundamentação natural, vale dizer, a concepção dos filhos. Existe, essencialmente, para o cumprimento de uma finalidade, qual seja a de satisfazer as

⁷³² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁷³³ Romualdo Baptista dos Santos, baseando-se em estudos da Psicologia, afirma que o desenvolvimento da estrutura afetiva é constitutivo da personalidade. SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Responsabilidade civil na parentalidade*, cit., p. 204.

⁷³⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*, cit., p. 426.

necessidades indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento. Assim, os pais devem sustentar, educar e formar os filhos, de modo que a autoridade parental só será válida se cumprir essa finalidade. Se a finalidade é natural ou voluntária, pouco importa; o que importa é que ela é irrecusável e que nenhuma família poderia ser concebida sem que tivesse como finalidade conjunta a formação dos seus integrantes⁷³⁵. Dessa forma, os pais que descumprem os deveres de ordem imaterial decorrentes da autoridade parental e abandonam afetivamente o filho menor, rejeitando-o, tratando-o como se uma pessoa estranha fosse, cometem ato ilícito, contrário à ordem jurídica⁷³⁶. Primeiro, porque infringem os preceitos legais relativos aos direitos fundamentais da criança e do adolescente e ao poder familiar, especialmente os artigos 227 e 229 da Constituição Federal, o artigo 1.634, incisos I e II, do Código Civil, e o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais impõem aos pais os deveres de assistir, criar, educar e conviver com os filhos menores. Depois, porque violam o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, contrariando a própria finalidade do poder familiar, concebido para proteger e viabilizar a completa formação da prole, ou seja, para garantir o desenvolvimento da personalidade e, em última análise, a proteção de sua dignidade⁷³⁷. Assim agindo, faltam com respeito, cooperação, assistência e amparo, prevalecendo o interesse individual do genitor em detrimento da plena formação do filho e do equilíbrio da relação familiar. As relações familiares só são legítimas enquanto se concentram no interesse pela formação e pela liberdade dos filhos⁷³⁸. Caso contrário, a condenação dos pais pela reparação dos danos causados ao filho é medida que se impõe, pois este, antes de ser um membro da família, é um ser humano, que deve ter a sua dignidade protegida, especialmente por aqueles que têm o dever de cuidado⁷³⁹.

⁷³⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial, cit., p. 423.

⁷³⁶ A privação da adequada comunicação com os filhos pelo genitor não-guardião é uma conduta antijurídica, uma vez que implica no inadimplemento dos deveres jurídicos decorrentes do exercício da autoridade parental. Como ato ilícito, faz nascer a responsabilidade civil do autor de indenizar o dano que causou, o qual deve ser provado. PIETRA, Maria Luciana; LOPES, Cecília. Responsabilidad civil derivada del impedimento u obstrucción de contacto de niños con padres no convivientes. *Revista del colegio de abogados de La Plata*, ano XLIII, n. 64, dez./2003, p. 99 (Traduzi).

⁷³⁷ Cf. SOUZA, Osni de. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: 2003. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 229-230.

⁷³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial, cit., p. 431.

⁷³⁹ PIETRA, Maria Luciana; LOPES, Cecília. Responsabilidad civil derivada del impedimento u obstrucción de contacto de niños con padres no convivientes, cit., p. 99.

A conduta ilícita dos pais é, em regra, omissiva, eis que representada pelo descumprimento dos deveres do poder familiar que lhes são impostos por lei⁷⁴⁰. A ordem jurídica exige dos pais um comportamento positivo, consistente na formação física e psíquica dos filhos por meio da criação, da educação e da convivência familiar. Logo, a não observância desses deveres configura a omissão, juridicamente relevante pelo desrespeito do dever legal de agir⁷⁴¹. Em síntese, a conduta omissiva do pai caracteriza-se pela omissão aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar⁷⁴².

Fundando-se no entendimento de que o descumprimento dos deveres do poder familiar configura ato ilícito, o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, em acórdão paradigmático, condenou o pai que abandonou afetivamente o filho ao pagamento de indenização por danos morais no valor equivalente a duzentos salários mínimos⁷⁴³. Entendeu-se que pratica ato ilícito o pai que não cumpre com os deveres inerentes ao poder familiar, no caso, o de convívio e educação. Nas palavras do relator, juiz Unias Silva, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação (...). Esse acórdão, contudo, foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, conforme se observa da seguinte 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.
2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp nº 757.411-MG, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, data do julgamento: 29/11/2005).

⁷⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁷⁴¹ Nesse sentido, Christiano Cassettari afirma que se os pais não cumprirem com seus deveres para com seus filhos e se isso causar dano, o que ocorre na maioria das vezes, principalmente o dano moral, cometerão um ato ilícito, que deve ser reparado, principalmente, diria eu, por violar preceitos de ordem pública, já que a família, em que os filhos estão inseridos, goza de proteção estatal. CASSETTARI, Christiano. *Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos e dos deveres constitucionais*. In: *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudança de paradigmas* (coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka). Belo Horizonte: Del Rey; São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005, p. 442.

⁷⁴² SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Pais, filhos e danos*, cit.

⁷⁴³ Ementa: o INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS e RELAÇÃO PATERNO-FILIAL e o PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA e o PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. 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. TJMG, Apelação Cível nº 408550-5, Sétima Câmara Cível, Rel. juiz Unias Silva, data do julgamento: 01/04/2004.

Na fundamentação de seu voto o relator, Ministro Fernando Gonçalves, entendeu pela não caracterização do ato ilícito. Sustentou, primeiramente, que o ordenamento jurídico já prevê como punição ao pai que descumpra de modo injustificado os deveres de guarda e educação dos filhos a perda do poder familiar. Dessa forma, não haveria razão para condená-lo, ainda, à reparação dos eventuais danos morais sofridos pelo filho, já que tal sanção, além da função punitiva, possui também função dissuasória, demonstrando 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. Ademais, afirmou que a responsabilização civil do pai pelo abandono afetivo acabaria por frustrar qualquer possibilidade de reconstrução do relacionamento, afastando ainda mais o pai do contato e convivência com o filho. Segundo o relator, quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos. Por fim, entendeu não caber ao Poder Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo⁷⁴⁴, não caracterizando o ato ilícito ante a ausência de violação de qualquer preceito legal⁷⁴⁵.

Divergindo do voto do relator, o Ministro Barros Monteiro posicionou-se no sentido de responsabilizar o pai pela reparação dos danos morais causados ao filho. No entender do Ministro, voto-vencido, restou caracterizada a conduta ilícita do pai que, a despeito de cumprir com a obrigação alimentar, não observou o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.

⁷⁴⁴ Para Regina Beatriz Tavares da Silva o afeto consubstancia-se no amor: não existe o dever jurídico de nutrir afeto ou de amar. Nem mesmo nas relações de família há o dever jurídico de amar. Amar não é dever, tampouco direito na órbita jurídica. Dessa forma, o pai ou a mãe não poderia ser civilmente responsabilizado por não amar o filho. Por outro lado, afirma a autora que essa responsabilização é possível quando os pais descumprem os deveres do poder familiar de companhia e educação, causando danos à integridade psíquica e à honra dos filhos. De fato, não é possível impor aos pais o dever de indenizar os filhos pela falta de amor. Ocorre que o afeto não se resume ao amor. Trata-se da dedicação dos pais à plena formação dos filhos, o que se dá por meio da criação, da educação e da convivência familiar. É o agir como se amasse o filho, ainda que tal comportamento não corresponda a esse sentimento. Assim, a despeito da divergência terminológica, entende a autora ser possível a responsabilidade civil dos pais que descumprem os deveres de ordem imaterial do poder familiar. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos. In: *Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil* (coords. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves). São Paulo: Método, 2006, p. 466-468.

⁷⁴⁵ Esse é também o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: não se pode admitir que a pura e simples violação de *afeto* enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Assim, entendem os autores que afeto e amor possuem o mesmo conteúdo, de modo que o abandono afetivo não caracterizaria ato ilícito. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 76. Cf. MORRIS, Amanda Zoë. *A intenção na determinação da parentalidade*, cit., p. 59-64.

Além disso, afirmou o Ministro que a destituição do poder familiar em nada interfere na indenização por dano moral, a qual seria devida em razão da configuração da conduta ilícita culposa, do dano e do nexo de causalidade. Com efeito, assiste razão ao Ministro Barros Monteiro. Conforme já exposto, a destituição do poder familiar é sanção autônoma, que não afasta a possibilidade de se impor o dever de indenizar quando preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil. No caso do abandono afetivo, que se caracteriza, especialmente, pela falta de proteção e pelo afastamento voluntário e injustificado do pai que nega assistência moral ao filho, a perda do poder familiar pode representar um verdadeiro prêmio para aquele que já não exerce os deveres parentais. A perda do poder familiar do pai que abandona afetivamente o filho acabaria por beneficiá-lo, não havendo como se falar, assim, que tal sanção atinge efetivamente a função punitiva e dissuasória⁷⁴⁶. Ademais, caracterizada a conduta ilícita culposa, o dano e o nexo de causalidade, o dever de indenizar é medida que se impõe, principalmente na hipótese de abandono afetivo, pois, ocorrendo ãuma lesão a um direito de personalidade ou qualquer ofensa à dignidade humana, não se pode permitir que o lesado não obtenha reparação ou compensação, sob pena de ocorrer um desequilíbrio na ordem jurídica⁷⁴⁷.

Outro argumento exposto no voto da relatoria que não merece acolhida é o que se refere à impossibilidade de reconstrução do relacionamento paterno-filial em caso de condenação do pai à reparação dos danos causados ao filho. O abandono afetivo ocorre em situações excepcionais e pontuais, quando o pai, de fato, se afasta do filho, renegando-o, sem lhe prestar qualquer assistência moral, desamparando-o e privando-o de sua convivência. Nessa hipótese, já não há mais qualquer relacionamento entre pai e filho, posto que efetivamente indesejado por aquele⁷⁴⁸. A única razão a ensejar o abandono é a

⁷⁴⁶ Nesse sentido é o posicionamento de Maria Berenice Dias, segundo a qual o abandono afetivo pode ser causa de perda do poder familiar, mas essa sanção não é suficiente. ãAliás, a decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono. Esse também é o entendimento de Regina Beatriz Tavares da Silva, para quem a perda do poder familiar pode implicar em maior distanciamento entre pai e filho do que a imposição do dever de indenizar. Explica a autora que ãé evidente que a perda do poder familiar acarreta afastamento entre pai e filho, já que o genitor deixa de ter o direito de visitar o filho. Por outro lado, a condenação do pai no pagamento de uma indenização não importa perda do poder familiar; o pai conserva o direito de visitas quanto ao filho. Claro está que a condenação no pagamento de uma indenização sugere que existirão dificuldades nessa visitação, mas, ao menos, conserva-se o direito de visitas, que poderá ser exercitado a qualquer tempo. O que foi acima exposto não tem o significado de negação à pena civil da perda do poder familiar. Casos existem em que essa destituição deve ser imposta ao pai pelo Poder Judiciário, podendo, até mesmo, ser cumulada com a condenação no pagamento de uma indenização ao filho. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 461. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos*, cit., p. 469.

⁷⁴⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana*, cit., p. 144.

⁷⁴⁸ Segundo Giselle Câmara Groeninga, ãé necessário reconhecer que os pedidos de indenização por abandono afetivo devem ser formulados após serem esgotadas e frustradas tentativas de contato e convivência. As demandas judiciais são, em geral, formuladas após muito sofrimento e elaboração psíquica,

vontade do pai, que, mesmo sem a intenção de causar dano ao filho, adota comportamento omissivo, negligenciando a sua criação, formação e educação. Nesses casos, a responsabilização civil do pai não impedirá a reconstrução futura e eventual do relacionamento com o filho, ainda que isso seja extremamente improvável ante as circunstâncias envolvendo o abandono. Ademais, seria contraditório admitir a perda do poder familiar e afastar a imposição do dever de indenizar sob tal argumento. Isso porque a condenação à reparação dos danos seria menos gravosa do que aquela sanção, a qual efetivamente inviabiliza qualquer reaproximação. Portanto, considerando-se que o afeto não se resume ao amor, o abandono afetivo configura ato ilícito, conforme ensina Ana Carolina Brochado Teixeira:

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, esculpido nos arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente ó ECA, 1.566, IV, e 1.634, I e II, do CCB/02⁷⁴⁹.

O segundo pressuposto da responsabilidade civil subjetiva é a culpa, que consiste no elemento anímico qualificador da conduta do agente. O pai ou a mãe deve adotar comportamento deliberado no sentido de abandonar o filho, descumprindo os deveres do poder familiar. Agirá com dolo se tiver a intenção de causar lesão à personalidade do filho. Trata-se, por exemplo, do caso em que o pai, em razão de desavenças com a mãe, passa a desprezar ou maltratar o filho com a intenção de atingir a sua integridade psíquica. Por outro lado, agirá com culpa se, não havendo intenção de causar dano, adotar comportamento impróprio e injustificado, negando-se, por sua própria vontade, a conviver ou a participar da criação e da educação do filho. A conduta culposa exterioriza-se, assim, pela falta de cuidado com a formação da personalidade dos filhos⁷⁵⁰. Trata-se do comportamento negligente, do descaso, da falta de atenção em relação à criação e formação da prole. Nessa linha, o genitor não guardião

deve ter se ocultado à convivência com o filho, e deliberadamente se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade, de forma negligente ou imprudente. Como o caso é de abandono afetivo, com a concomitante inobservância dos deveres de ordem imaterial atinentes ao

tendo em vista a necessidade de reconhecimento por parte do pai, mesmo que por meio de um terceiro, o juiz, de modo a resgatar parte da auto-estima e identidade, abaladas em função da falta paterna. GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência, cit., p. 417.

⁷⁴⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana, cit., p. 144.

⁷⁵⁰ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade, p. 202-203.

poder familiar, expressão maior da relação paterno/materno-filial, configurar-se-á a culpa em sua modalidade omissiva⁷⁵¹.

Assim, não basta que o pai ou a mãe tenha descumprido os deveres do poder familiar. É preciso, ainda, que o descumprimento seja culposos, verificando-se, no caso concreto, que o genitor poderia e deveria ter agido de outro modo, mas não o fez por sua própria vontade, de modo injustificado. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka cita alguns exemplos em que a não observância dos deveres parentais de ordem imaterial não decorre de culpa do pai, uma vez que dele não se poderia exigir a adoção de comportamento diverso. São os casos em que a convivência é inviabilizada em razão da fixação do domicílio do pai em local consideravelmente distante da residência do filho, cujo deslocamento constante se torne extremamente oneroso, principalmente com relação a famílias menos abastadas; quando o afastamento do genitor decorre do seu acometimento por doença grave e visa à preservação da segurança e da saúde do filho ao não colocá-lo em situação de risco; ou quando o convívio com o filho é obstaculizado pelo genitor guardião, não sendo a omissão imputável ao não guardião⁷⁵². Nessas hipóteses, não há que se falar em responsabilidade civil por abandono afetivo.

O terceiro elemento da responsabilidade civil subjetiva é o dano. Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo⁷⁵³, que viola a dignidade humana. Nesse sentido é o posicionamento de Rodrigo da Cunha Pereira, para quem o dano não decorre do sofrimento causado, mas, sim, da violação de direitos da personalidade do filho provocada

⁷⁵¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁷⁵² Ibidem.

⁷⁵³ Ibidem. Ensinam Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini que o vocábulo *personalidade*, do latim *personalitas*, tem origem na palavra pessoa, *persona*, e significa o conjunto de elementos inerentes ao ser humano. (...) A personalidade não é considerada um direito subjetivo, entendido este como o poder legalmente conferido à pessoa de defender seus bens materiais ou imateriais, mas a fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos. Giselle Câmara Groeninga e Flávio Tartuce aduzem que a personalidade, de acordo com a Psicanálise, é a condição ou maneira de ser da pessoa. É a organização, mais ou menos estável, que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem. O aspecto físico e os psíquicos, como a vontade, a emoção, a inteligência, são aspectos da personalidade. Segundo José Fernando Simão, a personalidade pode ser estudada sob uma ótica estática ou dinâmica: «Na ótica estática, a personalidade se reduz à identidade pessoal, aos sinais como elementos de identificação. São as características que distinguem o sujeito das demais pessoas, permitindo sua individualização, portanto aparecem no Registro Civil. Já a personalidade dinâmica baseia-se na idéia de uma verdade pessoal que se evidencia por meio da projeção social da personalidade, seu desdobramento psicológico, político, filosófico e religioso. (...) A personalidade seria a soma de caracteres corpóreos ou incorpóreos da pessoa natural ou jurídica. Então, a função do legislador não seria a de definir personalidade, mas, sim, de protegê-la». DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil*, cit., p. 54-55. SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit., p. 13-14. TARTUCE, Flávio; GROENINGA, Giselle Câmara. O dano à integridade psíquica. Uma análise interdisciplinar, cit., p. 148.

pelo mau exercício dos deveres do poder familiar. Afirma o autor que o abandono e rejeitar um filho é violar direitos. Os menores têm direito não só ao nome de filho mas também ao *estado de filho*⁷⁵⁴. Trata-se, portanto, de dano moral⁷⁵⁵, também denominado, nesse caso, de dano afetivo, cuja reparação

encontra-se consagrada no direito brasileiro, não havendo razão para a exclusão dos pais quando, por atos próprios, na criação e educação dos filhos, causem lesões aos direitos da personalidade dos mesmos, produzindo-lhes ofensas à liberdade, à vida, à integridade física e psíquica. Tais condutas ofendem a própria dignidade do ser humano, que a Constituição Federal de 1988 elevou à categoria de fundamento da república, e tornam inevitável a reparação dos danos morais causados, com fundamento no art. 159 do Código Civil (art. 186 do Código Civil de 2002)⁷⁵⁶.

Assim, o abandono afetivo viola direitos da personalidade do filho, causando-lhe dano moral. Atenta, primordialmente, contra o próprio direito do filho a ter um pai ou uma mãe. Trata-se do direito aos pais, direito da personalidade que não garante apenas o conhecimento da ascendência genética, mas, principalmente, a busca, na figura paterna ou materna, do refúgio, da fortaleza e da proteção⁷⁵⁷.

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, como de resto é o que ocorre com quase toda a extensão mencionada com a grande maioria dos animais que compõem a escala biológica que habita e vivifica a face da terra⁷⁵⁸.

O afastamento deliberado e injustificado do genitor, que deixa de conviver, de criar e de educar o filho sem qualquer motivo, renegando-o, causa danos morais, eis que o priva da presença, física e espiritual, daquele que, natural e juridicamente, se apresenta como o sujeito protetor e afetivo no âmbito das relações familiares, de conteúdo eminentemente existencial. Assim, a violação do direito ao pai causa danos à formação da personalidade e, conseqüentemente, à dignidade humana⁷⁵⁹.

⁷⁵⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem*, cit.

⁷⁵⁵ Explica Maria Berenice Dias que a lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o *princípio da solidariedade familiar*, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 461.

⁷⁵⁶ SOUZA, Osni de. *Dano moral no direito de família*, cit., p. 233.

⁷⁵⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai, cit., p. 175.

⁷⁵⁸ Idem, p. 177.

⁷⁵⁹ Em razão dos prejuízos causados à formação da personalidade dos filhos, coloca-se a questão acerca da possibilidade dos filhos maiores de idade sofrerem danos por força do abandono afetivo. Embora não seja o cerne dessa dissertação e qualquer posicionamento a esse respeito demande uma análise detalhada,

Os danos causados pelo abandono afetivo atingem, em especial, a integridade psíquica dos filhos⁷⁶⁰, provocando pequenos desajustes comportamentais ou graves transtornos psíquicos, fontes de uma disfunção ou transtorno no desenvolvimento do sujeito, que afeta sua esfera afetiva, intelectual ou volitiva, limitando diversos âmbitos de sua vida⁷⁶¹. Isso porque, segundo a Psicanálise, a parentalidade baseia-se nos elementos biológico, psíquico e social, os quais são responsáveis pela formação da identidade do filho. Assim, a ausência de um desses elementos pode, em geral, provocar danos à formação do indivíduo e, por conseguinte, à sua personalidade. Explica Giselle Câmara Groeninga que o elemento psíquico, entendido como as relações do filho com o genitor, é o mais essencial, pois é necessário para o desenvolvimento de sua personalidade. Logo, é fundamental para a formação do indivíduo que o afeto seja vivenciado em relação

envolvendo, inclusive, estudos de Psicanálise sobre o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, não é descabida a afirmação de que os filhos maiores podem sofrer danos em razão do abandono afetivo dos pais. Esse posicionamento, contudo, encontra divergência na doutrina. Segundo Maria Isabel Pereira da Costa, só os filhos menores de idade, ou incapazes, têm legitimidade para pedir indenização aos pais pela omissão do afeto. Em relação aos filhos maiores de idade e capazes, não tem cabimento indenização pela ausência de afeto por parte dos pais, porque não estão em fase de formação da personalidade. Os filhos maiores não se sujeitam ao poder familiar dos pais, de modo que o abandono afetivo não se caracterizaria pelo descumprimento dos deveres de ordem imaterial da autoridade parental. Porém, o filho abandonado após ter atingido a maioridade certamente criou laços afetivos com os pais, que desempenharam corretamente suas funções durante a fase de infância e adolescência do filho. Assim, o rompimento desse vínculo afetivo, de modo injustificado e por vontade própria do pai ou da mãe, caracteriza o abandono, que possivelmente provocará danos à honra e à integridade psíquica do filho. É difícil imaginar um filho que não sofra danos quando, após ter convivido com seus pais durante toda a sua infância e adolescência, sendo por eles assistido material e moralmente, é, sem qualquer razão, abandonado após a maioridade. Na lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, inversamente, contudo, e igualmente como argumento de autoridade a ser considerado, estão as análises oriundas de estudos psicológicos sobre o tema, segundo os quais se tem entendido que nada há que possa garantir que a personalidade é enquanto atributo pessoal da dignidade humana seja um processo de contínua evolução e que, por isso, não seja um dado acabado ou completo com a assunção da plena capacidade e não se modifica mais, depois que esta etapa etária da vida de uma pessoa tenha sido alcançada. Nesse sentido afirma Giselle Câmara Groeninga: a personalidade se constrói pela combinação de elementos herdados e constitucionais, com experiências marcantes da vida infantil e da vida adulta que darão um sentido de continuidade ao ser e sua identidade. Dessa forma, é possível que o filho maior de idade, afetivamente abandonado por um dos pais, sofra danos em sua personalidade, que se mantém em constante desenvolvimento. O dano, contudo, provavelmente será de menor intensidade do que aquele sofrido pelo filho menor. Não obstante, é possível de se concretizar. Esse posicionamento é preliminar, pois, conforme dito, a questão envolve estudo específico sobre o tema. COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do autoritarismo ao afeto*, cit., p. 31. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit. TARTUCE, Flávio; GROENINGA, Giselle Câmara. *O dano à integridade psíquica*, cit., p. 148-149.

⁷⁶⁰ Segundo Flávio Tartuce e Giselle Câmara Groeninga, além, obviamente, do direito à vida, o direito à integridade físico-psíquica é o mais essencial para a constituição da personalidade e para o seu livre desenvolvimento. É, ainda, para a autora, o direito mais fundamental dentre os direitos da personalidade, pois o psiquismo é o que nos dá a qualidade humana. GROENINGA, Giselle Câmara. *O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade*. In: *Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM e IOB Thompson, 2006, p. 440. TARTUCE, Flávio; GROENINGA, Giselle Câmara. *O dano à integridade psíquica*, cit., p. 150.

⁷⁶¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana*, cit., p. 152-153. Cf. SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Responsabilidade civil na parentalidade*, cit., p. 205.

a dois adultos diferentes, em geral a mãe e o pai⁷⁶², pois ambos possuem funções complementares e distintas. A mãe é responsável pela nutrição, pela continência às angústias do bebê e pelo aprendizado emocional, enquanto o pai é responsável pela proteção, pela separação da simbiose original com a mãe, interditando a satisfação mais imediata e impulsiva da criança. O pai é o representante da lei, aquele que coloca os limites necessários para o desenvolvimento mental e é aquele com quem a criança também se identifica como modelo. A função materna tem a finalidade de fazer a passagem da complementaridade biológica para a complementaridade afetiva, enquanto a função paterna, além de reprimir e proteger, é promotora dos recursos da personalidade⁷⁶³. O desempenho dessas funções somente é possível por meio da convivência, de modo que o descaso, a falta de cuidado e de preocupação com o bem-estar, seja pelo pai ou pela mãe, afeta a formação psíquica do filho e, por conseguinte, o desenvolvimento de sua personalidade⁷⁶⁴. Portanto, o direito ao afeto é elemento essencial à integridade psíquica⁷⁶⁵.

Vê-se, pois, que a falta de assistência e de convivência familiar causa danos morais, prejudicando o desenvolvimento sadio e harmonioso do filho, direito consagrado no artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso porque a omissão do genitor quanto ao cumprimento dos deveres de ordem imaterial do poder familiar desestrutura psicologicamente a criança ou o adolescente, que se vê privado da referência paterna ou materna, indispensável ao seu pleno desenvolvimento psíquico. Na lição de Maria Berenice Dias, a falta dessa referência prejudica os filhos, tira-lhes o rumo de vida e debilita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes⁷⁶⁶. A ausência injustificada do pai ou da mãe na vida do filho causa danos à sua formação psíquica, interferindo de modo determinante na formação de sua personalidade e gerando intenso sofrimento e sentimento de abandono e rejeição⁷⁶⁷. Com efeito, a hipótese mais comum de concretização de danos afetivos pela ausência moral e espiritual do genitor ocorre com o descumprimento do dever de visitas, ou seja, em famílias cujos pais são

⁷⁶² GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência, cit., p. 414.

⁷⁶³ Idem, p. 415.

⁷⁶⁴ Segundo Giselle Câmara Groeninga, as funções materna, paterna, filial e fraterna existem como potencial na personalidade, e seu exercício depende da convivência para a caracterização de tais vínculos e a realização das funções. (...) Como os vínculos e o exercício das funções ocorrem de forma complementar ó pais e filhos, casal conjugal, casal parental, irmãos ó, para sua efetiva realização e manutenção é necessária a convivência. Mesmo que os vínculos sejam dissolvidos para fins civis, permanecem ativos psiquicamente. GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência, cit., p. 415.

⁷⁶⁵ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade, cit., p. 442.

⁷⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 460.

⁷⁶⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

separados, divorciados ou não conviventes. Segundo Maria Helena Diniz, a falta da visita dos que lhes são caros poderá conduzir a criança e o adolescente a um estado depressivo, danoso à saúde física ou psíquica, provocando moléstias e desvios comportamentais, podendo, por essa razão, gerar o dever de indenizar os danos morais⁷⁶⁸.

Além do dano à integridade psíquica, o abandono afetivo também pode causar dano à honra⁷⁶⁹. A honra, na lição de Francisco Amaral, é a dignidade pessoal e a consideração que a pessoa desfruta no meio em que vive. É o conjunto de predicados que lhe conferem consideração social e estima própria⁷⁷⁰. Assim, a honra pode ser subjetiva, consubstanciada na autoestima, e objetiva, que significa a sua repercussão na sociedade, vale dizer, a consideração social. O filho que é afetivamente abandonado sofre dano na sua honra subjetiva, pois a aceitação e consideração que possui de si mesmo são atingidas, passando a se sentir rejeitado, desprezado e humilhado.

O dano decorrente do abandono afetivo pode se caracterizar independentemente da prévia existência de relacionamento afetivo ou de convivência entre o filho e o genitor. Porém, o estabelecimento anterior de um vínculo de afetividade e o seu posterior rompimento desmotivado torna o dano afetivo de mais fácil caracterização. Com efeito, quando o filho é, por determinado período de tempo, efetivamente tratado como tal, recebendo carinho, atenção, proteção e assistência moral, e, posteriormente, sem qualquer razão, é privado da convivência e do afeto do pai, o abalo psíquico sofrido é mais intenso. Todavia, isso não significa que o filho abandonado desde o seu nascimento, por exemplo, não possa sofrer dano afetivo⁷⁷¹. A formação do filho criado sem o referencial materno ou paterno será prejudicada. O dano, talvez, será de menor intensidade do que na situação anterior. Contudo, sendo o pai e a mãe pessoas insubstituíveis, a sua ausência poderá causar dano psíquico e à honra do filho, especialmente quando, ainda criança, tornar-se ciente do abandono⁷⁷². Nesse sentido é o posicionamento de Giselda Maria Fernandes

⁷⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Direito à convivência familiar*, cit., p. 807.

⁷⁶⁹ Cf. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos*, cit., p. 467.

⁷⁷⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 305.

⁷⁷¹ Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Responsabilidade civil. Dano Moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. TJSP, Apelação Cível com Revisão nº 511.903-4/7-00, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, data do julgamento: 12/03/2008.

⁷⁷² Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, a estrutura familiar é indispensável à plena formação do filho, pois lhe proporciona a definição, assunção e experiência do verdadeiro papel de filho. Esta função vem sendo consagrada não somente pela cultura, mas também pelo Direito, que tem reconhecido a incomensurável relevância da paternidade e maternidade na vida de uma pessoa, cujo exercício é essencial à preservação da dignidade do menor. Este, sim, é um direito fundamental e de personalidade do filho. Se esse direito não é

Novaes Hironaka, para quem o abandono afetivo independe do vínculo jurídico mantido pelos pais, bem como da prévia existência de laços afetivos com o filho:

com o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade será mais fácil configurar o dano decorrente da cessação do contato e da convivência entre pais e filhos, na exata medida em que se conseguir demonstrar e comprovar que a sensação de abandono foi nociva à criança. (...)

Mas mesmo na hipótese de casais separados com filhos recém-nascidos, em que este pai ou esta mãe não-guardiões se afastam do convívio com o filho, deixando vago o espaço que deveria ser por eles ocupado, pode ser possível configurar o dano decorrente do abandono em si. Assim, parece fora de questão que a ausência prolongada deste pai ou desta mãe pode acarretar transtornos à conformação psíquica da criança, com possíveis consequências em suas relações sociais na exata medida em que se estabeleça de forma a produzir não só a sensação de abandono, mas também e principalmente, a sensação de rejeição de um pai ou de uma mãe que não lhe foi dado conhecer (...)⁷⁷³.

O dano afetivo, destarte, prejudica a formação da personalidade do filho, pois lesa, especialmente, sua integridade psíquica e sua honra, atentando, portanto, contra a sua dignidade. Ensina Giselle Câmara Groeninga que ameaça a integridade psíquica a falta de modelos de identificação, falta de afeto, abandono ou mesmo rejeição, trazendo falhas no desenvolvimento da personalidade⁷⁷⁴.

Considerando-se que o dano por abandono afetivo decorre da violação de direitos da personalidade, surge a questão acerca da necessidade de sua prova, conforme exposto no item 3.2.3. Parte da doutrina entende que a prova teria a única finalidade de demonstrar a extensão do dano para fins de quantificação da indenização. Logo, não teria por objetivo a comprovação da existência do dano, que decorreria inexoravelmente do próprio fato ofensivo. Esse é o posicionamento de Maria Celina Bodin de Moraes, que, em análise sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo, afirma:

Embora não se concorde com a conceituação do dano moral como mero sofrimento, 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 prova⁷⁷⁵.

cumprido e garantido, é inevitável o dano, em razão dessa lacuna existente em sua vida. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana, cit., p. 153.

⁷⁷³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁷⁷⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade, cit., p. 452.

⁷⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil, cit., p. 62-63. Para Paulo Luiz Netto Lôbo, de modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a

Conquanto o dano moral por abandono afetivo decorra, de fato, da violação de direitos da personalidade, a existência do dano deve ser objetivamente demonstrada no caso concreto. Não se trata de exigir prova das sensações negativas experimentadas pelo filho, já que os sentimentos não integram o conceito de dano moral. O que se exige é a efetiva demonstração de que o abandono afetivo causou danos ao desenvolvimento da personalidade do filho, especialmente no tocante à integridade psíquica e à honra. Em geral, o abandono afetivo causa graves danos à personalidade, porém, é possível que em hipóteses excepcionais o filho consiga elaborar psiquicamente o abandono do genitor, não sofrendo lesão em sua dignidade. Assim, a prova da existência do dano é indispensável para a caracterização da responsabilidade civil por abandono afetivo⁷⁷⁶. A prova poderá ser testemunhal e, especialmente, pericial, que, além de apurar a existência do dano, constatará a sua extensão, servindo de parâmetro também para a quantificação da indenização. A título de exemplo, cita-se trecho da sentença proferida pelo juiz de direito Luis Fernando Cirillo, da 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, nos autos do processo nº 583.00.2001.036747-0, em que descreve, justamente a partir de laudo pericial, os danos sofridos por uma filha que foi abandonada afetivamente por seu pai:

a análise da personalidade da autora constatou falta de definição de referenciais e padrões sociais familiares, distorções na expressão de afetos que resultam em explosões afetivas, desorganização interna e instabilidade emocional, comportamentos impulsivos e imprevisíveis, angústia e comportamento social superficial. Verificou-se também, na autora, ansiedade e percepção de hostilidade do meio para com ela própria. A autora demonstra compreensão incompleta da própria identidade integrada ao seu conjunto de sentimentos, bem como demonstra não ter compreensão adequada de sua rede de significados emocionais. (...)

A perita judicial concluiu que a autora apresenta conflitos, dentre os quais o de identidade, deflagrados pela rejeição do pai (situação de abandono), uma vez que o réu não demonstra afeto pela autora nem interesse pelo seu estado emocional, focando sua relação com a requerente apenas na dimensão financeira, a ponto de considerar normal ter-se esquecido da filha. (...) Seu referencial familiar se caracterizou por comportamentos incoerentes e ambíguos, disso resultando angústia, tristeza e carência

lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*, cit.

⁷⁷⁶ Nessa linha já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Indenização por danos morais. Alegado abandono afetivo imputado ao requerido, genitor da autora, reconhecida como filha após ação de investigação de paternidade. Sentença de improcedência. Peculiaridade da indenização pleiteada que torna imprescindível a prova pericial. Necessidade de se perquirir acerca da extensão e repercussão do dano psicológico. Sentença anulada para prosseguimento da instrução. Recurso provido. TJSP, Apelação nº 3004256-57.2009.8.26.0506, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, data do julgamento: 13/10/2011.

afetiva, que atrapalham seu desenvolvimento profissional e relacionamento social.

Além do dano moral, também é possível a caracterização do dano material. Especialmente nas hipóteses em que o abandono afetivo causar distúrbios psicológicos, tendo o filho que recorrer a tratamentos médicos, o pai poderá ser condenado a ressarcir-lo e a arcar com tais despesas.

Por fim, analisa-se o nexo causal, último elemento da responsabilidade civil subjetiva e o de mais difícil configuração no caso dos danos provocados pelo abandono afetivo⁷⁷⁷. Com efeito, são diversos os fatores e estímulos que influenciam a psique humana, existindo, assim, dificuldade para se atribuir a determinado fato a causa efetiva da lesão à integridade psíquica⁷⁷⁸. Nesse sentido, a perícia possui importante papel para a identificação da causa que, de fato, foi determinante à produção do resultado danoso. Para tanto, deve-se aferir, além de outros fatores, a época em que os sintomas do dano começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono⁷⁷⁹. Constando-se que a conduta culposa do pai que descumpriu os deveres de ordem imaterial do poder familiar foi a causa determinante aos danos afetivos sofridos pelo filho, o nexo causal estará configurado.

Vê-se, pois, que todos os elementos da responsabilidade civil subjetiva ó conduta culposa contrária à ordem jurídica, dano e nexo de causalidade ó podem estar presentes no caso do pai ou da mãe que abandona afetivamente o filho. Por conseguinte, a condenação ao pagamento de indenização pelos danos causados é medida que se impõe⁷⁸⁰. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Indenização ó Desrespeitou o réu dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 ó Com efeito, todos os filhos têm que ser tratados igualmente perante a lei. Os alimentos são concedidos de acordo com a condição social dos alimentandos. De fato, o réu adotou após o reconhecimento livre e espontâneo, sem qualquer ação de investigação de paternidade, atitude agressiva com relação à filha, com tremenda diferença em relação às duas filhas que teve com a atual mulher ó A dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal, engloba todos os direitos do homem ó É inegável a dor que sente em decorrência da rejeição do pai ó Condenação a título de danos morais ó Apelo provido. (Apelação nº 994.06.030080-7, 8ª

⁷⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁷⁷⁸ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Responsabilidade civil na parentalidade*, cit., p. 208.

⁷⁷⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁷⁸⁰ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, cit., p. 284-285.

Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ribeiro da Silva, data do julgamento: 24/03/2010)⁷⁸¹.

O que se verifica, portanto, é a aplicação de instituto clássico ó o da responsabilidade civil ó a uma entidade histórica ó a família⁷⁸². Todavia, a condenação do pai ou da mãe ao pagamento de indenização pelos danos decorrentes do abandono afetivo somente deve ocorrer em situações pontuais, quando efetivamente presentes todos os elementos da responsabilidade civil subjetiva. Não é qualquer desentendimento que provoque o afastamento entre pais e filho ou, então, a falta de convívio diuturno em razão do exercício de atividade laborativa imprescindível ao sustento da família, que caracterizará o abandono afetivo e o consequente dever de indenizar. É preciso que o pai, culposamente, não exerça os deveres de ordem imaterial do poder familiar, negando amparo e assistência moral ao filho, causando, por conseguinte, danos à sua personalidade. Se assim não for, inúmeras serão as ações que, ao argumento da suposta ocorrência de abandono afetivo, terão por pedido a condenação dos pais ao pagamento de indenização aos filhos. Nesse sentido,

o risco de o abandono afetivo transformar-se em carro-chefe de uma indústria indenizatória do afeto certamente existe, mas o Poder Judiciário pode evitá-lo, desde que, a cada caso concreto, se fizer a necessária análise ética das circunstâncias envolvidas, a fim de verificar-se a efetiva presença de danos causados ao filho pelo abandono afetivo paterno, ou materno. Afinal, o perigo de banalizar-se a indenização reside em não se compreender, exatamente, na exposição concreta de cada pretensão, o verdadeiro significado da noção de abandono afetivo, o verdadeiro substrato do pedido judicial em questão⁷⁸³.

Com efeito, o risco de inúmeras ações judiciais serem propostas sem que o abandono afetivo esteja, de fato, caracterizado, criando-se uma indústria de dano moral, existe. Contudo, não é por essa razão que os filhos que realmente tiveram sua dignidade violada devem ser privados do direito à indenização pecuniária visando à reparação dos danos sofridos⁷⁸⁴. A indenização não tem por objetivo obrigar o pai a cumprir os deveres parentais, mas, sim, a finalidade de reparar os danos, punir o pai e dissuadir a prática futura

⁷⁸¹ Cf. TJRS, Apelação Cível nº 70021427695, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, data do julgamento: 29/11/2007.

⁷⁸² Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*, cit. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁷⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos, cit., p. 231.

⁷⁸⁴ Segundo Rubens Limongi França, o importante é que não fique a lesão moral sem recomposição, nem impune aquele que por ela é responsável, fatores, ambos, que seriam de perpetuação de desequilíbrios sócio-jurídicos. FRANÇA, Rubens Limongi. *Reparação do dano moral*, cit., p. 35.

de tal conduta que provoca danos de intensa gravidade à personalidade dos filhos⁷⁸⁵. Logo, não se trata de atribuir um preço ao afeto, o qual, certamente, não possui expressão econômica. A indenização pecuniária não modificará a situação dos filhos que foram abandonados. Estes continuarão a conviver com os sentimentos de rejeição e de humilhação provocados pelo dano moral decorrente do abandono afetivo. A indenização, contudo, certamente reparará, ainda que em parte, os danos sofridos pelo filho, além de auxiliar no repensar da sociedade em torno da verdadeira função parental, que, muito além da obrigação material, envolve a assistência moral, pois, conforme afirma Rodrigo da Cunha Pereira, *“nem só de pão vive o homem”*⁷⁸⁶.

Assim, a fim de evitar a indústria indenizatória do afeto, basta que o Poder Judiciário, ao analisar o caso concreto a partir da exata compreensão do princípio da afetividade, verifique a efetiva ocorrência do abandono afetivo. O que não se deve permitir é que o genitor causador de dano à personalidade do filho fique isento de responsabilidade civil, de modo que o medo da banalização não se transforme em mais um dos gigantescos empecilhos que nos têm cegado na compreensão daquilo que verdadeiramente consideramos como nobre e essencial⁷⁸⁷. Portanto, verificados no caso concreto a conduta culposa que descumpra os deveres de ordem imaterial do poder familiar, o dano e o nexo de causalidade, caracterizada está a responsabilidade civil pelo abandono afetivo, surgindo, por conseguinte, o respectivo dever de indenizar.

⁷⁸⁵ Desse modo, a indenização por abandono afetivo, se for utilizada com parcimônia e bom senso, sem ser transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou em fonte de lucro fácil, poderá converter-se em instrumento de extrema importância para a configuração de um Direito de Família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar, inclusive, um importante papel pedagógico no seio das relações familiares. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação legal de caráter material, p. 232. Cf. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Pais, filhos e danos*, cit.

⁷⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem*, cit.

⁷⁸⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos, cit., p. 232.

CONCLUSÃO

No curso da história, a família sofreu profundas alterações, tanto na sua estrutura como nas relações entre os seus membros. De unidade com finalidade meramente econômica e procriacional, fundada na desigualdade e no poder do chefe da sociedade conjugal, passou, gradativamente, a ser o *locus* de afeto e de solidariedade, integrando o movimento de repersonalização das relações civis. No momento atual, o princípio jurídico da afetividade, fundado na dignidade da pessoa humana, constitui o elemento formador e conformador da família. Independentemente de qualquer sentimento, a afetividade traduz o dever de dedicação e assistência que todos os familiares devem ter com cada um dos sujeitos aos quais se unem, seja por vínculo biológico ou socioafetivo.

A família se re-humanizou, assumindo a sua verdadeira função: promover a realização existencial e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. De fato, essa mudança pode ser verificada na realidade de inúmeras famílias. O relacionamento entre pais e filhos, ainda que pautado em uma autoridade naturalmente existente, deixou de ser rígido e fundamentado em uma relação de poder exercida no interesse do pai, para assumir uma feição caracterizada pela estreita proximidade e interação espiritual, fundada no cuidado, no afeto, na igualdade e na dignidade. Não obstante, também integra a realidade de muitas famílias a situação de abandono dos filhos, renegados por um dos pais, que, em oposição ao que determina o princípio jurídico da afetividade, não lhes proporciona convivência, assistência moral e intelectual, descumprindo de modo injustificado os deveres de conteúdo imaterial do poder familiar, não adotando, enfim, comportamento pró-afetivo.

Em razão da gravidade da conduta de desamparo e rejeição dos filhos, o ordenamento jurídico estabelece sanções para os pais que os abandonam, determinando a suspensão ou a destituição do poder familiar. Porém, além de ineficazes, tendo em vista que revelariam um verdadeiro prêmio para o pai que deliberadamente se afasta da vida do filho e já não exerce os respectivos deveres, não visam à reparação dos danos que, na maioria dos casos, são causados. É em razão das sérias consequências produzidas pelo abandono afetivo na formação do filho menor, dependente do comportamento pró-afetivo do pai e da mãe para desenvolver a sua personalidade de modo pleno, que se tem concebido a aplicação do instituto da responsabilidade civil à relação de parentalidade.

Caracterizados os elementos da responsabilidade civil subjetiva, o pai que abandonou afetivamente o filho deve ser condenado à reparação dos danos morais e materiais causados. Embora não restabeleça o *status quo ante* da situação de abandono, a indenização compensará o filho pelos danos sofridos, punirá o pai ou a mãe pela conduta adotada, absolutamente imprópria e indevida, e dissuadirá a sua prática futura, alertando todos aqueles que são pais, biológicos ou socioafetivos, para a importância do correto desempenho de suas funções na formação da prole. Previne-se, dessa forma, a reiteração da conduta causadora de danos aos filhos menores, que repercute intensamente na formação de sua personalidade por se encontrarem em situação de vulnerabilidade.

Mas não são somente os pais que devem apreender o significado da verdadeira função parental, criando e mantendo um ambiente familiar afetivo, fundado na convivência duradoura, no zelo, na proteção e na assistência imaterial, tutelando os interesses dos filhos com vistas ao desenvolvimento pleno de sua personalidade. O Poder Judiciário, diante da análise dos casos concretos envolvendo o abandono afetivo, também deve nortear os julgamentos a partir da correta compreensão do princípio jurídico da afetividade. Assim, os danos sofridos pelo filho não devem ficar irreparáveis sob o argumento de que não há ato ilícito ante a inexistência do dever jurídico de amar. Este, de fato, não existe e sequer poderia ser exigido. Todavia, todo e qualquer sentimento deve ser dissociado do conteúdo desse princípio jurídico a fim de que ele seja compreendido como a exigência de adoção de comportamento pró-afetivo pelos pais, cuja ausência, além de configurar ato ilícito, viola a dignidade do filho, causando danos à sua personalidade. Dessa forma, além de coibir a disseminação da denominada *õindústria* do dano moralö, a atividade judiciária volta-se para a proteção da vítima do abandono afetivo, que deve ser indenizada pelos danos sofridos em razão da conduta ilícita daquele que naturalmente deveria se apresentar como a figura protetora e essencialmente afetiva no âmbito familiar, mas que, injustificadamente, se omite, não exercendo a verdadeira função parental.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Teoria do dano ilícito. In: *Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil* (coords. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves). São Paulo: Método, 2006, p. 507-528.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'el-Rey D. Philippe I. Ed. fac-similar da 14^a ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. O novo estatuto da filiação. In: *O direito de família e a Constituição de 1988* (coord. Carlos Alberto Bittar). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 153-184.

_____. Reconhecimento de filiação. In: *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo* (orgs. Silmara Juny de Abreu Chinelato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi). São Paulo: Atlas, 2010, p. 523-543.

ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, 1993, p. 185-238.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDRADE, Fernando Dias. Poder familiar e afeto numa perspectiva Espinosana. In: Família e Dignidade Humana. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM ó IOB Thompson, 2006, p. 367-393.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

_____. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: Família e cidadania: O novo CCB e a ôvacatio legis. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM ó União OAB-MG, 2002, p. 329-351.

BARBOSA, Águida Arruda. O conceito de família no novo código civil brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Atualidades jurídicas* (coord. Maria Helena Diniz). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 01-10.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: A família na travessia do milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM - Del Rey, 2000, p. 201-213.

BARROS, Fernanda Otoni de. Um pai digno de ser amado. In: A família na travessia do milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM - Del Rey, 2000, p. 235-244.

BARROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 19/10/2010.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia* (coords. Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 143-154.

_____. *Direitos humanos da família: principais e operacionais*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principiais-e-operacionais.content>>. Acesso em: 09/10/2010.

_____. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. Piracicaba: Unimep, 1995.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição* (coord. George Salomão Leite). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-135.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Bevilacqua*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1922, v. II.

_____. *Em defesa do projecto de código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

_____. *Linhas e perfis jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930.

BITTAR, Carlos Alberto. Danos patrimoniais e morais por violações a direitos da personalidade. *Revista do Advogado*, n. 38, dez. 1992, p. 14-16.

_____. Novos rumos do direito de família. In: *O direito de família e a Constituição de 1988* (coord. Carlos Alberto Bittar). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 01-37.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. *Revista da Ajuris*, ano XXVI, n. 78, jun./2000, p. 193-216.

BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; MEACHAM, Standish. *História da civilização ocidental*. Trad. Donaldson M. Garschagen. 43. ed. São Paulo: Globo, 2005, v. 2.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARNEIRO, Levi. Estudo crítico-biográfico. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. IX - XXXVII.

CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos ó dos deveres constitucionais. In: *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudança de paradigmas* (coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka). Belo Horizonte: Del Rey; São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005, p. 433-445.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários ao código civil: parte especial: do direito de família* (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Do pátrio poder ao poder familiar: o novo código civil. In: *Família e sucessões: reflexões atuais* (coord. João Batista Amorim de Vilhena Nunes). Curitiba: Juruá, 2009, p. 93-129.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 5. ed. [S.l.] Livros, Cadernos Ltda., s.d.

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*, ano VII, n. 32, out./nov. 2005, p. 20-39.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DEBRAY-RITZEN, Pierre; MÉLÉKIAN, Badrig. *Perturbações do comportamento da criança*. Trad. Berenice Fialho Moreira. São Paulo: Círculo do Livro, s.d.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual. e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O reconhecimento do direito à diferença*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_reconhecimento_do_direito_%E0__diferen%E7a.pdf>. Acesso em: 24/10/2011.

_____. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=463>>. Acesso em: 13/06/2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

_____. Direito à convivência familiar. In: *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes*

Hironaka (coords. Flávio Tartuce; Ricardo Castilho). São Paulo: Método, 2006, p. 799-815.

DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil*. São Paulo: Método, 2002.

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

_____. Inovação e tradição no direito de família contemporâneo sob o novo código civil brasileiro. In: *Leituras complementares de direito civil: direito das famílias* (coords. Marcos Ehrhardt Júnior; Leonardo Barreto Moreira Alves). Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 23-42.

_____. Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo. In: *A família além dos mitos* (coords. Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 121-130.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. A composição do dano em um modelo solidarista. In: *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade* (coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Maria Clara Osuna Diaz Falavigna). Porto Alegre: Magister, 2007, p. 275-293.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de Alienação Parental*. Disponível em: <<http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 04/09/2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*, n. 38, dez. 1992, p. 05-13.

_____. Reparação do dano moral. *Revista dos Tribunais*, ano 77, v. 631, mai. 1988, p. 29-37.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

_____. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <http://www.mediacaoparental.org/richard_gardner.php>. Acesso em: 04/09/2011.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. Salvador: Imprensa Vitória, 1958.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6.

_____. *Responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos *contratos* familiares. In: *Afeto e estruturas familiares*. (coords. Maria Berenice Dias; Eliene Ferreira Bastos; Naime Márcio Martins Moraes). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 201-216.

_____. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In: *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas* (coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka). Belo Horizonte: Del Rey; São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005, p. 402-432.

_____. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário*. São Paulo: 2011. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

_____. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: *Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*

(coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM e IOB Thompson, 2006, p. 439-455.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Uma análise interdisciplinar da (in)operabilidade do conceito de culpa no direito de família*. São Paulo: 2007. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. In: *A família além dos mitos* (coords. Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 49-65.

_____. *Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes*. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_convidados_giselda.htm>. Acesso em: 20/10/2011.

_____. Direito civil brasileiro: Clóvis Bevilacqua a Miguel Reale: visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI. In: Seminário realizado na Câmara dos Deputados sobre o novo código civil brasileiro. *Anais novo código civil brasileiro: o que muda na vida do cidadão*. Brasília: Centro de documentação e informação, Coordenação de Publicações, 2003, p. 34-45.

_____. *Família e casamento em evolução*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=14>>. Acesso em: 13/06/2010.

_____. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos e além da obrigação legal de caráter material. In: *Leituras complementares de direito civil: direito das famílias* (coords. Marcos Ehrhardt Júnior; Leonardo Barreto Moreira Alves). Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 209-236.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 13/06/2010.

_____. *Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em: 29/12/2010.

_____. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: Família e cidadania ó o novo código civil brasileiro e a *vacatio legis*. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM ó União OAB-MG, 2002, p. 403-432.

_____. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Se eu soubesse que ele era meu pai... In: A família na travessia do milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM - Del Rey, 2000, p. 173-182.

_____. *Sobre peixes e afetos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=286>>. Acesso em: 13/06/2010.

_____; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Síndrome de alienação parental*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>>. Acesso em: 13/06/2011.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LIRA, Ricardo César Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: Repensando o direito de família. *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM e OAB-MG, 1999, p. 81-96.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A família enquanto estrutura de afeto. In: *A família além dos mitos* (coords. Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 251-258.

_____. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693* (coord. Álvaro Villaça Azevedo). São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

_____. *Danos morais e direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/7843/public/7843-7842-1-PB.htm>>. Acesso em: 04/01/2011.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: Família e cidadania e o novo código civil brasileiro e a *vacatio legis*. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM e União OAB-MG, 2002, p. 89-107.

_____. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 12, out./nov. 2009, p. 05-22.

_____. Princípio da solidariedade familiar. In: Família e solidariedade. *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: IBDFAM e Lumen Juris, 2008, p. 01-17.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Obra fac-similar da 4ª edição do livro original publicado em 1871-1872. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial - Superior Tribunal de Justiça, 2004, v. 1.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. O dano moral na investigação de paternidade. In: *Ensaaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade* (coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Maria Clara Osuna Diaz Falavigna). Porto Alegre: Magister, 2007, p. 353-368.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *Commentario á Lei nº 463 de 2 de setembro de 1847 sobre sucessão dos filhos naturaes, e sua filiação*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20201/Commentario_lei_463.pdf?sequence=2>. Acesso em: 25/09/2011.

MANRIQUE, Ricardo C. Pérez. El afecto como elemento estructurante del derecho de familia. In: *Afeto e estruturas familiares*. (coords. Maria Berenice Dias; Eliene Ferreira Bastos; Naime Márcio Martins Moraes). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 473-495.

_____. Nuevas formas familiares ó demografía y Derecho de Familia. In: *A família além dos mitos* (coords. Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 259-273.

MARCHESINI, Silvane Maria. *Afeto: encontros e desencontros*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=218>>. Acesso em: 13/06/2010.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre os filhos no direito brasileiro atual ó direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, ano 88, v. 764, jun. 1999, p. 11-32.

MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira; MARTA, Taís Nader. Síndrome da alienação parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, ano XIII, n. 21, abr./mai. 2011, p. 33-51.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928.

_____. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, v. II e III.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VII, n. 31, ago./set. 2005, p. 39-66.

_____. O princípio da dignidade humana. In: *Princípios do direito civil contemporâneo* (coord. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 01-60.

_____. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 01/10/2010.

MORRIS, Amanda Zoë. *A intenção na determinação da parentalidade*. São Paulo: 2006. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MOTTA, Carlos Dias. Princípios fundamentais de direito de família. In: *Família e sucessões: reflexões atuais* (coord. João Batista Amorim de Vilhena Nunes). Curitiba: Juruá, 2009, p. 13-66.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. *Revista de Direito Privado*, n. 17, jan./mar. 2004, p. 65-70.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. A paternidade nos dias atuais (vínculo de fato, de direito e de amor). In: *Família e sucessões: reflexões atuais* (coord. João Batista Amorim de Vilhena Nunes). Curitiba: Juruá, 2009, p. 219-254.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. A Constituição Federal e as inovações no direito de família. In: *O direito de família após a Constituição Federal de 1988* (org. Antônio Carlos Mathias Coltro). São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 23-48.

_____. Alienação parental. In: *Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família. Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Porto Alegre: IBDFAM - Magister, 2010, p. 231-255.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULO, Beatrice Marinho. Alienação parental: identificação, tratamento e prevenção. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, ano XII, n. 19, dez./jan. 2011, p. 05-26.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Obra fac-similar do livro original anotado e adaptado ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva, editado em 1918. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem*: responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 13/06/2010.

_____. Pai, por que me abandonaste? In: *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia* (coords. Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 219-228.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: *A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM - Del Rey, 2000, p. 215-234.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIETRA, Maria Luciana; LOPES, Cecília. Responsabilidad civil derivada del impedimento u obstrucción de contacto de niños con padres no convivientes. *Revista del colegio de abogados de La Plata*, ano XLIII, n. 64, dez./2003, p. 97-112.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição* (coord. George Salomão Leite). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180-197.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, 1993, p. 239-254.

_____. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. *Droit de la famille*. Paris: Dalloz, 2001.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Pais, filhos e danos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=141>>. Acesso em: 09/12/2010.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade*. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Responsabilidade civil na parentalidade. In: *Direito de família e das sucessões* (coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Flávio Tartuce; José Fernando Simão). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 191-214.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1939, v. 01.

SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo* (orgs. Silmara

Juny de Abreu Chinelato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi). São Paulo: Atlas, 2010, p. 571-582.

SCHREIBER, Anderson. Famílias simultâneas e redes familiares. In: *Leituras complementares de direito civil: direito das famílias* (coords. Marcos Ehrhardt Júnior; Leonardo Barreto Moreira Alves). Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 141-160.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VI, n. 25, ago./set. 2004, p. 122-147.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos. In: *Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil* (coords. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves). São Paulo: Método, 2006, p. 463-475.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SIMÃO, José Fernando. A Emenda Constitucional nº 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família. *Revista do Advogado*, ano XXXI, n. 112, jul. 2011, p. 64-78.

_____. *Parentalidade: o duelo DNA x Afeto ó Parte I*. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf1108.html>. Acesso em: 20/09/2011.

_____. *Parentalidade: o duelo DNA x Afeto ó Parte II*. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf1208.html>. Acesso em: 20/09/2011.

_____. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

SIMÃO, José Fernando. Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, ano X, v. 03, abr./mai. 2008, p. 56-74.

SOUZA, Osni de. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: 2003. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. In: *Leituras complementares de direito civil: direito das famílias* (coords. Marcos Ehrhardt Júnior; Leonardo Barreto Moreira Alves). Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 91-114.

_____. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 07, dez./jan. 2009, p. 100-115.

_____. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

_____; GROENINGA, Giselle Câmara. O dano à integridade psíquica. Uma análise interdisciplinar. In: *Novo código civil: questões controvertidas: responsabilidade civil* (coords. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves). São Paulo: Método, 2006, p. 141-165.

_____; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, v. 5.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: *Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: IBDFAM e IOB Thompson, 2006, p. 103-123.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e processo educacional: a polêmica gradualidade do seu exercício. In: *Direito de família e das sucessões* (coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Flávio Tartuce; José Fernando Simão). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 333-348.

_____. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VII, n. 32, out./nov. 2005, p. 138-158.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 473-518.

_____. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo* (orgs. Silmara Juny de Abreu Chinelato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi). São Paulo: Atlas, 2010, p. 415-435.

_____. Notas sobre o nexo de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo II, p. 63-81.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 7.

_____. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 6.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 4.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Da relatividade do exame de DNA para reconhecimento da filiação. In: *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo* (orgs. Silmara Juny de Abreu Chinelato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi). São Paulo: Atlas, 2010, p. 489-504.

VILLELA, João Baptista. *Art. 1.601*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=32>>. Acesso em: 12/12/2011.

_____. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, ano XXVII, n. 21, 1979, p. 401-419.

_____. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano I, n. 02, jul./set. 1999, p. 121-142.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.