

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Eric Lins, é Advogado militante, pós graduado em Direito Civil e do Consumidor, Pós Graduado em Direito Público e Pós Graduando em Direito Eleitoral. Atualmente exerce a função de Diretor Financeiro da CMS.

INTRODUÇÃO; 1. Responsabilidade Civil - Noções Fundamentais 1.1 Direito e Responsabilidade Civil 1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e a responsabilidade civil 1.3 Pressupostos e fundamentos da Responsabilidade Civil 1.3.1 Conduta humana 1.3.2 O dano 1.3.3 O nexo de causalidade 2. A evolução histórica da família 2.1 A família no Direito Romano 2.2 A família no Direito Canônico e no Direito Português 2.3 A família no Direito Brasileiro 2.4 O afeto como mola propulsora nas relações familiares 3. Responsabilidade Civil decorrente das relações familiares 3.1 Responsabilidade dos cônjuges ou companheiros 3.2 Responsabilidade de indenizar dos pais aos filhos 3.2.1 A filiação no Código Civil de 1916 3.2.2 A filiação biológica e socio afetiva no Código Civil de 2002 3.2.3 A Responsabilidade Civil nas relações paterno-filiais; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS; ANEXOS.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, as relações interpessoais demandam certos cuidados, a fim de que possam se dar sem maiores dificuldades. Sabe-se que o Direito tem grande parcela de responsabilidade para uma boa convivência social, na harmonização dos problemas sociais, bem como na regulação de normas de conduta que visam tão somente ajustar o relacionamento do homem com o seu semelhante.

Sabe-se que desde a antiguidade, vislumbram-se situações em que, em decorrência de condutas prejudiciais ao próximo, exige-se a reparação do dano. Na Lei de Talião, o famoso “olho por olho, dente por dente”, regulava que se alguém provocasse dano a outrem, o que sofreu o dano poderia produzir danos na mesma

proporção àquele que o causou, ou em situações específicas com o consentimento do que sofreu o dano, poderia ser indenizado monetariamente falando.

Esta Lei, a de Talião, remonta conforme descrevem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

A Lei das XII Tábuas, incluído também, como já mencionado acima, a possibilidade da composição civil entre o ofensor e o ofendido, evitando-se assim a aplicação da pena de Talião. A Lei das XII tábuas determinava o “quantum” para a composição obrigatória, regulava os casos concretos, porém sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil.¹

O grande marco histórico na evolução da Responsabilidade Civil deu-se com a edição da LEX AQUÍLIA. Tamanha foi a sua importância, que foi utilizada como designação da responsabilidade civil extracontratual.

Ainda lembrando os juristas baianos Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona salienta-se aqui:

A inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela idéia de reparação do dano sofrido – foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna a saber, o CÓDIGO DE NAPOLEÃO, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916²

Não podemos deixar de mencionar que, a cada dia, o Direito Civil traça um caminho de estreito relacionamento com as normas e princípios constitucionais, principalmente no que se refere ao trabalhar jurídico das diferenças, principalmente no âmbito do Direito de Família, daí a atualidade do tema proposto, inserindo no campo da Responsabilidade Civil os danos ocasionados nas relações de familiares.

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil V.3*. São Paulo: Saraiva, 2003. pág. 10 e 11.

² Gagliano. Ob. Cit., p12.

Pela própria complexidade dos conflitos originados no ambiente familiar, podemos vislumbrar situações conflituosas nos relacionamentos entre marido e mulher e pais e filhos, que pela gravidade dos mesmos podem ensejar a indenização por danos morais e até mesmo materiais, situações essas, que estaremos abordando no desenrolar do presente estudo.

A abordagem que faremos no presente trabalho, não tem a pretensão de exaurir o assunto, pois, vasto e complexo, continuará a apresentar sempre, nuances outras dependendo do modo como é estudado e pesquisado, todavia, temos inequívoca certeza que, ao final haverá um resultado satisfatório que servirá para aumentar o conhecimento e dissipar algumas dúvidas de muitos estudiosos.

Assim, passemos direto ao assunto.

Capítulo I – Noções Fundamentais da Responsabilidade Civil

É fundamental, para a boa consecução do presente estudo, expor as noções basilares da Responsabilidade civil, para uma melhor compreensão da Responsabilidade Civil no Direito de Família.

O conceito de responsabilidade civil, segundo Maria Helena Diniz:

É a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar um dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda

(responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).³

A responsabilidade civil fundamenta-se no nexo de causalidade entre o fato e o dano, a culpa do agente que causou o dano, e o próprio dano.

1.1 Direito e Responsabilidade Civil

Ao logo da história, a civilização evoluiu e se desenvolveu voltada para o eixo do regramento de condutas, tendo em vista o ser humano ser um ser social, assim, em todo o tempo e lugar os seres humanos relacionam-se. Logo, seja no âmbito familiar ou no âmbito da sociedade como um todo, necessário se faz o estabelecimento de normas de conduta e princípios que norteiem as relações interpessoais.

O instituto da responsabilidade civil é, pois, a verdadeira manifestação da cidadania. Através desse instituto as pessoas se põem em posição de igualdade, não importando o quão influentes sejam ou quanto “poder” tenham. Historicamente, os mais fracos socialmente falando, são oprimidos pelos mais fortes, que lhes impõem uma série de injustiças.

A vida em sociedade exige determinados sacrifícios, bem como exige determinada organização, o que é orientado pelo Direito, que visam tão somente o estabelecimento de regras para viabilizar o convívio social, a vida em sociedade. Nesse contexto, ano momento em que ocorrer a transgressão nas regras de convívio estabelecidas pelo ordenamento jurídico, será necessário o acionamento dos mecanismos de controle social, para que possa ser promovida a sanção adequada ao caso em concreto e assim manter o equilíbrio nas relações sociais.

³ DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. In **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7. v. São Paulo : Saraiva, 1995. p 29.

No contexto do exposto, se tem as sanções, estruturadas pela imposição de normas jurídicas, como mecanismo para coibir as condutas que sejam contrárias à ordem jurídica. Assim, a reparação do dano causado é consequência da violação das regras que causem danos a terceiros.

Conforme leciona Regina Beatriz Silva:

Em face das exigências naturais da vida em sociedade, diante de uma ação ou omissão lesiva a interesse moral ou material, surge a necessidade de reparação dos danos acarretados ao lesado, porque, cabe ao Direito, preservar a integridade das pessoas, a fim de que se restabeleça o equilíbrio pessoal e social.⁴

O restabelecimento desse equilíbrio, da ordem ou equilíbrio social e pessoal mediante a reparação dos danos morais e pessoais originados pela ação danosa é o que tão somente visa a Responsabilidade Civil e será com base nesses requisitos e pressupostos que mais adiante será abordada a Responsabilidade Civil no âmbito do Direito de Família.

1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e a Responsabilidade Civil

O princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, III da CF/88, é a base da tutela e proteção integral à pessoa humana, atingindo o valor supremo do nosso ordenamento, informando todas as relações jurídicas. É valor fundamental do Estado Democrático de Direito.

Esse princípio deve ser entendido partindo da premissa de ser o homem um fim em si mesmo e nunca um meio, pois deve ser em torno de suas reais necessidades

⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999. pág. 130.

que as normas jurídicas devem se inclinar.⁵ A dignidade configura-se então, como um bem inestimável, impossível de ser valorado, um atributo personalíssimo.

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que a qualificação da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da Constituição da República de 1988, "*constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica*".⁶

O renomado civilista Cristiano Chaves de Farias, faz referência à fundamental importância do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o mesmo, basilar para a "*compreensão de qualquer instituto jurídico*", e segue ministrando dizendo:

A dignidade humana é o viés que permite a análise fecunda do sistema jurídico brasileiro, consistindo no valor mais relevante da ordem jurídica brasileira. Como consectário, sobreleva reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa humana e para a sua realização existencial, impondo-se garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.⁷

O mencionado princípio, em conjunto com o ideal de construção de uma sociedade igualitária, justa e fraterna, advindo da Constituição Federal de 1988, acarretou uma mutação na esfera civil, desencadeando o renascimento de um Direito Civil interpretado à luz da Constituição, fenômeno este denominado de constitucionalização do Direito Civil.

Nesse contexto, a Responsabilidade Civil, bem como todos os demais institutos do Direito Civil são interpretados e aplicados em consonância com a norma constitucional. Partindo dessa premissa, verifica-se que este princípio é informador de todos os ramos do direito.

⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.59.

⁶ WOLFGANG SARLET, Ingo, **Dignidade da pessoa humana** e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 74

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.43-44.

No tocante à Responsabilidade Civil, verifica-se que o instituto sofreu uma evolução, visto que a reparação do dano causado era entendida apenas sob a ótica estritamente econômica, voltada para a exclusiva proteção do patrimônio. O atual direito civil constitucional, determina uma orientação diversa do modelo anterior, deixando de enaltecer o patrimônio, voltando sua atenção à dignidade da pessoa humana.⁸

1.3 Pressupostos e Fundamentos da Responsabilidade Civil

É indispensável para caracterização da responsabilidade civil, a identificação de três pressupostos fundamentais que são: conduta humana, dano ou prejuízo e nexo de causalidade.

1.3.1 Conduta Humana

É o fato gerador da obrigação de reparar, que pode ser positiva ou negativa, sendo ato do próprio agente que está sendo imputado ou fato de terceiro, animal ou coisa que do mesmo advenha dano a outrem, conforme prescreve o Código Civil⁹.

A ação (ou omissão) voluntária do homem é pressuposto imprescindível para a configuração da responsabilidade civil. Essa voluntariedade da conduta humana, advém do seu livre arbítrio, ou do seu livre direito de escolha.

Pablo Stolze, assevera:

A voluntariedade que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da Responsabilidade Civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão-somente, a

⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 443.

⁹ Conforme Novo Código Civil, artigos 186 e 927 a 943.

consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também na responsabilidade objetiva (calcada na idéia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de auto-determinação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva de ilicitude do ato.¹⁰

A conduta humana pode ser classificada em positiva ou negativa. A primeira exprime-se pelo comportamento ativo, como é o caso de um sujeito que trafega em alta velocidade por uma rua de um bairro residencial e vem a atropelar pessoas que transitavam calmamente pela localidade.

A segunda conduta é mais difícil de ser configurada por tratar-se de um comportamento omissivo que vem a gerar um dano. O próprio artigo 186 do Código Civil de 2002, assevera que aquele que “*por ação ou omissão voluntária causar prejuízo a outrem (...)*”. *Pablo Stolzetraz um exemplo claro de “uma enfermeira que violando as suas regras de profissão e o próprio contrato de prestação de serviços que celebrou, deixa de ministrar os medicamentos ao seu patrão, por dolo ou desídia”*.¹¹

Como responsabilidade por ato de terceiro, Eduardo Viana Pinto exemplifica:

Os danos causados pelos filhos, tutelados e curatelados, a que respondem pais, tutores e curadores. O mesmo ocorre em relação ao empregador, pelos atos dos seus empregados. Os hoteleiros, os educadores, pelos hóspedes e educandos, como no-lo diz o art. 932, incisos I/V, CC. As pessoas jurídicas de direito público, por seus funcionários, como preceitua o art. 37, § 6º. Da CF/88.¹²

Em relação aos danos causados por animais ou coisas, desde que se encontrem sob a guarda do agente, têm-se entendido que a responsabilidade no caso em tela é objetiva, ficando o dono ou possuidor do animal responsável por indenizar os

¹⁰ Gagliano. Ob. Cit., p32

¹¹ Gagliano. Ob. Cit., p33.

¹² PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade civil de acordo com o Novo Código Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2002. pág. 18.

danos causados, desde que não seja evidenciada a culpa da vítima ou a ocorrência de força maior.

Quanto à culpa ou dolo do agente, Eduardo Viana Pinto diz que:

“... para fazer jus à indenização, o ofendido, em tese, deve provar o dolo (ação ou omissão voluntária) ou a culpa do agente (negligência ou imprudência), segundo os fundamentos que norteiam o conceito da TEORIA SUBJETIVA”.¹³

Fala ainda o festejado autor que em algumas hipóteses, podem-se admitir casos de responsabilidade sem que haja a culpa do agente, fundamentada esta possibilidade na teoria do risco, alcançando por igual, casos de culpa presumida.

1.3.2 O Dano

Dano é a ofensa a um bem jurídico, “a perda, ou a diminuição, total ou parcial de elemento ou de expressão, componente da estrutura de bens psíquicos, físicos, morais ou materiais”, conforme ensina Carlos Alberto Bittar¹⁴.

É indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil. Sem o dano não há o que se falar em responsabilidade civil, pois, sem a ocorrência do dano não há o que indenizar e, por conseguinte, não existe a figura da responsabilidade.

Seja na responsabilidade subjetiva ou objetiva, o dano é elemento que não se pode dispensar para que seja configurada a necessidade da indenização ou da reparação, ou seja, sem dano não haverá o que reparar não importando se houve culpa ou dolo.

Não obstante haja o dano, necessário se faz que existam três requisitos fundamentais para que este dano seja objeto de indenização. São eles:

¹³ Pinto. Ob. Cit., p18.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. pág. 8.

a) A violação de um interesse jurídico patrimonial ou extra-patrimonial de uma pessoa física ou jurídica. Este requisito encontra total amparo no art. 186 do Código Civil de 2002.

b) Certeza do dano. Não há o que indenizar um dano que não seja certo. Não se indeniza uma vítima de um dano abstrato. O dano há que ser mensurável para que seja objeto de indenização.

c) Subsistência do Dano. Uma vez que o dano tenha sido reparado, logo, perde-se o objeto de interesse da responsabilidade civil, tendo em vista que se cumpriu com a obrigação de reparar. Conforme ensina Pablo Stolze:

O dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante. Obviamente se a reparação tiver sido feita às expensas do lesionado, a exigibilidade continuará.¹⁵

Importante lembrar em tempo, que o Dano pode ser patrimonial ou moral. O patrimonial traduz uma lesão aos bens e direitos que possam ser mensuráveis em pecúnia, enquanto o dano moral são danos produzidos a bens personalíssimos do ofendido. São prejuízos ou lesões de direitos que não podem ser mensurados economicamente, e, que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana.

1.3.3 O Nexo de causalidade

A responsabilidade civil somente se afigurará com a efetiva comprovação da relação de causalidade entre o dano e a conduta ilícita do agente, entretanto esse nexo ficará mitigado caso o evento ocorra: a) por culpa exclusiva da vítima, salientando-se que se a culpa for concorrente, a indenização será devida pela metade ou diminuída proporcionalmente em virtude da responsabilidade de ambas as partes. b) por força

¹⁵ Gagliano. Ob. Cit., p44

maior ou caso fortuito, cessando nesse caso a responsabilidade, pois, tais fatos tornam-se inevitáveis eliminando assim a culpabilidade.

Eduardo Viana Pinto¹⁶ ensina o seguinte: “*NEXO CAUSAL é a relação necessária que une a causa ao efeito. É o elo entre a ação ou a omissão do ofensor e o dano produzido*”. E segue ministrando afirmando que para que efetivamente se consume a obrigação de indenizar, é indispensável:

- 1) que se prove o nexo causal, a relação de causa e efeito (CAUSA: conduta do ofensor. EFEITO: dano causado);
- 2) que se avalie a conduta do ofensor, se agiu com culpa/dolo, ou se atuou sob a égide de alguma excludente de responsabilidade; desnecessária essa estimativa, na hipótese de responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º. Da CF/88) ou de culpa presumida do agente lesionador (art. 932/CC).

É o que ministra também o jurista Mauro César Martins de Souza¹⁷ quando afirma que “... *como requisito imprescindível da responsabilidade civil deve haver nexo causal entre a atitude culposa do agente e o dano sofrido pela vítima, este como consequência ou resultado daquela*”.

Sem a devida verificação de existência desses elementos, não há que se falar em indenização, pois, o nexo de causalidade é premissa fundamental para que a mesma ocorra

Capítulo II – A evolução histórica da família

2.1. A família no Direito Romano

Sempre que se busca fazer um estudo histórico do Direito, toma-se por base o Direito Romano, dada sua inegável importância e influência no arcabouço jurídico ocidental. Porém, sabe-se que outras civilizações também tiveram organização social

¹⁶ Pinto. Ob. Cit., p22.

¹⁷ SOUZA, Mauro César Martins de. **Responsabilidade decorrente do acidente do trabalho: doutrina e jurisprudência**. Campinas, SP: Agá Juris Editora, 2000, p.162.

eficaz, por exemplo, a influência do Direito Canônico e do Direito Português, sendo assim necessário o conhecimento destas organizações.

Em Roma, a família definia-se como sendo o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas*, do ascendente comum vivo mais velho. O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A mulher, ao casar, podia continuar sob a autoridade paterna, no casamento sem *manus*, ou entrar na família marital, no casamento com *manus*.

O que não se permitia era que uma mesma pessoa pertencesse simultaneamente a duas famílias. Observam-se em Roma duas espécies de parentesco. Conforme Arnaldo Wald:

A agnação e a cognação. A agnação vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo pater, mesmo que não fossem consangüíneas. O conceito de família independia assim da consangüinidade. A cognação era o parentesco pelo sangue que existia entre as pessoas que não deviam necessariamente ser agnadas uma da outra. Assim, por exemplo, a mulher casada com *manus* era cognada mais não agnada do seu irmão, o mesmo ocorrendo com o filho emancipado em relação àquele que continuasse sob a *patria potestas*.¹⁸

Nota-se que, inicialmente, o Direito Romano dirigiu-se somente a seus cidadãos *ius civile*, sendo o costume a fonte primordial. Com o desenvolvimento de Roma e sua transformação em Império passou-se a regulamentar as relações entre aqueles que não eram cidadãos romanos *ius gentium* entre si e com os cidadãos romanos. Deve-se destacar a influência do direito bárbaro, principalmente de origem germânica.

Nas famílias germânicas observa-se a preocupação com o grupo; o poder do pai passou a ser delimitado, pois a mulher tinha localização mais digna, bem como os filhos tinham mais autonomia na administração de parte de patrimônio que lhes era

¹⁸ WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

destinada a partir de certa idade. Verifica-se um pouco mais de igualdade entre seus componentes. Opina Guilherme Calmon Nogueira Gama:

Várias influências do Direito germânico puderam ser sentidas nessa época. A família germânica era do tipo paternal, ou seja, o pátrio poder é o poder do pai e não o poder do chefe de família, sendo que à esposa era reservada uma posição moralmente elevada.¹⁹

Verificou-se a necessidade de um corpo escrito de leis. Observa-se que o poder e a autoridade do *pater* foram restringidos, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos e substituindo o parentesco agnático pelo cognático. Nesse sentido leciona Arnaldo Wald.

O pater perdeu o *ius vitae necisque* (direito de vida e morte) que exercia sobre os filhos e sobre a mulher. Os filhos passaram a administrar os pecúlios *castrense* (vencimentos militares), quase *castrense* (vencimentos de funcionários civis), *profectício* (doações feitas pelo pai) e *adventício* (doações e legados feitos ao filho por terceiros).²⁰

Entende-se, que mesmo o Direito romano tendo evoluído, enquanto conjunto de regras, externa e internamente, a família teve uma única regulamentação. Com relação ao casamento a *affectio* era um elemento necessário que não deveria existir apenas no momento da celebração deste, mas enquanto perdurasse. A falta de afeição e a ausência de convivência eram, por si só, causas para a dissolução do casamento. Justiniano admitia o divórcio apenas em casos especiais, sendo, posteriormente, admitido o divórcio por consenso mútuo.

2.2 A família no Direito Canônico e no Direito Português

Verifica-se o desenvolvimento alcançado pelo direito canônico, principalmente no que diz respeito à regulamentação do casamento. Para os canonistas o matrimônio

¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O companheirismo. Uma espécie de família**. 2. ed.. São Paulo: RT, 2001 p. 35.

²⁰ WALD, op. Cit., p. 10.

era um sacramento, por esse motivo opuseram-se ao divórcio, pois consideravam o instituto prejudicial à própria índole da família.

Durante o período conhecido como Idade Média do século X ao século XV, a vida social se desenvolvia em torno da religião e as relações das famílias se regiam exclusivamente pelo Direito Canônico, que estabeleciam regras de impedimentos para sua realização, sendo anulados ou nulos. Conforme Arnoldo Wald:

Sendo o casamento indissolúvel, a doutrina canônica visou a estabelecer um sistema de impedimentos, ou seja, de motivos que impedião a sua realização, justificando a sua nulidade (impedimentos dirimentes absolutos) ou a sua anulabilidade (impedimentos dirimentes relativos). A Igreja se limitou a exigir para a validade do casamento o consenso dos nubentes e as relações sexuais voluntárias, relegando para um plano secundário o consentimento paterno e entrando em choque com o direito civil leigo, que por motivos de ordem política, considerava-o como um dos requisitos essenciais para a realização do casamento e sua validade.²¹

Pode-se dizer que o casamento continuou indissolúvel para a Igreja, entretanto, foram elaboradas a teoria das nulidades, bem como, a teoria da regulamentação da separação de corpos e de patrimônio do casal. Nota-se que mesmo com o vínculo indissolúvel, criou-se a possibilidade de extinção da sociedade conjugal.

Destaca-se que a separação dos corpos, no direito canônico, dependia da autorização do bispo, sendo um ato judiciário de autoridade religiosa. Com a evolução do direito canônico observa-se que era possível extinguir a sociedade conjugal, sem todavia dissolver o vínculo. Os efeitos da separação do direito canônico eram: extinção da convivência em comum, o dever de fornecer alimentos e de fidelidade recíproca, segundo relata Rainer Czajkowski:

A influência cada vez maior da igreja Católica no âmbito das relações familiares e a sacramentalização do casamento, aliado à sua reconhecida posição contra quaisquer uniões extramatrimoniais, orientou toda a Idade Média, e mesmo períodos subseqüentes, num sentido de grave repressão a quaisquer uniões

²¹ WALD, op. Cit., p. 13.

concubinárias, jogando-as na vala comum do incesto, do adultério e do homossexualismo para, a todos, condenar indistintamente.²²

As doutrinas protestantes defendiam que ao Estado é que cabe disciplinar e legislar sobre o casamento e não à Igreja Católica. Como reação dos meios católicos, o Concílio de Trento (1542-1563) reafirmou solenemente o caráter sacramental do casamento reconhecendo a competência exclusiva da Igreja e das autoridades eclesiásticas em tudo que se relaciona com o casamento, a sua celebração e a declaração de sua nulidade.

Observa-se que os países que aderiram à doutrina protestante, tiveram que elaborar uma legislação própria para o direito de família, levando o Estado a admitir, ao lado do casamento religioso, o casamento civil, instituído, por exemplo, na França em 1767. Destaca-se que o poder civil legislou, paulatinamente, no tocante ao direito de família, pois não foi fácil desprender-se da noção de casamento havido fora do sacramento. Aos poucos o aspecto civil foi consolidando-se vinculado à lei do Estado que dependia dos tribunais leigos.

Concebeu-se, assim, o casamento civil, adotado por grande parte das legislações vigentes, sem prejuízo do reconhecimento do casamento religioso. Para Washington de Barros Monteiro:

No Direito Português, havia três formas distintas de constituição de família, consideradas válidas: a advinda do casamento religioso; aquela chamada como de “marido conhecido”, com publicidade, mas sem intervenção das autoridades eclesiásticas; e finalmente, o casamento “de consciência” ou “à morganheira” que era aquele sem publicidade onde as partes eram ditas vivendo maritalmente sem o favor das leis que não aprovavam estes ocultos remédios da incontinência.²³

Ressalta-se que estas espécies eram anteriores ao Sagrado Concílio Tridentino, admitindo, também, competência para as autoridades eclesiásticas. Em

²² CZAJKOWSKI, Ranier. **União livre**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 56.

²³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. V. 2: Direito de família. 37. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

1595, foi determinada a Compilação das Ordenações Filipinas que tinha, como um dos objetivos, a aprovação do Concílio de Tridentino, revogando disposições anteriores do código civil português, havendo uma sensível restrição ao prestígio eclesiástico.

Ocorreram divergências entre as Ordenações Filipinas e as disposições do Concílio Tridentino, pois para os eclesiásticos não deveria ser permitido o casamento com marido conhecido, uma das modalidades reconhecidas pelas Ordenações Filipinas, só devendo ser admitido o casamento religioso. No Brasil a Lei de 20.10.1823 manteve em vigor a legislação portuguesa, consubstanciada nas Ordenações Filipinas, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções, enquanto não se organizasse um novo código e não fossem tais disposições especialmente revogadas ou alteradas.²⁴

2.3 A família no Direito Brasileiro

O Direito brasileiro, também sofreu influências internas e externas em sua evolução. Verifica-se que a Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 1824, foi a primeira a fazer menção ao instituto da família e revelou um direito mais preocupado com os interesses da família imperial, sobre sua manutenção, do que com os círculos sociais da nação. Não se preocupou com os aspectos do casamento formal nem da união livre.

A família tinha como base o modelo patriarcal, o homem desempenhava um papel de defesa do patrimônio, competindo-lhe a administração dos bens, bem como, o sustento da mulher e dos filhos. A família que predominava na sociedade colonial brasileira, neste período, era uma entidade de forte conteúdo patrimonialista, em que predominava o individual sobre o coletivo, pois seus membros eram considerados força de trabalho.

O indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens. O núcleo familiar dispunha de um

²⁴ WALD, op. Cit., p. 19.

perfil hierarquizado. O homem exercia as funções de pai e marido e, por isso, era a figura principal, dotada de poder e autoridade sobre a mulher e os filhos. Cabia à mulher a administração doméstica.

Com a proclamação da República houve a desvinculação da Igreja em relação ao Estado. A primeira Constituição Republicana, de 1891, concedeu *status* jurídico exclusivamente à família surgida do casamento civil. Nota-se que estas duas constituições são marcadamente liberais e individualistas. Atribuiu-se a família a função econômica, pois era uma unidade produtiva, bem como, a função procracional composta por um grande número de filhos.

A família passou a ter um capítulo especial a partir da Constituição de 1934, de fundo religioso, onde foram tratadas as regras do casamento, sendo indissolúvel para merecer a proteção estatal e o reconhecimento dos direitos da família. Pois, em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. Explica Maria Berenice Dias²⁵:

Só era reconhecida a família constituída pelo casamento. O homem exercia a chefia da sociedade conjugal, sendo merecedor de respeito e obediência da mulher e dos filhos. A finalidade essencial da família era a conservação do patrimônio, precisando gerar filhos como força de trabalho. Como era fundamental a capacidade procriativa, claro que as famílias necessitavam ser constituídas por um par heterossexual e fértil.

Ressalta-se que até a Constituição de 1969 havia como regra, a indissolubilidade do casamento e a afirmação de que a família só se constituía através deste vínculo, pois o Estado solenizou o casamento como instituição e o regulamentou exaustivamente, conforme seu artigo 175 “a família é constituída pelo casamento”.

²⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2. ed. revisada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 42.

Precisa-se ter em mente que a estrutura da família foi evoluindo. O modelo patriarcal passou por um processo de transformação cujo início ocorreu a partir de meados do século XX, após a urbanização crescente, a emancipação feminina, a menor influência da Igreja sobre o Estado, a possibilidade do divórcio, as revoluções tecnológicas e a mudança de foco do patrimônio à pessoa assentada em laços afetivos.

Destaca-se, ainda, que com o advento da revolução industrial a mulher passou a desempenhar atividades no mercado de trabalho devido ao aumento da mão-de-obra atingindo diretamente a formação da família, dividindo com o homem o papel de responsável na subsistência da família.

A Constituição Federal de 1988 proclama que a família é a base da sociedade. Inegavelmente, é um marco temporal. Fundada em princípios e elevando a dignidade da pessoa humana, optou por se mostrar como uma tábua axiológica. O legislador constituinte elegeu como fundamento do Estado brasileiro, o sujeito e sua dignidade.

A colocação do sujeito como centro do ordenamento e a positivação de sua dignidade, que não precisa ser reconhecida, já que é inata, trazem a base e fundamento para o reconhecimento das plurais formas de entidades familiares, nesse sentido, Maria Berenice Dias:

Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que a mesma se pluralizou, daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas configurações.²⁶

Hoje o que identifica a família não é a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par. O elemento distintivo da família, que o coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo. A nova concepção de família culmina

²⁶DIAS, op. Cit., p. 37.

com a necessidade do reconhecimento do afeto para essas relações, bem como abertura para a visão mais humanista do direito, com vistas a valorizar o ser humano e conseqüentemente integrá-lo em um todo social e complexo: o Estado.

Nota-se, portanto, uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho, de amor. Pensa Mônica Guazzeli Estrougo²⁷:

A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

Os novos paradigmas conduzem à necessidade de rever os modelos preexistentes, estagnados e embasados puramente na visão patrimonialista e religiosa, com o Estado e a religião determinando a verdadeira castração dessa instituição.

A atuação do Estado, no campo do direito de família, visa tutelar e resguardar, em qualquer de suas manifestações, o grupo familiar, elemento da própria vida e base fundamental da sociedade. A proteção à família é erigida ao nível constitucional, como se depreende do disposto no artigo 226 da Constituição Federal.

Na estrutura do Estado, a família é o núcleo social primário mais importante. Antecede nas suas origens o próprio Estado, porque é uma sociedade natural decorrente de uma profunda e transcendente exigência do ser humano. Segundo Denise Duarte Bruno²⁸ sobre a intervenção do Estado nas famílias:

O intervencionismo estatal levou à instituição do casamento, convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A própria organização da sociedade dá-se em torno da estrutura familiar, e não em torno de grupos outros ou de indivíduos em si mesmo.

²⁷ESTROUGO, Mônica Guazzeli. **O princípio da igualdade aplicado à família**. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.) **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 321 – 340.

²⁸BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n.12, jan./mar. 2002, pp. 27-40.

Percebe-se, portanto, que a conotação da família vai muito além da regulamentação da mútua convivência pela lei. A base afetiva da família, constituída sob os seguros laços da reciprocidade, da solidariedade e do espírito de cooperação, tem merecido reconhecimento jurídico, demonstrando uma nova roupagem, rompendo com os paradigmas tradicionais.

2.4 O afeto como mola propulsora nas relações familiares

A Constituição Federal de 1988 foi um marco decisivo na história da família brasileira. Seus princípios passaram a nortear as normas infraconstitucionais e emanaram mudanças radicais na legislação pátria. Em seu artigo 1º, estão elencados alguns desses princípios²⁹.

Na verdade, houve a positivação de mudanças há muito esperadas, pois, as normas rígidas e moralistas então vigentes, não se coadunavam com a realidade social. Ou seja, a sociedade mudou e conseqüentemente, houve a necessidade de mudança das normas.

De todos os princípios da Constituição Federal de 1988, merecem destaque os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Por suas influências foram conquistados relevantes avanços na legislação ligada à família e à filiação: a igualdade entre todos os tipos de filhos, a tutela do Estado à união estável entre homem e mulher, à família mono parental, e à igualdade entre homens e mulheres.

Porém, os legisladores não são tão ágeis quanto a sociedade, e hoje, já há a necessidade de se ampliar esse leque de proteção. Por exemplo, não faz mais sentido fingir não existir casais homossexuais, formados por pessoas que se unem para formar

29 Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I a soberania; II a cidadania; III a dignidade da pessoa humana; IV os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V o pluralismo político.

uma família, embora fisicamente impossibilitadas de procriar. Deixá-los à margem da tutela do Estado fere diretamente os princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, exposto no caput do art. 5º. da CF/88.³⁰

Embora a Constituição Federal tenha preenchido os anseios de grande parte da sociedade, mudanças continuam a ocorrer e é necessário o legislador pátrio fazer adaptações legislativas para não desamparar qualquer cidadão.

Quanto às crianças e aos adolescentes, houve um esforço dos legisladores em colocá-los em uma posição de destaque, proibindo a discriminação entre filhos e os transformando em sujeitos de direitos. É dever da família, da sociedade e do Estado provê-los dos meios necessários para seu completo desenvolvimento e protegê-los de qualquer mal, conforme dispõe o art. 227 da CF/88³¹.

É com base neste artigo da CF que o Código Civil de 2002 trouxe uma mudança radical em relação aos direitos dos filhos, comparado com o Código Civil de 1916. O que se via ali era uma total submissão dos filhos ao poder patriarcal. Os filhos não possuíam vontade própria, eram como objetos pertencentes aos pais, não lhes eram dados direitos, apenas deveres. Por exemplo, cabia apenas ao pai, marido da mãe, pelo princípio *pater is est*, contestar a paternidade de um filho. Esse era o espírito do Código Civil de 1916, totalmente patriarcal.

Hoje, vê-se claramente uma crescente mudança no meio jurídico, no sentido de buscar o desenvolvimento afetivo, visando a melhoria das relações familiares. Verônica Cezar-Ferreira fala a esse respeito dizendo:

Não podemos deixar de considerar que mudanças legais são importantes para alterações no encaminhamento dos processos, uma vez que os operadores do Direito atuam de acordo com as normas legais e que a preocupação do juiz, em particular, tem que estar voltada para o cumprimento da Lei. Nesse sentido,

30 Art 5º. 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.

portanto, novas leis podem vir a ser importantes desencadeantes de mudança de olhar, ante a uma determinada situação relacional.³²

Assevera ainda Verônica Cezar-Ferreira:

Exemplo disso foi a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, determinando que prevaleça o melhor interesse do menor, tem levado o judiciário a estar mais atento a esse aspecto.³³

Capítulo III – A responsabilidade Civil decorrente das relações familiares

É de fundamental importância mencionar que, como em qualquer relação inter-pessoal, os conflitos existentes na esfera familiar poderão gerar conseqüências de danos para os diferentes componentes da família, bem como, alguns desses componentes da família poderão provocar danos a terceiros, que, como em outros campos do direito civil, exigir-se-á a reparação dos mesmos.

³² CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psico-jurídica**. São Paulo: Método, 2007, p. 49.

³³ Idem, ibidem, p.50.

No âmbito do direito de família, é possível destacar algumas situações em que a necessidade da reparação civil por danos produzidos, que são justamente os casos que serão objetos do nosso estudo.

Ruy Rosado de Aguiar Junior³⁴ afirma que “a presença dessa questão na doutrina e na jurisprudência, sempre com intensidade, decorre da preocupação com o tema da Dignidade da Pessoa Humana”. Vê-se, claramente, a preocupação do Direito em tutelar não só o patrimônio, mas, sobretudo o dano que pode ser produzido na esfera moral no seio da família.

Muito maior do que o prejuízo material avoluma-se o dano psicológico que pode ser produzido, por exemplo, em um filho que é desprezado pelo pai, e não tem o direito de ser a uma identidade. A Constituição Federal ressalta, sobretudo, o valor das pessoas que participam da instituição familiar às quais são dignas de proteção, como os cônjuges, os filhos, os pais, os companheiros etc., não mais sendo, nos nossos dias, admissível quaisquer espécies de discriminação, seja por parte dos companheiros integrantes de uma relação de união estável, ou ainda, de um filho adotivo.

3.1 Responsabilidade dos Cônjuges ou Companheiros.

Uma vez tecidos os comentários iniciais, passemos a estabelecer alguns critérios que visam delimitar este tópico.

Pode-se asseverar que o fato gerador da responsabilidade poderá advir da infração cometida pelo cônjuge ou companheiro durante a convivência e, que gerou por

³⁴ CHAVES, Adalgisa Wiedemann ... [et al.]. **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. pág. 361.

conseqüência a separação, podendo este fato estar previsto na lei de forma precisa, resultando em uma conduta tipificada, ou poderemos utilizar os conhecimentos gerais da responsabilidade civil para imputar ao causador do dano a responsabilidade indenizatória.

Os danos acarretados pelo ato ilícito poderão ser de ordem patrimonial ou extra-patrimonial, podendo ter sido praticado pelos cônjuges mutuamente, ou mesmo, por terceiros contra um dos cônjuges.

O fato é que o casamento traz consigo algumas responsabilidades que devem ser observadas pelos cônjuges, responsabilidades estas que trazem efeitos de ordem patrimoniais e pessoais.

A união do homem com a mulher sob os auspícios da lei, acarreta uma série de deveres e obrigações entre eles à coabitação exclusiva que é essencial à instituição familiar e, se afigura como um dever de ambos os cônjuges. Somente através da coabitação, e o partilhar das alegrias e tristezas da vida é que poderá se afirmar que existe de fato e de verdade o auxílio e o companheirismo.

O nosso Código Civil observa em seu art. 1511 que: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, deveres estes que podem ser destacados como os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, que somente são desfeitos com o divórcio e com a morte, conforme prescreve o Art. 1576 do C.C. de 2002.

No âmbito da reparabilidade dos danos relativos à relação conjugal, vislumbra-se muito mais os danos produzidos na esfera moral, oriundos principalmente, de agressões verbais, físicas e de cunho extremamente pessoal. Os danos causados ao patrimônio são mais fáceis de ser mensurados, logo, tornam-se melhor exigíveis, enquanto os danos que ocorrem na esfera do dano moral não têm como ser mensurados monetariamente.

Questiona-se insistentemente, entretanto, qual seria a mensuração da dor? A dor poderia ser alvo de uma reparação pecuniária tendo em vista os danos materiais e patrimoniais? Há como se falar objetivamente em indenização ou reparação do dano, no que se refere ao dano moral?

Regina beatriz Tavares da Silva³⁵ diz que:

Enquanto nos danos patrimoniais ou materiais a reparação tem como objetivo repor o patrimônio do lesado no seu estado anterior ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre com o dano moral, diante do qual é impossível restabelecer a situação anterior.

E segue lecionando o seguinte:

Porém, a reparação do dano moral deve ter em vista, possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória, por meio de pagamento de determinada soma pecuniária. Assim, a indenização por dano patrimonial recompõe o patrimônio do lesado, e a indenização por dano moral compensa o sofrimento da vítima ou a perda sofrida, atenuando as conseqüências da lesão.

Arnold Wald traz um entendimento que traduz dois aspectos do dano: o moral e o físico. Nas obrigações conjugais, cada cônjuge deve manter relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge devendo precipuamente ser este o dever de fidelidade de cada membro do casal. Restringe-se, pois, aqui a liberdade sexual dos cônjuges.

Muito embora o adultério não mais seja tipificado como crime, entendemos que muito mais do que a criminalização da conduta, tal fato é totalmente reprovado pela sociedade, trazendo uma série de conseqüências de ordem familiar e principalmente de ordem moral.

Diz o eminente jurista Arnold Wald:

No campo do direito privado, o adultério é justa causa para a separação judicial litigiosa. Quanto à fidelidade moral, não está munida de sanção eficiente, podendo, todavia a deslealdade de um cônjuge em relação ao outro (namoro

³⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999. pág. 151.

com terceira pessoa, por exemplo) constituir, conforme o caso, infração grave, que também autoriza a separação judicial litigiosa.³⁶

A ocorrência do adultério, enseja conseqüências no campo civil dando pois margem não só ao divórcio, mas à reparação civil do cônjuge ofendido relativo aos constrangimentos e danos morais sofridos.

Fato é que foram violados os deveres recíprocos inerentes ao casamento, ferindo a dignidade do ofendido, que, muitas vezes é tratado com verdadeiro desdém pelo ofensor.

Os valores conjugais servem de base para as relações familiares e, a não observância deles dá ensejo não só a reparação de danos morais, como aos patrimoniais. Não se pode conceber que, uma vez rompido o casamento, o cônjuge culpado ou causador do mal deva ser responsabilizado apenas respondendo pela obrigação de alimentar e pela possível perda da guarda dos filhos. Necessário é que responda pelos seus atos manifestamente contrários à lei e que produziram todo o dano moral ao cônjuge ofendido.

Como corolário da Responsabilidade Civil no âmbito da nossa Legislação Civil Brasileira, no art. 186 do C. C vê-se claramente que comete ato ilícito passível de indenização: Art. 186 do C. C: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Não importa que seja ou não no âmbito do direito de família.

Portanto, pela teoria adotada pelo Código Civil, devemos observar a conduta do agente o qual estará obrigado a indenizar caso essa seja contraria ao direito como está previsto no “caput” do artigo 927 do Código Civil.

³⁶ WALD, Arnold. Direito de Família. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.998, p. 82.

No âmbito jurídico, quando se verifica a quebra contratual, observada a culpa ou dolo do infrator, não se deixa impune o mesmo. No casamento não poderia ser diferente.

Constatada a culpa nos casos de separação judicial litigiosa, é perfeitamente aceitável que o cônjuge culpado efetue a reparação ao cônjuge inocente, dos danos materiais e morais produzidos.

Não há como se mensurar os danos produzidos à perda da auto-estima, o dano produzido pela sensação de fracasso não só na vida pessoal, mas em toda a vida familiar, repercutindo diretamente na vida dos filhos. Necessário se faz que se imponha ao cônjuge culpado a obrigação de reparar todo o dano causado àquele que o sofreu.

Não se trata aqui de querer agora mensurar sentimento e tratar com banalidade este assunto, porém, banalidade maior seria impor ao ofendido ficar sem nenhum tipo de reparação pelo que sofreu, pela vergonha e constrangimento que passou.

3.2. Responsabilidade de Indenizar dos Pais aos Filhos

Primeiramente cabe tecer algumas considerações acerca da filiação jurídica no Código Civil de 1916 e a evolução do instituto da filiação, para posteriormente tratar da questão referente à Responsabilidade Civil na relação pais e filhos.

3.2.1 A filiação no Código Civil de 1916

No início do Século XX, a família brasileira era formada por um marido, sua esposa e seus filhos nascidos sob as bênçãos do matrimônio, os chamados filhos legítimos. Este era o modelo de família tutelado pelo Código Civil de 1916. Qualquer outro arranjo familiar que não estivesse de acordo com este modelo era ignorado e discriminado pela sociedade e pelas leis. Qualquer filho gerado fora do matrimônio era

considerado ilegítimo e não tinha direito a ser reconhecido pelo pai e só a este cabia contestar a paternidade de um filho gerado na constância de seu matrimônio.

Para se entender o espírito daquele Código é preciso ter em mente o contexto social no qual estava inserido. A sociedade brasileira, de maioria católica, estava presa a regras morais rígidas pelas quais as esposas e os filhos deviam obediência cega ao chefe da família, ao patriarca. A este cabia decidir sobre o destino da família, ditando regras que deviam ser obedecidas por todos, inclusive as esposas. A figura do patriarca era de um ser autoritário a ser obrigatoriamente respeitado, admirado, temido. Suas ordens jamais podiam ser contestadas.

Este modelo de família encobria uma sociedade em cujo seio reinava a hipocrisia, pois, apesar da influência católica, era comum homens casados manter outras casas, inclusive com filhos nascidos dessas uniões não institucionalizadas. Eram os chamados filhos ilegítimos. Eles não podiam ser reconhecidos, nem detinham qualquer direito em relação ao pai. Naquela época, a maioria dos casamentos acontecia por conveniência, com um intuito primordialmente patrimonialista.

Conseqüentemente, como as leis tendem a refletir os anseios sociais, o Código Civil de 1916 também possuía a mesma preocupação: a de proteger o patrimônio da família. Assim sendo, não podia jamais permitir a um filho gerado fora do casamento, concorrer com os filhos legítimos na sucessão desse patrimônio. Apenas os filhos legítimos, gerados na constância do matrimônio, tinham direito a herdar.

A filiação plena era determinada não por laços sanguíneos ou afetivos, mas por uma abstração jurídica. Filho era aquele nascido de um pai e uma mãe, unidos pelos laços do matrimônio, mesmo se isto não correspondesse à realidade. Tal abstração configura o princípio *pater is est que justas nuptiae demonstrant*, ou seja: pai é aquele que as núpcias legítimas indicam.

3.2.2 A filiação biológica e sócio-afetiva no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 já surgiu sobre a égide da nova Constituição Federal, o que fez com que procurasse dar total proteção às famílias e aos seus filhos. Estes saíram de uma situação de submissão para uma posição de destaque, passando a ser o centro de suas famílias. O que se pode notar é que houve uma inversão de valores: os filhos passaram a ter seus direitos protegidos pelo Estado. Assim, o maior interesse da criança passou a guiar as decisões dos Tribunais pátrios quando seus direitos estavam em jogo.

Porém, o Código Civil de 2002 surgiu em uma época de grandes avanços nas ciências biológicas. O advento do exame do DNA, capaz de determinar com quase 100% de certeza a paternidade de uma criança, fez com que as decisões judiciais sobre filiação o utilizassem como base para a determinação da paternidade biológica de uma criança. Ainda hoje há, na maioria dos casos, uma total submissão dos juízes aos resultados dos exames laboratoriais.

Esse tipo de decisão, baseada em uma determinação puramente biológica, pode ser tão prejudicial ao interesse de uma criança quanto o determinismo da presunção *pater is est* do Código Civil de 1916.

Observe-se: uma mulher engravida do namorado e este a abandona. Logo após o nascimento da criança, ela casa com um terceiro vindo este a tratar essa criança como se seu filho fosse. Para a criança, seu pai é aquele com quem convive, lhe dá carinho, afeto e proteção. Muitas vezes acontece do pai biológico arrepende-se e demandar judicialmente a paternidade daquela criança para poder ter direito a visitas. O juiz, geralmente, determina a realização do exame de DNA, e caso seja positivo, ordena o acréscimo do nome do pai ao do filho. A pergunta a se fazer é a seguinte: essa decisão é a melhor para a criança? Como ela vai reagir ao saber da existência de um estranho a quem deverá chamar de pai? Como ficará o lado emocional dessa criança ao se descobrir filha de um estranho e não mais daquele o qual sempre a protegeu e amou?

Faz-se necessária uma reflexão profunda sobre essas questões, por parte dos juízes, ao se decidir a paternidade de uma criança com base apenas no exame de DNA. Portanto, não se pode perder de vista o fato da paternidade, e conseqüentemente a responsabilidade decorrente dessa relação, não ser determinada apenas por presunções ou por determinismos biológicos, ser pai não é só contribuir com material genético.

A verdadeira paternidade é construída ao longo do tempo, com a convivência diária entre pai e filho, podendo prescindir do fator biológico, como no caso da adoção e da inseminação heteróloga. Nesse sentido o TJRS já decidiu:

EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. IMPROCEDÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Ainda que o autor, pai registral, não seja o pai biológico da ré, mantém-se a improcedência da ação negatória se estabelecida a paternidade socioafetiva entre eles. Em se tratando de relação de filiação não se pode compreender que seja descartável, ao menos em casos como o presente onde efetivamente se estabeleceu a afetividade, e a ré nasceu e formou sua personalidade tendo como pai o autor. Apelação desprovida.³⁷

Essa visão ampla de paternidade precisa ser mantida pelos Tribunais a fim de que sejam respeitados os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana e assim imputar a responsabilidade.

3.4 A Responsabilidade Civil na relação paterno-filial.

Iniciamos esta parte da nossa exposição com parte da sentença que em 2003, concedeu a uma menina de 9 anos de idade a reparação civil pelo abandono do pai.

³⁷ Apelação Cível Nº 70018465104, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 04/10/2007.

“Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange 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 presença do pai ajude no desenvolvimento da criança.

A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai - e é o caso do réu - deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para se evitar a paternidade (vasectomia, preservativos etc.).

Ou seja, aquele que não quer ser pai, deve precaver-se. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprezado, que deu origem ao filho deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente. Assim, não estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança.”

Mario Romano Maggioni, juiz de Direito³⁸

Este caso é sem dúvida a maior demonstração do dano que pode causar um pai, ao deixar de cumprir com a sua função, que não consiste em apenas manter o sustento da criança, mas de proporcionar-lhe o carinho, afeto, segurança e a proteção que a figura paterna representa.

Rolf Madaleno³⁹, conhecido jurista ensina:

A indenização civil admitida como passível de reparação pelo gravame moral impingido ao investigante haverá de decorrer daquela atitude claramente postergatória do reconhecimento parental, onde o investigado se vale de todos os subterfúgios processuais para dissimular a verdade biológica, fugando-se com esparramadas desculpas ao exame pericial genético, ou mesmo, esquivando-se da perícia, com notórios sintomas de indisfarçável rejeição ao vínculo de parentesco com o filho, do qual tem sobradas razões para haver como seu descendente.

E acrescenta:

³⁸ Sentenças e Decisões de Primeiro Grau: Rio Grande do Sul / [publicada por] Poder Judiciário a Ajuris. – v.1 (jun. 1999) – Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas, 1999. p. 55-56.

³⁹MADALENO, Rolf. **Direito de Família – Aspectos Polêmicos**, Livraria do Advogado Editora, 1998, pg. 145

Como ascendente sujeito ao reparo moral, situa-se também aquele que, mesmo depois de apresentado laudo judicial e científico, de incontestável paternidade, ainda assim, prossegue negando guarida ao espírito humano de seu filho investigante, que busca, agudamente, o direito da declaração de sua paternidade, mas que segue seu genitor a priva-lo da identidade familiar, tão essencial e, condição de seu crescimento e desenvolvimento psíquico, estes, isentos de sobressaltos e fissuras na hígida personalidade psicológica."

Tal situação vislumbra-se no caso em que o pai, nega ao filho o direito de reconhecimento da sua paternidade, comprometendo, assim, a personalidade do ofendido incapaz.

É fato que, a figura paterna é de fundamental importância para o desenvolvimento psíquico do menor, e que, a criança que é privada do convívio com o seu pai, sofre agredido pelo ato ilícito da falta de reconhecimento da paternidade.

Inequivoco o dano moral, ao negar-se ao filho, o direito à sua verdade biológica, que serve de interesse maior à formação da personalidade.

Necessário será uma avaliação criteriosa de cunho psicológico para identificar o "quantum" de dano foi produzido e a extensão do mesmo, inclusive, para efeito de mensuração pecuniária, independentemente dos níveis de percepção da ofensa pelo incapaz, certo que o interesse dominante é o do resguardo da integridade moral da criança, tutelado por lei e, sobretudo, pela Constituição Federal, quando tutela a dignidade da pessoa humana.

Cláudia Maria da Silva⁴⁰, advogada especialista na área de Direito de Família e sócia do IBDFAM, em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, diz:

A base da Família deve ser, acima de tudo, centrada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, uma família 'repersonalizada' e 'despatrimonializada', conforme proposto pela Constituição Federal de 1988, assentada numa ordem jurídica sob diversos princípios fundamentais, que alçados à órbita constitucional emanam valores para todo o sistema.

⁴⁰ SILVA, Claudia Maria da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho** in REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA – Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v6 n.25, ago/set,2004.pág.123.

E continua na sua colocação:

Mais do que nunca a relação paterno-filial assume destaque nas disposições sobre a temática da família. A previsão de outras formas, tais como a procriação, a proibição da discriminação da filiação quanto à sua origem, a paternidade sócio-afetiva, deixa clara a preocupação com os filhos, enquanto verdadeiros sujeitos (não há mais assujeitados ao poder paterno ou, mais especificamente, ao poder do pai”.

É de fundamental importância que a criança tenha oportunidade de crescer, se não em um lar ajustado, em um lar em que a presença periódica dos pais (pai e mãe) sejam constantes. A necessidade é muito mais na esfera emocional e afetiva, do que propriamente dita na esfera material. É certo que se os pais puderem oferecer aos filhos condições materiais que sejam satisfatórias, que assim o façam, porém sem descuidar em tempo algum dos deveres de pai ou de mãe, proporcionando aos filhos a oportunidade de crescerem em suas companhias.

A não observância do disposto acima enseja indenização, que é justamente o que ocorreu em Minas Gerais e o que podemos constatar em Jurisprudência do TJMG:

Número do processo: 2.0000.00.408550-5/000(1) Relator: UNIAS SILVA
Relator do Acórdão: Não informado Data do acórdão: 01/04/2004 Data da publicação: 29/04/2004 Inteiro Teor: EMENTA - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

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

Depreende-se do texto acima, a importância dada pelos Julgadores do TJMG, principalmente no que se refere ao Princípio Basilar da Dignidade da Pessoa Humana, como pressuposto primordial para o deferimento da indenização. Neste caso, o que está em jogo não é a questão monetária, mas a afetiva, a humanitária, que deve sobrepujar todos os conceitos patrimonialistas defendidos pelos civilistas mais

tradicionais, e que se apegam aos preceitos estatuídos pelo então Código de 1916, olvidando-se que a sociedade está em constante evolução, sendo necessária cada vez mais a expansão da intervenção Constitucional, dos seus princípios e dos seus valores, no âmbito do Direito Civil.

Ainda ensina Cláudia Maria da Silva⁴¹ que o descumprimento do dever de convivência, produz na criança conseqüentes danos à formação da sua personalidade, acarretando, por conseguinte, o dever de reparação civil por parte daquele que o provocou.

Ensina o Art. 227 da Carta Magna que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Diz a Dra. Cláudia que:

Tal convivência não se esgota na manutenção dos filhos na companhia e guarda dos genitores, na constância da sociedade conjugal como prerrogativa do poder familiar (inciso II do art. 1634 do CC), tampouco na famigerada ‘ possibilidade ‘ de tê-los em sua companhia e de visitá-los após o desenlace.

É muito mais do que isso. É dar amor, exemplo, instrução e sobretudo estar presente para que se possa efetivamente participar da formação e desenvolvimento do caráter dos filhos.

Ainda assevera Cláudia Maria da Silva⁴²:

Garantir ao filho a convivência familiar significa respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe dignidade, na medida em que depende de seus genitores, não só materialmente.

⁴¹ SILVA, Claudia Maria da. Ob. Cit. P 138 e 139.

⁴² SILVA, Claudia Maria da. Ob. Cit. P 139.

Muito mais que ter o sustento material, a criança necessita do afeto e atenção dispensados pelos pais, independente de conviverem maritalmente ou não. Quando os pais se omitem com relação a esse afeto e atenção, eles estão retirando da criança o direito à convivência paterna ou materna, de suma importância para a garantia do equilíbrio psíquico-social da mesma.

Todos os esforços devem ser feitos por parte dos pais, com a finalidade de proporcionar aos filhos um ambiente de normalidade, seja no lar, na escola, nos lugares de convivência social, buscando sempre o melhor interesse do menor.

O relacionamento dos pais para com os filhos, devem sobretudo perseguir o bem estar da criança como melhor ensina Pietro Perlingieri:

O interesse do menor identifica-se também com a obtenção de uma autonomia pessoal e de juízo e pode concretizar-se também na possibilidade de exprimir escolhas e propostas alternativas que possam ter relação com os mais diversos setores, dos interesses culturais àqueles políticos e afetivos, desde que seja salvaguardada a sua integridade psicofísica e o global crescimento da sua personalidade.⁴³

É de fundamental importância, que haja por parte dos pais a consciência inequívoca da necessidade dos filhos, no tocante a poderem crescer num ambiente harmônico e equilibrado, em que tenha sido supridas não somente as suas necessidades materiais, mas também e principalmente afetivas.

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 259-260.

CONCLUSÃO

A Família sempre foi e sempre será a célula “mater” da sociedade. Apesar dos esforços de se banalizar a instituição familiar, muito por responsabilidade da mídia, que de forma incoseqüente tem levado ao ar um amontoado de lixo para dentro dos lares, a família continua firme e sendo a grande responsável pela organização social e também jurídica.

Na família os indivíduos têm o primeiro contato social, crescem e formam seu caráter, e são sem duvida alguma o retrato do ambiente em que vivem.

Família equilibrada é sinônima de indivíduos equilibrados. Famílias desajustadas e conflituosas têm grandes probabilidades de produzirem homens desequilibrados, que, tão somente retratarão o que se passa no seu meio familiar.

A identidade pessoal da criança e do adolescente, assevera Cláudia Maria da Silva⁴⁴:

Tem vínculo direto com a identidade do grupo familiar, em primeira instância. Daí exsurge a responsabilidade primordial dos genitores na formação da personalidade do indivíduo, cabendo-lhes dar amor, orientação ética e moral, educação, alimento, respeito; ensinar-lhe a viver e a sobreviver, tudo isso por meio da convivência familiar que, conclui-se, é um dever dos genitores (e em contrapartida, um direito dos filhos).

E continua:

⁴⁴ SILVA, Claudia Maria da. Ob. Cit. P 145.

Tanto no desenrolar da entidade conjugal, como após a sua extinção, ambos os genitores persistem como co-responsáveis pela prole em todos os âmbitos, exatamente diante da preservação do poder familiar.

Do que foi exposto acima, infere-se a grande necessidade de independente da manutenção do vínculo marital, se preservar os vínculos afetivos provenientes das relações familiares. O respeito mútuo, o afeto e o amor, sem dúvidas, redundarão em relações familiares desprovidas de ofensas, agressões e tantas outras atitudes que trarão como conseqüência, o direito daquele que sofreu humilhações e agressões, de ver reparado o dano acarretado.

Não restam dúvidas da viabilidade da reparação civil no âmbito do Direito de família, seja dos cônjuges, um em relação ao outro, seja dos pais para com os filhos ou até mesmo dos filhos para com os pais.

Nossos dias são difíceis e apelam para a degradação da instituição familiar e o desprovimento de todos os valores éticos e morais, que vão sendo deixados de lado sob as expensas do egoísmo e do individualismo, onde cada um busca o que é melhor para si, sem pensar nas conseqüências para aqueles que estão a seu lado, geralmente no ambiente familiar.

Deste desequilíbrio social, vem a chuva de relacionamentos desfeitos em que a marca característica é a mágoa, o ressentimento, os dissabores, que levam antigos parceiros a se digladiarem sem nenhuma misericórdia e sem levar em consideração anos a fio que passaram juntos. O saldo desta batalha familiar acaba ficando na sua maioria das vezes, para os filhos, que, por estarem indefesos, tornam-se vítimas dos próprios pais.

Na atualidade, nunca se casou tanto e nunca se separou tanto. Pela extensão dos conflitos no seio familiar, vê-se cada dia mais, a necessidade da participação de profissionais outros que não os juristas visando o equilíbrio dos relacionamentos.

Importa a participação dos psicólogos, assistentes sociais bem como outros profissionais que possam contribuir para a diminuição dos conflitos familiares, e, a esse respeito, o festejado jurista Cristiano Chaves⁴⁵ faz a seguinte referência:

A família também tem referências sociais, espirituais e culturais, afigurando-se necessário, por conseguinte, compreendê-la a partir de uma feição ampla, consideradas as suas idiossincrasias, peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (e, por igual, a biotecnologia e a biologia) e, ainda, a ciência do direito.

Essa participação multidisciplinar nas relações familiares, contribuirá para minorar os danos produzidos por relacionamentos conturbados, onde, quase sempre, se vislumbra sentimentos de rejeição, baixa-estima, e, sobretudo danos de ordem psicológica.

A responsabilidade civil no âmbito familiar, não tem por objetivo quantificar em pecúnia os sentimentos, mas dizer para os agressores da moral e dos sentimentos alheios, que eles não podem ficar impunes ante a agressão desferida, visando ao menos minora-lás.

Finalizamos afirmando que a responsabilidade conjugal ou paternal não se esgota na contribuição material, mas, é sobretudo o que se pode dar ao emocional, ao psíquico das pessoas que muitas vezes declaramos amor, sejam elas filhos ou cônjuges e companheiros.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. A separação judicial à luz do garantismo constitucional: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p.3.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n.12, jan./mar. 2002.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann ... [et al.]. **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

CZAJKOWSKI, Ranier. **União livre**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2. ed. revisada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. **In Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7. v. São Paulo: Saraiva, 1995.

ESTROUGO, Mônica Guazzeli. **O princípio da igualdade aplicado à família**. *In*: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.) **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil V.3**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O companheirismo. Uma espécie de família**. 2. ed.. São Paulo: RT, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família – Aspectos Polêmicos**, Livraria do Advogado Editora, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. V. 2: Direito de família. 37. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade civil de acordo com o Novo Código Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SOUZA, Mauro César Martins de. **Responsabilidade decorrente do acidente do trabalho: doutrina e jurisprudência**. Campinas, SP: Agá Juris Editora, 2000.

WALD, Arnold. Direito de Família. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.998, p. 82.

¹ SILVA, Claudia Maria da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho** in REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA – Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v6 n.25. 2004.

_____, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

WOLFGANG SARLET, Ingo, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ANEXOS

Seguem algumas decisões dos Tribunais acerca da matéria em estudo.

Processo nº 141/1030012032-0 – Ação de Indenização**Comarca de Capão da Canoa****2ª Vara****Autora: D. J. A.****Réu: D. V. A.****Juiz de Direito: Mario Romano Maggioni****Data: 15 de setembro de 2003**

Ação de indenização. Dano moral.Revelia. Dever moral e legal do pai de prestar afeto, carinho e amor ao filho. O não cumprimento de uma das obrigações inerentes à paternidade obriga o pagamento pelo requerido de indenização por danos morais. Sentença procedente.

Vistos.

I – D. J. A. ajuizou ação de indenização por danos morais contra D. V. A., inicialmente qualificados. Referiu, em suma, que é filha do demandado. Desde o nascimento da autora o pai abandonou-a material (alimentos) e psicologicamente (afeto, carinho, amor). Houve ação de alimentos e diversas execuções. Em ação revisional o demandado avençou pagar R\$ 720,00 mensais e assumir o papel de pai. Novamente não honrou com o avençado, não demonstrando qualquer amor pela filha. Tal abandono tem trazido graves prejuízo à moral da autora. Requereu pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) a título de indenização por danos morais.

Citado (fl. 27), o demandado restou silente. O Ministério Público manifestou-se pela extinção (fls. 29-33). Vieram os autos conclusos. Relatados.

Decido.

II – A questão comporta o julgamento do processo no estado em que se encontra. Trata-se de revelia (art. 330, II, do CPC). Citado, o requerido não contestou a ação. Presumem-se, assim, verdadeiros os fatos afirmados pela autora (art. 319 do CPC). De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da Lei nº 8.069/ 90). A educação abrange 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-afirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. De outra parte se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai. É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer “fui indevidamente incluído no SPC” a dizer “fui indevidamente rejeitado por meu pai”. Nessa senda, não se apresenta absurdo o valor inicialmente pretendido. Acresço que não houve impugnação ao valor, presumindo-se o bom. Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai - e é o caso do autor – deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para etc.). Ou seja, aquele que não quer ser pai deve precaver-se. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprecavido, que deu origem ao filho deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente. Assim, não estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança.

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, 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 legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador

atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal pois não está bem educando seu filho.

O demandado não contestou; portanto, presume-se que não está ensejando boa educação (amor, carinho, companhia, etc.) à filha. A ausência de alimentos poder-se-á suprir mediante execução de alimentos. Os prejuízos à imagem e à honra da autora, embora de difícil reparação e quantificação, podem ser objeto de reparação ao menos parcial.

Uma indenização de ordem material não reparará, na totalidade, o mal que a ausência do pai vem causando à filha; no entanto, amenizará a dor desta e, talvez, propiciar-lhe-á condições de buscar auxílio psicológico e confortos outros para compensar a falta do pai. E, quanto ao demandado, o pagamento de valor pecuniário será medida profilática, pois fá-lo-á repensar sua função paterna ou, ao menos, se não quiser assumir o papel de pai que evite ter filhos no futuro.

III – Face ao exposto, Julgo procedente a ação de indenização proposta por D. J. A. contra D. V. A., forte no art. 330, II, e no art. 269, I, do CPC, c/c com o art. 5º, X, da constituição Federal e art. 22 da Lei nº 8.069/90 para condenar o demandado ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), corrigidos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação. Condeno o demandado ao pagamento das custas processuais e honorários do patrono da parte adversa que arbitro em 10% sobre o valor da condenação a teor do art. 20, § 3º do Código de Processo Civil, ponderado o valor da causa e ausência de contestação.

Transitada em julgado, archive-se com baixa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Capão da Canoa, 15 de setembro de 2003.

Mario Romano Maggioni – Juiz de Direito

Número do processo: 2.0000.00.408550-5/000(1) Relator: UNIAS SILVA Relator do Acórdão: Não informado Data do acórdão: 01/04/2004 Data da publicação: 29/04/2004 Inteiro Teor: EMENTA - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

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

Inteiro Teor do Acórdão e Voto:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível Nº 408.550-5 da Comarca de BELO HORIZONTE, sendo Apelante (s): ALEXANDRE BATISTA FORTES MENOR PÚBERE ASSIST. P/ SUA MÃE e Apelado (a) (os) (as): VICENTE DE PAULO FERRO DE OLIVEIRA,

ACORDA, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais DAR PROVIMENTO.

Presidiu o julgamento o Juiz JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEES e dele participaram os Juízes UNIAS SILVA (Relator), D. VIÇOSO RODRIGUES (Revisor) e JOSÉ FLÁVIO ALMEIDA (Vogal).

O voto proferido pelo Juiz Relator foi acompanhado, na íntegra, pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Assistiu ao julgamento pelo apelante, a Dr^a. Thais Câmara Maia e Produziu sustentação oral pelo apelado, o Dr. João Bosco Kumaira.

Belo Horizonte, 01 de abril de 2004.

JUIZ UNIAS SILVA

Relator

VOTO

O SR. JUIZ UNIAS SILVA:

Trata-se de recurso de apelação interposto por Alexandre Batista Fortes - menor púbere representado por sua mãe - contra a r. sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada contra seu pai, Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que inexistente o nexo causal entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor.

Sustenta o apelante, em síntese, que o conjunto probatório presente nos autos é uníssonimo ao afirmar a **existência do dano resultante da ofensa causada pelo apelado**. Afirma que **a dor sofrida pelo abandono é profundamente maior que a irresignação quanto ao pedido revisional de alimentos requerido pelo pai**. Aduz que o tratamento psicológico ao qual se submete há mais de dez anos advém da desestruturação causada pelo abandono paterno. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso.

Contra-razões às fls. 105-407.

É o relatório necessário.

Conheço do recurso, pois que presentes os pressupostos de sua admissão.

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

Esclareço, desde já, que a responsabilidade em comento deve cingir-se à civil e, sob este aspecto, deve decorrer dos laços familiares que matizam a relação paterno-filial, levando-se em consideração os conceitos da urgência da reparação do dano, da re-harmonização patrimonial da vítima, do interesse jurídico desta, sempre prevalente, mesmo à face de circunstâncias danosas oriundas de atos dos juridicamente inimputáveis.

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.

Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue.

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade

ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade.

O princípio da efetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.

No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar.

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", além de colocá-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

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

Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este afastou-se

definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura.

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

"É como se ele tentasse transformar o genitor em pai e, nesta árida batalha, procurasse persistentemente compreender porque o Sr. Vicente não se posiciona como um pai, mantendo a expectativa de que ele venha a fazê-lo." (fls. 72).

"Neste contexto, ainda que pese o sentimento de desamparo do autor em relação ao lado paterno, e o sofrimento decorrente, resta a Alexandre, para além da indenização material pleiteada, a esperança de que o genitor se sensibilize e venha a atender suas carências e necessidades afetivas." (fls.74).

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

Desta forma, fixo a indenização por danos morais no valor equivalente a duzentos salários mínimos, ou seja, R\$ 44.000,00, devendo ser atualizado monetariamente de acordo com a Tabela da Corregedoria Geral de Justiça e com juros de mora em 1% ao mês, a contar da publicação do presente acórdão. Pelo que, condeno o apelado a pagar ao procurador do apelante, a título de honorários sucumbenciais, o valor relativo a 10% do valor da condenação em danos morais.

Com base em tais considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para julgar procedente o pedido inicial, modificando a r. decisão ora objurgada.

Custas pelo apelado.