

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O AFETO COMO LIAME ESSENCIAL DA FILIAÇÃO E A
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA SUA OMISSÃO**

Rafael Cano Rodrigues

Presidente Prudente/SP

2007

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O AFETO COMO LIAME ESSENCIAL DA FILIAÇÃO E A
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA SUA OMISSÃO**

Rafael Cano Rodrigues

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Francisco José Dias Gomes.

Presidente Prudente/SP

2007

**O AFETO COMO LIAME ESSENCIAL DA FILIAÇÃO E A
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA SUA OMISSÃO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Francisco José Dias Gomes
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, _____ 2007.

Ainda que eu falasse línguas,
as dos homens e dos anjos,
se eu não tivesse o amor,
seria como sino ruidoso
ou como címbalo estridente.

Ainda que eu tivesse o dom da profecia,
o conhecimento de todos os mistérios
e de toda a ciência;
ainda que eu tivesse toda a fé,
a ponto de transportar montanhas,
se não tivesse o amor,
eu não seria nada.

Ainda que eu distribuísse
todos os meus bens aos famintos,
ainda que entregasse meu corpo às chamas,
se não tivesse o amor,
nada disso me adiantaria.

Bíblia Sagrada, I Coríntios, 13, 1-3.

Aos meus pais, por serem as pessoas mais
importantes da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela minha vida e todos os seus atributos, por me dar motivos para viver e lutar todos os dias.

Aos meus pais, Edeone e Olívia, por me ensinarem as lições mais importantes desta vida e por toda a dedicação e afeto com que me criaram.

As minhas irmãs, Fabiana e Juliane, pela companhia e amizade.

As minhas avós, Marias, e minhas tias, Noelia e Eliete, por contribuírem fundamentalmente com o meu crescimento e pela dedicação com que me acolheram.

Ao Dr. Francisco José Dias Gomes, que me orientou neste trabalho, contribuindo fundamentalmente na sua elaboração, com sua inteligência e personalidade, e acima de tudo ensinado com suas atitudes que assim como o trabalho de cada pessoa é consequência do que ela se dispõe a fazer, assim também será com a sua vida.

A Dra. Vera Campos, por ter me honrado com seus ensinamentos desde o projeto até o fecho desta monografia.

A todos os professores da casa, pelo brilhantismo com que sempre lecionaram, e pela cobrança com que nos estimulou a progredir, mas acima de tudo pelo respeito, dedicação e amizade, que certamente continuará além das instituições.

Agradeço, por fim, a todos os meus amigos e as demais pessoas não citadas, mas que lutaram ao meu lado me impulsionando a chegar ao final de mais uma jornada.

RESUMO

Este trabalho científico discute tema atual e de importante relevância no mundo jurídico. Busca demonstrar a crescente evolução da família nas principais civilizações constatando a inserção do afeto no seio do núcleo familiar. Passou a sociedade brasileira a viver em realidade distinta da realidade jurídica, assim a Constituição Federal de 1988 inova o mundo jurídico trazendo parâmetros para a aplicação do direito. Constitucionalizado o Direito de Família necessária se faz agora é que a sociedade se adapte as novas regras e princípios que norteiam a família. A nova Ordem Constitucional promoveu a elevação da dignidade da pessoa humana a princípio jurídico, alcançando o reconhecimento do afeto, a proteção integral da criança e do adolescente patamar constitucional. A filiação passa a ser vista como a relação de parentesco entre pai e filho trilhada nos laços do amor, assim o fato de ser filho biológico não é essencial para que esteja configurado o parentesco, sendo vedada qualquer distinção entre as filiações, sobrepondo-se o afeto ao vínculo biológico. Dessa forma, passa o poder familiar a ser considerado um instituto protetivo, ao qual os pais devem obediência para que, aos filhos, não seja suprimido o seu direito de afeto e convivência familiar. Nessa contemporânea concepção que se tem da família o direito de convivência familiar não se exaure com o rompimento do relacionamento dos pais, devendo o cônjuge que não detém a guarda, além de contribuir materialmente para o sustento dos filhos, manter a convivência com eles. A convivência e o afeto de ambos os pais é direito dos filhos, sendo que cada um desempenha papel diferenciado e de suma importância no desenvolvimento destes, assim, a sua omissão poderá gerar danos no desenvolvimento psicológico dos filhos, dano esse que, se comprovado, tendo em vista a ausência de normas para o descumprimento desses deveres, adentrará no âmbito da responsabilidade civil. Responderá por dano moral o pai que não cumprindo os deveres da paternidade causar danos no desenvolvimento psicológico do filho. O objetivo dessa sanção aplicada aos pais que não cumprem o seu papel não visa pagar com dinheiro o amor, mas sim compensar a dor provocada ilicitamente, tendo o condão de impor aos pais a satisfação dos deveres que, conhecidos, não são cumpridos espontaneamente. Portanto, ao judiciar o Direito de Família deverá o juiz estar apto a lidar com situações delicadas que devem ser observadas, não só à luz da Lei Maior, mas também e, sobretudo, sob o olhar humanitário do Magistrado.

Palavras-chaves: Família. Afeto. Convivência. Poder Familiar. Princípios Constitucionais. Dano Moral.

ABSTRACT

This scientific work discusses current theme and of important relevance in the juridical world. Search to demonstrate to growing evolution of the family in the main civilizations verifying the insert of the affection in the breast of the family nucleus. It started the Brazilian society to live in reality different from the juridical reality, like this the Federal Constitution of 1988 innovates the juridical world bringing parameters for the application of the right. Constitucionalizado the necessary Family law is made now is that the society adapts the new rules and beginnings that orientate the family. The new Constitutional Order promoted the elevation of the human person's dignity at first juridical, reaching the recognition of the affection, the child's integral protection and of the adolescent constitutional landing. The filiation passes to be seen as the relationship relationship between father and son trodden in the bows of the love, like this the fact of being the biological son is not essential so that the relationship is configured, being banned any distinction among the filiations, being put upon the affection to the biological bond. Of this form raisin the family power to a protective institute to be considered, of which the parents owe obedience so that to the children it is not suppressed his/her right of affection and family coexistence. In this contemporary conception that is had of the family the right of family coexistence it is not exhausted with the breaking of the parents' relationship, owing the spouse that doesn't stop the guard, besides contributing materially, to maintain the coexistence with the children. The coexistence and both parents' affection is right of the children, and each one plays differentiated part and of addition importance in the development of these, like this, his/her omission can generate damages in the children's psychological development, that if proven, tends in view the absence of norms for the noncompliance of these duties, it will penetrate in the extent of the civil liability. He/she will answer for moral damage the father that not accomplishing the duties of the paternity to cause damages in the son's psychological development. The objective of this applied sanction to the parents that don't accomplish his/her role doesn't seek to pay with money the love, but to compensate the pain provoked illicitly, tends the privilege of imposing the parents to satisfy the duties that known are not accomplished spontaneously. Carrying, when judging the Family law will owe the judge to be capable to work with delicate situations, that you/they should be observed the light of the Larger Law, but, and principally, under a humanity looked of the Judge, too.

Keywords: Family. affection. Coexistence to can family. Constitutional beginnings. Moral damage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O AFETO E A SUA IMPORTÂNCIA	12
3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA	17
4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA	22
4.1 A Descodificação do Código Civil.....	22
4.2 Princípios Constitucionais do Direito de Família.....	23
4.2.1 Princípio da <i>ratio</i> do matrimônio e da união estável.....	24
4.2.2 Princípio do pluralismo familiar.....	25
4.2.3 Princípio da liberdade	25
4.2.4 Princípio da igualdade entre todos os filhos.....	26
4.2.5 Princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros.....	26
4.2.6 Princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança e do adolescente.....	27
4.2.7 Princípio da afetividade.....	29
5 O NOVO MODELO DE FAMÍLIA	31
5.1 Nuclearidade do Grupo Familiar.....	31
5.2 A Despatrimonialização da Família.....	31
5.3 A Afetividade como Base das Relações Familiares.....	32
6 FILIAÇÃO	35
6.1 Definição e Classificação.....	35
6.2 Filiação ou Paternidade Sócio-Afetiva.....	36
6.3 Conflito de Paternidade.....	38
7 PODER FAMILIAR	41
7.1 Características.....	43
7.1.1 Irrenunciabilidade.....	43
7.1.2 Intransferibilidade.....	44
7.1.3 Imprescritibilidade.....	44
7.1.4 Indivisibilidade.....	45
7.1.5 Temporalidade.....	45
7.1.6 Exclusividade.....	45
7.1.7 Incompatibilidade com a tutela.....	46
7.1.8 Instituto de ordem pública.....	46
7.2 Suspensão do Poder Familiar.....	46
7.2 Perda ou Destituição do Poder Familiar.....	47
7.3 Extinção do Poder Familiar.....	48
8 DEVER DE CONVIVÊNCIA COM OS FILHOS	50
8.1 O Rompimento do Dever de Convivência entre Cônjuges ou Companheiros.....	50
8.2 O Dever de Prestar Alimentos aos Filhos.....	51
8.3 Além da Obrigação Legal de Caráter Material.....	52
8.4 Dever de Convivência.....	53

8.5 Direito ao Pai: Conseqüências da Omissão dos Deveres da Paternidade.....	56
9 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	61
9.1 Conceito e Breve Evolução Histórica.....	61
9.2 Classificação da Responsabilidade Civil.....	63
9.3 Elementos da Responsabilidade Civil.....	65
9.3.1 Conduta humana.....	66
9.3.2 Nexo de causalidade.....	66
9.3.3 Dano.....	67
9.3.4 Culpa.....	67
9.4 O Dano Moral.....	68
9.4.1 Distinção entre dano moral e dano material.....	69
9.4.2 Conceito e configuração do dano moral.....	70
9.4.3 O dever de indenizar e a função da indenização.....	72
10 MENSURAÇÃO DO DANO MORAL.....	74
11 CONCLUSÃO.....	77
BIBLIOGRAFIA.....	80

1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema levou em consideração a evolução pela qual vem passando o Direito de Família, dando enfoque especial para as relações de filiação.

Busca-se com o trabalho monográfico analisar a importância do afeto para todos os indivíduos, enfatizando a sua atuação nas relações familiares e o seu imprescindível valor no desenvolvimento sadio dos filhos. Desta forma, mostra-se que a família atual em muito se difere da que há poucas décadas existia, dando especial valor aos seus membros, que se encontram unidos pelo vínculo do afeto.

O objetivo desta monografia é demonstrar que com o surgimento da nova ordem constitucional a família passou a ganhar respaldo constitucional, sendo considerada a base da sociedade, trazendo junto à lei maior princípios que devem ser observados pelo Estado, pela sociedade e principalmente pelos pais. Reconhecendo desta forma o afeto como elo norteador das relações familiares e elevando-o a princípio constitucional.

Pretende-se adentrar no instituto da filiação para comprovar que para se obedecer ao enfoque constitucional reconhecido à nova família, a filiação somente terá sentido quando estiver presente o elemento sócio-afetivo, que deve se sobrepor a qualquer outro tipo de filiação.

É neste seguimento que analisaremos o poder familiar, que com esta nova dimensão ocupada pela família deixa de ser apenas um poder, para se tornar um dever, obrigando os pais obediência a esta nova conduta exigida para com os filhos, que tem como justificativa a sua proteção enquanto pessoas em desenvolvimento e o respeito aos preceitos constitucionais, sendo que a omissão a este dever poderá gerar graves danos no desenvolvimento dos filhos.

É de suma importância que se verifique, na atual conjuntura pela qual passa o Direito de Família, que o rompimento do relacionamento do casal não faz cessar para nenhum dos pais o dever de convivência e de afeto, pois estes derivam da filiação e não do casamento ou união estável. Assim, o direito de visita já não

pode mais ser admitido como mera faculdade, mas sim como obrigação decorrente da paternidade.

Por fim, busca-se evidenciar que o descumprimento dos deveres da paternidade pode gerar danos irreversíveis na vida dos filhos, e aos pais que não observarem o dever legal de afeto e convivência familiar, tendo em vista a ausência de norma regulamentadora quanto a sanção aplicada, deverá ser utilizada a responsabilidade civil por dano moral.

Para confecção do presente trabalho utilizamos a coleta de dados bibliográficos, análise de doutrinas, jurisprudências e pesquisa na internet, valendo-se do método histórico, dedutivo e hipotético-dedutivo.

2 O AFETO E A SUA IMPORTÂNCIA

Segundo o conhecido Dicionário Aurélio, afeto significa “afeição por alguém; inclinação, simpatia, amizade, amor”; completando ainda o seu significado para a psiquiatria como “estado emocional ligado à realização de uma pulsão que, reprimida, transforma-se em angústia ou leva à manifestação neurótica”.

Muitas doutrinas da psicologia abordam o afeto com a designação de carícia, apontando que esta é essencial para o desenvolvimento de todo ser humano.

Não há como fugir deste seguimento rigoroso: ninguém pode ser feliz sozinho. Todos precisamos de colaboração para que possamos crescer e nos desenvolver de uma forma sadia, principalmente quando crianças, mas necessária por toda a vida. E é recebendo afeto que se aprende a dar afeto, criando desta forma um círculo de desenvolvimento afetivo, onde aquele que recebe carinho, que é bem cuidado, será futuramente um bom acariciador, saberá se cuidar sozinho e contribuir para o crescimento dos demais.

Mas não é preciso ter um vasto conhecimento em psicologia para reconhecermos que o afeto é um elemento essencial na vida de cada indivíduo, e o que somos hoje nada mais é do que um reflexo do tratamento que nos foi dispensado. Só sabemos fazer o que foi feito conosco, assim, se fomos bem tratados, saberemos tratar bem, se fomos maltratados, só saberemos maltratar, se fomos ignorados, só saberemos ignorar.

A propósito, o psiquiatra e psicoterapeuta Shinyashiki (1985, p.11) entende que: “Amar o próximo não é mais idealismo ‘místico’ de alguns. Ou aprendemos a nos acariciar, ou liquidaremos com nossa espécie”.

Nesta mesma linha de raciocínio entendemos que vivemos em um mundo que dá mais valor aos negócios do que às pessoas, onde não fica bem mostrar bons sentimentos. Mas sendo pessimistas estaremos realmente contribuindo para este fracasso. Precisamos sim contribuir, mas contribuir para mudar os relacionamentos, contribuir para melhorar o mundo. E o melhor lugar para começarmos com esta contribuição é dentro dos nossos próprios lares, com a nossa

própria família. Esse é um pequeno passo, mas é de passo em passo que chegamos aonde precisamos.

Afeto, carícia, amor, várias são as maneiras de suas representações, seria impossível tentar enumerá-las, mas é inegável que podem trazer inúmeros benefícios no dia a dia das pessoas. Sendo um simples olhar, um abraço, um beijo, um sorriso, uma carta, um telefonema, um afago, um gesto, um ombro amigo, uma companhia, ver uma criança brincar sozinha, uma lágrima o suficiente para transformar qualquer amargura, qualquer transtorno em um sentimento bom, sentimento de afeto, de carícia, de amor, de alegria. Sentimentos capazes de mostrar que não somos tão pequenos quanto imaginamos, nem tão grandes quanto um dia supomos ser, mas que somos acima de tudo gente, e que para cada um dos nossos infinitos defeitos existem infinitas e tão maiores qualidades.

Shinyashiki (1985, p. 13) narra a seguinte história:

Era uma vez um rei.

Um rei que queria saber qual era a linguagem natural falada pelos seres humanos, quando não influenciados pela linguagem que falavam os outros.

Então separou um grupo de recém nascidos e confinou-os em um local onde tivessem os cuidados necessários à sobrevivência, mas não tivessem contato algum com as pessoas.

Sabe o que aconteceu com essas crianças?

Morreram.

Morreram por falta de estímulos.

Na linguagem da Análise Transacional, Carícia.

Diz ainda o mesmo autor (p. 18): “A estimulação tátil é tão importante quanto o alimento no desenvolvimento dos comportamentos”. A estimulação tátil é uma das formas de dar afeto, de fazer com que as pessoas se sintam acolhidas, desejadas, seguras, amadas. Mas este trecho transcrito do livro está se referindo a uma experiência realizada com macacos recém-nascidos, e longe de querer fazer qualquer analogia aos céticos e ateus, que acreditam que o homem é uma evolução de milhões de anos dos macacos, mas sim como mero fato exemplificativo, que poderia ter sido feito com qualquer outro animal. Feito tal esclarecimento, podemos agora concluir que se a carícia é importante para um animal, quanto mais será para o homem.

Segundo os autores norte-americanos Babcock e Keepers (1977, p. 38), em obra destinada aos pais para o desenvolvimento psicológico normal dos filhos, enfatizando a atuação saudável da família, afirmam que: “Carícias físicas são um componente particularmente importante na sobrevivência de todas as crianças”. E para completar este entendimento, o mesmo autor (p. 33) conclui que “A principal tarefa dos pais é a de transformar crianças inermes em pessoas capazes de funcionar independentemente na sociedade”.

É importante deixar claro que qualquer forma de estímulo leva o indivíduo a perceber-se vivo. A carícia, o afeto é um estímulo para o indivíduo sentir-se útil, acreditar em si mesmo, ter forças para lutar, para se levantar, ter razões para sonhar, para viver.

Frente a estes aspectos Babcock e Keepers (1977, p. 40) ponderam que:

A preferência por carícias negativas desenvolve-se em situações em que a criança é ignorada, a não ser que algo errado ocorra. Carícias negativas são preferíveis à ausência de carícias. Se crianças são criadas em famílias que as negligenciam até começarem a causar problemas, aprenderão a ser negativistas e indisciplinadas para obterem as carícias de que precisam para sobreviverem. (grifo do autor).

As carícias negativas são representadas como algo que não deveria ocorrer, assim como um castigo imoderado ou uma ameaça ou chantagem, pois não contribuem para o crescimento sadio. Mas são preferíveis ao desprezo, por passar a impressão de que estão sendo notadas, de que alguém se preocupa com elas.

A falta de afeto pode levar o indivíduo a distúrbios psicológicos, como insegurança, depressão, loucura, instabilidade social, complexo de inferioridade, atitudes incompreensíveis, etc. Podendo ocorrer quadros psicossomáticos, onde o organismo do indivíduo como forma de representar a carência, a falta de estímulos, transformando-as em doenças, que podem, se não diagnosticadas corretamente, levar até mesmo a morte. Isso serve como uma advertência que o próprio corpo dá, como forma de representar que a alma está adoecendo e para combater esta patologia cria-se outra patologia, mas mais visível a ponto de fazer as atenções tão

buscadas voltarem-se novamente para o doente e assim de uma só vez curar o corpo e a alma.

O que torna as pessoas felizes é o suprimento de suas necessidades, e para que essas necessidades sejam supridas é que temos fome. A primeira fome que temos é a fome de alimentos, que satisfaz principalmente o nosso corpo. Após tratarmos desta fome é preciso alimentar a alma, por isso temos fome de estímulos. Para que possamos alimentar a alma precisamos não só buscar estímulos, pois em muitos momentos, principalmente quando somos crianças, não podemos buscá-lo ou criá-lo sozinhos, mas precisamos também receber estímulos. E dar estímulos também é uma forma de recebê-los, dar afeto é uma forma de recebê-lo em retribuição, muitas vezes de forma muito mais intensa com a qual nos dispomos a dar.

“Só a união faz a força”, pode parecer frase de livro de auto-ajuda, ou ensinamento de avô, mas tratasse da mais pura realidade. É essa cooperação que faz do ser humano, que muitas vezes pode ser considerado o pior dos animais, o mais belo de todos os seres, dos mais sublimes sentimentos e das mais valiosas atitudes.

E é no seio da família que deve ser plantada esta semente de cooperação, de amor, de afeto, para que ela cresça, se fortifique e dê muitos frutos.

Das famílias espera-se que ela cumpra com as expectativas deste novo século, nasça e se desenvolva no afeto, na troca de carícias. Precisa-se assim de verdadeiros pais e não de meros reprodutores.

Para concluir, necessária se faz a transcrição da história narrada pela professora Hironaka (2005, p. 462):

Em uma reunião de pais em uma escola da periferia, a professora ressaltava o apoio que os pais devem dar aos filhos. Pedia-lhes, também, que se fizessem presentes o máximo de tempo possível. Ela entendia que, embora a maioria dos pais e mães daquela comunidade trabalhasse fora, deveria achar um tempinho para se dedicar e entender as crianças. Mas a diretora ficou muito surpresa quando um pai se levantou e explicou, com seu jeitinho humilde, que ele não tinha tempo de falar com o filho, nem de vê-lo durante a semana. Quando ele saía para trabalhar era muito cedo e o filho ainda estava dormindo. Quando voltava do serviço era muito tarde e o garoto ainda estava acordado. Explicou, ainda, que tinha que trabalhar assim para prover o sustento da família. Mas ele contou, também, que isso o deixava angustiado por ele não ter tempo para o filho e que tentava se

redimir indo beijá-lo todas as noites quando chegava em casa. E, para que o filho soubesse da sua presença, ele dava um nó na ponta do lençol que o cobria. Isso acontecia religiosamente todas as noites quando ia beijá-lo.

Quando o filho acordava e via o nó, sabia através dele, que o pai tinha estado ali e o havia beijado. O nó era o meio de comunicação entre eles. A diretora ficou emocionada com aquela singela história. E ficou surpresa quando constatou que o filho deste pai era um dos melhores alunos desta escola. O fato nos faz refletir sobre as muitas maneiras das pessoas se fazerem presentes, de se comunicarem com os outros. Aquele pai encontrou a sua que era simples, mas eficiente. E o mais importante é que o filho, percebia através do nó afetivo, o que o pai estava lhe dizendo. Por vezes nos preocupamos tanto com a forma de dizer as coisa que nos esquecemos do principal, que é a comunicação através do sentimento. Simples gestos como um beijo e um nó na ponta do lençol, valiam, para aquele filho, muito mais que presentes ou desculpas vazias. É válido que nos preocupemos com as pessoas, mas é importante que elas saibam, que elas sintam isso. Para que haja comunicação é necessário que as pessoas “ouçam” a linguagem do nosso coração, pois, em matéria de afeto, os sentimentos sempre falam mais alto que as palavras. É por esta razão, que um beijo, revestido do mais puro afeto, cura a dor de cabeça, o aranhão no joelho, o medo do escuro. As pessoas podem não entender muito bem o significado de muitas palavras. Mas sabem registrar um gesto de amor. Mesmo que este gesto seja um nó. Um nó cheio de afeto e carinho.

3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Na evolução da humanidade a família foi um dos organismos sociais e jurídicos que mais se modificaram no curso dos tempos.

A definição atual de família é muito distante das civilizações do passado. Assim, como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada primeiramente sob o ponto de vista sociológico.

No surgimento das primeiras civilizações de importância, assim como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, a família era tida como uma entidade ampla e hierarquizada, diferentemente da concepção moderna, em que se restringe quase que exclusivamente aos pais e filhos menores que convivem no mesmo lar.

O grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações eram endogâmicas, ou seja, as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo. Assim, permite-se afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, uma vez que se desconhecia quem era o pai. Todavia, essa posição antropológica que sustenta a promiscuidade não é confirmada em todas as civilizações, sendo pouco provável que fosse homogênea em todos os povos.

Posteriormente, segundo os historiadores, as batalhas, a carência de mulheres e até mesmo uma inclinação natural levaram os homens a buscar relações com mulheres de outras tribos, antes mesmo do que com as de seu próprio grupo. Surgindo daí a primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia).

Passada esta fase, o homem marcha para relações individuais, com caráter de exclusividade, embora ainda existisse a poligamia, como existe até hoje em algumas civilizações. A monogamia desempenhou papel fundamental no impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno.

A finalidade principal do casamento era a procriação, fazendo surgir a produção econômica que era realizada pelos grupos familiares em seus lares.

As normas que regem o direito de família no Brasil tiveram influências principalmente do direito romano, do direito canônico e do germânico.

O direito romano deu à família estrutura inconfundível, tornando-a unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe. O poder do *pater*, exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto. A instituição funda-se no poder paterno ou poder marital. A família romana era caracterizada pela monogamia.

As pessoas eram divididas quanto ao seu *status familiae* em *sui juris* e *alieni juris*. Na primeira categoria situava-se o *pater familias*, na segunda, as pessoas submetidas ao seu poder.

Os membros da família eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento, que era a religião doméstica e o culto aos antepassados. Sendo este dirigido pelo *pater*. Somente o homem podia ser o chefe do culto familiar. Surgiu com isso a adoção no velho direito, como forma de perpetuar o culto nas famílias que não tivessem gerado um filho varão.

Sendo assim, o celibato era considerado uma desgraça, haja vista que colocava em risco a continuidade do culto. As uniões livres não possuíam *status* de casamento, desta forma, não bastava gerar um filho, este deveria ser fruto de um casamento religioso; o filho bastardo não poderia ser o continuador da religião doméstica.

Em Roma duas espécies de parentesco eram admitidas: a agnação – *agnatio*, isto é, vínculo entre pessoas que se sujeitam ao mesmo *pater*, tendo este parentesco cunho civil, e a cognação – *cognatio*, ou seja, o parentesco baseado na consangüinidade, que veio ao final a prevalecer. Semelhante ao parentesco de sangue, o direito romano admitia o parentesco por afinidade – *affinitas*, que se estabelecia entre um dos cônjuges e os parentes do outro.

O casamento poderia ser dissolvido pela morte de um dos cônjuges, pela *capitis deminutio maxima* (perda da liberdade de um deles), pela *capitis diminutio media* (perda da cidadania), e também pelo divórcio, voluntariamente, simples acordo de vontade entre as partes, e pelo *repudium*, ato unilateral do marido. (Gomes, 2002, p. 40)

A evolução da família romana restringiu progressivamente a autoridade do *pater*, dando maior autonomia à mulher e aos filhos. O *pater* perdeu o *ius vitae*

necique (direito de vida e de morte) exercido sobre a mulher e os filhos. Admitia-se a possibilidade do *alieni juris* recorrer ao magistrado no caso de abuso de autoridade.

Ensina Venosa (2006, p. 05) que “por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica”.

Para a família hodierna é mais decisiva a influência do direito canônico. Com o advento do cristianismo o matrimônio passou a ser não apenas um acordo de vontades, mas também um sacramento, não podendo o homem dissolver a união realizada por Deus, construindo assim vínculo indissolúvel.

O divórcio foi considerado pela igreja contrário aos interesses dos filhos e da própria família, somente sendo admitido no caso dos infiéis, por não ser este casamento revestido de caráter religioso.

A estrutura unitária da família conserva seu tríplice caráter: religioso, econômico e político, assentada ainda na autoridade de um chefe, mas não é exercida, entretanto, de forma absoluta e rígida como no direito romano.

Conforme salienta Wald (2000, p. 13) havia divergência entre a concepção laica e a concepção católica do casamento:

[...] enquanto para igreja, em princípio o matrimônio depende de simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercursão econômica e política, para o qual deveria ser exigido não apenas o consenso dos nubentes mas também o assentimento das famílias a que pertenciam.

Havia previsão na doutrina católica no sentido de que o casamento realizado pelo simples consenso atual, quando não seguido por relações sexuais entre os nubentes, em casos excepcionais poderia ser dissolvido pelo direito eclesiástico.

É de origem canônica o sistema de impedimentos da realização do casamento, isto é, motivos que impediriam a realização, acarretando sua nulidade ou sua anulabilidade.

O direito canônico evoluiu no sentido da elaboração da teoria das nulidades e da permissão da separação de corpos e de patrimônio, extinguindo a sociedade conjugal e o dever de coabitação, porém, sem a dissolução do vínculo matrimonial. Todavia, sua autorização dependia de ato judiciário da autoridade religiosa.

A igreja católica editou o denominado Concílio de Trento (1542-1563), que reafirmou solenemente o caráter sacramental do casamento, impondo a observância de certas formalidades, assim como a livre manifestação dos nubentes, a presença do sacerdote celebrante e de duas testemunhas, devendo ser precedido de publicidade, sendo que tais concepções vigoram até os dias atuais. Ainda hoje, em alguns países se confere ao casamento religioso o status de casamento oficial, sem necessitar da celebração do casamento civil para ter validade.

O Concílio de Trento é de suma importância na evolução do direito de família nos países católicos. Ainda nos países em que tais resoluções nunca foram aceitas explicitamente pelo legislador, influenciaram de forma indireta a criação de uma lei civil nos moldes da lei canônica.

Estado e igreja em comum acordo não aceitavam casamentos clandestinos, exigiam uma publicidade prévia e testemunhas presentes no ato. Em razão das minorias não católicas, o Estado passou a admitir, ao lado do casamento religioso, o casamento civil, instituído na França em 1767.

Em 11 de setembro de 1861, foi instituído no Brasil o casamento católico, dando efeitos civis aos casamentos religiosos realizados por pessoas que pertenciam a crenças cristãs diversas da católica, desde que estivessem devidamente registrados. Dois anos após, em 17 de abril de 1863 foram fixados três formas de casamento no ordenamento pátrio, o casamento católico, fundado no Concílio de Trento, o casamento misto, celebrado entre um católico e um não católico, realizado segundo as normas do casamento católico; e por fim, o casamento acatólico, destinado aos nubentes não católicos.

Posteriormente ao nascimento da República, ocorrido em 1889, em 24 de janeiro de 1890, pelo Decreto n. 181, de autoria de Rui Barbosa, o casamento civil foi introduzido no nosso ordenamento, ficando abolida a jurisdição eclesiástica. O decreto permitiu a separação de corpos com justa causa ou havendo mútuo

consentimento, mantendo ainda a indissolubilidade do vínculo e a técnica canônica dos impedimentos.

O Código Civil de 1916 incorporava tais preceitos, defendia a família despoticamente patriarcal que, com algumas restrições, mantinha a sua posição de chefe de família. Em oposição, à mulher casada estava incluída no rol dos relativamente incapazes, dependendo do marido para poder exercer uma profissão. O casamento era indissolúvel.

Tal ordenamento adotava uma posição bastante conservadora, ignorava a família ilegítima, sempre tratando de forma hostil a relação entre homem e mulher fora do tálamo conjugal. A antipatia do legislador ao filho ilegítimo era tamanha que vedava em seu art. 358 o reconhecimento dos filhos incestuosos ou adúlteros.

No século XX, a sociedade brasileira passa por grandes transformações, a realidade social afasta-se cada vez mais da realidade jurídica; a mulher passa a assumir cada vez mais espaço no mercado de trabalho. Assim, em 1962 é promulgado o Estatuto da Mulher Casada (lei nº 4.121), que alterou profundamente a situação jurídica da mulher casada, que passou de relativamente incapaz para absolutamente capaz. Ainda assim tal avanço não tinha o condão de igualar homem e mulher no tocante ao poder de administrar a família e conseqüentemente os filhos menores.

A realidade brasileira mostrava que as entidades familiares livres, sem as formalidades do casamento, eram cada vez mais comuns; a liberdade sexual implica numa ruptura de costumes, com a presença constante de troca de casais, refletindo na indispensável necessidade da existência do divórcio.

No ano de 1977 é editada a lei do Divórcio (lei n.º 6.515), que regulou a dissolução da sociedade conjugal, alterando profundamente o sistema do Código Civil, que repousava na indissolubilidade do casamento; tornando possível por fim ao vínculo jurídico da relação matrimonial, abrindo a oportunidade para uma nova união conjugal.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1 A Decodificação do Código Civil

O Código Civil de 1916 há muito já não retratava o panorama atual da família, derogado em grande parte por inúmeras leis complementares, que dificultavam intensamente o estudo sistemático da matéria.

Nessa progressiva transformação social, mostrava-se custosa uma codificação, tanto que o Projeto de 1975 que redundou no Novo Código Civil dormitou por muitos anos no Congresso. Nesse diapasão, o Código revelar-se-ia ultrapassado, distanciando-se da realidade social da grande massa populacional.

Dentro deste período surge a Nova Ordem Constitucional de 1988, que passa a tratar de situações a muito esperadas, e trazer princípios para a aplicação e interpretação do derogado Código Civil e para o Novo Código Civil.

Atualmente, para se saber quais são os contornos da família contemporânea, não se deve recorrer apenas à legislação ordinária, mas, ao contrário, deve-se voltar para minuciosa análise das disposições constitucionais da Carta Magna de 1988, e não somente no capítulo destinado à família (Capítulo VII, Título VIII, CF), como também no capítulo dos direitos e garantias fundamentais.

Ao longo da história pode ser observado que a família é a um só tempo fator e reflexo de mudanças sociais. O seu estudo em determinado período representa exatamente a noção política, econômica e social de uma nação..

Por este motivo a Constituição Federal de 1988, sem dúvida nenhuma, é uma das maiores conquistas do Direito de Família, porque a elevação das relações familiares ao texto constitucional, qualificada como “Constitucionalização do Direito de Família” demonstra a prova da modernidade dos contornos da família brasileira contemporânea, em reciprocidade com fenômeno idêntico em âmbito mundial.

Essa inovadora abordagem constitucional é prova da decisiva e sensível evolução por que passou a família: de um núcleo estritamente delimitado e manipulável pelo Estado e que seguia valores por ele ditados, a um núcleo de realização pessoal, que desempenha atividades de suma importância e, por esta razão, interessa ao Estado que as relações entre os seus membros se realizem dentro de ambiente democrático, sadio e harmonioso.

Segundo Oliveira (2002, p. 229):

As relações familiares que se desenvolvem contemporaneamente são mais autênticas, porque seus membros sabem que possuem respaldo na Constituição Federal do seu país pela escolha livremente feita. Conseqüentemente, o ambiente familiar propende tornar-se mais harmonioso e feliz. Esta felicidade será refletida nas relações sociais.

Desta forma, sem a observação das categorias fundamentais da Constituição, a interpretação das leis civis referentes ao Direito de Família desvia-se do seu real significado. Hoje, se reclama uma releitura do Direito de Família. Os seus principais primados não estão mais no Código Civil, e sim no texto constitucional. (Freitas, p. 40).

Sendo assim, o interprete deverá dar ao Novo Código Civil brasileiro uma interpretação constitucional, tendo sempre em vista que é a própria Constituição quem traz os principais apontamentos no tocante ao Direito de Família, para somente após adentrar os ditames do Código Civil e outras leis que tratem deste tema.

4.2 Princípios Constitucionais do Direito de Família

A Carta Magna, em seus artigos 226 e 227 acabou por ampliar o conceito de família, contemplando o reconhecimento estatal da união estável, da família monoparental, da isonomia de direitos entre os cônjuges e companheiros e da igualdade jurídica de todos os filhos. Essas foram as principais conquistas do

novo modelo de família contemplado pela Constituição Federal de 1988, que para a doutrina resultou num rol de princípios constitucionais.

Na concepção de Oliveira (2002, p. 273):

São princípios constitucionais do Direito de Família previstos na atual Constituição Federal: proteção de todas as espécies de Família (art. 226, *caput*, CF); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226 §§ 3.º e 4.º, CF); igualdade entre os cônjuges (art. 5.º, CF); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6.º, CF); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5.º, CF); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8.º, CF); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem a criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º, CF); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6.º, CF); respeito recíproco entre os pais e filhos: enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los, e educa-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).

Certamente estes são os princípios mais evidentes que podemos extrair do texto constitucional, mas longe de querer esgotar a totalidade dos princípios do Direito de Família contidos na Constituição Federal, até mesmo porque muitos deles podem ser inseridos como princípios implícitos (art. 5.º, § 2, CF), decorrentes dos próprios princípios por ela adotados, como ocorre com a afetividade, o respeito, a igualdade entre os membros de todas as espécies de família etc.

4.2.1 Princípio da *ratio* do matrimônio e da união estável

Segundo este princípio o fundamento básico do casamento, da vida conjugal e do companheirismo está na afeição entre os cônjuges ou conviventes e na necessidade que perdure completa comunhão de vida. Considera a separação judicial, o divórcio e a ruptura da união estável (art. 226, § 6º, CF; arts. 1.511 e 1.571

a 1.582, CC) como decorrência do desaparecimento de sua *ratio*, a extinção do afeto, uma vez que a comunhão de vida não pode ser mantida ou restituída.

4.2.2 Princípio do pluralismo familiar

A norma constitucional passa a proteger todas as espécies de família, reconhecendo expressamente outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, § 3º e 4º, CF).

A união estável perde o status de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar. O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da lei nº 9278/96, que regulamentou da C.F. passa a acolher a existência da família reconhecida informalmente, facilitando sua conversão em casamento, desde que, entre os conviventes de sexos opostos se verifique ausência de matrimônio válido, ausência de impedimentos ao matrimônio, a existência de união duradoura e contínua com interesse em constituir uma família, convivência notória e fidelidade recíproca, conforme estabelece o artigo 1º da referida lei.

Outra forma de família reconhecida pela Carta Magna é a chamada família monoparental. A C.F., no artigo 226, § 4º, a conceitua como sendo a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Nesse novo entendimento, a monoparentalidade e a união estável passam a ser consideradas espécies do gênero “família”. Por esse motivo devem obter toda proteção jurídica estatal necessária.

4.2.3 Princípio da liberdade

Este princípio está vinculado ao princípio do pluralismo familiar, onde há um livre arbítrio na constituição da família. Assim, o objeto de proteção não pode

ser somente a família biológica, matrimonial, pois o que se almeja é a concretização de proteção e direitos para a família afetiva, aquela baseada nos laços de afeto entre seus membros. Segundo este princípio, as pessoas devem ser livres para se agrupar e constituir família, inclusive para optar pelo regime matrimonial mais conveniente e administrar o patrimônio familiar, tendo ainda liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole.

4.2.4 Princípio da igualdade entre todos os filhos

Por este princípio se proíbe qualquer distinção discriminatória relativas à filiação (art. 227, § 6º, CF), nenhuma diferenciação se faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar e sucessão. Permite o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, excluindo a designação de filhos legítimos e filhos ilegítimos. Essa proibição regulamenta especificadamente a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, conforme dispõe o art. 5, *caput*, do texto maior, um dos princípios constitucionais do Direito de Família.

4.2.5 Princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros

A nova ordem constitucional igualou homem e mulher, colocando-os no mesmo patamar jurídico, desconstituindo qualquer espécie de preconceito ou tratamento desigual. Ambos passam a ter direitos e deveres equivalentes (art. 5º, inciso I, CF), inclusive na gestão do poder familiar (art. 226, § 5º, CF), que passa a ser exercido pelo regime de colaboração ou companheirismo, não devendo mais ser utilizada a expressão pátrio poder, substituída por poder familiar.

4.2.6 Princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança e do adolescente

Prevê o art. 1º, inciso III, da CF, que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se de princípio máximo, que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional. Por certo que não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa tenha maior incidência do que em Direito de Família.

Antes mesmo do texto constitucional acolher como fundamento a dignidade da pessoa humana, a Declaração Universal dos Direitos Humanos já considerava que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Na concepção de Lobo (2000, p. 251), “A dignidade humana é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público”.

“No Direito de Família, a dignidade da pessoa hoje se espraia em todos os seus institutos, em toda a sua extensão, como forma de garantia de cada membro da família. [...] A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro.” (Serejo, 1999, p. 30).

Ao falarmos de dignidade da pessoa humana, estamos justamente buscando o ser ético. O ser que leva em consideração o individual, sem perder de vista o coletivo. A dignidade da pessoa humana está relacionada com esta evolução que teve o Direito de Família, que se encontra repersonalizado e despatrimonializado. Da mesma forma que o patrimônio vai perdendo importância, a pessoa passa a ser supervalorizada.

O princípio da dignidade da pessoa humana coaduna-se perfeitamente com o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que visa prover-lhes por todos os meios e facilidades o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, que só pode ser alcançado em condições de igualdade e

dignidade. As crianças e adolescentes conforme disciplina o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8069/90) gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. É com base neste fundamento, que para que se respeite a dignidade da criança e do adolescente, que são pessoas ainda em estágio de formação, que o legislador constituinte e o legislador ordinário se preocupam em disciplinar medidas de proteção, para que a dignidade destas pessoas seja respeitada.

Princípio é espécie do gênero norma jurídica constitucional, desta forma não necessita de norma jurídica infraconstitucional regulamentadora. Deve ser obedecido assim como a própria norma constitucional, uma vez que está umbilicalmente ligado a ela.

No que diz respeito à dignidade da pessoa da criança e do adolescente e a sua proteção integral, o artigo 227 da Constituição Federal traz deveres que visam a sua proteção:

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

Desta forma, não se trata de um direito oponível apenas ao Estado, ou a sociedade, mas primeiramente a cada membro da própria família. É uma surpreendente mudança de paradigmas, decorrente da nova concepção de família, baseada no afeto e na solidariedade, constitucionalmente reconhecida.

O princípio da dignidade humana nos dias atuais é o ponto de partida do Direito de Família, principalmente no que diz respeito à filiação, sendo dever da família, que deve ser exercido igualmente e em caráter de complementaridade pelo homem e pela mulher.

A busca da efetivação dos interesses da criança está disciplinada no ECA, que tem tais interesses como regra fundamental, inspirada no texto constitucional, que estatuiu a garantia de um crescimento digno e sadio, em exortação à dignidade humana.

O respeito à dignidade da pessoa humana e a proteção integral da criança e do adolescente, constitui a base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente, direcionada esta proteção de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, indiferença, desafeto e violência, assim como produzindo meios para que ela cresça em um ambiente saudável, com lazer, educação, respeito, saúde, liberdade, afeto, etc. Sendo necessário promover meios para que a família se desenvolva em um ambiente feliz e harmonioso, que integre o diálogo, o respeito, o amparo psicológico e material e o carinho que constituem a base da nova família.

4.2.7 Princípio da afetividade

No âmbito do tema explanado no presente trabalho, no macro princípio da dignidade da pessoa humana está assentado o princípio da afetividade. Segundo este princípio os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue. A família recupera então sua função, que por certo esteve nas suas origens mais arcaicas, a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

O princípio da afetividade encontra seus fundamentos em alguns dispositivos da Constituição Federal, quais sejam: a igualdade de todos os filhos, independente de sua origem (art. 227, § 6º), sendo que deste fundamento decorre outro, que é o reconhecimento da adoção como escolha afetiva (art. 227, §§ 5º e 6º). Ao proibir a distinção entre os tipos de filiação e a sua origem, o legislador acabou por reconhecer que a filiação, independe de vínculo genético como ocorre na adoção. Primou o legislador por dar maior importância ao sentimento que liga pai e filho, ao afeto que deriva da convivência entre pai e filho, sendo esta relação tão importante quanto aquela que decorre do vínculo biológico.

Prevê ainda a lei maior que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º). Aqui o legislador assim como

fez no art. 226, § 3º, que reconheceu outras formas de entidades familiares além do matrimônio, abrangeu o significado de família, que não é mais vista apenas como uma comunidade formalmente reconhecida, seja pela presença do matrimônio ou da permanência de ambos os cônjuges no lar. Protegendo assim, todas as formas de entidade familiar, mesmo formada por apenas um dos pais e a sua prole, importando apenas a relação entre eles fundada no afeto, por reconhecer a importância da família como base da sociedade, que merece especial proteção do Estado.

O legislador constituinte também não se esqueceu da afetividade que os filhos têm que ter com os pais, determinando no art. 229, da CF, tanto aos pais a obrigação de criarem, assistirem e educarem os filhos menores, quanto aos filhos maiores, na mesma intensidade o dever de ampararem e ajudarem os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Com a introdução deste princípio ao texto constitucional, pode-se dizer que houve a corroboração da dignidade da pessoa humana nas relações familiares.

5 O NOVO MODELO DE FAMÍLIA

5.1 Nuclearidade do Grupo Familiar

A família contemporânea não é mais composta de grandes grupos, tornou-se essencialmente nuclear.

Pode-se dizer que a família nuclear é conseqüência dos fenômenos sociais que transformaram as bases da família, com a conseqüente extinção da família patriarcal e a irrelevância do vínculo genético, seguindo-se no núcleo da família a tendência para o desaparecimento das famílias numerosas, tanto em razão do ônus econômico, quanto pela consciência dos seus integrantes enquanto partes diretamente interessadas na felicidade do grupo.

A grande família, que era representada pelo marido, a mulher, seus vários filhos e ainda composta pelos genitores dos cônjuges e descendentes daquele, vai transmutando-se para a sociedade conjugal, perdendo em quantidade de membros, mas ganhando na qualidade de afeto, agora reduzido à comunidade da família conjugal. A maior dedicação do indivíduo será manifestada primeiramente em relação ao outro cônjuge ou companheiro e a seus filhos, e não a seus parentes.

A família nuclear tem seus interesses centrados neste grupo mais reduzido, desta forma aproximam-se os laços afetivos existentes entre o pai, a mãe e os filhos. Especializou-se a família na função de suporte emocional do indivíduo.

5.2 A Despatrimonialização da Família

A maioria dos dispositivos do Código Civil de 1916 e alguns que ainda permanecem no Novo Código Civil, no que diz respeito às relações familiares tem conteúdo nitidamente patrimonializante, colocando em segundo plano o elemento

que deveria ser o seguimento orientador da maior parte dos dispositivos legais, qual seja o elemento pessoal e afetivo.

Para grande parcela da população brasileira não tem valor algum as normas que tutelem direitos patrimoniais, pois, via de regra, nada possui. O que interessa a elas é a felicidade e a afetividade dos laços familiares e é com estas características que o Direito de Família deve se preocupar.

A inovadora concepção de família trazida pela Constituição Federal não se harmoniza com a visão estreita do Código Civil neste particular. Assim, o Código Civil e as legislações esparsas devem ser examinados sob o prisma constitucional. É neste contexto que se fala em despatrimonialização da família e sua repersonalização.

A família atual tem o elemento patrimonial em segundo plano. Sua preocupação primeira está na felicidade dos lares. E é assim que o Direito de Família deve ser constituído, pensando no valor afetivo das relações familiares, na realização dos seus integrantes, não pelo que eles possuem e sim pelo que eles são.

5.3 A Afetividade como Base das Relações Familiares

A conceituação de família vai além de qualquer formalismo. Desta forma o Direito Civil por vezes pode nos levar a um paradoxo da sua real compreensão.

A vida em família, longe de qualquer limitação jurídica, justifica-se e encontra sua razão de ser na ausência de modelos prévios e fechados.

Afastando-se das bases tradicionais, o novo Direito de Família conduz para os rumos da evolução da própria família, constituindo verdadeiro celeiro cultural e recreativo, onde se busca a valorização de cada um dos seus membros.

O novo modelo busca fazer do afeto a *ratio* única do casamento, como também de todas as entidades familiares e das relações de filiação.

Nas palavras de Fachin (2003, p.317):

Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma 'comunidade de sangue' e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma 'comunidade de afeto'. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível.

O novo desenho da estrutura familiar caracteriza-se por uma comunhão que valoriza o afeto, baseada na afeição que coloca combustível genuíno para impulsionar este renovado núcleo familiar, caracterizado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas por vínculos formais ou consangüíneos.

O verdadeiro sentido da família encontra-se nos laços de respeito, consideração, amor e afetividade. É dentro da família que os vínculos de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar os alicerces do relacionamento familiar contra os males externos. No seio familiar seus integrantes encontram um refúgio de amor e carinho no qual eles se identificam e desenvolvem a cada dia. É aqui que seus membros recebem estímulos para pôr em prática suas aptidões pessoais.

Viver em família é deixar o egoísmo inerente a todo ser humano para buscar um bem maior, para ser um contribuinte da felicidade de todos seus membros. É assim que a afetividade se manifesta dentro dos lares, fazendo com que a família viva e seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, de modo que os seus integrantes vivam sempre pelo bem comum.

A preocupação dos integrantes da família é voltada à sua própria manutenção, pois certamente se a preocupação de seus membros forem outras este núcleo familiar estaria em pouco tempo fadado à desintegração.

O núcleo familiar tem como fator determinante a solidariedade, criando assim, um elo afetivo privilegiado, fazendo com que a família desempenhe um papel protetor com relação ao resto da sociedade.

“O amor é um valor jurídico, e não será ‘logo no direito de família que deixará o valor jurídico do amor de merecer especial apreço’”. (PEREIRA apud OLIVEIRA, 2002, p. 135).

O valor sócio-afetivo da família é uma realidade que somente bonifica sua instituição, e que com o decorrer do tempo torna os seus indivíduos mais fortes, mais confiantes e preparados para a vida em sociedade.

A família não pode mais ser vista como uma entidade que gira em torno de um patrimônio, ou entendida apenas como fruto de um matrimônio. As características construtivas das relações familiares contemporâneas somente encontram eco no afeto e na solidariedade.

6 FILIAÇÃO

6.1 Definição e Classificação

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos. Podendo também ser definida como o liame jurídico existente entre pai e filho ou mãe e filho, exprime também a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou adotaram. É um conceito relacional, trata-se de uma relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas. Todo ser humano tem pai e mãe.

O termo paternidade é utilizado de forma genérica para expressar a relação do pai e da mãe com relação aos filhos.

A filiação compreende todas as situações que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. O direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral.

Nem sempre a filiação decorre de um vínculo biológico, ou da união sexual. Além da filiação civil, resultante da adoção, temos atualmente a inseminação artificial homóloga, que é aquela realizada em mulher casada ou em união estável em que o sêmen provenha do marido ou companheiro, ainda que ele não esteja mais vivo, ou inseminação artificial heteróloga, que é aquela em que o sêmen é de um doador que não o marido ou companheiro, desde que tenha havido autorização prévia deste. Admite-se ainda a fertilização *in vitro* ou na proveta, que é aquela em que o óvulo da mãe é extraído do ovário e fecundado em tubo de ensaio com o esperma do pai e, colocado novamente após algum tempo no útero da mãe.

Até pouco tempo afirmava-se que a maternidade era sempre certa (*mater semper certa est*), enquanto que a paternidade era sempre incerta (*pater semper incertus est*). O avanço da tecnologia e ciência genética nas últimas décadas fez cair por terra esse dogma. Atualmente pode-se apontar com quase

absoluta certeza a paternidade, enquanto que o princípio da *mater semper certa est* é colocado em xeque perante a possibilidade de úteros de aluguel ou emprestados, fenômenos denominados também de maternidade sub-rogada.

Durante o século XX, a família, o casamento e as relações de filiação sofreram profunda transformação social. A família passa a gravitar em torno de um vínculo de afeto, de recíproca compreensão e mútua cooperação, tendo assim conteúdo ético e cooperativo e não mais econômico. Nesse contexto, não há espaço para qualquer tipo de discriminação, tendo a Constituição brasileira vigente coroado esta tendência universal.

Para o direito, a equiparação da filiação interessa fundamentalmente ao igual tratamento que faz a lei no tocante ao conteúdo e aos efeitos das relações jurídicas quanto à origem da procriação.

Modernamente, a distinção entre filiação legítima e ilegítima possui compreensão essencialmente técnica e não mais discriminatória.

Segundo Venosa (2006, p. 231) quanto à distinção meramente técnica:

A filiação legítima pressupõe que o pai e a mãe sejam casados um com o outro, que o filho tenha sido concebido durante esse casamento ou que a legitimação tenha ocorrido com o casamento subsequente. A filiação natural é aquela na qual não existe casamento entre os pais. A filiação natural será singela quando entre o pai e a mãe não havia impedimento para o casamento. Essa filiação será adulterina quando os pais estavam impedidos de casar em razão de estarem casados com terceiros. Será filiação incestuosa, se o impedimento decorre do parentesco. A filiação adotiva cria o vínculo jurídico artificialmente, decorrente de um ato de vontade.

Assim, somente didaticamente pode-se fazer tal distinção, uma vez que a nova Constituição expressamente proíbe qualquer designação discriminatória relativa à filiação.

6.2 Filiação ou Paternidade Sócio-Afetiva

A verdadeira filiação, que é a mais moderna tendência do direito internacional, está voltada para o terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente de origem biológico-genética.

A CF resgata a dignidade da descendência brasileira, não tem preferidos, ao contrário, repudiou por completo as denominações discriminatórias relacionadas aos vínculos de filiação, deixando de classificar os filhos pela maior ou menor pureza das relações sexuais, legais e afetivas de seus pais.

A paternidade ideal para atender ao princípio da dignidade da pessoa humana se identifica com a nova estrutura da família brasileira, que começa a atribuir maior importância aos laços afetivos, já não sendo suficiente a descendência biológica.

É fundamental para a família atual que os pais e filhos estejam integrados pelo sublime sentimento de afeição. A paternidade tem um significado mais abrangente do que a verdade genética, onde o amor, o zelo paterno e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, uma paternidade que se revela pelo livre desejo de atuar na proteção da prole, formando autênticos laços de afeto que nem sempre estão presentes na filiação biológica.

Segundo Fachin (apud OLIVEIRA, 2002, p.256), “Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, ‘reside antes no serviço e amor que na procriação.’”

Na adoção, pode-se dizer que há mais do que uma simples filiação civil, não se trata de mero ato jurídico no qual o adotado vem na condição de filho e assim é aceito por alguém que lhe é estranho. Estar-se-ia dando interpretação meramente jurídica a um ato genuinamente baseado no amor, na vontade sublime de ser pai, de ter um filho para dar-lhe amor, carinho, amparo e proteção. É na adoção que os laços de afeto tornam-se visíveis desde logo, superlativando a base do amor verdadeiro que nutrem entre si pais e filhos.

O novo Código Civil traz em seu corpo norma que reconhece a paternidade sócio-afetiva, prevendo em seu art. 1597, inciso V, ser possível a paternidade decorrente de inseminação artificial heteróloga. Neste caso, a paternidade sócio-afetiva estaria sendo estabelecida no momento em que o marido concorda com a fertilização de sua esposa. Sendo o marido que irá criar e educar a criança, portanto, seu verdadeiro pai.

É possível verificar também a relação sócio-afetiva nos laços familiares que ocorre na colocação do menor em famílias substitutas, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, arts. 28 *usque* 52), onde crianças e

adolescentes passam a conviver com pessoas que se propõem provisória ou definitivamente, dependendo da hipótese, a amparar-lhes com sentimentos afetivos e lhes propiciar um lar.

De acordo com o magistério da professora Hironaka (2005, p. 414):

A parentalidade funda-se em três elementos, quais sejam: o biológico, o psíquico e o social. Por sua vez, a identidade do filho é formada com base nesse tripé, e a concorrência dos três favorece o desenvolvimento psíquico, embora esses elementos possam ocorrer de forma separada. Mas não nos iludamos: a separação entre os aspectos biológicos, psíquicos e sociais traz conseqüências para a formação do ser humano.

Um pouco a frente, nesta mesma linha de pensamento, continua a concluir a autora: “O elemento psíquico é o mais fundamental, tendo em vista ser ele essencial para a formação da personalidade, como tem exaustivamente, demonstrado a Psicologia, a Psicanálise e a Sociologia”.

Assim sendo, há filiações em que os elementos biológico, social e afetivo se combinam. Este é o modelo ideal da filiação, em que não haverá conflitos de paternidade, sendo este, necessário para que se atenda aos princípios constitucionais que regem a família atual. É o elo mais perfeito que pode existir no seio da família, a vontade de ser pai, representada pelo amor, pelo afeto dispensado ao nascimento e desenvolvimento saudável do filho biológico e que através da convivência tornará tais vínculos de amor e de afeto ainda mais fortes, capaz de promover tanto ao pai e principalmente ao filho um ambiente harmônico e bem estruturado para que ele cresça e se desenvolva.

6.3 Conflito de Paternidade

Das duas verdades existentes, ou seja, a paternidade que repousa sobre o fato carnal da procriação e a paternidade sócio-afetiva, resta saber qual delas sairá privilegiada. A tendência mundial além de reconhecer a filiação sócio-afetiva e elevá-la à categoria de norma jurídica vem admitindo que o elemento sócio-afetivo venha a suplantando a importância do elemento biológico.

No atual Código Civil francês, a posse do estado de filho assume a condição de fator de atribuição da paternidade, superando a importância da verdade biológica. Tal modelo requer dois elementos: o registro de nascimento e a posse do estado de filho. Esta conjugação confere uma condição de inimpugnabilidade, tornando-se assim a paternidade inatacável por qualquer outra prova.

O legislador francês agiu com destreza ao reconhecer a paternidade ao pai que em seu nome registrou a criança e lhe trata como filho, com todas as qualidades inerentes a este estado, como cuidados alimentares, educacionais, de lazer, carinho, afeto etc.

O sistema belga também prestigia a supremacia da filiação sócio-afetiva ao exigir para a prova da filiação, bem como para afastar os efeitos da presunção *pater is est* a posse do estado de filho.

A Constituição Federal de 1988 ao vedar o tratamento discriminatório dos filhos consolidou o afeto como elemento de maior importância no que tange o estabelecimento da paternidade.

A jurisprudência já vinha dando grande importância ao valor jurídico do afeto, considerando-o como primordial para o estabelecimento da paternidade. Exemplo disso é o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que em processo de adoção reconheceu os vínculos afetivos entre adotante e adotado como capaz de afastar a maternidade de quem, embora ascendente biológico, não manteve relação de afeto com o menor.

Tal decisão apresentou a seguinte fundamentação (TJPR – Ap. Cív. N. 60373. Rel. Des. Negi Calixto – DJ: 04/09/95):

Se a menor, há doze anos entregue voluntariamente a família substituta, mantém-se em lar amoroso e carinhoso, e inexistindo motivo sério que recomende seja modificada a situação, não há como reconhecer o direito da mãe biológica em rever a filha. [...] Provando-se que a mãe-biológica abandonou a menor, sem possibilidade de criá-la, aplica-se a perda do pátrio poder, devendo ser concedida a adoção plena à família substituta que lhe deu carinho, desvelo e amor (art. 45, parágrafo 1. da Lei n. 8.069/90).
Decisão: unânime.

A verdade sócio-afetiva não é menos importante que a verdade biológica. Portanto, a realidade jurídica da filiação não é fincada apenas em laços biológicos, mas principalmente na realidade de afeto que une pais e filhos, e que se

manifesta em sua subjetividade, que se torna visível exteriormente perante o grupo social.

Para a verificação da paternidade sócio-afetiva, já que o afeto é a base das relações familiares, deve-se constatar a sua manifestação fática para certificar-se da existência ou não da filiação. Necessária se faz a posse do estado de filho.

Haverá a posse do estado de filho quando estiverem presentes os três elementos: *nominatio*, isto é, a utilização pelo suposto filho do nome do suposto pai; *tractatio*, que se configura no tratamento que o suposto pai dá ao filho, garantindo-lhe a manutenção, educação e instrução, agindo como provedor e educador; *reputatio*, que se traduz na reputação social de uma pessoa como filho da outra, a fama ou notoriedade de tal filiação.

O Novo Código Civil também abre as portas para a incidência da posse do estado de filho ao definir no art. 1593, que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou de outra origem”. Atualmente tem-se inclusive reconhecido a posse do estado de filho na ausência de registro, mas muito mais enfática é a situação em que o registro existe.

Analisando o tema, Boeira (1999, p. 54), assevera que:

A posse de estado de filho revela a constância social da relação paterno-filial, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fator biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva. Cresce, pois, a relevância da noção de posse do estado de filho em todas as legislações modernas, o que demonstra a inviabilidade de uma absorção total, pelo princípio da verdade biológica.

No Direito de Família o ideal é que na filiação haja conciliação entre o aspecto afetivo, biológico e a paternidade registraria. Mas ainda se faz necessária algumas alterações no sistema de presunções e de vedações à ação negatória de paternidade, devendo ter sempre como valor mais importante a paternidade sócio-afetiva. Sendo assim, havendo registro do menor sem a posse do estado de filho, a paternidade será questionável sem as limitações ora existentes. Subsistindo o registro do menor, mais a posse do estado de filho, a paternidade será inquestionável. A própria evolução na concepção jurídica de família induz a uma alteração na ordem jurídica da filiação, em que a paternidade sócio-afetiva deverá ocupar posição privilegiada, sobretudo para conflitos de paternidade.

7 PODER FAMILIAR

O poder familiar nada mais é do que a evolução do pátrio poder, que o Novo Código Civil, observando a igualdade constitucional entre homem e mulher, preferiu denominar poder familiar.

O instituto do poder familiar resulta de uma necessidade natural. Todo ser humano precisa durante sua infância de quem o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha regência de sua pessoa e seus bens. Dessa forma, as pessoas mais indicadas para o exercício desse ministério são os pais (art. 1634 do Código Civil).

Na noção contemporânea, o conceito de poder familiar transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade. O poder familiar, pátrio poder ou pátrio dever, nesse sentido, tem a intenção primordial da proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser firmada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.

O poder familiar se resume no conjunto de atribuições que os pais detêm em relação aos filhos, a fim de garantir-lhes uma formação saudável. É em síntese um instituto protetivo.

Um dos direitos inatos do poder familiar, além do usufruto dos bens do filho, é o direito de correção, que deve ser exercido com moderação.

No Brasil, poucas décadas atrás, o então pátrio poder era exercido exclusivamente pelo marido, como chefe da sociedade conjugal. O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) permitia a mulher, na falta ou impedimento do marido, exercer o pátrio poder sobre os filhos menores, casos em que ela passava a exercer a chefia da sociedade conjugal.

Fruto da evolução da sociedade, a mulher passa a ter atividade profissional intensa, enquanto que o homem começa a participar do cotidiano doméstico. Assim, tal disposição caiu por terra com o advento da Constituição de

1988, que diz em seu art. 266, § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Nesse sentido, acentuou o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e art. 1.631 do Novo Código Civil, ao disporem que o poder familiar será exercido em igualdade de condições pelos pais e em havendo divergência qualquer um deles poderá recorrer à autoridade judiciária para solução do desacordo.

O conjunto dos direitos e deveres compreendidos no instituto do poder familiar trata-se de situação jurídica especial, em verdade não se trata tecnicamente de um poder, mas sim de uma gama de deveres, que habilitam os pais a criarem os filhos com responsabilidade. O exercício desse poder-dever está vinculado à tutela dos interesses para os quais é atribuído.

Nessa seara, Eduardo dos Santos (1.999, p. 511), ao escrever sobre o Direito lusitano, em situação análoga à brasileira, observa: “O poder paternal já não é, no nosso direito, um poder e já não é, estrita ou predominantemente, paternal. É uma função, é um conjunto de poderes-deveres, exercidos conjuntamente por ambos os progenitores”.

A relação existente entre pais e filhos não pode ser mais tida como uma relação de domínio ou poder, e sim como uma relação de autoridade. Autoridade esta exercida em benefício da construção saudável da personalidade dos filhos e da salvaguarda de sua dignidade, o que somente pode ser alcançado em ambiente de respeito e igualdade, onde os participantes desta relação familiar sejam valorados de forma equivalente.

Em conformidade com o que dispõe o Código Civil, o poder familiar é exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, situação que não se altera com a eventual separação do casal. Portanto, o poder familiar é compartilhado entre os pais, mesmo que sobrevenha separação.

Exatamente por isso que nosso ordenamento jurídico prima pela proteção integral da criança e do adolescente, pois é mais do que certo que este princípio será alcançado se ambos exercerem o poder familiar, afinal, a proteção de dois certamente é maior que a de apenas um. Assim deve ser exercido o poder familiar, conjuntamente, mesmo que haja ruptura da sociedade conjugal, não só pelo

disposto na lei (art. 1632, CC), mas também por ser a presença de ambos os pais indispensável na formação do filho.

O poder familiar deve ser exercido de forma efetiva, em co-auxílio, sendo irrelevante qual dos pais detém a guarda do menor. O guardião não é melhor do que o não guardião; é apenas uma forma de se decidir em determinado momento e contexto em que se encontram, tendo em vista o melhor interesse da criança, com quem será conveniente que ela permaneça naquele momento. Não sendo, portanto, definitiva, advindo modificação desta situação a guarda também poderá ser modificada.

Lamentavelmente, o que se tem visto, na prática, é que o cônjuge guardião exerce, sozinho, os atributos do poder familiar, o que só deveria ocorrer em casos extremos de suspensão ou destituição do poder familiar. A ocorrência de tal situação afronta o ordenamento jurídico e prejudica demasiadamente os filhos, que são aviltados em seu direito, constitucionalmente garantido, de ampla convivência familiar (art. 227, da C.F.).

7.1 Características

Esse poder possui algumas características peculiares, quais sejam: a irrenunciabilidade, intransferibilidade, imprescritibilidade, indivisibilidade, temporalidade, exclusividade, incompatibilidade com a tutela, e por fim, instituto de ordem pública, as quais passamos a descrever mais pormenorizadamente.

7.1.1 Irrenunciabilidade

O poder familiar como regra é irrenunciável, ou seja, os pais não podem abrir mão dele, pois se deve levar em consideração que os direitos assegurados aos genitores foram a eles conferidos visando única e exclusivamente o bem-estar dos filhos e da família, e não o interesse dos pais. É um instituto que decorre da paternidade, independente da vontade dos pais.

Contudo, grande parte da doutrina tem admitido como forma de exceção a renúncia ao poder familiar na adoção com o consentimento dos pais (art. 1621, *caput*, CC). Aliás, a adoção leva ao fim do poder familiar dos pais biológicos e os transfere aos pais adotivos.

7.1.2 Intransferibilidade

Por esta característica, o poder familiar não pode, por livre disposição, ser transferido pelos pais a outrem, nem a título gratuito, nem a título oneroso.

Todavia, na adoção com o consentimento dos pais, estes renunciam ao poder familiar que lhes é inerente, desta forma, transferindo-o para a nova família, entretanto, para que tal renúncia produza efeitos se faz necessária a presença do Estado, por meio do Poder Judiciário para homologar este ato. Assim, percebe-se que a realização da adoção não depende apenas da concessão dos genitores, mas também da permissão estatal. E somente após a sua formalização, realizada em processo legal de adoção que a transferência do pátrio poder será efetivada.

Adverte-se ainda que no processo de adoção não será necessário consentimento se os pais forem desconhecidos ou houverem perdido o poder familiar (art. 1621, § 1º, CC).

Como se vê, o exercício do poder familiar será incompatível por duas famílias, porque o menor sairá definitivamente da família biológica e integrará a família do adotante. Neste sentido, a doutrina diverge, parte afirmando a necessidade de precedência de requerimento de destituição do poder familiar, em processos distintos ou não, para depois pedir a adoção, e parte afirmando que basta o pedido de adoção, porque nele estará implícito o pedido de destituição do poder familiar.

7.1.3 Imprescritibilidade

O poder familiar não está sujeito aos prazos de prescrição e de decadência. “Ainda que, por quaisquer circunstâncias, não possa ser exercido pelos

titulares, trata-se de estado imprescritível, não se extinguindo pelo desuso. Somente a extinção, dentro das hipóteses legais, poderá terminá-lo”. (Venosa, 2006, p. 324).

7.1.4 Indivisibilidade

O poder familiar é indivisível, porém não o seu exercício. Assim, quando se tratar de pais separados, o poder familiar poderá ser desmembrado, dividindo-se os encargos.

7.1.5 Temporalidade

O exercício do poder familiar tem como característica um tempo pré-determinado, haja vista que no momento em que o filho atingir a maioridade ou for emancipado, o instituto perde a sua validade.

7.1.6 Exclusividade

Tal característica advém do fato de que somente os responsáveis terão o direito ao exercício do poder familiar. Exercer com exclusividade não quer dizer que será exercido por apenas um dos pais, pois como já visto o exercício é conferido em co-gestão ao pai e a mãe, conforme determina o art. 226, § 5º da Constituição Federal e o art. 1531 do Código Civil. Eventualmente, como no caso da família monoparental proveniente do falecimento de um dos cônjuges, o poder familiar será exercido de forma exclusiva pelo cônjuge supérstite. Tendo-se sempre em mente que se a família monoparental nascer da separação dos cônjuges, ambos os genitores deverão exercer o poder familiar, embora mais limitado àquele que não detiver a guarda.

7.1.7 Incompatibilidade com a tutela

O instituto da tutela é incompatível com o poder familiar. Para que o juiz possa nomear um tutor ao menor será necessário que anteriormente os pais tenham sido suspensos integralmente, ou destituídos do poder familiar. Para tanto, não basta que a suspensão do poder familiar seja oposta a apenas um dos pais, é necessário que seja em relação a ambos, pois caso contrário o outro continuará a exercer o *munus* que lhe é garantido, sendo inaplicável o instituto da tutela.

7.1.8 Instituto de ordem pública

Apesar dos pais exercerem com exclusividade o poder familiar, o Estado tem a função de fiscalizar o seu exercício, estabelecendo, quando necessário, a suspensão e a perda ou destituição do poder quando não respeitados os ditames da lei (artigos 1367 e 1638 do Código Civil). Isso se dá, pois o Estado tem o dever constitucional de assegurar a proteção dos menores, tendo em vista sua maior fragilidade por serem pessoas em formação, e, além disso, deve proteger a família, que é considerada a base da sociedade. E, para que essa proteção seja a cautela aos menores, que foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

7.2 Suspensão do Poder Familiar

O Código Civil prevê no art. 1637 três hipóteses de suspensão do poder familiar, que se dá quando os titulares do poder agirem com abuso de autoridade, quando faltarem com os deveres inerentes ao poder familiar, ou arruinarem os bens dos filhos. Ainda, no parágrafo único, prevê a hipótese de

suspensão quando o pai ou a mãe forem condenados por crime que a pena exceda a dois anos de prisão. Contudo, tem-se admitido que mesmo que a pena seja menor que dois anos poderá o juiz suspender o poder familiar, isso dependerá do gravame que possa causar ao filho, devendo sempre se analisar o caso concreto.

Trata-se, portanto, de uma sanção que busca preservar os interesses do filho, tirando-o da má influência do pai que viola dos deveres do instituto do poder familiar.

Ocorrendo a suspensão, o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, perdendo o genitor todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto legal.

A suspensão do poder é decretada pela autoridade judiciária, podendo o requerimento ser feito por qualquer parente ou pelo Ministério Público, ou, ainda, de ofício pelo juiz.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também traz hipóteses de suspensão do poder familiar no art. 24, aludindo ao descumprimento injustificado do disposto no art. 22 da mesma lei, que trata dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, bem como à obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais proferidas no interesse do menor.

Pode também a suspensão se dar de apenas parte dos atributos do poder familiar, se assim for, continuarão os genitores a exercer o poder familiar em relação aos atributos não atingidos pela suspensão.

Trata-se a suspensão de medida menos grave do que a destituição ou perda do poder familiar, assim, após o fim do prazo determinado pelo juiz, cessado os motivos da causa que o gerou, poderá ser restabelecido o poder parental.

7.3 Perda ou Destituição do Poder Familiar

A mais grave sanção imposta aos pais que descumprirem os deveres com relação aos filhos é a perda ou destituição do poder familiar. Tal sanção não

pode ser entendida apenas como castigo aos genitores que descumprirem os deveres da paternidade, mas muito mais que isso é uma forma de proteger os filhos menores dos pais irresponsáveis.

O art. 1638 do Código Civil disciplina as causa de perda ou destituição do poder familiar, quais sejam, castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. 1637, também do Código Civil, que trata das hipóteses de suspensão do poder familiar.

Na opinião de Venosa (2006, p. 334), os fatos relatados na lei devem ser examinados caso a caso:

Os fatos graves relatados na lei devem ser examinados caso a caso. Sevícias, injúrias graves, entrega do filho à delinqüência ou sua facilitação, entrega da filha à prostituição etc. são sérios motivos que devem ser corretamente avaliados pelo juiz. Abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência matéria: abrange também a supressão do apoio intelectual e psicológico. A perda poderá atingir um dos progenitores ou ambos.

O Estatuto da Criança e Adolescente ressalta no art. 23 que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivos suficientes para a perda ou suspensão do poder familiar. Caso em que, caberá ao Estado prover as condições mínimas de sobrevivência.

A perda do poder familiar, ao contrário da sua suspensão, é em regra permanente, mas o seu exercício poderá ser restabelecido, se provada a regeneração do genitor, ou se cessada a causa que a determinou, por intermédio de processo judicial de caráter contencioso, depois de transcorridos cinco anos da imposição da penalidade. (Diniz, 2002, p. 451).

7.4 Extinção do Poder Familiar

As causas de extinção do poder familiar estão previstas no art. 1635 do Código Civil. Extingue-se o poder familiar quando houver: morte dos pais ou do filho.

A morte de apenas um dos pais não extingue o poder familiar, pois o outro o exercerá sozinho. Cabível, portanto, apenas quando ambos os pais falecerem, caso em que aos filhos menores não emancipados serão nomeados tutores. Havendo morte do filho extinto estará o poder familiar.

Também se extingue o poder familiar pela emancipação do filho. Entende-se que a emancipação do filho importa atribuir-lhe completa capacidade civil. Assim também ocorre com a maioridade do filho. A maioridade é considerada a forma normal de extinção do poder familiar, pois ao filho é conferida a plenitude dos direitos civil, uma vez que há presunção legal de que não precisará mais de proteção.

Outro caso enumerado como forma de extinção do poder familiar é a adoção. Apesar de prevista como hipótese de extinção do poder familiar, a adoção não acaba com o mesmo, caso em que ocorrerá a transferência do poder familiar dos genitores do menor aos pais adotivos.

Por fim, a última causa de extinção do poder familiar se dá pela decisão judicial na forma do art. 1638 do Código Civil. Desta forma, havendo sentença judicial que determine a perda do poder familiar este estará extinto.

8 DEVER DE CONVIVÊNCIA COM OS FILHOS

8.1 Rompimento do Dever de Convivência entre Cônjuges ou Companheiros

A partir do momento em que o afeto passou a ser reconhecido como a nova *ratio* do matrimônio e da união estável, não havendo mais afetividade entre os cônjuges e conviventes, inexistirá razão para a sua manutenção. De nada valerá uma estrutura meramente contratual e vazia de fundamento.

Atualmente, nem mesmo a igreja é forte o suficiente para impor comportamentos ou regras capazes de tornar a estrutura familiar como vínculo indissolúvel.

Certamente que a religiosidade desempenha papel importante nas entidades familiares, inclusive como forma de realização e felicidade de seus membros. Porém, não é mais suficiente para que a indissolubilidade do casamento seja respeitada, uma vez que não se pode mais permitir a existência de uma sociedade desgastada por tantas uniões infelizes, conseqüência da permanência de uma família meramente formal, e que de fato já não possuem a razão maior que a caracteriza como família.

O sentido da família só pode ser alcançado enquanto perdurarem os laços de amor, respeito, consideração e afetividade. Não existe mais espaço para uniões meramente convencionais, sustentadas pela infelicidade pessoal de seus membros.

Entretanto, cuida-se no Direito de Família, para não confundir a falta de afeto que põe fim a relação conjugal ou de convivência, com a relação paterno-filial, pois esta última não é marcada pela transitoriedade como ocorre nas primeiras. A relação paterno-filial é inamovível e perpétua, constituindo assim um traço ímpar, distinto de tudo mais que se possa apreciar na esfera do Direito de Família.

8.2 O Dever de Prestar Alimentos aos Filhos

Alimentos, em uma de suas definições possíveis, “são prestações para a satisfação das necessidades de quem não pode provê-las por si.” (Fachin, 2003, p.285).

O dever dos pais de prestar alimentos aos filhos advém da filiação, e não do casamento ou união.

Tal dever é decorrência do poder familiar, que incumbe aos pais, de conjuntamente promoverem a subsistência, guarda e educação dos filhos. Por alimentos necessários à subsistência do alimentado entende-se ser os referentes às necessidades vitais, tais como “alimentação, remédios, vestuário, habitação”, conforme salienta Diniz (2002, p. 467).

Advindo o rompimento do relacionamento entre o casal, a guarda que era exercida em caráter de igualdade se transfigura para direito de visitas para um dos pais, e o dever de prover o sustento e a educação dos filhos transmuta-se na obrigação legal de prestar alimentos.

Nesta toada o art. 1703 do Código Civil preceitua que os cônjuges separados judicialmente, no que se refere à manutenção dos filhos, contribuirão na proporção de seus recursos. Apesar de não fazer referência aos conviventes, estende-se a eles também tal dispositivo, uma vez que a Constituição Federal reconhece outras entidades familiares além do casamento. Desta forma, tanto os filhos adotivos, como os provenientes de relações extraconjugais, vista a proibição de qualquer distinção discriminatória, serão detentores de direitos alimentícios.

Os genitores, em igualdade de condições, têm o dever de sustentarem seus filhos, dando a eles o necessário à sua subsistência moral e material, até que possam cuidar-se sozinhos, quando atingirem a capacidade necessária. Deve-se levar em conta a dupla condicionalidade da possibilidade da parte que presta alimentos e da necessidade da parte que recebe.

O direito a alimentos, mesmo que se deixe de exercer não prescreve, somente ocorrerá a prescrição quanto as prestações, mas não quanto ao direito em si mesmo.

Da mesma forma a obrigação de alimentos funciona no sentido inverso, ou seja, é dever dos filhos maiores em relação aos pais de, na sua velhice, em havendo necessidade, prestar-lhe alimentos. Portanto, trata-se de um dever recíproco, tanto aos pais de prestarem assistência material aos filhos menores, quanto dos filhos maiores, que cresceram sustentados por seus pais, que com todos os encargos da idade venham a necessitar da contribuição do filho para o seu sustento. (art. 229, CF).

Ainda que pobres, os genitores não estão isentos de prestar alimentos aos filhos menores. Mesmo que haja perda ou suspensão do poder familiar ainda assim a obrigação de prestar alimentos não deixará de existir. Esse direito somente se extingue com a morte do alimentado ou ainda com a maioridade deste, quando tiver condições de se manter sem a ajuda dos pais. Eventualmente poderá surgir obrigação de prestar alimentos aos filhos adultos, quando estes, por motivo de incapacidade ou enfermidade não proverem de meios de se manterem sozinhos.

8.3 Além da Obrigação Legal de Caráter Material

Certamente que as prestações alimentícias recebidas pelos filhos menores, são de imensurável importância para o desenvolvimento físico, material e moral. Mas longe de querer esgotar as obrigações decorrentes da paternidade, que jamais poderão abranger apenas valores pecuniários.

O simples cumprimento das pensões alimentícias não desincumbem os pais dos demais encargos provenientes da paternidade, pois nenhum ser humano, que se diga ter dignidade, possui tão somente necessidades físicas e materiais.

Entendimento contrário não se coaduna com a atual concepção de família, que gira em torno da instituição na qual prevalece os valores afetivos,

morais, espirituais e de assistência recíproca entre seus integrantes, que buscam a felicidade comum.

E é a partir da convivência familiar que os laços afetivos vão se moldando, que o relacionamento entre pais e filhos vão se estruturando com bases firmes para que, juntos, possam suportar as dificuldades da vida, e é onde os filhos se espelham para aprenderem a como se relacionar na sociedade.

Mas a grande preocupação que os legisladores e doutrinadores têm tido atualmente é com relação aos alimentos, poucos são os que timidamente abordam o tema do afeto e do dever de convivência.

Será que o dever de convivência é menos importante que a obrigação de alimentos? Será que o descumprimento do dever de convivência e a omissão ou condutas incompatíveis com o poder familiar não são capazes de causar danos aos filhos? Será que o legislador constituinte e ordinário não prescreveu o dever de convivência familiar no seio da família contemporânea? E, ainda, que o legislador não tenha previsto, seria justo na atual concepção de família ser mitigado o direito de convivência?

Tais indagações são o foco central deste presente trabalho e pretende-se respondê-las ao longo deste.

8.4 Dever de Convivência

O relacionamento entre pais e filhos após uma separação ou rompimento da união não pode ser prejudicado. Afinal quem está se separando são os pais.

Durante o relacionamento dos pais, os filhos têm o direito de serem guiados e criados por ambos que, com a sua experiência e sabedoria, saberão conduzi-los pelos caminhos corretos. Melhor dizendo, os pais têm o dever de conviver, criar e educar os filhos. A criança não perde esses direitos quando os pais se divorciam.

O legislador constituinte, ao dispor no art. 227 da CF que é dever da família, [além de tantos outros que não se compram com a prestação alimentícia], a convivência familiar, certamente não se referiu apenas às famílias em que não haja rompimento, ou aos filhos que são gerados no seio da família, uma vez que proíbe, no mesmo art. § 6º, qualquer tratamento desigual entre os filhos.

Portanto, claramente se nota que o dever de convivência com os filhos não é mera faculdade, e sim uma obrigação constitucionalmente determinada, que todos demais dispositivos legais deverão obedecer.

A paternidade provoca o surgimento de deveres que devem ser cumpridos pelos pais, o Código Civil em seu art. 1634, *caput* e inciso II, diz que: “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: tê-los em sua companhia e guarda.” Diz ainda em seu art. 1362 que “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.”.

Quando ocorre a separação de um casal com filhos será definido um valor a ser pago a título de pensão alimentícia e a programação de visitas, às quais tem direito aquele que não deteve a guarda do menor, o art. 1589 prevê que: “o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

O legislador ordinário poderia ter sido mais assertivo se não tratasse de uma obrigação ora como dever, ora como direito e ora como faculdade. Dificultosa se faz a compreensão conjunta de todos os dispositivos por tais variações. Ora para poder chegar a real interpretação dos dispositivos primeiramente deveremos recorrer a Lei Maior que não deixa brecha quanto ao dever de convivência dos pais com os filhos e até mesmo por obediência aos princípios constitucionais do afeto, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

A perda do direito de ter o filho em sua companhia não é absoluta, uma vez que o já citado art. 1589 prevê o direito de visitas ao pai ou mãe que não detém a guarda. Observa-se, portanto, que não há fundamento jurídico para se concluir que não haja dever jurídico para o pai de estabelecer um mínimo de relacionamento afetivo com seu filho, e que o simples fato de haver separação judicial entre os pais

não seja fundamento que isenta o pai que não é detentor da guarda de manter esse relacionamento de convivência. Portanto, é dever do pai que não é o guardião do filho a obediência à convivência familiar, não sendo o instituto da visita apenas mera faculdade, e sim um dever, pois somente através da visita que a convivência será plenamente exercida, sendo a convivência uma das formas mais eficazes de gerar o afeto.

Para tratar de assunto demasiado importante, o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n° 8069/90) também traz disposições a serem seguidas.

Nos mesmos moldes da Carta Magna, o ECA, predominantemente nos artigos 3°, 4° e 19, estabelece como direito fundamental da criança e adolescente a convivência com os pais, assim como lhes assegura por todos os meios o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Para que sejam assegurados tais direitos fundamentais, que estão intimamente ligados à dignidade da pessoa, é necessário que os pais sejam muitos zelosos no tratamento com seus filhos, por este mesmo motivo que é fundamental que os pais cumpram os seus papéis perante os filhos e a sociedade. Papel de pai, e papel de mãe.

Seria muito mais custoso, e muitas vezes até impossível para apenas um dos pais, cumprir como se deve todos os atributos necessários para que se possa obter melhor desenvolvimento físico, psíquico e mental do menor. Assim, para atender tais exigências que, mais do que deveres legalmente previstos, são reflexos das próprias transformações pelas quais passou a sociedade, com especial ênfase para as relações familiares, é necessária a participação de ambos os pais.

Conforme preleciona Rosana Fachin (2001, p. 127)

Nessa seara, o amor e a solidariedade são valores informativos capazes de construir entre pais e filhos uma via de mão dupla, o que, na eventualidade de uma ruptura, opera no sentido de minimizar o distanciamento, conforme já referenciado relativamente aos institutos da guarda e mesmo quanto à pensão alimentícia.[...] Este é um desafio a ser enfrentado, a fim de minimizar a dor e angústia daqueles que sofrem com a ruptura do vínculo familiar[...].

E é com muito esforço, e até mesmo por isso, que os pais devem, tanto dentro da entidade familiar, quanto fora dela, seja pela inexistência ou pelo rompimento do casamento, exercerem os deveres que a eles competem.

A Constituição Federal, ainda em seu art. 227, e o art. 4º do E.C.A. estabelecem que, além da convivência familiar, também incumbe aos pais, com absoluta prioridade, assegurar as crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao esporte, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à cultura, o respeito. A C.F. ainda prevê com exclusividade no art. 227 o dever de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Percebe-se que realmente criar e educar um filho seguindo todos estes preceitos é tarefa árdua, mas que se coaduna perfeitamente com a atual concepção de família, que tem suas bases fincadas na solidariedade mútua. Portanto, não se pode mais admitir atitudes omissas e negligentes, de pais que enxergam os filhos como um objeto ou um produto dos quais não tem mais interesse.

Enfim, muitos são os dispositivos que defendem o direito do menor de conviver com os seus genitores. Não há o que se questionar a ausência de normas regulamentadoras, mas necessária se faz a inserção de medidas para que tais obrigações sejam cumpridas.

8.5 Direito ao Pai: Consequências da Omissão dos Deveres da Paternidade

Consoante demonstrado, o papel dos pais que não detém a guarda dos filhos menores não fica restrito à prestação alimentícia, isso já não se encaixa no perfil da família do século XXI. É dever do pai, e de suma importância para o filho, que estes mantenham a convivência, o que significa uma participação mais integral na vida dos filhos, de forma a contribuir em sua formação e desenvolvimento emocional.

Na análise de Hironaka (2005, p. 413):

Desde a concepção do ser humano, é necessária a contribuição de dois elementos diferentes, de várias ordens. Concretamente, são necessários dois – óvulo e espermatozóide – para criar um. Da mesma forma, são necessários vínculos afetivos diferentes para o desenvolvimento da personalidade humana.

Todo filho tem direito a ter um pai, afinal este teve participação decisiva na sua concepção. Por tal direito deve-se entender como direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser alimentado, cuidado, instruído, de ser ensinado a viver, a conviver, ser posto a caminhar e a falar, enfim, de ser colocado em situação de aprendizado e apreensão dos valores fundamentais da personalidade e da vida humana.

Segundo estudos das ciências psicanalíticas, o pai é considerado o responsável pela ruptura dos laços originais que ligam a mãe ao filho e pelo seu ingresso em ambiente maior, em que terá seus primeiros contatos com irmãos, tios, avós, parentes e posteriormente com a sociedade. É através da figura do pai que o filho é encaminhado a este novo mundo, no qual vigem a ordem, o direito, a autoridade, a disciplina, a autoridade e os limites que devem valer entre um grupo. Esta é a função do pai, decorrente deste modelo de personificação paterna, que oferece à criança a segurança e referências indispensáveis a espacial passagem entre o conforto e segurança do aconchego materno a esta exposição social feita pelo encaminhamento paterno.

Segundo o magistério de Boff (apud HIRONAKA, 2005, p. 458):

É [da] singularidade do pai ensinar ao filho/filha o significado destes limites e o valor da autoridade, sem os quais não se ingressa na sociedade sem traumas. Nesta fase, o filho/filhas, se destaca da mãe, até não querendo mais lhe obedecer, e se aproxima do pai: pede para ser amado por ele e espera dele esclarecimentos dos problemas novos que enfrenta.

É o pai o responsável por ensinar os filhos que a vida não é somente brincadeiras, que nem sempre se terá um colo para poder chorar a cada tombo, em qualquer machucado. É a figura do pai que insere o filho neste desconhecido, no qual ele precisa ser mais forte do que no seio da família, onde ele precisa ter escudos e armas como regra de sobrevivência. E esses escudos e armas lhes são confiados com essa convivência, na qual o pai vai lhes ensinar que a vida não é feita

só de vitórias, mas também de fracassos, que não se tem somente aconchego, é preciso também lutar para fazer suas próprias conquistas, que nem sempre se ganha, que perder faz parte da vida.

Mãe e pai desenvolvem papéis distintos, insubstituíveis e fundamentais no desenvolvimento estrutural, psíquico, moral e ético do filho. Cabem as mães um papel que mais se relaciona com a flexibilidade, elas cuidam mais das necessidades físicas e emocionais dos filhos, com afeto e conforto, enquanto aos pais cabe um papel que se relaciona mais com as características da personalidade, necessárias para o futuro, como as qualidades necessárias para a independência e a capacidade de lidar com desafios e assumir riscos.

A conjugação harmoniosa desses dois papéis tão importantes na vida dos filhos dá-lhes, na maioria das vezes, o resultado de torná-los pessoas mais seguras, que tenham a capacidade de manter um bom relacionamento social, com bases fortes o suficiente para que não absorvam os influxos deletérios disseminados nas diversas sociedades. Ao contrário, a ausência de um dos pais na formação do filho será capaz de lhe causar prejuízo, tendo como estrutura ideal a situação bipolar, consequência disso fará com que, na maioria das vezes, os filhos se sintam inseguros e incapazes de definir seus próprios projetos de vida, bem como tenham maiores dificuldades para aceitarem a imposição de limites e a autoridade.

Segundo Fachin (2002, p. 257) :

Um pouco de carinho, demonstração de respeito e afetividade, temos certeza, não “custará” muito para nenhum pai, mas significa muitíssimo para crianças que esperam – no mais das vezes – uma vida inteira – para receberem amostras de um sentimento que nunca vem.

São notórias nos dias atuais, em âmbito mundial, atitudes de crianças e adolescentes cada vez mais bizarras e que chocam a sociedade, muitas vezes sem qualquer relação com a desigualdade social, e que não se consegue compreender o que tenha gerado tais atitudes. Certamente que a mente humana é a mais complexa de todas as coisas existentes, e longe de querer utilizar o argumento da falta de afeto e uma convivência ideal com os pais para querer justificar tais condutas, mas fica no ar um questionamento: Será que a sociedade e principalmente a própria

família não teria sido capaz de evitar tais condutas se tivesse agido de modo a proporcionar a essas crianças e adolescentes atitudes mais amorosas, com demonstração de respeito, amor e solidariedade, se tivessem dado atenção no momento em que mais precisavam e se tivessem prestado mais atenção, pois talvez estas crianças já viessem a cometer atitudes reprováveis como uma forma de demonstrar que algo estivesse errado.

É muito provável que sim, pois muitas vezes as respostas podem ser encontradas não nas nossas próprias indagações ou vontades de que sejam aquelas as respostas que procuramos, algumas vezes as respostas podem estar nas entrelinhas, nos rodapés da vida, pelas quais passam despercebidas, sem receber a atenção que merecem, mas que nem por isso nos eximem das suas conseqüências.

Uma coisa é certa, o adulto de hoje é conseqüência da criança e do adolescente de ontem, é um reflexo dele. E os traumas que temos durante a infância, muitas vezes nos perseguem durante toda uma vida. É uma triste realidade. Portanto, é com base em todos estes argumentos que devemos nos precaver e dar mais atenção às crianças e adolescentes de hoje, tratando-as como pessoas em formação, que precisam de mais cuidados e atenção, que devem ser criadas no seio da família, recebendo amor, carinho e amparo, tanto paterno, quanto materno, independentemente do tipo de família ao qual pertencem.

Nessa linha de observação, Lamartine e Francisco Muniz (apud FACHIN, 2003, p. 264) referindo-se ao profundo humanismo que deve predominar nas relações entre pais e filhos, expresso em livro publicado na então Alemanha Ocidental, que diz que “O amor entre pais e filhos conduz a um profundo enriquecimento da vida do adulto e é irrenunciável pressuposto do desenvolvimento do filho”.

Dos depoimentos de pessoas que sofreram este abandono afetivo, as principais conseqüências que se pode observar são evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação, decorrentes, não só da falta de afeto, mas proveniente da não convivência, que furta do filho os cuidados e proteção que a figura paterna representa, principalmente quando entre eles já existia um vínculo de afetividade que foi quebrado. Tais efeitos podem ainda ser maximizados quando o abandono afetivo se qualifica por demonstrações de rejeição e indiferença, o que

além dos danos causados pela omissão da figura paterna é capaz de causar transtornos, vergonha de si, crise de identidade, etc.

Além de inquestionável configuração de danos na vida dos filhos, a omissão paterna também configura infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhes são impostos como decorrência do poder familiar e dos princípios constitucionais.

Portanto, continuar a admitir tais condutas seria admitir que o Direito é falho, e que a Justiça não é justa. Pois de nada vale uma lei que tenha “letra morta”, que traz uma obrigação, mas que não traz qualquer sanção para quem a desrespeite.

9 RESPONSABILIDADE CIVIL

9.1 Conceito e Breve Evolução Histórica

A responsabilidade civil deriva da atividade danosa causada a outrem, que atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente, sujeitando-se desta forma o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa. (Gagliano e Pamplona Filho, 2004, p. 9).

Logo, responsabilidade exprime a idéia de contraprestação, de equivalência, de recomposição. Justamente por isso se diz que a responsabilidade civil é a ciência da reparação do dano. Assim, ainda que uma conduta seja ilícita, se não causar dano na esfera civil, não gerará o dever de recomposição, quando muito poderá gerar responsabilidade criminal.

A responsabilidade civil está muito próxima ao máximo de tolerância da conduta das pessoas para que se possa viver em sociedade. Na vida em sociedade existe o preceito fundamental do *neminem laedere*, ou seja, a regra geral que todos devem respeitar, para que possam viver em harmonia, de modo que a conduta de um não cause mal ao outro.

Como na maioria das vertentes do direito, a responsabilidade civil encontra suas raízes fincadas no Direito Romano. Assim, nas civilizações mais antigas a origem do instituto está calcada na concepção de vingança, primeiro coletiva e depois privada. Todavia esta vingança era desmedida e não tinha limites individuais, podendo atingir inclusive membros da família. Vigorava, portanto, a lei do mais forte.

Houve um marco histórico muito importante para o instituto da responsabilidade civil, que foi a Lei de Talião, derivada do Código de Hamurabi, por volta do ano 1700 a.C.. Foi esta lei que trouxe a noção clara, básica, de proporcionalidade, foi a partir desta proporcionalidade que se começou a

estabelecer os limites da responsabilidade. Era a lei do “olho por olho, dente por dente”, na qual a vingança era proporcional à resposta.

Segundo o Código de Hamurabi, em seu art. 196, “Se um homem destruir o olho de outro homem, destruirão o seu olho”. Percebe-se que a responsabilidade era tratada de modo a pagar na mesma “moeda” o mal recebido, de modo que a maioria das sanções eram de caráter corporal.

Há, porém, na própria Lei de Talião, os traços da evolução do instituto, ao possibilitar a composição entre o ofendido e o ofensor, evitando-se, desta forma, a aplicação da pena de Talião. Assim, ao ofensor, ao invés de ser-lhe aplicada uma pena corporal, transacionava-se a pena no pagamento de uma importância em dinheiro ou outros bens, a escolha da vítima.

O Código de Manú também teve importância na evolução da responsabilidade civil. Tal código contemplava a possibilidade de reparação do dano em valor pecuniário. Segundo o Código de Manú, era o pai quem impunha as penalidades previstas no Código.

Numa fase posterior do Direito Romano, houve a separação do Direito Civil e do Direito Penal, cuidando o Direito Penal apenas do aspecto punitivo e o Direito Civil tratando tão somente da recomposição patrimonial do prejuízo sofrido, a restituição ao *statu quo ante*, passando a indenização pecuniária a ser a única forma de sanção na prática de atos não criminosos que causem prejuízo a outrem.

Eis o que, a esse respeito, observa Dias (1995, p.8) sobre a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal:

Para efeito de punição ou da reparação, isto é, para aplicar uma ou outra forma de restauração da ordem social, é que se distingue: a sociedade toma à sua conta aquilo que a atinge diretamente deixando ao particular a ação para restabelecer-se, à custa do ofensor, no *statu quo* anterior à ofensa. Deixa, não porque se não se impressione com ele, mas porque o Estado ainda mantém um regime político que explica a sua não-intervenção. Restabelecida a vítima na situação anterior, está desfeito o desequilíbrio experimentado.

Um ponto marcante na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquilia* (286 a.C.), que teve grande importância, por regular o *damnum injuria datum*, consistente na destruição ou deterioração da coisa

alheia por ação que viesse a atingir coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Foi da *Lex Aquilia* que surgiu a ampliação no campo da reparabilidade do dano moral e a nomenclatura da responsabilidade civil extracontratual.

Através da lei Aquília houve a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana. Portanto, esta nova lei modificou o que até então se entendia por responsabilidade, pois não se responderia tão somente pelo fato de causar dano a alguém com a sua ação, exigia-se para tanto que o dano fosse injusto, o que posteriormente se traduziria na noção de culpa.

Esse salto histórico da cisão da concepção de pena para reparação do dano sofrido, juntamente com a exigência da culpa para a configuração da responsabilidade civil foi incorporada no grande instrumento legislativo da idade moderna, o Código de Napoleão, que exerceu significativa influência em diversas legislações do mundo, inclusive no Código Civil brasileiro de 1916.

Contudo, tal teoria clássica da culpa não era capaz de atender todas as hipóteses de responsabilidade civil, vez que a imensa gama de casos em que os danos se propagavam sem haver a reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento subjetivo.

Desse modo, a jurisprudência passou a vislumbrar novas soluções, não só ampliando o conceito de culpa, como também com o acolhimento excepcional de novas teorias, as quais vertiam pela reparação do dano ocorrido exclusivamente em virtude do risco criado.

9.2 Classificação da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva, objetiva, contratual e extracontratual ou aquiliana.

A responsabilidade civil subjetiva decorre de dano causado em razão de ato doloso ou culposos.

O art. 186 do Código Civil traz em seu corpo a responsabilidade civil aquiliana, e consagra a regra universalmente aceita, de que todo aquele que causar dano a outrem é obrigado a repará-lo. Diz o art. já mencionado: “Aquele que, por

ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Do referido dispositivo normativo verificamos que a obrigação de reparar o dano deriva de uma conduta do agente, que certamente decorrerá de um ato ilícito. Assim, tal conduta culposa pode ser tanto decorrente de uma ação (conduta positiva) como de uma omissão (conduta negativa), com tanto que delas decorra um dano. Contudo, nem toda conduta negativa de que decorra um dano irá gerar a obrigação de repará-lo.

Assim, logicamente o não fazer somente obrigará o indivíduo quando para ele existir uma obrigação jurídica que lhe impõe determinado dever. É o que ocorre quando o pai descumpra o seu direito-dever de afeto.

Há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a determinada pessoa por ato que não foi promovido diretamente por ela, mas sim por um terceiro com o qual mantém algum tipo de relação jurídica. Trata-se da responsabilidade civil indireta, onde o elemento culpa não é excluído, mas sim presumido, por ter o réu um dever de guarda ou vigilância.

Assim, na responsabilidade civil subjetiva a vítima tem que demonstrar os elementos fundamentais de sua pretensão, salientando o comportamento culposos do demandado. Já no caso da responsabilidade civil indireta, em que a culpa é presumida, haverá uma inversão do ônus da prova, neste caso o demandado deverá demonstrar a ausência de culpa para se eximir do dever de indenizar.

Entretanto, há hipóteses em que sequer é necessário ser caracterizada a culpa. Estaremos neste caso diante da responsabilidade civil objetiva. Segundo esta modalidade de responsabilidade civil, o dolo ou a culpa na conduta do agente é irrelevante, bastando que a sua conduta acarrete um dano para que surja o dever de indenizar.

A responsabilidade civil objetiva surgiu em razão da necessidade de se obter a reparação do dano em algumas situações, em razão da dificuldade de provar o dolo ou a culpa do agente. Para tanto passou a ganhar corpo uma concepção de dano diferente, fundada não na noção de culpa, mas na noção de risco.

A teoria objetivista da reparação do dano é fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente. Para ela, determinadas condutas tem um risco, no qual ao praticá-las o agente assume esse risco.

Portanto, apesar da regra geral ser a teoria clássica da responsabilidade subjetiva, o Código Civil de 2002 também vislumbra a possibilidade de indenização pela teoria objetiva, ao estabelecer no parágrafo único do seu art. 927 que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem”.

A responsabilidade civil também pode ser classificada como contratual, quando a conduta ensejadora do dano é resultante do descumprimento de um dever contratual, caso em que a culpa será presumida, vez que a própria parte se obrigou diretamente ao cumprimento da obrigação ora descumprida. Esta modalidade de responsabilidade civil não se preocupa com a proporcionalidade do dano, pois segue o pressuposto do *pacta sunt servanda*, podendo ocorrer da indenização ora ser maior ou menor que o dano efetivamente sofrido.

A responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana decorre da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente. Na responsabilidade aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, qual seja a obrigação de não causar dano a ninguém. Assim, utiliza critérios de proporcionalidade, devendo a reparação do dano ser proporcional ao seu prejuízo.

9.3 Elementos da Responsabilidade Civil

Para a configuração da responsabilidade civil será necessária a presença dos seguintes elementos: conduta humana,nexo de causalidade, dano e culpa. Como vimos, em determinadas situações nascera o dever de indenizar independentemente do elemento culpa, que se dá nos casos da responsabilidade civil objetiva.

Desta forma, a culpa não é um elemento essencial, mas sim um elemento accidental da responsabilidade civil.

9.3.1 Conduta humana

A conduta humana é a prática desenvolvida por aquele a quem reputamos ser responsável por um dano.

Essa atividade humana, como visto, pode ser positiva (ação), quando o agente tem a obrigação de não causar dano a ninguém, ou negativa (omissão), quando tinha o dever legal de agir, e com a omissão causou prejuízo à alguém.

O núcleo fundamental da conduta humana é a voluntariedade, pois é exigência do próprio art. 186 do Código Civil que a ação ou omissão seja voluntária. Portanto, necessária se faz a conduta humana livre e consciente, resultante da liberdade de escolha do agente imputável, que possui discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.

Por fim, resta-nos qualificar a conduta humana como ilícita. Assim, nas próprias palavras do artigo supracitado a conduta que “violar direito”. Contudo, está não pode se dizer ser uma característica intrínseca da conduta humana, uma vez que poderá ser configurada a responsabilidade civil mesmo em atuação lícita do infrator, que age amparado pelo direito, como é o caso do art. 1313 do Código Civil, onde ocorrendo dano nesta atividade lícita existirá o dever de reparação.

9.3.2 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é o elo que liga a conduta ao dano, impondo o dever de reparar. Não basta simplesmente a existência de uma conduta e de um dano, é necessário haver uma ligação entre um e outro.

No Direito Penal o nexo de causalidade é explicado pela teoria da equivalência das condições, segundo a qual tudo que concorre para o resultado final é causa.

Pela sua amplitude tal teoria não pode ser reportada para a responsabilidade civil que adota a teoria da causalidade direta e adequada, por força do art. 403 do Código Civil. Este dispositivo nos leva a seguinte conclusão, que a causa deve ser direta e imediata, trabalhando desta forma somente com as causas próximas e excluindo as causas remotas. Mas apenas isso não basta para configurar o dever de reparar, sendo, portanto, imprescindível que a causa também seja adequada a produzir o resultado imaginado.

9.3.3 Dano

Dano é o prejuízo, é a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado pela ação ou omissão do sujeito infrator. (Gagliano e Pamplona Filho, 2004, p. 40).

O prejuízo sofrido poderá decorrer não somente da violação do patrimônio economicamente aferível, denominado dano material, como também da ofensa de direitos pertencentes à condição de homem, direitos estes sem expressão pecuniária, mas que nem por isso deixam de ser indenizáveis. Trata-se este último do dano moral.

9.3.4 Culpa

O dano é um elemento essencial da responsabilidade civil, portanto não se falar em responsabilidade sem dano, ao contrário do que ocorre com a culpa.

A culpa em sentido lato pode ser dividida em dolo e culpa *stricto sensu*. O dolo representa a vontade direcionada à consecução do prejuízo. Já a culpa *stricto sensu*, sob qualquer das suas formas de manifestação (negligência, imprudência ou imperícia), se dá quando o agente deixa de observar um dever

objetivo de cuidado, sem que tenha a vontade definida no sentido da realização do dano.

Nessa seara, segundo a doutrina tradicional, a culpa em sentido lato compõe-se de três elementos: voluntariedade do comportamento do agente, ou seja, para que se possa reconhecer a culpabilidade a atuação do agente deve ser voluntária; previsibilidade, neste caso somente é possível apontar a culpa se o prejuízo causado era previsível, afastando-se aqui situações fortuitas; violação de um dever de cuidado, especifica que a culpa decorre do desrespeito a um dever de cuidado, e em caso de intencionalidade, como visto, temos o dolo.

A doutrina ainda traz classificações de graus de culpa. Segundo esta classificação a culpa pode ser grave, que seria aquela em que embora não intencional, aparenta que o agente atuou como se estivesse intencionado ao prejuízo, uma vez que ela foge dos parâmetros esperados em um homem normal, a culpa leve é aquela diligência média esperada que um homem normal observe em sua conduta, já a culpa levíssima se dá quando a falta cometida ocorre por força de uma conduta que escaparia ao padrão médio, somente pessoas excepcionalmente cuidadosas seriam capazes de evitar.

Todavia, diferentemente do que ocorre no Direito Penal, na responsabilidade civil, em regra, pouco importa se o prejuízo se deu por dolo, culpa grave, leve ou levíssima, pois via de regra, a indenização do dano segue o preceito do art. 944 do CC, ou seja, a extensão do dano.

9.4 O Dano Moral

A Constituição Federal de 1988 consagrou no Direito brasileiro a tese da reparabilidade dos danos morais, introduzindo-a nos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, que por sua vez são considerados imutáveis por disposição expressa do art. 60, §4º, inciso IV, C.F. (cláusula pétrea). Dispõe o art. 5º, inciso X, C.F.: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem

das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (grifo nosso)

Ademais, em obediência ao texto constitucional, o Código Civil também faz menção à reparabilidade dos danos morais no já citado art. 186, impondo o dever de reparar o dano “ainda que exclusivamente moral”.

Embora direito e moral não se confundam, analisando o Código Civil percebe-se que o legislador civil teve manifesta preocupação com a eticidade das relações jurídicas não somente no art. 186. Como exemplo, podemos citar o art. 883, que diz respeito à proibição da repetição de indébito àquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei. Temos também como exemplo o já mencionado art. 1638 que impõe a perda do poder familiar, percebe-se claramente que dentro da sua disciplina, a moralidade é um relevante aspecto para o reconhecimento da validade do poder familiar.

9.4.1 Distinção entre dano moral e dano material

Antes de conceituarmos o dano moral para melhor compreensão da matéria, vamos distingui-lo do dano material.

Entende-se que o dano material decorre do prejuízo patrimonial e econômico. Assim, o dano material tem como efeito um prejuízo econômico, mensurável por cálculo.

Já o dano moral ou extrapatrimonial a lesão atinge os direitos da personalidade, atinge o indivíduo no seu subjetivismo, não tendo assim conteúdo pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro.

Segundo Pontes de Miranda (apud CAHALI, 2005, p. 21), “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor (sic) como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.

O dano moral ou extrapatrimonial tem sido caracterizado pela doutrina de forma negativa, isto é, em contraposição ao dano patrimonial.

No intuito de precisar o instituto, distinguindo a lesão ao direito personalíssimo que repercute no patrimônio da que não repercute, Gomes (apud CAHALI, 2005, p. 21) utiliza o seguinte critério:

Ocorrem as duas hipóteses. Assim, o atentado ao direito à honra e a boa fama de alguém pode determinar prejuízos na órbita patrimonial do ofendido ou causar apenas sofrimento moral. A expressão *dano moral* deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há conseqüências de ordem patrimonial, ainda que mediante *repercussão*, o dano deixa de ser *extrapatrimonial*.

Ora, havendo reflexos materiais, o que está se indenizando não é o dano moral propriamente dito, mas justamente o dano patrimonial decorrente da lesão à esfera moral do indivíduo.

9.4.2 Conceito e configuração do dano moral

O dano moral resulta da lesão de um interesse espiritual, um bem integrante da personalidade, tal como a honra, a integridade psicológica, a liberdade, a saúde, que tenha a capacidade de causar dor psíquica, vexame, desconforto, sofrimento e humilhação ao lesado.

Corresponde, portanto a um prejuízo no patrimônio moral do indivíduo, ou seja, o conjunto de tudo aquilo que não tem valor econômico auferível.

O que configura o dano moral é exatamente a alteração no bem estar psicofísico do indivíduo. Se o dano for conseqüência da atitude de outra pessoa, causando dor profunda que gere modificações no seu estado espiritual e anímico, como dor íntima ou padecimento pessoal, estará aí o início da busca do dano moral.

O dano moral está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, pois fere exatamente o seu núcleo, levando o indivíduo muitas vezes a perder a sua dignidade ou até mesmo a acreditar ser desprovido desta.

Segundo o entendimento de Santos (2001, p. 45):

Da dignidade, da autonomia e da inviolabilidade da pessoa extraímos a idéia de que o homem é portador em si mesmo de um valor moral intransferível e inalienável, que lhe foi atribuído pelo puro fato de ser um homem [...]. Desta maneira, o homem não pode ser reduzido a coisa, a objeto, como no período escravocrata. Daí, o respeito a todos os direitos da personalidade. Em havendo violação, o dano moral há de ser ressarcível da forma mais completa possível, a fim de impelir que o infrator continue em sua faina violadora de direitos alheios.

O dano moral atinge a pessoa no que ela é, no mais íntimo do seu ser, abalando seus valores pessoais e sentimentos, sua vida, sua honra, sua afeição e reconhecimento social, enfim sua integridade física e psíquica. Trazendo como consequência o rompimento do equilíbrio espiritual, causando transtornos, depressão, insatisfação, desgosto, angústia, desespero, sentimento de humilhação, de inferioridade, de desprestígio e vergonha de si mesmo.

O professor Cahali (2005, p. 22) oportunamente salienta que:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que moleste 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 enumera-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

Certamente, a conduta que se espera para que se viva em harmonia dentro de um grupo social, afinal ninguém vive só, é que cada um viva de tal maneira que não traga prejuízo ao outro, que a conduta de um não gere danos aos outros. Melhor ainda, busca-se uma sociedade justa e fraterna, assim como dispõe o legislador constituinte no preâmbulo da Constituição Federal brasileira.

Seguindo esta linha de raciocínio, o ser humano deve ser respeitado com toda a carga de atributos que ele possui, podendo ser resumidos no direito à vida, à saúde, à paz, à tranquilidade, à honra, à segurança, à liberdade e todos os demais direitos que contribuem para a dignidade humana.

Todavia, não se pode admitir que toda afetação ou dor íntima tenha o condão de gerar o dano moral, afinal viver em sociedade também significa sofrer constantes aborrecimentos na convivência cotidiana com o comportamento das pessoas. Existe um piso de inconvenientes que todo ser humano tem que tolerar, um mal-estar corriqueiro, próprio do risco cotidiano da convivência, ou da atividade que o indivíduo desenvolva nunca configurarão o dano moral.

Atualmente está se vivendo uma experiência em que todo e qualquer aborrecimento ou sensação de contrariedade dá ensejo a pedidos de indenização. Obviamente que não é esta a finalidade da responsabilidade civil por danos morais.

Assim, para que possa se admitir a existência do dano moral se deve ter como parâmetro o homem médio, ou seja, aquele que não se abate facilmente, e não pessoas cuja suscetibilidade aflore na epiderme.

O impecável entendimento sobre a configuração do dano moral está, exatamente, no verificar a magnitude, a grandeza do ato ilícito. (Santos, 2001, p. 120).

9.4.3 O dever de indenizar e a função da indenização

Até pouco tempo a doutrina teimava em repudiar o ressarcimento do dano puramente moral. Tal instituto sofria especulações maldosas, considerava-se vexatória a discussão nos Tribunais sobre o valor da honra, das mais íntimas e respeitáveis dores, discussão que buscava necessariamente a reparação em dinheiro do prejuízo moral.

No Brasil, pacífica é a existência do dano moral no ordenamento jurídico. Entendimento contrário já não se harmoniza mais com os dias atuais. Seria

indecoroso admitir que alguém possa causar mal a outrem sem que sofra nenhum tipo de sanção.

É perfeitamente razoável que num sistema que coloca o homem como vértice do Direito, o dano moral seja reconhecido como entidade passível de gerar indenização. É a aclamação do reconhecimento dos direitos da personalidade.

Este suprimento da felicidade, da tranqüilidade, que é o elemento fundamental do dano moral, apesar de ser imaterial só é capaz de ser indenizado por montante em dinheiro. O objetivo desta recomposição não é substituir o dano pelo seu equivalente em dinheiro, pois são de naturezas distintas, e não é com dinheiro que se fará com que a dor e o padecimento pessoal desapareçam. Todavia, não se pode negar que o dinheiro pode trazer confortos e prazeres, muitas vezes incapazes de fazer com que o prejuízo moral experimentado pela vítima desapareça, mas que pelo menos possa atenuar os seus efeitos.

Portando a indenização tem caráter dúplice, tanto de proporcionar que na medida do possível a vítima possa restabelecer sua situação espiritual, quanto de não permitir que fique impune um ato nocivo que não se enquadre como delito no direito penal.

10 MENSURAÇÃO DO DANO MORAL

Um dos grandes desafios que os juristas encontram ainda nos dias atuais, apesar da consagração da indenização por dano moral no direito brasileiro, é encontrar parâmetros para que se possa quantificar o dano moral, uma vez que lei ainda não disciplinou tal assunto.

Certamente que a reparação material é muito mais fácil de ser mensurada, pois basta a verificação do valor correspondente ao conserto do bem danificado para que ele volte ao estado anterior. Contudo, o que não podemos admitir é o argumento daqueles que afirmam a impossibilidade de encontrar o valor real da indenização, tornando assim o dano moral não indenizável.

Ao longo do reconhecimento do dano moral entende-se ser o prudente arbítrio do juiz a única forma de superação da dificuldade de quantificação do dano moral, repudiando o tarifamento da indenização.

Tarifar seria exatamente a fixação rígida, em lei, de um teto máximo e um piso mínimo para o valor das indenizações, de forma que o juiz ficaria sempre adstrito a esta cristalização. Qualquer um que sofresse determinado prejuízo moral receberia sempre aquele valor estipulado pela tarifação, sem considerar os demais atributos do ato ilícito, como a qualidade da ofensa e a situação da vítima.

Por muito tempo, os tribunais brasileiros aplicaram o Código Brasileiro de Telecomunicações e a Lei de Imprensa para quantificar o dano moral. Chegando ao disparate de aplicar aqueles diplomas legislativos até mesmo em casos que nada versassem sobre telecomunicações e imprensa.

O parcialmente revogado Código Brasileiro de Telecomunicações (lei n.º 4.117, de 1962) estipulava multa de cinco a cem salários mínimos. Já a Lei de Imprensa (lei n.º 5250, de 1967) fixa a responsabilidade civil do jornalista entre dois e vinte salários mínimos, enquanto a responsabilidade da empresa pode ser de até 200 salários mínimos.

Certamente que é muito mais cômodo encontrar um valor tarifado, entretanto o melhor entendimento corresponde a não tarifar, em hipótese alguma, pois tarifar é sinônimo de injustiça.

As grandes empresas têm lutado pela tarifação do dano moral, pois para elas é mais vantajoso pagar menos e continuar a extrair do ser humano o que existe de mais valioso, que é a sua dignidade e o seu patrimônio moral.

Nesse sentido, Santos (2001, p.188) pondera sobre os órgãos de comunicação:

Há um paradoxo. Quer que a sociedade confie em sua plena liberdade de informação, sem nada que a restrinja, mas pretendem cercear a atividade jurisdicional de bem apreciar danos morais, pretendendo algemar o juiz a índices e tarifas previamente determinadas na lei. [...] esconde o lado mais obscuro do que realmente pretendem: pagar pírias indenizações e continuarem assacando contra a honra alheia.

Este interesse dos potenciais ofensores em persistir na prática de atos desprezíveis e o intuito de impedir a total satisfação dos danos são argumentos suficientes para afastar a tarifação.

Não existe possibilidade de impor limites à indenização do dano moral, pois o princípio geral de não causar dano a ninguém, o *neminem laedere*, tem hierarquia constitucional, nos direitos da personalidade. Assim, qualquer tentativa de tarifar a indenização do dano moral redundaria em profunda inconstitucionalidade.

Entendemos que a concepção matemática do dano apenas nos levaria a uma cega e irreal segurança, que, portanto, para adentrarmos a uma indenização por dano moral mais eqüitativa e justa devemos armar o juiz de instrumentos necessários para ter um parâmetro objetivo e não cometer desigualdades na mensuração das indenizações.

Alguns elementos concretos que podem representar um norte para o magistrado no momento da fixação é a observância de um piso flexível e um teto prudente, dentro do contexto econômico do país; uma prova convincente, firme e clara do prejuízo, uma vez que um mesmo fato pode causar um constrangimento maior ou menor dependendo do indivíduo lesado; o grau de reprovabilidade da conduta; a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, e as suas possíveis conseqüências; a capacidade econômica do ofensor e as condições pessoais do ofendido.

Assim, um dos elementos mais importantes para a fixação da indenização será o bom senso do julgador, que deverá agir com equidade, pois inexistente parâmetro que permita equacionar com rigorosa exatidão o dano moral, que não deverá demonstrar, nem a ruína do indenizante, nem o enriquecimento sem justa causa do indenizado.

Portanto, precisamos de sentenças transparentes, desprendidas de argumentos subjetivos. Na motivação da sentença deve-se especificar claramente quais foram as pautas tomadas em conta para se chegar ao montante determinado, as provas que se ponderaram e os precedentes jurisprudenciais, sobre os quais o juiz adaptou a solução ao caso concreto. (CASTILLA apud SANTOS, 2001, p. 171).

11 CONCLUSÃO

A evolução da família, assim como dos demais organismos sociais, faz com que, a cada dia, o ordenamento jurídico inaugure mais uma norma representativa do seu desenvolvimento. E desta forma, sempre deve ocorrer, o direito andando junto com a sociedade, amparando com prontidão os eventos que se iniciarem.

Com o passar do tempo, a família foi modificando o seu liame que era voltado, primeiramente para o culto familiar e, posteriormente, para a economia do cônjuge varão, para assumir um elo sublime, qual seja o afeto existente entre seus membros, sentimento capaz de motivar o crescimento, de amenizar a dor, de criar um escudo contra as iniquidades do mundo.

Foi em momento propício que surgiu a nova ordem constitucional, quando o direito já havia se afastado da atual realidade pela qual se encontravam a família e a sociedade, trazendo assim profunda modificação no sistema legislativo até então vigente e trazendo parâmetros para os demais que surgissem.

Assim, inaugurava no mundo jurídico a nova Constituição Federal, colocando o homem como epicentro do Direito, trazendo consigo uma extensiva quantidade de direitos da personalidade, elevando a dignidade da pessoa humana, a proteção integral da criança e do adolescente e a afetividade nas relações familiares a princípio jurídico.

É neste contexto que procuramos demonstrar que, com o reconhecimento do afeto nas relações familiares, a proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e a dignidade da pessoa humana como fundamentos constitucionais, impõe aos pais a obediência a deveres que antes não eram exigidos, pois independem de seu arbítrio, afinal derivam da paternidade e quem os determina é o Estado.

A todo ser humano é indispensável que lhe seja dado afeto, que receba tratamento digno, que seja respeitado enquanto pessoa. Imprescindível que tratamento muito mais organizado e profundo seja dispensado às crianças e adolescentes, porquanto, considerados pessoas em desenvolvimento, que precisam

de ajuda para viver, para aprender, para diferenciar o certo do errado, em suma para terem um crescimento sadio e harmonioso.

É em decorrência desta necessidade de amparo que não se concilia mais com a nova visão que se tem da família, a contribuição para o desenvolvimento dos filhos com o mero pagamento de pensão alimentícia. Certamente que a prestação alimentícia desempenha função muito importante no desenvolvimento dos filhos, mas essencial também que sejam alimentadas às almas destas crianças, que não podem ser privadas de receber o fomento do seu espírito, que lhe dará ânimo viver, imaginar, sonhar e buscar a felicidade.

E é nessa seara que devemos observar o instituto da filiação, decorrência de um nascimento mais sentimental do que biológico, igualando todas as modalidades de filiação e proibindo que qualquer distinção seja feita entre elas. Dessa forma, o que importa para a família moderna é a filiação sócio-afetiva, pouco importando se biológica ou não, mas evidenciando que o ideal é que as duas coincidam.

Destarte, o poder familiar não pode mais ser tido apenas como o poder da autoridade que os pais têm com relação a seus filhos, devendo ser encarado como o dever de zelo, cuidado, amparo, carinho, convivência e todas as demais obrigações decorrentes da paternidade, visto que o mesmo foi criado exatamente para a proteção dos filhos.

Contudo, o que se tem presenciado rotineiramente é o descumprimento dos deveres inerentes à paternidade, que ocorre, na maioria das vezes, quando se trata de casais separados. É importante frisar que o rompimento da união dos pais em nada pode afetar o relacionamento com os filhos. Desse modo, o artigo 1589 do Código Civil, que trata do direito de visitas do cônjuge que não detém a guarda, para que não contrarie a Lei Maior, não pode ser interpretado como direito discricionário, mas sim como obrigação do pai de manter a convivência com o filho.

Logo, se a família contemporânea surge num contexto social distinto daquele que há pouco vigorava, se hoje a entidade familiar se origina e progride em um espaço que privilegia a afetividade e o respeito à dignidade de seus membros, espera-se que essa privilegiada formação não seja desfeita como ocorria anteriormente, é preciso que ela também se desconstrua diferentemente.

Doravante, é preciso que os genitores e os operadores do direito saibam diferenciar o momento em que as separações e divórcios estão ocorrendo, e dêem a importância devida ao instituto do poder familiar, devendo esse ser exercido de forma efetiva, em co-gestão, sendo irrelevante qual dos pais detenha a guarda da criança.

A par disso, não resta dúvida que, quanto ao dever de afeto e convivência, não há ausência de regulamentação judicial, sendo que, até mesmo a própria Constituição Federal, abrange tais situações; o que se questiona é a ausência de sanção para quem descumprir esses deveres.

Assim sendo, não poderia um ato reprovável ficar sem repreensão, para tanto, em função dos danos que a supressão do afeto e da convivência familiar pode causar a uma criança ou adolescente, em consonância com a Constituição Federal, o Código Civil em seu artigo 927, determina que aquele que cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral fica obrigado a repará-lo, encontrando no dano moral a sanção inibidora para aquele que descumprir a ordem legal.

O que se busca com isso não é incitar a “indústria do dano moral”, nem tão pouco dar preço ao amor, pois a situação não implica necessariamente na simplista conclusão de falta de amor, mas sim na falta de disciplina e comprometimento dos pais, que podem ser obtidas através de pronunciamentos jurisdicionais que coroam direitos e obrigações que conhecidos não são cumpridos espontaneamente.

Espera-se assim, que além de coibir a infringência da lei, repercurta tais sanções no bom senso das pessoas, para que aqueles que não estão preparados para serem pais neste novo milênio não venham a gerar seres humanos que necessitam de incalculáveis diligências as quais esses pais em potencial não têm maturidade suficiente para suprir.

Concluimos afirmando que, aos operadores do direito, recomenda-se precaução ao apreciar as situações que envolvam a família, sobretudo quanto às crianças e adolescentes, lembrando que o direito deve sempre acompanhar o contexto social e que formas prontas para solução de litígios não se coadunam mais com a nossa realidade social, que se faz dinâmica e em profunda evolução.

BIBLIOGRAFIA

BABCOCK, Dorothy E; KEEPERS, Terry D. **Pais ok Filhos ok**. Rio de Janeiro: Editora Art Nova S. A., 1997.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade , posse do estado de filhos: paternidade sócioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3 ed.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense: 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro – Direito de Família**. 17 ed.; São Paulo: Saraiva, 2002, 5 v.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2 ed.; Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

FILHO, Rodolfo Pamplona Filho; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 2 ed.; São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Douglas Phillips (coordenador). **Curso de Direito de Família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coordenadora). **A outra face do Poder Judiciário: Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey / São Paulo: Escola Paulista de Direito – IPD, 2005.

JESUS, Thiago Aparecido de. **A Justiça ou a Injustiça da Paternidade Biológica**. 2003. 111 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 5 v.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin(coordenadores). **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEITE, Gisele. **O atual poder familiar (o ex-pátrio poder)**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextpld=735085244>>. Acesso em: 12 mai. 2007.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A Família na Travessia do Milênio - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador). Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 07 jul. 2007.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 3 ed.; Curitiba: Juruá (Editora Curitiba), 1999.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 2 ed.; Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. (coordenador). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIAGET, Jean. **Seis Estudos de Psicologia**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária LTDA, 1980.

ROPELLI, Luciana d'Arce. **O direito ao afeto nas relações paterno-materno filiais**. 2005. 76 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 3ed.; São Paulo: Editora Método, 2001.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SHINYASHIKI, Roberto. **A Carícia Essencial: uma psicologia do afeto**. 3 ed.; São Paulo: Massao Ohno – Marcelo Tápia Editores, 1985.

SILVEIRA, Melina Sanches. **O direito ao afeto na relação entre pai e filho e o dano moral**. 2005. 114 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

TARTUCE, Flavio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=161>>. Acesso em: 07 jul. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2. ed.; São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3 ed.; São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil – Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2006, 6 v.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 13 ed.; São Paulo: Saraiva, 2000.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvin (coordenadora). **Direito de Família: Aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.