

As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil
Na jurisprudência do direito de família.

Fernanda Oltramari

VITOR HUGO OLTRAMARI

Advogados na cidade de Marau-RS, Professores na
Universidade de Passo Fundo e Mestrandos na UFPR

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
I - Os direitos subjetivos e a responsabilidade civil - evolução.....	5
II - O papel da jurisprudência na evolução.....	8
III - Análise e crítica do posicionamento jurisprudencial.....	13
III. 1 - O confronto entre a segurança jurídica da coisa julgada na investigação de paternidade e a garantia ao nome de família do investigante.....	14
III. 2 - O dano moral na negativa do reconhecimento da paternidade.....	18
III.3 - A responsabilidade civil na ruptura da sociedade conjugal por infração aos direitos subjetivos do consorte.....	21
CONCLUSÃO	28
BIBLIOGRAFIA	31

“Assim é que a tutela da personalidade humana ultrapassa a construção tradicional do direito subjetivo, devendo ser colocada em supremacia a todo e qualquer outro interesse colocado em jogo. Se a proteção das situações patrimoniais prende-se à previsão pelo direito objetivo, isto não acontece com a proteção que deve ser dada à personalidade humana que extrapola de qualquer previsão legal. Pode-se afirmar que a pessoa humana é o princípio do direito; sua proteção é o eterno problema do direito. (grifou-se)”

Eroulths Cortiano Júnior¹

¹CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, p. 50

INTRODUÇÃO

No meio das transformações que o mundo vive em todas as áreas, não se mostra diferente a realidade do mundo social que se apresenta em manifesta mudança de valores, identificando considerável preocupação com a pessoa humana no seu todo. O mundo jurídico, como parte, não consegue se manter alheio a esse processo. Vivemos sensível escalada dos valores existenciais sobre os materiais. Na verdade, no mundo jurídico, o processo de constitucionalização do direito privado consolida essa transformação, tornando a pessoa humana, o centro nuclear do Direito Civil, como reconhece Eroulths CORTIANO JÚNIOR na manifestação que faz a epígrafe de abertura deste trabalho.

Essa é a realidade brasileira, desde que a Constituição de 1988, no seu art. 1º, inciso III, consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos da República, de modo a torná-la, no dizer de Tepedino, “uma verdadeira cláusula geral da tutela e promoção da pessoa humana”.²

Como demonstraremos, por influência desses novos tempos, marcados pela transformação em todas as áreas do saber, os sinais encontrados são alentadores porque, mais do que em qualquer outro ambiente, no familiar, os direitos da personalidade precisam ser reconhecidos e valorizados. Afinal de contas, se entre as pessoas comuns o respeito e a consideração se impõem, ainda mais, no seio da família. A pessoa humana jamais terá reconhecida a sua dignidade social e profissional se não sair, assim valorizada, do seu ambiente familiar. Seja na sua vivência conjugal, paternal ou filial.

Interessa-nos resgatar e identificar positivamente essa tendência, inclusive com análise de casos paradigmáticos, como o faremos, entendendo que tudo ganha, ainda mais espaço, com o novo Código Civil, que abriu capítulo especial para tratar dos direitos da personalidade, identificando a importância que lhes atribui.

²TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. p.48.

Marcando a evolução dos direitos da personalidade, pretendemos avaliar a evolução da jurisprudência a seu respeito, em especial, a penalização pelo seu descumprimento, no seio da família, o que se revela, segundo opinião de Eduardo Oliveira LEITE, “uma estratégia capaz de amparar os direitos pessoais nas relações de família.”³

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. In: *Grandes Temas da Atualidade DANO MORAL*. p. 141

CAPÍTULO I - OS DIREITOS SUBJETIVOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL: EVOLUÇÃO

Qualquer análise da evolução dos direitos subjetivos passa, necessariamente, pelo reconhecimento de Pontes de MIRANDA⁴, para quem: “Com a teoria dos direitos de personalidade, começou , para o mundo, nova manhã de direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica”. E complementa:

“Os direitos da personalidade não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fêz os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fácticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa. É isso o que os juristas dizem quando enunciam que só há bem da vida, relevante para o direito, se o direito objetivo o tutela.”⁵

Das suas identificações mais atuais, voltadas para a responsabilidade civil, a da professora Judith Martins COSTA, nos parece, garante toda a amplitude que o instituto merece. Afirma ela que os direitos da personalidade:

“Integram e concretizam a dignidade humana, no campo da responsabilidade civil, interesses tais como a vida privada, a intimidade ou o “direito de estar só, consigo mesmo”, a dor e os afetos, as expectativas de vida e os projetos existenciais, a imagem social e auto-estima, a estética, as criações do intelecto em seus aspectos não patrimoniais, a honra e o nome, interesses constitucionalmente garantidos e que servem a renovar o antiquíssimo instituto da responsabilidade civil.”⁶

O estudo da evolução dos direitos da personalidade desemboca, quanto a sua classificação, em duas importantes correntes. A que defende a “teoria monista”, para quem a personalidade é una, não se decompondo em uma classificação identificativa dos diferentes aspectos da sua manifestação. Mesmo reconhecendo um direito único, geral e abstrato, asseguram ser capaz de garantir a individualidade da pessoa nos seus mais diferentes

⁴ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, p. 6

⁵ Obra citada, p. 7

⁶ COSTA, Judith Martins. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, p. 27.

aspectos. De outra parte, a “teoria pluralista” defende a identificação individualizada dos direitos da personalidade como forma de não deixar dúvidas sobre o seu reconhecimento e proteção. A vantagem da primeira, corre por conta da garantia da proteção em qualquer aspecto que a lesão aconteça, possibilitando a absorção de novos riscos à personalidade que possam surgir da evolução social no tempo e no espaço. A vantagem da teoria pluralista é não deixar dúvidas quanto a identificação dos direitos garantidos, não atendendo, contudo, o problema decorrente das transformações sociais, com a criação de novos direitos.⁷

A orientação da tipicidade aberta é majoritária, exatamente, porque a tipificação prevista na Constituição e na legislação civil, não esgota as situações suscetíveis de tutela jurídica. No caso, como vimos, a Constituição brasileira prevê a cláusula geral de tutela da personalidade, insculpida no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o que “é parte integrante da ordem normativa, não se podendo restringir à mera diretriz hermenêutica ou regra limitadora da legislação ordinária”, ampliando, assim, a proteção da pessoa humana, não só pelo Direito Público ou pelo Direito Privado, “mas em proteção da pessoa humana pelo Direito”.⁸

Regina Beatriz Papa dos SANTOS, analisando as diversas classificações dos direitos da personalidade, conclui, citando V. Rabindranath V.A. Capelo de Souza, para quem, existe hoje:

*“um direito geral de personalidade”, de modo a garantir o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana, ou seja, a toda a esfera individual em seus vários aspectos ou manifestações, que acaba por apontar os mesmos bens da personalidade antes citados, aos quais são acrescidos os sentimentos, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade.*⁹

Na verdade, de nada adiantaria atribuir-se tamanha relevância aos direitos da personalidade se não fosse assegurada a sua proteção, garantindo o seu cumprimento e, sendo

⁷ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A proteção dos direitos da personalidade*. In *Grandes Temas da Atualidade – DANO MORAL*, p. 33

⁸ ELESBÃO, Elisita Collor. *Os direitos da personalidade no Novo Código Civil brasileiro*. In *Pessoa, Gênero e Família – Uma visão integrada do Direito*, p 11.

⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. p. 149-150.

necessário, punido o seu desrespeito. No dizer de Norberto BOBBIO¹⁰ “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.

Assim, pressionada pelo fato social gerado por essa transformação, a atualidade vive, segundo Pietro PERLINGIERI¹¹, a passagem de “uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais”. Com isso, a idéia de dano vinculada à de azar, de infortúnio, cede lugar, na atualidade, à de responsabilidade civil, principalmente no que se refere aos direitos da personalidade pela sua subjetividade. A conformada resignação de outras épocas que levava à assimilação de ocorrências que causassem danos, como coisas da fatalidade ou do destino, vinha se alterando mesmo antes da Constituição Federal de 1988. Os limitados termos do art. 159 do Código Civil, já permitiam interpretação capaz de garantir a responsabilização dos seus autores. Os ventos liberais que impulsionaram o constitucionalista de 1988 ampliaram, de vez, o reconhecimento dos direitos da personalidade, garantindo a responsabilização civil de quem os infringe.

Por isso, com base nas leituras feitas, entende-se que, graças a doutrina, cada vez mais profícua, especialmente do direito comparado, a jurisprudência, após a Constituição de 1988, destarte sua timidez, especialmente na área do direito de família, vem firmando posição de reconhecimento dos direitos subjetivos.

Dentro deste panorama evolutivo procuramos analisar a tendência jurisprudencial, influenciada pela doutrina que, sempre, se antecipou no reconhecimento da reparação dos danos aos direitos da personalidade. Esse pioneirismo se justifica em função da operação da matéria em tese, diferentemente, da jurisprudência que precisa dimensioná-la nos seus aspectos vivenciais, fundados na prova de cada pretensão concreta, posta em julgamento.

¹⁰BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 25.

¹¹PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 33

CAPÍTULO II - O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NA EVOLUÇÃO

Essa progressão, mesmo timidamente, já que a maioria dos tribunais não vem admitindo a responsabilização civil por danos na área da família, vem ganhando especial destaque e mostra-se como uma tendência, já que registram-se alguns julgados favoráveis à indenização pelos danos sofridos no ambiente familiar. Sem dúvida, muito mais graças aos doutrinadores e juízes, do que ao legislador, que, nem na Constituição de 1988, nem no novo Código Civil, definiu a matéria.

Na realidade, segundo Clayton REIS, a doutrina é mais arrojada do que os tribunais, porque entre os juizes há uma oposição sobre temas que não tenham sido enfrentados de forma direta e precisa pela legislação.¹² É certo, contudo, que como a doutrina, a jurisprudência retrata o fato social e se antecipa ao legislador, definindo, ainda que com reservas, a responsabilização dos autores por atos que contravenham os direitos da personalidade nas relações conjugais ou decorrentes da filiação biológica.

Dentre os doutrinadores analisados, a professora Judith Martins COSTA, nos parece a mais reticente em reconhecer a importância da jurisprudência, mencionando que “a jurisprudência brasileira foi extremamente tímida, não desenvolvendo todos os casos de reparação”, apontando, ainda, que a admissibilidade dos danos à pessoa só veio a ocorrer após a Constituição de 1988, em razão da previsão do art. 5º, incisos V e X, e mesmo assim, sendo “poucos os acórdãos que buscam no princípio da dignidade da pessoa humana a fonte para a criação de novos casos ou para operar a ponderação de valores quando conflitantes os princípios e as garantias constitucionais, ante os constantes atentados verificados, na ordem prática, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana.”¹³

Já José de Castro BIGI, ainda em 1992, ousava “agitar a questão”¹⁴, trazendo importantes alusões aos direitos da personalidade, ao invocar o art. 5º, inciso X da atual

¹² REIS, Clayton Reis. *Avaliação do dano moral*, p. 179.

¹³ COSTA, Judith Martins. *Obra citada*, p. 31.

¹⁴ BIGI, José De Castro. *Dano Moral em Separação e Divórcio*. In *Revista dos Tribunais*, p. 48.

Constituição, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material decorrente da sua violação”. Reconhecendo com isso, como “gritantemente clara”, a intenção do legislador em garantir o socorro da justiça civil para aquele que, no casamento, sofrer violação em sua intimidade, na sua vida privada, na sua honra e na sua imagem.¹⁵

Traça no artigo, importante relato a respeito da evolução da jurisprudência. Resgata a previsão do Direito Romano, de aplicação de uma pena pecuniária ao cônjuge culpado, no caso de divórcio. Enfatiza o reconhecimento unânime de todos os doutrinadores acerca da importância da jurisprudência Francesa que, mesmo antes da existência da previsão legal específica, introduzida pelo Código Civil em 02.04.41 (art. 301, alínea 2a.), reafirmada pela “Ordonnance” de 12.04.45, deferia a pretensão com base na regra geral do art. 1382. O art. 301 definiu, de vez, o encaminhamento da jurisprudência, como se vê: “Independentemente de todas as outras reparações devidas pelo esposo contra a qual o divórcio já foi pronunciado, os juízes poderão conceder ao cônjuge que obteve o divórcio as perdas e danos pelo prejuízo material ou moral a ele causado pela dissolução do casamento”.¹⁶

O autor, ainda destacava a existência da previsão do art. 1742, do Código Civil Português de 1967, que considera ‘avançadíssimo’ para a época, o que influenciou a jurisprudência, segundo a qual “a obrigação indenizatória não opera ope legis, i. e., o simples fato da declaração de culpabilidade, mas que é necessário para a condenação, a prova da prática pelo cônjuge culpado de fatos que se traduzam em danos concretos a direitos ou interesses de ordem espiritual na esfera jurídica do inocente”.¹⁷

Já dos países sul-americanos, para José de Castro BIGI, as melhores contribuições jurisprudenciais vêm do Uruguai e, especialmente, da Argentina. No Uruguai, de 1989 para cá, em decorrência de julgado paradigmático relatado pela Ministra Varela Motta, que concedeu danos materiais e morais em caso de adultério, tendo em vista que, em decorrência, a mulher teve que se submeter a tratamento médico. Na Argentina, a primeira tendência foi repelir as tentativa, tendo a primeira decisão favorável sido proferida pela 1^a

¹⁵ Idem, p. 48.

¹⁶ Idem, p. 49.

¹⁷ Idem, p. 48.

Sala da Corte da Capital Federal, com fundamento nas normas de caráter geral (“dos atos ilícitos”, “dos delitos contra a pessoa” e “das obrigações que nascem dos ilícitos que não são delitos”) reconhecendo nas causas de divórcio, verdadeiros atos ilícitos, quebrando, assim, as barreiras do casamento à configuração do direito ao ressarcimento de danos.

Enfatizando a importância da jurisprudência, na Argentina, Nelly MINYERSKY, doutrinadora do direito de família, utilizando-se das lições de Mousse ITURRASPE, salienta:

“La ley y la jurisprudencia tienen una función dialéctica y ejemplificadora. A través de una debida articulación de las normas se logrará la efectividad de los derechos constitucionales reiteradamente citados. Ello irá impregnando la conciencia social de los principios de la paternidad y maternidad responsables,

(...)

Una posición en tal sentido acercará la responsabilidad a los criterios más modernos que centran el derecho de daños en la víctima y en la reparación, y no en la conducta del actor del hecho dañoso, considerando así como eje de la política tuitiva al menor y sus derechos. Ya decía Mosset Itarruspe que: “Son numerosas las voces que predicen una progresiva intrascendencia de la responsabilidad como hecho jurídico, hasta llegar a la supresión misma de la idea, reemplazada por la reparación... queda evidenciado que el tema de la responsabilidad escapa a los moldes, requiriendo un tratamiento acorde con las circunstancias históricas y necesidades de la hora presente.”¹⁸

Sem dúvida, a literatura jurídica Argentina é a mais rica no estudo da matéria. Por não contar com norma expressa, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial é muito ampla, como reconhece o Prof. José Raul VELAZCO, como segue:

“Ante la ausencia de norma expresa que establezca el resarcimiento de los daños causados por el divorcio - y separación personal - ha sido motivo de amplia discusión - en

¹⁸ITURRASPE, Mousse, apud Nelly Minyersky. *Responsabilidad por el reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de Atribución*. In: La Responsabilidad - Homenaje al professor e doctor Isidoro H. Goldemberg. p.557.

doctrina y jurisprudencia - la procedencia o no de la reparación de los perjuicios causados por los hechos que dieron causa al divorcio separación personal o de los daños ocasionados por el divorcio o separación personal en si mismos. Desde que Rebora afirmara que este capítulo del derecho de familia se hallaba en blanco en la jurisprudencia se han suscitado opiniones que es posible agrupar en dos corrientes: aquellos que aceptan tal resarcimiento y quienes sistemáticamente lo niegan. Entre los primeros es posible citar a Sala, Acuña Azorena, Colombo, Guastavino, Spota, Lópex del Carril, Mazzinghi, Moset Iturraspe, D'Antonio, Barbero Y Zanoni. Entre quienes no aceptan tal acción a Bibiloni, Llambías Y Borda.(Las ley, 1991).”¹⁹

Além da jurisprudência desses países, reconhecida por José de Castro BIGI, a posição Peruana a respeito do assunto não pode deixar de ser trazida a exame. Carlos Fernandez SESSAREGO, doutrinador Peruano e professor do Centro de Investigação Jurídica da Universidade de Lima, bem aborda o papel da jurisprudência:

“Como no todos aspectos de la persona humana están amparados a través de derechos subjetivos perfectos, ha correspondido principalmente a la jurisprudencia, de modo conyuntural, frente a sucesivas demandas de tutela de ‘maneras de ser’ no previstas en el ordenamiento, el poner en evidencia y proteger inéditas manifestaciones de la personalidad, lesionadas por terceros y que requieren de una particular reparación en mérito a la singular naturaleza del bien lesionado.

(...)

Los mencionados inéditos intereses existenciales merecieron su protección de parte de un sector sensible de la jurisprudencia comparada. Para ello, los jueces de primera instancia acudieron, para fundamentar legalmente sus decisiones, a las cláusulas generales del derecho, a los principios jurídicos que amparan a la persona humana de modo integral y unitario, por lo que ella, per se, significa. Era, por tanto, suficiente que se lesionara algún interés existencial, digno de tutela jurídica, para que obtuviera el amparo de la jurisprudencia, aun cuando dicho interés no se halláse tipificando como un derecho subjetivo por el ordenamiento positivo.”²⁰

¹⁹ VELAZCO, José Raul, apud Luiz Murilo Fábregas. *O dano moral resultante do divórcio ou da separação injusta e o seu ressarcimento*. In Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, p. 109.

²⁰ SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Protección A La Persona Humana*. In Revista Ajuris, p. 113.

E complementa:

*“Es por acción de la jurisprudencia, que se anticipa a la codificación, que ciertos nuevos intereses existenciales son materia de tutela, pese a que en sus respectivos ordenamientos no se encuentran debidamente tipificados como derechos subjetivos.(...) Muchos son los intereses existenciales que, por obra de la jurisprudencia y de la doctrina, han sido recientemente ‘descubiertos’ como dignos de tutela jurídica. Tal vez, en este orden de ideas, el más importante de ellos sea el que tiene que ver con la protección del proyecto de vida, en cuanto compromete, nada menos, que el libre desarrollo de la personalidad”.*²¹

Tal avanço, com certeza, se deve à enfática disposição do Código Civil peruano, art. 351, conforme destaca Luiz Murillo FÁBREGAS, Desembargador aposentado do Rio de Janeiro, que se transcreve: “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés des cónyuge inocente; el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.”²²

De outra parte, Aparecida AMARANTE²³, em profunda e acurada análise da evolução da proteção jurídica à honra, dá conta do importante papel da jurisprudência Espanhola do primeiro quarto do século XX, destacando duas famosas sentenças, de 1912, que determinaram a reparação de prejuízos relativos à honra da mulher e à honra profissional do médico. Outras mais, da mesma época, a favor da reparação de danos ocasionados ao crédito e boa fama do comerciante. Refere também a jurisprudência Alemã, destacando, no entanto, que só reconhece a proteção dentro dos limites do § 823 II do BGB e das normas especiais de proteção do Código Penal.

Já diante da jurisprudência brasileira, afora alguns casos paradigmáticos, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, citados por Rolf MADALENO²⁴, e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, citado por Belmiro Pedro WELTER²⁵, a questão continua reticente,

²¹ Idem, p. 123/124.

²² FÁBREGAS, Luiz Murilo. Obra citada, p. 110.

²³ AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*. p. 48 a 50.

²⁴ MADALENO, Rolf. *Divórcio e Dano Moral*. In Revista do Direito de Família, p. 60-65.

²⁵ WELTER, Belmiro Pedro. *Dano Moral na Separação, Divórcio e União Estável*. In Revista dos Tribunais, p. 128-135.

contentando-se com a imposição das sanções da Lei de Divórcio, especialmente do encargo alimentar.

Um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 17/03/1981²⁶, embora julgando improcedente a ação que pretendia danos morais na separação, constituiu-se, pelo voto do então Desembargador Athos Gusmão CARNEIRO verdadeiro marco do direito pretoriano brasileiro, segundo reconhece José de Castro BIGI, no artigo antes citado²⁷. Mesmo limitada a discussão ao fato de o dano moral, na época, ainda ser insuscetível de ressarcimento por considerar-se uma extravagância do espírito humano, o acórdão é magistral. Ainda mais considerada a sua época, 21 anos atrás, tanto no voto do Desembargador Athos Gusmão CARNEIRO que o reconhecia, como do Desembargador Túlio Medina MARTINS que, mesmo sem admitir o dano moral, com base na jurisprudência Francesa, reconhecia a ocorrência do patrimonial. O posicionamento de ambos já se alinhava no sentido do reconhecimento da força transformadora da jurisprudência Francesa, especialmente em decorrência de alguns acórdãos da Corte de Cassação, que admitiam, ainda antes da Lei de 02/04/41, convalidada pela Ordenança de 12/04/45, a indenização do dano pela injúria decorrente de descumprimento das obrigações conjugais.

CAPÍTULO III - ANÁLISE E CRÍTICA DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Considerada a evolução até aqui analisada, escolheram-se, dentro da jurisprudência do direito de família, três situações que parecem das mais atuais e questionadoras, porque têm a ver com a dignidade da pessoa humana, vale dizer, com a preservação dos direitos personalidade. Duas delas atinentes à investigação da paternidade: a quebra da coisa julgada decorrente da improcedência da investigatória, por insuficiência de provas e a negativa infundada da paternidade, infringindo o direito à identificação, ao nome de família e à verdade biológica da filiação. E a terceira situação, por infração aos deveres do casamento considerados essenciais à pessoa humana: deveres de estima e respeito que afetam

²⁶Acórdão n. 36.016, Rel. Des. Cristovam Daiello Moreira, j. 17-03-1981. In: Revista dos Tribunais, p. 178-186.

²⁷ COSTA, Judith Martins. Obra citada, p.46-47.

a integridade física e moral, o nome, a boa fama, a dignidade, a honradez, a imagem, a liberdade e a intimidade do outro cônjuge. Tão importantes que, por isso, foram elevados a preceito constitucional.

Assim, analisar-se-á um acórdão versando sobre a quebra da coisa julgada nas investigações de paternidade, decorrente da evolução da perícia genética, como meio de prova, tendência que vem se manifestando nos nossos tribunais e, em decorrência da possibilidade de reabertura das ações de investigação de paternidade, julgadas improcedentes por insuficiência de provas, um segundo caso, de responsabilidade civil por dano moral na negativa da paternidade biológica. A terceira situação a ser analisada, tratando da ocorrência de dano moral num caso de separação litigiosa.

III. 1 - O confronto entre a segurança jurídica da coisa julgada na investigação de paternidade e a garantia do direito da personalidade ao nome de família do investigante.

Envolvendo a ação investigatória o direito ao nome; dos mais sagrados direitos da personalidade, porque dele decorrem todos os demais, no dizer de Belmiro Pedro WELTER, “habitam nessa demanda elevados interesses sociais e, por ser matéria de suma gravidade, a prova deve ser robusta e convincente, de sorte a desfazer toda dúvida”²⁸. O avanço da ciência não permite aceitar a improcedência de uma ação investigatória por falta de provas, tendo-se em conta o pouco tempo da aplicação das pesquisas de DNA como meio de prova da paternidade. Se quando da propositura da ação original não era, ainda, oportunizado o uso do DNA das partes, hoje, com esse recurso ao alcance, até mesmo das pessoas mais pobres, a segurança jurídica da coisa julgada precisa ceder lugar a uma investigação mais profunda e, tecnicamente, garantidora da verdade biológica da filiação. Nesse confronto, o mesmo autor, garante que:

“Em sendo o direito de personalidade (direito ao nome na ação de investigação de paternidade), um direito natural, inerente à condição humana, e imutável como as leis físicas da natureza, ao passo que o direito material é circunstancial e se

²⁸ WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*, p. 89/90.

conforma às necessidades e valores momentâneos de cada sociedade, seria por demais desumano e vexatório admitir-se que o direito material ou processual – que não são um direito natural e imutável, e sim circunstancial – pudessem impedir a verdadeira paternidade por simples questão formal, ou seja, não se declarar uma paternidade existente pela insuficiência de provas.”²⁹

As decisões, nesse sentido, começam surgir e nos serve de paradigma aquela da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível n. 70002610012, julgada em 12/9/2001, da qual foi relator o Desembargador. José Carlos Teixeira GIORGIS (voto vencido), Revisor o Desembargador Luiz Felipe Brasil SANTOS, voto vencedor, tendo também integrado a Câmara a Desembargadora Maria Berenice DIAS. Decisão assim ementada:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. SENTENÇA ANTERIOR QUE JULGOU IMPROCEDENTE POR DEFICIÊNCIA PROBATÓRIA UMA PRIMEIRA AÇÃO INVESTIGATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL NA HIPÓTESE. Quando não esgotadas todas as provas disponíveis, não se pode reconhecer a coisa julgada, especificamente em sede investigatória, porque aqui se trata de uma matéria especialíssima, em que deve ser relativizada a coisa julgada. Isso porque o valor que a coisa julgada visa resguardar é justamente o da segurança jurídica, e esse valor deve ser posto em cotejo com um dos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil, disposto no art. 1., inc. II, da sua Constituição, ou seja, a dignidade da pessoa humana. O direito à identificação está ligado à preservação dessa dignidade e deve-se sobrepor a qualquer outro valor, a qualquer outro princípio, inclusive o da segurança jurídica, que a coisa julgada busca preservar. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA.”

Como se depreende da leitura da ementa, o instituto da coisa julgada restou relativizado nas ações de investigação de paternidade.

²⁹ WELTER, Belmiro Pedro . Obra citada, p. 89

Diante de exames periciais cada vez mais avançados e de resultados cada vez mais exatos, muitas vezes com até 99,9999% de possibilidades da paternidade investigada, permitem a certeza, quase absoluta, da sua confirmação.

Podendo, então, contar com tal avanço no campo da prova, a solução tornou-se simples e a prática forense tem mostrado isso. Com a determinação da realização da perícia, pelos senhores juízes, antes da coleta de qualquer outro meio, seu resultado tem sido conclusivo, levando à solução por acordo das partes ou sentença, tudo induzido pelo índice do seu resultado.

Assim, casos decididos pela negativa da paternidade por ausência de prova, agora, têm a mão, com a perícia do DNA, a possibilidade de uma certeza que jamais foi possível. Tal abertura vem possibilitando a revisão de situações que no passado feriram o mais sagrado direito subjetivo do indivíduo, que é o de ver reconhecida a sua origem biológica e, em função dela, a garantia ao nome de família e todos os direitos decorrentes.

As decisões nessa linha começam a surgir, valendo destacar a Ação Rescisória nº 1144-6/183 do Tribunal de Justiça de Goiás, da Comarca de Inhumas, julgada em 18 de agosto de 1999, objeto de minuciosa análise de Karin WOLF, para quem “O princípio da verdade real deve prevalecer no interesse da axiologia do Direito, em detrimento da coisa julgada”³⁰. No Superior Tribunal de Justiça, a par de decisões contrárias, encontramos posição favorável, enfática, no Recurso Especial nº 226.436 (PR), julgado, de forma unânime, pela 4ª Turma, com destaque para a preocupação da Corte na busca de posições que atendam os fins sociais do processo e às exigências do bem comum, confirmando na ementa do seu julgamento, entre outras razões, que “o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real”. As decisões contrárias encontradas (Recursos Especiais nsº 196.966,DF; 156.009,RJ; 107.248 e 26.842-8, GO), entendem que permitir o processamento de uma nova investigação importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada.

³⁰ WOLF, Karin. *Ação Rescisória – Investigação de Paternidade – Exame de DNA*. In: *Jurisprudência Comentada da Revista Brasileira do Direito de Família*, p.58

Também não é unânime o posicionamento no Rio Grande do Sul, como se vê do julgamento no Egrégio Tribunal de Justiça, dos Embargos Infringentes nº 7000598391, pelo 4º Grupo de Câmaras Cíveis, em 11 de agosto de 2000, cuja ementa transcrevemos:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Coisa julgada. Mera indicação de novo meio de prova não justifica ajuizamento de nova ação de investigação quando outra já foi julgada improcedente. A existência de exames sofisticados não podem agasalhar a negação dos postulados dogmáticos do direito, entre os quais a coisa julgada, que foi concebida para assegurar a segurança jurídica e o estabelecimento de uma situação de tranqüilidade social. Recurso desprovido”

A decisão, no entanto, já marcou o posicionamento favorável de três dos Desembargadores integrantes do Grupo, permitindo concluir pelo encaminhamento positivo da matéria, em futuros julgamentos.

Particularmente, entendemos que a regra da coisa julgada nas investigações de paternidade, valia para o tempo em que inexistia prova segura da filiação, e , por isso, dependente de ficções. Hoje não pode ser mantida diante da verdade que o exame de DNA permite chegar pelos elevados índices de probabilidade que atinge. A ninguém interessa, nem aos filhos, nem aos pais, nem à sociedade, que o assento de nascimento seja a negação da realidade biológica. Nesse contexto, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição da justiça, como meio de prova dos mais eficientes, justifica a possibilidade de se rediscutir a paternidade. O interesse público do conhecimento da verdade da origem biológica do indivíduo, da consideração ao seu sagrado direito a sabê-la e dela ter o nome, prevalece sobre o interesse particular e a alegada estabilidade das decisões judiciais.

Manifesto, então, o confronto entre a segurança da imutabilidade da decisão transitada em julgado, garantida constitucionalmente (art. 5. , inciso XXXVI), com a previsão da garantia da personalidade do indivíduo a ver reconhecida a sua origem biológica e contar com a identificação do nome de família do pai (art. 363 do Código Civil vigente e art. 1606, do novo Código Civil). No cotejo cede lugar a coisa julgada, permitindo a reabertura da prova na nova ação ou na rescisória, conforme o caso, para a realização da perícia genética, na maioria dos casos, inexistente quando da propositura da primeira demanda.

Belmiro Pedro WELTER, em sua obra a respeito, depois de discorrer sobre os fundamentos da coisa julgada, enuncia oito razões como fundamento da uma “nova tese de coisa julgada na investigação de paternidade ou maternidade”³¹, concluindo:

*“Assim, deve se verificar qual o direito constitucional que prevalece na investigatória de paternidade: o direito constitucional de não fornecer um fio de cabelo, uma gota de saliva, ou uma gota de sangue, ou o direito natural e constitucional à personalidade, que é um direito à dignidade humana e de cidadania, princípios elevados à categoria de fundamento da República (art. 1º, inciso II e III, da CF).”*³²

A partir daí, diante da negativa da paternidade, numa e noutra ações, a possibilidade da ocorrência de danos, pela falta do reconhecimento pelo pai, na fase mais importante da vida do investigante.

III. 2 - O dano moral na negativa do reconhecimento da paternidade.

Para o nosso exame, dentre os direitos da personalidade, limitaremos a análise, neste primeiro caso, ao direito ao nome, à identidade, ao reconhecimento da filiação biológica; primeiro atributo da personalidade da pessoa humana, constituindo-se numa nova espécie ou tipo de tutela da personalidade. Na verdade, a reparação moral da conduta omissiva paterna ao reconhecimento da filiação, não tem sido prática dos nossos tribunais. Todavia, como Rolf MADALENO bem reconhece, a penalização do dano causado à subjetividade da pessoa “tem um caráter nitidamente propedêutico” não buscando além de satisfazer a vítima da ofensa, castigar o culpado, servindo de exemplo para estimular o cumprimento dos deveres éticos impostos pelas relações familiares.³³

Nossa pretensão é fazer a crítica ao acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, exarado no julgamento da Apelação Cível nº 59612757, em que foi Relator o Desembargador Araken de ASSIS e que negou a existência de danos em investigação de paternidade, por entendê-los apenas como efeito do reconhecimento da paternidade. Veja-se:

³¹ WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 113/142.

³² Idem, p. 142.

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Reconhecimento forçado - Indenização - Privações sofridas pelo reconhecido, a título de dano moral - Inadmissibilidade - Condição de filho que somente surgiu após a demanda investigatória. Ementa Oficial: Não tem o filho pretensão para haver do pai, após o reconhecimento forçado da paternidade, indenização pelas privações sofridas em virtude da negligência deste, a título de dano moral, porque a condição de filho, que baseia a demanda, é efeito da investigação acolhida”.

Ousamos divergir da linha de raciocínio adotada porque, sendo a ação de investigação de paternidade, eminentemente declaratória, com a sentença de procedência, o juiz se limita a declarar a paternidade de direito, uma vez que a de fato já existe, sempre existiu, desde a concepção. O estado filial pré-existe à sentença, sendo parte do risco assumido, por ambos os parceiros, quando da relação sexual. Evidentemente, não pode o pai tirar proveito da própria malícia. Filho é filho desde o seu nascimento e não por obra e graça do juiz, devendo os deveres inerentes à paternidade responsável serem cumpridos ainda que o genitor não o tenha reconhecido.³⁴

E mais, a filiação não se constitui com a sentença, que se limita a declará-la nos termos da lei civil. Para a lei da natureza ela existe desde a procriação, a partir de quando é juridicamente reconhecida. E, por isso, assegurados os direitos dela decorrentes, pelo Código Civil no artigo 4º e no art. 2º do novo texto, ainda na *vacatio legis*. Em perfeita consonância com a doutrina de Carlos Fernandez SESSAREGO, que afirma que “Los danos subjetivos son los que atentan contra el sujeto de derecho, es decir, contra el ser humano em cualquier etapa de su desarrollo existencial. Es decir, desde la concepción hasta la muerte. Antes de nacer o después de nacido.”³⁵

Pai que nega a paternidade do filho havido fora do casamento, ofende o direito, constitucionalmente assegurado ao filho, de ver reconhecida a sua paternidade, garantindo-lhe o direito ao nome de família do genitor e todos os consentâneos.

O direito à identidade pessoal, ao uso do nome, está associado à dignidade e à reputação social do filho não registrado, atingindo e lesionando um direito subjetivo do

³³ MADALENO, Rolf. *Direito de Família: aspectos polêmicos*, p. 151.

³⁴ MADALENO, Rof. Obra citada, p. 150.

menor, impedindo o seu desenvolvimento mental, físico e social, e permitindo que cresça ao abandono, sem qualquer educação e amparo, negando, assim, o sadio direito de a criança formar sua verdadeira personalidade.³⁶

Particularmente, temos em tramitação judicial, um caso em que, um menor, quando contava com apenas um mês de idade, representando-o, sua mãe propôs ação de alimentos contra o suposto pai. Negada a paternidade, assim como qualquer relação e, até mesmo, o simples conhecimento da mãe do autor, com base em prova, apenas testemunhal, foram negados os alimentos pretendidos por insuficiência da prova paternidade. Como se vê, nesta situação, nem chegou a criar-se o problema da coisa julgada, já que a ação era apenas alimentar. Passados 17 anos, o menor, inconformado, agora assistido por sua mãe, ingressou com a ação de investigação da paternidade, cumulada com pedido de alimentos. Em defesa, renovadas todas as alegações da primeira demanda, sendo novamente negada a paternidade, qualquer relação e, até o simples conhecimento da mãe do autor. Determinada a realização de perícia, o DNA alcançou índices irrefutáveis de 99,999% de probabilidades do autor ser filho do réu, levando-o a assumir a paternidade e comprometer-se, alimentariamente, com o menor. Aí, a questão dos danos, materiais e morais, causados ao menor nesse tempo todo, em que lhe foi negada a paternidade e, em decorrência, a identificação, o nome, a imagem, toda a assistência, companhia e amparo. Enfim, os sagrados direitos decorrentes da paternidade biológica. Evidente, então, que o pai causou danos, materiais e morais ao filho, cuja paternidade negou, durante todos esses anos, impondo-lhe além das privações naturalmente dedutíveis, a pecha de “filho de mãe solteira”. Parece-nos o típico caso de reconhecimento da ocorrência de danos materiais e morais.

A ementa transcrita na página anterior não é o único caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mesmo sendo apenas dois, os encontrados, o julgamento dos Embargos Infringentes nº 70000271379, pelo 4º Grupo de Câmaras Cíveis, segue a linha que identificou essa mesma tendência, apesar de negatório o reconhecimento. Isso porque três votos, dos mais significativos, proferidos pelos Desembargador José Carlos Teixeira GIORGIS, Rui PORTANOVA e Luiz Felipe Brasil SANTOS, admitiram a responsabilização na linha defendida. Do último, na contradita que faz ao acórdão paradigmático, reconhece ser o único precedente jurisprudencial gaúcho e destaca o conteúdo declaratório da sentença que

³⁵ SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Protección a la Persona Humana*. In Revista *Ajuris*, p. 109

³⁶ MADALENO, Rolf. Obra citada, p. 150.

reconhece a paternidade, apenas afirmando uma situação pré-existente. Nas suas palavras, referindo-se à sentença da investigatória “Ela não constitui a paternidade, esta constituiu-se a partir da concepção, e não a partir da sentença”³⁷. Entende, também, que o comportamento extraprocessual é relevante. Se o investigado sabia ou tinha condições de supor que era o pai e não tomou a iniciativa do reconhecimento, por ser um dever moral e ético seu, já que a concepção constitui possibilidade resultante de qualquer relacionamento sexual, caracteriza-se sua responsabilidade por dano moral.

É certo que as particularidades de cada caso influenciam a posição assumida pelos julgadores. Não menos certo, no entanto, que não podem ser desconhecidos, e por isso desrespeitados, o direito fundamental do filho, em garantia da sua dignidade como pessoa humana, de ver reconhecida a verdade biológica da sua filiação. E, se a negativa da paternidade terminou sendo acolhida pela insuficiência de provas, mesmo tendo-a como risco da relação sexual empreendida, a responsabilidade emerge por si, dando causa à responsabilização pelos danos materiais e morais decorrentes. Estes, comprovado o comportamento do pai, são evidentes.

III.3 - A responsabilidade civil na ruptura da sociedade conjugal, por infração aos direitos subjetivos do consorte.

Quem atua na área do direito de família sabe dos efeitos devastadores das rupturas da sociedade conjugal sobre a pessoa dos cônjuges, maioria das vezes sobre a mulher, destarte a isonomia que lhe é assegurada constitucionalmente com o marido. Eduardo Oliveira LEITE³⁸ em profundo estudo sócio-jurídico do problema, destaca que na moderna sociedade ocidental o casamento garante aos consortes a idéia de permanência e estabilidade. No seu entender, a ruptura, em qualquer das suas formas, constitui a exceção, com conseqüências, muitas vezes, trágicas, ficando longe, portanto, de ser uma situação normal. O autor resume afirmando que “Quando um casal se divorcia a ruptura atinge o outro cônjuge, os filhos, os parentes e amigos, colegas de profissão, estilos de vida, posição socioeconômica, auto-estima e significado de vida. Tudo desmorona criando um sensação de vazio e de perda

³⁷ Embargos Infringentes n. 70000271379, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, julgado em 11 de agosto de 2000. In: Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, p.191.

³⁸ OLIVEIRA, Eduardo Oliveira. Obra citada, p.127-164

incompreensível.”³⁹ Isso, porque, a idéia do rompimento contraria toda e qualquer expectativa do casal, da sociedade e do próprio Estado, renunciando a instabilidade, causando prejuízos diretos e indiretos a todos. E conclui afirmando “que o rompimento dos laços conjugais gera uma série de danos, dos mais diversos matizes. Desde a consideração mais materislista (do tipo, efeitos econômicos-financeiros) até a concepção mais subjetiva (dor moral e efeitos emocionais).

Assim, o terceiro caso que pretendemos enfocar diz com a responsabilidade civil na ruptura da sociedade conjugal, mais especificamente, o dano moral na separação.

Trata-se de ação de separação litigiosa envolvendo como autora uma mulher que casou com o réu no Líbano, vindo depois para o Brasil, alegando que sempre foi tratada como escrava, sofrendo violências físicas e ameaças de morte. Ainda, que o réu tomou seus documentos pessoais, proibiu que mantivesse contatos com outras pessoas e outras privações em seus direitos fundamentais.

Em 1º grau foi reconhecida a prática de maus tratos, de toda espécie, por parte do marido; de violência física e psicológica, além da manutenção da esposa em verdadeiro cárcere privado, atribuindo-se, em decorrência, dano moral à autora.

A sentença reconhece a infração ao dever de respeito e estima decorrente do casamento, pontuando que

*“Os vexames impostos pelo marido à mulher, inclusive em público, durante longo período, são atestados pela prova colhida na instrução, conforme frisado. Os danos morais decorrem no caso não só das sevícias praticadas, como da humilhação a que a mulher precisou se submeter quando precisou sobreviver às custas da caridade de amigos, tão logo deixou o lar conjugal por temer por sua integridade física”.*⁴⁰

³⁹ OLIVEIRA, Eduardo Oliveira. Obra citada, p. 132.

⁴⁰ Sentença proferida pelo Juiz Ricardo Anders de Araújo, em 17 de maio de 1991, na Comarca de Araraquara – São Paulo, 4ª Vara Cível, Processos n. 365/90, 879/90, 351/90, 502/90 e 503/90.

Em 2º grau, temperando a decisão com a origem oriental do réu, justificou-se o seu comportamento, em virtude do machismo herdado dos seus ancestrais, reformando-se a decisão e negando o dano.

No STJ, em sede de Recurso Especial, a situação foi, novamente, revertida terminando assim ementada:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL. PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS (GUARDA E INTERESSE). DANOS MORAIS(REPARAÇÃO). CABIMENTO.

1. (...)

2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação.

3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.”⁴¹

O reconhecimento da infração aos direitos da personalidade está evidenciado no voto do Min. Waldemar ZVEITER, como se transcreve:

“(...) O dano moral, como é cediço, é a lesão praticada contra os direitos da personalidade, considerados essenciais à pessoa humana (integridade física e moral, nome, fama, dignidade, honradez, imagem, liberdade, intimidade). Tamanha é a dimensão e a relevância desses direitos que sua tutela jurídica foi elevada ao patamar constitucional. Isto porque, a par do ressarcimento de natureza material, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo a ordem jurídica conformar que tais garantias sejam impunemente atingidas.”⁴²

Ressalta o Relator, os efeitos maléficos do dano moral, marcados pela dor, pelo sofrimento, causando apatia, padecimento íntimo, humilhação, vergonha, constrangimento e vexame de quem é molestado em sua honra ou dignidade, tudo agravado pela repercussão social da ofensa. Este, no seu entendimento, é o diferencial das sanções

⁴¹ Recurso Especial n. 3051 – São Paulo (1993/0020309-6). Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 17/4/2001.

⁴² Idem, p. 03.

previstas na Lei de Divórcio, porque tem a finalidade de reparar as ofensas físicas e psíquicas causadas ao consorte.

Adverte, contudo, que ofensas insignificantes não geram indenização por dano moral. A humilhação, a vergonha, as situações vexatórias, a posição social do ofendido e a repercussão negativa causada pela ofensa, é que devem ser os elementos balizadores para a dosagem da condenação.

Acerca do fato de ter o réu da demanda origem oriental, onde os costumes são diferentes e impera o machismo na relação matrimonial, invoca o Relator, para fundamentar seu voto, a “segurança jurídica” afirmada pelo art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “a ignorância ou erro de direito não impedirá os efeitos da norma, nem livrará da responsabilidade seu infrator.” E conclui: “os valores orientais não podem servir de escusa para a prática de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico brasileiro”.⁴³

Fortalecendo a tese do Relator, o Min. Carlos Alberto Menezes DIREITO, entre os demais integrantes da Turma, afastou a justificativa do comportamento oriental do réu, fundamentando seu voto no comportamento do mesmo, asseverando que: “Se existe um comportamento injurioso diante da lei brasileira, causando a ruptura do casamento, diante das atitudes dominadoras do marido que provocaram a instabilidade psíquica da mulher, a indenização é cabível.”⁴⁴

Isso, porque, como diz Eduardo Oliveira LEITE⁴⁵: “Os tempos, porém, mudaram e, conseqüentemente, os valores que determinam a conduta humana. E essa ordem de fatores gerou, de um lado, a revalorização dos direitos humanos e, de outro, a superação do caráter individualista do direito privado.”

É nossa posição, e a isso precisa ser conduzida a prova de que as sanções da Lei de Divórcio - nome, guarda de filhos menores e pensionamento - como preconizam as poucas decisões a respeito, não atendem com a responsabilização dos danos causados ao consorte, pelo cônjuge infrator. As regras hoje atinentes ao nome são claras, só podendo ser

⁴³ Idem, p. 07.

⁴⁴ Idem, p. 05.

⁴⁵ LEITE, Eduardo Oliveira. Obra citada, p. 140.

mantido nas hipóteses do art. 25 da Lei de Divórcio. Com relação a guarda dos filhos menores, o ECA disciplina em favor do interesse do menor, o que nem sempre poderá ser com o cônjuge inocente da relação conjugal. E os alimentos, sabidamente dependentes da prova do binômio possibilidade/necessidade, muito mais que da culpa.

Quem faz profunda análise das hipóteses de descumprimento dos deveres do casamento que configuram infração aos direitos da personalidade do consorte e, por isso, caracterizadores de dano, é Regina Beatriz Papa dos SANTOS⁴⁶. Desde o descumprimento do dever de fidelidade ou de assistência, material e imaterial, são imposições do respeito aos direitos da personalidade. Dentre os decorrentes da assistência imaterial, a autora destaca: a vida, a integridade física e psíquica, a honra, a liberdade, o segredo e a imagem. Prossegue sua incursão definindo o que considera injúria grave, exemplificando, hipótese por hipótese, por meio de casos práticos que configuram infração aos deveres decorrentes do casamento, por isso danos ao consorte, pelos quais exsurge o dever de indenizar.

Decorrendo dano da infração, resta, portanto, como sanção a responsabilização civil, tanto material como moral. Até porque, havendo dano, mesmo fossem as partes, por exemplo, simplesmente sócios, vizinhos ou conhecidos haveria o dever de indenizar, consubstanciado na regra geral do art. 159 do Código Civil. Com mais razão na relação conjugal, decorrente do casamento ou da união estável, onde o compromisso de respeito e consideração é muito maior.

Na opinião de Aparecida AMARANTE, não é por serem casados que os cônjuges ficam excluídos da responsabilização por atentados contra a honra do consorte.⁴⁷

Mesmo não sendo partidária do reconhecimento dos danos no âmbito do direito de família, mas no das obrigações, sempre que em decorrência de ato ilícito de um, cônjuge, for ofendida a dignidade do outro, segundo a doutrinadora, a moral reclama, a bem da existência da família, que o seu relacionamento reflita afeição, respeito mútuo, não só entre os cônjuges, como também para os filhos. Defende a intervenção do direito na defesa da honra, que considera “alicerce em que se constrói e órbita a personalidade individual”.⁴⁸ E, citando

⁴⁶ SANTOS, Regina Beatriz Tavares Da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*, p. 75-81.

⁴⁷ AMARANTE, Aparecida. *Obra citada*, p. 262-273.

⁴⁸ *Idem*, p. 262

Santos CIFUENTES, destaca que a comunhão de interesses e a intimidade da vida matrimonial cria o que o autor Argentino chama de “honra matrimonial”. Depois de discorrer sobre os diferentes tipos de injúria que podem ser perpetrados na relação matrimonial, conclui que todo tipo de injúria de um cônjuge contra o outro configura ofensa a essa “honra matrimonial”⁴⁹

De outra parte, José de Castro BIGI, invocando Mário Moacyr PORTO, entende que os artigos 5º caput e 19 da Lei de Divórcio constituem desdobramentos do art. 159 do Código Civil.⁵⁰

E não poderia ser diferente, bastando para assim concluir observar a situação que se criaria, na hipótese, por exemplo, da transmissão de uma doença venérea, ou pior, da AIDS, de um cônjuge ao outro. Ou então, a difamação profissional, com manifestos prejuízos materiais e morais. Ainda, em casos de violência física, injúria grave, maus tratos ou adultério escandaloso. Por óbvio, que situações como essas precisam ser reparadas com a indenização pelos danos decorrentes. Muito mais relevantes, em se tratando de relação conjugal, segundo preconizou o Min. Athos Gusmão CARNEIRO, ao proferir o inovador voto, antes citado, até hoje irreconhecido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.⁵¹

Belmiro WELTER, conclui, de forma enfática, o seu posicionamento a respeito, afirmando que :

“Não se está reclamando pecúnia do amor, e sim pagamento contra aquele que se aproveitou da relação jurídica que envolvia o amor para causar graves ofensas delituosas, morais e dor martirizante, justamente contra aquele que jurou amar, mas, ao contrário, com a sua conduta tóxica, confiscou-lhe a honra e a própria dignidade humana, princípio elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III da CF)”.⁵²

⁴⁹ CIFUENTES, Santos. apud Aparecida Amarante. Obra citada, p. 262.

⁵⁰ Idem, p. 49.

⁵¹ ITURRASAPE, Mousse, apud Nelly Minyersky. *Responsabilidad por el reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de Atribución*. In: La Responsabilidad - Homenaje al professor e doctor Isidoro H. Goldemberg. p.185

⁵² WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 135.

Eroulths CORTIANO Júnior confirma essa posição, ao reconhecer que o Brasil, fazendo a opção pelo direito geral da personalidade, foi taxativo, elegendo no preâmbulo constitucional, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Assim garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

CONCLUSÃO

O que vimos permite concluir que as relações de família vivem, na atualidade, um processo de repersonalização. E o Direito Civil, vive um processo de publicização, despatrimonialização e constitucionalização, termos que identificam a alteração dos seus rumos desde a superação do liberalismo jurídico que o faziam a Constituição do Direito Privado.⁵³ É evidente, na Constituição de 1988, que os interesses tutelados são os da pessoa humana. A família é concebida com base nos princípios da liberdade e da igualdade, entre os cônjuges e companheiros na relação matrimonial e entre os filhos, independentemente da condição do seu nascimento. Por isso a relevância do presente estudo. Diante da elevação do princípio da dignidade e dos direitos da personalidade à preceito constitucional, e agora, também, integrando o texto do novo Código Civil.

Dentro dessa realidade que revaloriza a dignidade humana e garante à pessoa, o centro de toda a tutela jurídica civil, hoje, mais do que ao seu patrimônio, é impossível não reconhecer a configuração da responsabilidade civil nas relações familiares. Inexistindo, por ora, texto legal expresso, é certo o papel da jurisprudência. Como já aconteceu com a evolução do concubinato à união estável, da isonomia entre homem e mulher, ou da equiparação dos filhos de qualquer condição, e tantos outros institutos de direito, os pronunciamentos judiciais começam, também, em relação à responsabilização civil das afrontas aos direitos subjetivos nas relações familiares.

Não se pode mais conceber o desconhecimento, o silêncio e a acomodação das vítimas de qualquer tipo de afronta a tais direitos. Tanto na relação conjugal como da filiação não reconhecida. Os dois acórdãos examinados identificam bem a necessidade de pronunciamentos favoráveis do Judiciário, reconhecendo e responsabilizando os danos, tanto

⁵³ DEDA, Artur Oscar de Oliveira, *A proteção dos direitos da personalidade*. In Grandes Temas da Atualidade, DANO MORAL. p. 27.

materiais como morais, advindos do descumprimento dos deveres inerentes à filiação biológica e impostos pela relação marital. É certo, sempre que tiverem relevância, e ocasionarem danos devidamente comprovados.

A justificativa de que a paternidade só gera efeitos após a sua assunção ou reconhecimento judicial, no caso da negativa da paternidade biológica, não pode ser admitida, uma vez que a Constituição reconhece direitos à pessoa, a partir da sua concepção. Também não, a limitação às sanções da Lei de Divórcio nos casos de culpa na separação, no divórcio ou na dissolução da união estável. Muito menos entender-se que a ruptura da sociedade conjugal seja previsível desde a sua constituição, ou de que se estaria assim, monetarizando as relações de família, já que o amor não tem preço. Ou pior, conformação no caso das relações conjugais, com a justificativa do jargão popular de que “foi bom enquanto durou”.

Havendo culpa, danos e liame causal entre um e outro, é fundamental que haja responsabilização indenizatória.

Em qualquer das hipóteses o “dano ao projeto de vida”, como previsto nos ordenamentos italiano e francês, é manifesto. E não pode passar em branco, sob pena de afronta irremediável à dignidade da pessoa do filho não reconhecido, no primeiro caso, ou, do cônjuge ou companheiro, no segundo.

A acomodação, tanto das vítimas, como dos advogados e do Judiciário, em geral, à proposta inovadora do reconhecimento e responsabilização pelos danos causados em qualquer das hipóteses analisadas, beneficia e estimula o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Para que a família seja, efetivamente, a base da reconstrução social de um novo mundo, os fundamentos do Direito Civil e, especialmente, do Direito de Família, precisam ser repensados e reconstruídos sob o prisma de novos paradigmas que garantam atualidade e efetividade. De forma muito mais ampla, é a proposta de Luiz Edson FACHIN⁵⁴, em nota prévia à segunda publicação da obra, tratando dos novos paradigmas do Direito Civil brasileiro contemporâneo. A epígrafe do seu artigo de abertura, com citação de Max WEBER, nos parece perfeita e adequada para encerrar o presente estudo, por isso

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos Do Direito Civil Contemporâneo (Novos paradigmas do Direito Civil contemporâneo)*.

transcrevemos: “É absolutamente certo e assim o prova a história, que neste mundo não se consegue nunca o possível se não se tenta o impossível uma e outra vez”

BIBLIOGRAFIA

- AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*. 5. ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001.
- BIGI, José de Castro. Dano Moral em Separação e Divórcio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 679, p. 46-51, maio/1992.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- COSTA, Judith Martins. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 789, p. 21-47, jul./2001.
- ELESBÃO, Elsitá Collor. *Os direitos da personalidade no Novo Código Civil brasileiro*. In Pessoa, Gênero e Família – Uma visão integrada do Direito. Coordenadora: a mesma. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2002.
- FÁBREGAS, Luiz Murilo. O dano moral resultante do divórcio ou da separação injusta e o seu ressarcimento. *Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 98-111, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos Do Direito Civil Contemporâneo* (Novos paradigmas do Direito Civil contemporâneo). 2ª tiragem, Rio de Janeiro – São Paulo, Renovar, 2000.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Coordenador. *Grandes Temas da Atualidade - DANO MORAL*. Forense, 2002.
- MADALENO, Rolf. Divórcio e Dano Moral. *Revista do Direito de Família*, Porto Alegre, ano I, n. 02, jul., ag., set.1999, Parte Geral, Jurisprudência Comentada, p. 60-65.
- _____. *Direito de Família: aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1999.
- MINYERSKY, Nelly. Responsabilidad por el reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de Atribución. In: *La Responsabilidad - Homenaje al profesor e doctor Isidoro H. Goldemberg*. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1995.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1971.
- NETO LÔBO, Paulo Luiz. A Repersonalização das Relações de Família. In: *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53- 80.
- REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 3. ed.. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo, Saraiva, 1999.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Protección a la Persona Humana*. Revista *Ajuris* 56, Porto Alegre, 1992.

TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. *Dano Moral na Separação, Divórcio e União Estável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 775, p. 128-135, maio/2000.

_____. *Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*, Síntese Editora, 2000