

# RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NO DIVÓRCIO - O DIREITO EM DEFESA DE FILHOS EMOCIONAL E FISICAMENTE SADIOS<sup>1</sup>

*Marcos Antonio Nunes da Silva\**

**SUMÁRIO:** 1 Considerações iniciais. 2 O divórcio no ordenamento jurídico pátrio. 3 Família e formação do indivíduo. 4 O divórcio e os danos nos indivíduos em formação. 5 A visão preocupada do Direito nessa temática; 5.1 Direitos da personalidade; 5.2 Responsabilidade civil- breves noções; 5.2.1 Pressupostos da responsabilidade civil; 5.2.2 Fundamentos da responsabilidade civil; 5.2.3 Divisão da responsabilidade civil. 6 A reparação pelos pais dos distúrbios ocasionados pelo divórcio - a caracterização do dano moral; 6.1 as tendências legislativas e jurisprudenciais com vistas à reparação pretendida; 7. Síntese conclusiva.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil – Pais – Filhos.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como objetivo trazer à reflexão a ocorrência de danos ocorridos no divórcio, uma vez tendo a ruptura se operado de forma a trazer prejuízos, que logo serão demonstrados, tendo como preocupação a pessoa dos filhos, como seres em formação que são e necessitados de proteção evidente, proteção essa buscada na seara do direito, uma vez reconhecidos os danos que serão demonstrados, bem como a necessidade de serem os mesmos reparados.

A proposta aqui defendida tem nos EUA o seu mais expressivo desenvolvimento. Os autores norte-americanos que se lançaram ao estudo do assunto buscaram na prática, ou seja, na observação de crianças chamadas “filhos do divórcio”, a averiguação dos problemas gerados com

---

<sup>1</sup> Com base nos resultados obtidos em Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) elaborado pelo autor deste artigo.

\* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá.  
Orientadora Prof<sup>a</sup> Ms. Rosilene Terezinha de Paiva.

o rompimento do relacionamento dos pais, para assim construir sólidos e convincentes argumentos a respeito. No Brasil se destacam neste campo as obras de José Maria Mayrink "Filhos do Divórcio" (EWM editores, 1982), e do Prof. Adauto Tomaszewsky.

Não se tratam, pois, de meras argumentações teóricas, mas sim fruto de minuciosas pesquisas aplicadas.

Em que pese a pesquisa de campo não ter sido utilizada de forma evidente para a elaboração deste projeto, por vezes situações do cotidiano levavam a refletir sobre o que já se havia estudado a respeito do assunto, ou seja, bastou o despertar da literatura a sobre o assunto para que se observasse o mundo e as pessoas ao redor que, maculadas pela distância entre os pais, manifestavam a carga de sofrimento, as patologias e os desvios que a literatura havia revelado. Algumas dessas experiências foram assim descritas no trabalho.

Pode-se afirmar que a existência de traumas causados pelo divórcio são mais numerosos do que o imaginado na concepção da idéia deste projeto, bem como se tornou evidente que a ocorrência dos mesmos é mais freqüente que o esperado, o que tornou estimulante e enriquecedora a pesquisa. No que compete à possibilidade de responsabilidade de responsabilização dos pais pelos danos ocorridos desembocando na concessão mesmo de uma indenização, *a priori* a título de dano moral, é uma realidade já presente no direito pátrio, segundo também será demonstrado, o que não nos distancia e não coloca no campo de meras divagações as hipóteses hora levantadas.

Esclareça-se que, o divórcio não é visto aqui como uma aberração jurídica, um mal sem precedentes lançado sobre o casamento, fruto de um direito impensado, não é essa a intenção. Reconheça-se que, em muitos casos ele é a única saída para matrimônios falidos pela violência, traição, vícios, sendo mais benéfico à criança e também aos cônjuges o desenlace em detrimento da convivência forçada.

O que é preocupante, e aqui sim se posiciona contrariamente, é uma funesta onda de casamentos sem propósitos, desmotivados e irresponsáveis desde o início, ancorados na existência da possibilidade de dissolução do vínculo conjugal. Nietzsche disse uma vez que, antes de se casar, o casal deveria se indagar: "serei capaz de compartilhar minha vida com você?". Os casais só deveriam se casar se a resposta fosse certamente sim. Como parece evidente, o problema e a preocupação não é com o divórcio quanto instituto presente e corriqueiro da via judicial, mas sim, os efeitos negativos produzidos em divórcio mal conduzido, pois tudo pode ser bom, desde que utilizado na medida certa, sem demasia e sem o cuidado devido.

## 2 O DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Conforme ensina Orlando Gomes: “É a dissolução de um casamento válido, pronunciada em vida dos cônjuges mediante decisão judicial, dissolvendo a sociedade e o vínculo conjugal, abrindo a possibilidade de novas núpcias aos divorciados”.<sup>2</sup>

Trata-se de uma revolução *sui generis* no direito, em especial no direito de família, nas legislações de todo mundo, ao provocar o rompimento de uma instituição tão antiga quanto à própria humanidade: o casamento, principalmente pelas severas investidas eclesásticas que, especialmente no Brasil retardaram o desenvolvimento do instituto, tanto é que o código canônico contém regras rígidas sobre a indissolubilidade do casamento, elevando à categoria de sacramento.

Conforme historiografia trazida por Arnaldo Rizzardo, com o movimento de reforma da igreja católica, o protestantismo e outras religiões que se tornaram independentes deram um caráter secundário ao casamento, sendo que o Calvinismo se posicionou em favor do divórcio estimulado pelo adultério de um dos consortes.<sup>3</sup>

O mesmo autor, reprisando as lições de Fernando Brandão Ferreira Pinto, enuncia que especialmente depois da REV. Francesa as legislações européias passaram a se abrir para o divórcio, centrado na culpa de um dos cônjuges, e ainda, pioneiramente, no consentimento mútuo dos mesmos. Em Portugal foi introduzido em 1910 pelo Decreto de 03 de novembro, admitido na forma litigiosa quanto na consensual. O Brasil, na mira intensa do Cristianismo arrastou por longos anos a discussão a cerca da introdução do divórcio em nosso direito.<sup>4</sup>

Com a República, porém, e a expansão do positivismo, culminando na laicização do Estado, pairava um clima de hostilidade à doutrina cristã. O casamento civil foi introduzido no país em 1890, permanecendo a indissolubilidade. Ainda que separados igreja e estado, o clero gozava ainda de forte expressão no panorama político. A partir de 1950 tornaram-se fortes as investidas para a introdução do divórcio no Brasil, com destaque na área parlamentar ao então deputado federal Nelson Carneiro. Após longos decênios de lutas entre correntes opostas de pensamento, fora aprovada a EC de n.º 09 de 1977, seguida da Lei 6515 do mesmo ano, trazendo à nossa legislação o instituto.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 287

<sup>3</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 232-234

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*, p. 234.

<sup>5</sup> Cf. RIZZARDO, Arnaldo, *op. cit.*, p. 363-364.

A EC n.º 09 alterou o art. 175, § 1º da CF que até então não cotejava qualquer hipótese de dissolução do casamento, estabelecendo o divórcio nos casos de prévia separação judicial por mais de três anos, ou no caso de separação de fato, por mais de cinco anos, anterior a data da emenda. Quanto a Lei 6515/77, conhecida como "Lei do Divórcio", em seus 54 artigos, vem ela tratar também da separação judicial, consensual, litigiosa e cautelar, ainda, questões patrimoniais, de nome, estado dos cônjuges e filhos depois da separação e do divórcio. À época da edição da lei do divórcio e da emenda constitucional, a concessão da medida decorria da violação de deveres conjugais, ou de outras condutas culposas dos cônjuges, sendo que o divórcio funcionava como sanção à conduta censurável, mentalidade esta hoje ultrapassada, vez que o que ocorre hoje é a simples manifestação da vontade dos cônjuges para que seja concedida a medida, bastando simplesmente a averiguação do lapso temporal, que, com a CF de 1988, veio a ser reduzido, bastando a existência de separação judicial por um ou mais de um ano, ou, separação de fato por dois ou mais anos, conforme previsto no art. 226, §6º. Existe o chamado divórcio conversão ou divórcio indireto, previsto no art. 1580, *caput*, do Código Civil, concedido mediante prévia separação judicial pelo prazo igual ou superior a um ano, sendo possível a conversão consensual ou litigiosa. Ainda, a hipótese do chamado divórcio direto, conforme consta do art. 1580, § 2º do código civil, em que é concedido o instituto uma vez comprovada a separação de fato por dois ou mais anos.

### **3 FAMÍLIA E FORMAÇÃO DO INDIVÍDUO**

O que importa aqui, enquanto trata-se do tema família, é uma estrutura nuclear e funcionalmente delimitada em seus papéis, ou seja: pai - mãe e filhos. Outros modelos familiares já reconhecidos, inclusive juridicamente, não são desprezados, mas estão à margem das discussões ora levantadas.

A família possui duas funções: assegurar a sobrevivência física e construir a humanidade essencial do homem. Com exceção da religião, a família é a única instituição que existe em todas as sociedades, e é a mais importante estrutura social inclusiva, ou seja, o que se apreende no ambiente familiar servirá de modelo, protótipo para os demais segmentos sociais. Começando com a família da infância, a creche, a escola, a vizinhança, o trabalho e finalmente a nova família criada com o casamento, a cada novo grupo conforme o indivíduo se desenvolve, os

valores recebidos no ambiente familiar passam por mudanças significativas.<sup>6</sup>

Inicialmente, a criança é um ser desprendido de todo e qualquer valor, estes surgem com a atuação da mãe a imprimir os primeiros julgamentos axiológicos à criança. A união inicial com a mãe é primordial para gerar confiança ao indivíduo em formação, o que é realizado pela oferta do alimento, proteção, afeto, educação, satisfazendo a criança, tanto é que os profissionais da psiquiatria e da psicologia ressaltam que, a ruptura imprevisível na união inicial entre mãe e filho traz desastrosas e automáticas conseqüências. Essa interação, enquanto processo liga-se intimamente à predisposição a um organismo saudável ou emocionalmente doente. As relações familiares ideais são aquelas calorosas, íntimas, cooperativas na medida ideal, a ponto de construir indivíduos seguros, livres e independentes ao tempo certo do grupo de origem, indivíduos criativos, prontos ao enfrentamento de uma sociedade cada vez mais exigente. São os transcurso da vida familiar: identidade psicológica, clima interpessoal e orientação de valores, que influenciam a capacidade emocional de cada um dos seus membros proporcionado o bem estar ou mesmo a destruição daqueles que as compõem.<sup>7</sup>

Os valores passados no ambiente familiar moldam as atitudes em direção aos objetivos de segurança, prazer, domínio, amadurecimento e realização pessoal, trata-se na verdade de um contágio na emoção familiar, que predispõe o indivíduo à realização pessoal ou mesmo ao seu fracasso. Não é somente no sentido de socializar a criança que esse organismo atua, senão na formação do indivíduo como pessoa que fica pendente da participação dessa trama de relações, tanto é que as tendências atuais da psicanálise têm fugido do estudo do indivíduo como ser isolado, mas sim procurado o conceber em sua história familiar, com base em três sólidos argumentos: a. o comportamento desviado de algumas pessoas tem certamente raízes significativas na experiência infantil; b. impossível diagnosticar e dirigir uma terapia emocional separando a criança do seu ambiente familiar; c. perturbações e distúrbios em pessoas adultas são bem melhor compreendidos se examinados em sua conjuntura histórica familiar.

É no seio da família que ocorrem as identificações necessárias à formação de indivíduo plenamente sadio. Essa identificação é que reflete no filho formas comportamentais de pensamento e afeto, cultura, dando habilidades, qualidades, influenciando o comportamento, a moral, a

---

<sup>6</sup> Cf. J. GOODE, William. *A Família*. São Paulo: Plonera, 1970.

<sup>7</sup> Cf. W. ACKERMAN, Nathan. *Diagnóstico e tratamento das relações familiares*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1986.

valorização da vida, para aquele que se espelha.<sup>8</sup> Freud chamou de superego este conteúdo moral influenciado pela identificação, bem como de difusão de ego o desvio de formação pessoal ocasionado por uma identificação prejudicada ou incompleta.

A título de ilustração dessa sistemática de identidade entre pai e filho, os autores Wallerstein e Kelly, dedicando-se à observação de crianças filhas de pais separados, descreveram o comportamento do menino apelidado de Robbie, que passou a reagir da seguinte forma: Após a separação dos pais a criança passou a usar a gravata do pai em todos os lugares que ia, dizia que pretendia ingressar na faculdade de Direito e abandoná-la um ano depois, assim como seu pai havia feito.<sup>9</sup>

Conforme enuncia o autor Winnicott: “A ameaça de uma desestruturação familiar não só leva necessariamente à enfermidade clínica de seus filhos, mas pode ocasionar um crescimento emocional prematuro e uma independência e um sentimento de responsabilidade prematuro, o que não pode ser tido como saudável nem mesmo normal em razão da idade do indivíduo”.<sup>10</sup>

Já o pesquisador John Bowlby, observando crianças que eram separadas de seus pais em ambiente hospitalar ou escolar, pode observar que essas crianças desenvolvem um quadro acentuado de angústia, e, uma vez retornando ao convívio com os pais (tal qual o que ocorre com os dias de visita dos pais separados) essas crianças tendem a se afastarem ou se apegarem aos pais com intensidade exagerada.<sup>11</sup>

Na análise deste problema é necessário ter em mente que o equipamento hereditário de um indivíduo não é tudo, é preciso mais porque a criança é por demais influenciável. A criança é um candidato à humanização. Concordam os estudiosos que os infantes educados em ambientes frios e não estimuladores não formam apego em relação às outras pessoas, mas ao contrário se tornam quietos em demasia, passivos, inativos, infelizes e emocionalmente perturbados.<sup>12</sup>

É por demais falaciosa a idéia de que o indivíduo, criança ou adolescente, pode encontrar em outros grupos, diferentemente da família, a identificação e formação necessária com o mesmo peso familiar. O que

---

<sup>8</sup> Cf. WINNICOTT, D.W. *La familia y el desarrollo del individuo*. Buenos Aires: Paidós, 1967.

<sup>9</sup> WALLERSTEIN, Judith S. ; KELLY, Joan B. *Sobrevivendo à separação*. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 84.

<sup>10</sup> WINNICOTT, D. W., op. cit., p. 120.

<sup>11</sup> JOHN BOWLBY *apud* TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Separação, violência e danos morais - a tutela da personalidade dos filhos*. São Paulo: Paulistana Jur, 2004. p. 44-45.

<sup>12</sup> ARNOLD GESELL *apud* TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. op. cit., p. 96-97.

ocorre fora do núcleo da família são apenas novas roupagens daquilo que já está de certa forma plantada no espírito da pessoa. Só em plena carência dentro da família é que se vai procurar em um grupo externo alcançar formas de se identificar com alguém.

#### 4 O DIVÓRCIO E OS DANOS NOS INDIVÍDUOS EM FORMAÇÃO

Acontece que, com o divórcio, os filhos, em muitos casos, parecem se tornar um verdadeiro fardo na vida dos pais distantes. As visitas obrigatórias, a pensão alimentícia, a adaptação ao novo companheiro do pai ou da mãe, os filhos prontos ou os surgidos dessa nova relação, não são fatos assimiláveis com muita facilidade. As acusações feitas corriqueiramente, a conflituosidade, o envolvimento dos filhos em uma trama, em que esses se sentem por vezes culpados pelo rompimento da relação, são efeitos indesejáveis do divórcio. Não é raro que diante de uma situação como essas a criança apresente sintomas incessantes tais como dores de cabeça, febre, diarreia, vômitos, perda ou excesso de apetite. Estes sintomas revelam a dificuldade de viver com os pais numa relação conturbada, em um período como o divórcio.

A aplicação de ampla pesquisa de campo dos autores que se dedicaram a escrever sobre o assunto comprovam esses dados, bem como que, os danos advindos com essas perturbações se manifestam física, emocional e comportamentalmente na vida do traumatizado. Revelam-se pela amargura, desvios de conduta e de personalidade, somatizações, manifestações do inconsciente, quadros clínicos variados, dificuldades de socialização, de aprendizado, e ainda tendências suicidas e criminosas. Tudo isso, repita-se não são meras conclusões teóricas, mas sim frutos de uma coleta minuciosa de dados e levantamentos que comprovam essas alegações.

Nos EUA, por exemplo, pesquisas realizadas comprovaram que as deformações psicológicas criadas nos filhos resultantes do divórcio são por vezes mais graves do que as deformações físicas criadas pela poliomielite.<sup>13</sup> Alertam os psiquiatras que, as crianças entre 06 e 07 anos apresentam esses sintomas de forma mais aprofundada, dada a sua menor capacidade de relacionamento com o problema, pois o enxergam, notam mais não o compreendem. São comuns nessa faixa de idade os sintomas

---

<sup>13</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 198.

da impulsividade, agressividade e intensa dificuldade no aprendizado escolar.

A sintomatologia neurótica que em geral se desenvolve vem em geral caracterizada por quadros de ansiedade, agravadas por manifestações fóbicas, obsessivas, maníaco-depressivas, delirantes e persecutórias, variando entre o normalmente aceito, como por exemplo, o medo de estar sozinho em casa, revelada em uma pessoa já adulta, ou mesmo na linha da psicose, com bloqueios graves, desvios sexuais, violência, etc.<sup>14</sup>

São neuroses traumáticas caracterizadas pelo bloqueio ou decréscimo do ego, a difusão de ego de Freud. Manifesta-se assim o desinteresse pelo mundo, diminuição da percepção, de juízo e análise de valor da vida, e ausência de contato com a realidade. Curiosamente, em muitos casos as crianças desenvolvem distúrbios de fala após a separação, marcadas pela gagueira. Tomaszewsky lançou luzes brilhantes a respeito desta sintomatologia.

O autor José Maria Mayrink, na obra referida anteriormente, traz o depoimento de vários pais e filhos do divórcio, bem como de profissionais da área da psicologia, psiquiatria, educação infantil, juízes e advogados que lidam com essa situação e que conhecem a triste realidade dos efeitos do divórcio. Pela leitura da obra, é possível concluir que, em especial ao que diz respeito aos filhos, em todos eles o fracasso do casamento dos pais deixou uma pesada sensação de perda, abandono, tristeza e insegurança, a par dos outros sintomas que acabei psicológicos e físicos que tenuamente já foram retratados.

A título de exemplo desses depoimentos Mayrink narra a história de uma “depoente” com o pseudônimo de “Marlene”, relatando que, desde de muito cedo o irmão quis encontrar o pai, morar com ele, tendo, com 21 anos de idade ido até os EUA à procura de encontrá-lo. Aos 23 anos e frustradas todas as tentativas de reaproximação com a figura paterna o rapaz cometeu suicídio. Outro depoimento bastante marcante é o de “Alice”, que conta que logo depois da separação a irmã gêmea veio a morrer, o que marcou por demais a vida da família, principalmente para a mãe que sempre usa a mesma expressão: “houve a separação e uma morreu”.<sup>15</sup>

A psicóloga Lia Guaraná, do setor de psicologia clínica do Hospital Pinel no Rio de Janeiro, relata em sua pesquisa o caso da menina de treze anos que sofreu paralisia em consequência da separação dos pais. Perdeu os movimentos e voltou a usar fraldas. Esse tipo de acontecimento

---

<sup>14</sup> MAYRINK, José Maria Mayrink. *Filhos do divórcio*. São Paulo: EWM, 1984. p. 13.

<sup>15</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 52-54; 70-72.

está bastante ligado à tentativa da criança em reaproximar os pais, daí desenvolver quadros como este de recursos extremos do inconsciente. A criança de pais separados é sempre alguém em conflito, e constantemente aparecem em suas fantasias o desejo de reunir os pais.<sup>16</sup>

É preciso levar em conta que, já não vivemos mais em um ambiente carregado do patriarcalismo exacerbado, onde pai e mãe ocupavam papéis estanques e distantes no ambiente familiar, ou seja, enquanto o pai tinha apenas função protetiva e de alimentação, sem envolvimento ou responsabilidade afetiva (a figura castradora de Freud), sendo a mãe a origem de todo o afeto. Uma nova visão permite observar o homem como responsável conjuntamente com a mulher pela educação afetiva da prole e não apenas garantidor da sobrevivência material dos nascidos no seio da família. Essa nova tendência veio mesmo a dar novos rumos aos estudos da psicanálise a partir da década de 70, passando a ter no pai uma figura além do desenhado pelo patriarcalismo.

Para Freud, por exemplo, o pai é tratado como a figura maior que tem a função de proteger e ameaçar, dar força e castração ao comportamento da prole, enquanto a mãe é retratada como a grande doadora ou frustradora, exercendo o poder ilimitado de dar ou recusar amor e aprovação. O ilustre psicanalista reconhece que pode existir um abismo muito grande entre as necessidades constantes da criança, e a possibilidade de que pais e mães venham a satisfazê-la, o que seria desejável. Ademais existe uma tendência que impulsiona o filho para o pai e o pai para o filho a que Jung chamou de arquétipo.<sup>17</sup>

A ausência do par masculino em casa reflete-se em um comportamento social desviado, tais como dependência química, violência, desvios sexuais, depressão, etc. estudiosos confirmam que a ausência paterna costuma trazer um quadro de baixa estima e autodepreciação aos filhos.

A “Revista Época” publicou em 02 de dezembro de 2002 reportagem sobre o ex-aluno de direito Gustavo Napolitano que no dia 22 de novembro de 2002, assassinou a avó de 73 anos e a empregada de 20 anos. A reportagem traz bastante à tona a influência do pai na formação da criança. Especialistas, na reportagem relacionam o vício do indivíduo e sua conduta criminosa ao abandono do pai. O subtítulo da reportagem anuncia: “rejeitado pelo pai e viciado em cocaína, o estudante mata a avó e a empregada de casa”. Na matéria a mãe do rapaz diz que o vício em

---

<sup>16</sup> Idem, *ibidem*, p. 106-107.

<sup>17</sup> Cf. TOMASZEWSKY, Adauto de Almeida, *op. cit.*, p. 186-187: Em que o autor justifica que até este período, Freud reconhecia que a atuação paterna só tinha espaço após o período edípico da criança com a mãe. Mais tarde, seus seguidores vão reconhecer a influência paterna no período pré-edípico.

drogas despontou justamente no período em que o ele procurou a justiça para agregar ao seu nome o sobrenome do pai, mesmo depois de rejeitado por este.<sup>18</sup>

Também é comum a raiva desenvolvida pela criança que fica sobre a guarda da mãe, quando estas passam a acreditar que é ela a culpada pela saída do pai. Este sentimento pode ser deslocado inclusive para outras figuras femininas como a professora, uma amiga, outros parentes do sexo feminino. O problema da falta da mãe, segundo Bowlby, é o egocentrismo gerado nas crianças. Como já dito, os filhos tornam-se naturalmente apegados à mãe já nos primeiros tempos de vida. Se esse vínculo é quebrado ou não se estabelece satisfatoriamente, as crianças tendem a se tornarem adultos superficiais, materialistas, narcisistas e potencialmente violentos.<sup>19</sup>

## 5 A VISÃO PREOCUPADA DO DIREITO NESSA TEMÁTICA

### 5.1 Direitos da Personalidade

O tema que vem se desenvolvendo deve ser objeto de preocupação urgente do Direito, principalmente no que se entende na proteção dos “direitos da personalidade” do indivíduo (filhos, em geral crianças, ou ainda adolescentes) em seu processo de formação pessoal (daí se inserir na seara dos direitos personalíssimos).

Trata-se de proteger o indivíduo em sua formação, em sua mais íntima constituição, em seu aparato como pessoa sadia, psicológica e fisicamente, que deseja ser. Trata-se de proteger e garantir o direito de desabrochar, de se constituir de forma perfeita e acabada. Esses direitos de personalidade, essa garantia íntima de perfeito crescimento tratam-se de garantias do ontem, do hoje e do amanhã daquele que se quer protegido.

Os “filhos do divórcio” merecem, assim, serem objeto de maior preocupação jurídica e social.

---

<sup>18</sup> *Revista Época*, São Paulo, n. 237, 2 dez. 2002, p. 78-83.

<sup>19</sup> QUILICI, Mário. *A perda do vínculo e o surgimento do materialismo*. Artigo de adaptação da obra de John Bowlby. [S.l.].

## 5.2 Responsabilidade Civil - Breves Noções

Para Gagliano e Pamplona Filho, a aceção que se faz de responsabilidade está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função de um fato jurídico *lato sensu*.<sup>20</sup>

Em Maria Helena Diniz tem-se que a responsabilidade civil constitui-se na aplicação de medidas que criam a obrigação a uma em vir reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato ilícito por aquela praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal.<sup>21</sup>

Exsurge, assim, a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem à reparação do dano, moral ou material, causado a terceiro, com raízes distintas na “retribuição do mal pelo mal” da Lei das XII tábuas, na *Lex Aquillia*. A origem histórica da terminologia tem raiz no verbo *respondere*, significando que alguém responde, assume as conseqüências pelo fato jurídico (*lato sensu*) praticado.<sup>22</sup>

### 5.2.1 Pressupostos da responsabilidade civil

Como pressupostos à caracterização da responsabilidade civil, requer-se que ocorra: 1. ação ou omissão ilícita - no interesse do presente trabalho, revelada pela conduta lesiva dos pais em conduzir um rompimento matrimonial de forma traumática, descuidando da prole necessitada de assistência naquele momento, quando na verdade os genitores só conseguem observar e tratar das feridas narcíseas que os cercam<sup>23</sup>; 2. O dano: de ordem emocional, psicológica ou física, como será desmembrado logo mais; 3. O nexo de causalidade: último pressuposto, tratando-se da ligação necessária entre a ação ou omissão praticada e o dano produzido, ratificando a conduta lesiva.

---

<sup>20</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III, p. 2.

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7, p. 34.

<sup>22</sup> Cf. DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 29; STOLZE; GAGLIANO, op. cit., p. 2 dentre outros.

<sup>23</sup> Em linhas gerais é necessário admitir que os pais são referências para os filhos, conforme asseverado em capítulo anterior, o que se torna essencial para seu desenvolvimento enquanto pessoa. Porém, a grande maioria dos casais em rompimento têm uma atitude egoísta, onde a ganância, a avareza, a ferida “narcísica”, passam a dominar suas ações. Assim trazem prejuízos manifestos às crianças. Reprise-se, tristeza, angústia, medo, os quais podem desembocar em sintomas físicos ou em condutas desviadas, indesejadas

Estes elementos são encontrados no art. 186, do Código Civil Brasileiro.

### 5.2.2 Fundamentos da responsabilidade civil

A perquirição da responsabilidade civil repousa sobre dois fundamentos: culpa e risco.<sup>24</sup>

Conforme já demonstrado em linhas supra, quando a responsabilidade tem sedimento na culpabilidade do agente, é preciso ter em tela a subjetividade na ação praticada, ou seja, a vontade inequívoca do agente praticar a conduta lesiva, chamado de dolo, ou sua ação ou omissão culposa, praticada com imprudência, negligência ou imperícia, tal qual ocorre na esfera da responsabilização criminal.

Foi observado, porém, nem sempre se faz necessária a inquirição de culpa lato sensu do agente, mas sim, há possibilidade de subsistência da responsabilização pelo risco causado, bastando existir a mera possibilidade de que o ato ou fato causado pelo agente possa oferecer dano a terceiro:

“Assim, enquanto na responsabilidade subjetiva, ou embasada na culpa, examina-se o conteúdo da vontade presente na ação, se dolosa ou culposa, tal exame não é feito na responsabilidade objetiva, ou fundamentada no risco, bastando a existência do nexos causal entre a ação e o dano, porque, de antemão, aquela ação ou atividade, por si só, é considerada potencialmente perigosa”.<sup>25</sup>

A apuração, no entanto da responsabilização do agente, com base no simples risco, conforme descrito retro é dependente de previsão legal que assim o determine:

“Mas o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo com a lei, hipótese em que se desvincula o ressarcimento do dano da idéia de culpam deslocando a responsabilidade nela fundada no risco. P.ex. arts. 927, parágrafo único, 931 e 933 do Código Civil [...]”.<sup>26</sup>

Portanto, é possível concluir que, há responsabilidade civil, em determinados casos, dada a configuração de um ato ilícito, lesante ao estado normal das coisas entre ofendido e ofensor, bem como entre este e o meio social que se insere, na maioria das vezes apurada pela existência

<sup>24</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR *apud* SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 135.

<sup>25</sup> *Idem*, *idibem*, p. 139.

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 36.

de culpa do agente, ou, em casos autorizados em lei, no risco que aquele, através de sua ação ou omissão, proporcionou hipótese de dano a terceiro.

Cumpra destacar, porém, que a teoria do risco, em suas subdivisões do risco proveito e risco criado tem destaque meramente informativo no presente trabalho. Não se vislumbra a hipótese de aplicação da teoria do risco nas hipóteses que se pretende a reparação neste estudo.

Afora o aspecto didático, portanto, a teoria do risco, perfeitamente adaptável a outros gêneros de responsabilização, eminentemente matérias, não tem função dentro do que está se propondo neste momento.

### **5.2.3 Divisão da responsabilidade civil**

Há duas espécies de responsabilidade civil: extracontratual e contratual. A diferença faz sentido quando analisada em “sede do dever violado”.<sup>27</sup>

Na primeira (extracontratual), a hipótese é oriunda do descumprimento de norma constante do ordenamento jurídico como um todo; e na contratual, derivada da inexecução de obrigação decorrente de um contrato.

Ambas têm os mesmos pressupostos, antes apontados, mas possuem algumas diferenças em sua regulamentação jurídica, em razão da existência de vínculo anterior entre o lesante e o lesado na responsabilidade contratual, o que inexistente na responsabilidade extracontratual entre o agente e a vítima.

Para Caio Mario da Silva Pereira, citado por Regina e Papa, as obrigações de índole contratual e extracontratual estão sujeitas aos mesmos pressupostos e fundamentos, quais seja ação ou omissão contrária à norma jurídica, dano causado e ralação de causalidade.

## **6 A REPARAÇÃO PELOS PAIS DOS DISTÚRBIOS OCACIONADOS PELO DIVÓRCIO - A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL**

Procurou-se nos parágrafos acima caracterizar, ainda que em linhas tênues a responsabilidade civil.

Uma vez traçada sua conceituação, aspectos históricos, pressupostos e fundamentos, aproxima-se de preocupação maior neste

---

<sup>27</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Papa dos, op. cit., p. 139.

trabalho, moldar a perspectiva dos eventos danosos dada a ocorrência do divórcio aos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, bem como em que âmbito pode residir tal responsabilidade.

A natureza da vida em sociedade, a necessidade do Estado em preservar os interesses comuns, com vistas a um harmonioso equilíbrio da vida em comum, portanto excluía qualquer hipótese de admissão de lesão ou ameaça a qualquer direito<sup>28</sup>, dão, em linhas gerais, substratos à responsabilidade civil, amplamente compreendida, e permite traçar os contornos da reparação ora pretendida.

No que é pertinente a este tópico é que a ação do Direito deve ter em foco a proteção dos “filhos do divórcio”, a ponto de identificado o dano ocorrido, responsabilizar os pais por eles.

No objetivo lançado neste tópico, para se atingir a reparação do dano, é necessário, antes de tudo ter em mente a idéia de patrimônio lesado muito além da esfera material. A idéia de patrimônio aqui deve repousar sobre uma forma universal, abrangendo bens corpóreos e incorpóreos. A hipótese marcante neste íterim é moldar o dano fruto do divórcio a uma hipótese indenizável, legitimada no ordenamento jurídico pátrio.

É notório que os problemas aqui gerados se situam quase que em sua totalidade nos campos psicológicos (emocional) do indivíduo, nem sempre se manifestando um dano físico, o que torna difícil aferição via de um exame médico, por exemplo, não se materializando o evento danoso, tornando-se assim mais difícil qualquer indagação à respeito de sua existência.

Para se chegar à possibilidade de uma reparação, pois, uma noção é bastante recomendável, principalmente para quem vê com absurdo a presente questão: “a teoria da responsabilidade da reparação pelo simples fato da violação”, da qual emerge a violação da própria ofensa, que, em potencial pode, “*ex facto*”, atingir a esfera do lesado, originando o dano moral. Em outras palavras, basta a simples averiguação da existência do evento com potencial de dano e conseqüente manifestação deste dano para se buscar e responsabilidade.<sup>29</sup>

Revelado que é o distúrbio na esfera emocional, psicológica do indivíduo, é forçoso reconhecer que a reparação pretendida tem sua raiz na esfera do dano moral e não do dano material a ser indenizável, até mesmo por levar-se em conta a difícil aferibilidade deste dano, que se material fosse deveria restar evidente, comprovada facilmente, o que não

---

<sup>28</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Papa dos, op. cit., p.130.

<sup>29</sup> Cf. SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Papa dos, op. cit., p.145.

ocorre no dano moral, senão sobre critérios, principalmente médicos, rigorosos.

Continuando, enquanto no dano material o objetivo é que as coisas retornem ao seu *status quo*, ou que o lesado possa adquirir ao seu acervo patrimonial, um bem que seja de valor equivalente ao dano sofrido, na esfera do dano moral o retorno ao estado inicial é impossível, ou seja, a moral uma vez abalada restará comprometida *ad eternum*, daí dizer-se que o dano moral é compensável e não indenizável.<sup>30</sup>

Seria, conforme elucida a maior parte da doutrina, a tentativa de amenizar a dor sofrida pelo lesado, dando ao substantivo *dor* o seu mais amplo alcance. Daí também a dificuldade de se fixar um montante devido a esta indenização, porque se trata da medida correta da dor, para se chegar ao montante compensável.

Seja indenizável, seja compensável, conceitue a doutrina como o faça, concordando ou não na terminologia, a idéia presente e uniforme e que realmente não pode admitir divergência é a de que, havendo ato lesivo, na ação ou omissão ilícita de alguém, estabelecido, pois o nexo de causalidade entre essa conduta e o dano advindo, há que se cogitar em uma reparação. O que parece bastante visível nas ocorrências narradas neste trabalho.

### 6.1 As Tendências Legislativas e Jurisprudenciais com Vistas à Reparação Pretendida

Situados já na esfera do dano moral compensável, é preciso também ter em mente que se está discutindo aqui não apenas a ofensa de um conteúdo moral já formado, como o é de um adulto, mas sim, aquela em formação, das crianças e adolescentes que passando com os pais pela crise do divórcio não podem oferecer resistência psicológica ao que assistem, dada a fase incipiente de uma personalidade em construção, sendo assim fortemente influenciável por essa terrível fase capaz de provocar danos irreversíveis.

Nas palavras do Professor Aduino Tomaszewsky:

“A criança deve ter uma especial atenção e proteção ao ver-se radiada de possibilidades concedida pela lei e outros meios, a fim de desenvolver-se de uma maneira as e normal no plano físico, intelectual, moral e social. Tais direitos sendo violados ou restringidos, são merecedores e carecedores de ampla tutela estatal”.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> REIS, Clayton. *Aula ministrada no Curso de Especialização em Direito Contratual, do Consumidor e da Responsabilidade Civil*. Centro de Ensino Superior de Maringá. Diretoria de Pós-Graduação, Maringá, 2003.

<sup>31</sup> TOMASZEWSKY, Aduino de Almeida, op. cit., p. 212.

Na busca dessa proteção constante e diferenciada, conforme ressaltou o ilustre estudioso deste tema, argumentos jurídicos não faltam a dar substrato à reparação por dano moral em comento. A legislação pátria é bastante sólida a este respeito.

No aspecto jurídico, a Constituição Federal abordou, ainda que sumariamente, como é de sua característica atribuir à legislação infraconstitucional a delimitação aprofundada dos direitos que prescreve, no art. 5º, X, a possibilidade de indenização por danos que fogem à lesão patrimonial-econômica do ofendido:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

*omissis*

[...]

X - são invioláveis o direito à intimidade, a vida privada, a honra a e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Para Regina e Papa, a norma constitucional vem sedimentar a possibilidade de indenização por danos aos direitos pessoais do sujeito (personalíssimos, como definido em oportunidade ulterior), ainda que não tenha o texto constitucional os definido exaustivamente, pelos motivos aos que já se referiu no discorrer deste capítulo.

Prossegue ainda, o texto constitucional na proteção moral do indivíduo, o que se percebe o disposto no artigo 5º mencionado retro, em seu inciso V, verbis: “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Fácil observar que, no que dispõe o inciso V tratado, a oportunidade de requerer a reparação do dano é tido como direito a que se deve lançar o lesado. Não é outra a vontade constituinte senão garantir a reparação pelo dano moral (e material) causado.

No plano infraconstitucional, a idéia da reparabilidade, conforme já tratado em item acima, vem esposado no artigo 186 do Código Civil, como se funcionasse este artigo, como efetivamente funciona, feito regra genérica da responsabilização civil pela prática de ato ilícito:

“Art. 186- Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Veja-se que a norma jurídica civil caminhou a par do texto constitucional e não se furtou em momento algum em tratar da ilicitude dos atos que atentem à moral do indivíduo, dando tratamento especial

neste sentido “ainda que exclusivamente moral”, trata o artigo, de forma preocupada com os danos ao patrimônio intrínseco a cada lesado.

O direito francês, português e argentino também se utilizam de regras genéricas inseridas em seus diplomas civis para buscar abraçar com maior efetividade a indenização por dano causado em face de ato ilícito. Tais diplomas têm em mira abarcar as hipóteses de indenização a título de dano moral, daí a generalidade das regras.<sup>32</sup>

Na mesma seara é o traçado pelo art. 927, caput, do diploma civil pátrio, agora no título específico dedicado à responsabilidade civil:

“Art.927- Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Pela regras aplicáveis aos mais diversos casos, no plano constitucional ou infraconstitucional, é possível já se levantar hipóteses mais que precisas à cerca dos direitos da criança lesada na ocorrência de um divórcio mal sucedido, em que pai e mãe, por motivos já narrados, se descuidam da prole, e deixam suas marcas traumáticas indeléveis na vida da criança que se forma, distorcendo sua formação pessoal sadia, conforme provado ser possível.

Esse desenvolvimento, a estruturação de uma personalidade, um psique sadio é preciso sempre estar em posição notória para que em nenhum momento se abandone a idéia de que se tratam de pessoas em fase de singular desenvolvimento, portanto merecedoras de absoluta proteção.

Reconhecendo essa necessidade de proteção especial, a legislação pátria, seguindo orientação de importantes características do direito alienígena, mostrou-se favorável em desenvolver normas protetivas especiais.

No plano internacional, ocupa destacada posição a “Convenção Internacional de Direitos Humanos”, tratando-se de verdadeiro esforço conjunto de vários países, os quais, durante 10 anos, se debateram para definir a melhor forma de tutelar os direitos da criança e do adolescente, consagrando a “doutrina da proteção integral”:

“[...]ou seja, que os direitos inerentes à toda criança e adolescente possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em via de desenvolvimento [...]”.<sup>33</sup>

No texto constitucional, o artigo 227, trata-se de verdadeira consagração, no plano interno, da “doutrina da proteção integral” ao

---

<sup>32</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Papa dos, op. cit., p. 160.

<sup>33</sup> TOMASZEWSKY, Adauto de Almeida, op. cit., p. 231.

passo que formulou uma verdadeira síntese da Convenção da Onu de 1989, no que diz respeito aos direitos da criança e do adolescente<sup>34</sup>.

A vontade da Constituição é manifestada de forma brilhante no caput do referido artigo:

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

Reprisando o texto constitucional, dividindo e dilapidando a matéria, seguem os artigos 3º, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069 de 13 de julho de 1990)<sup>35</sup>, os quais, a par do texto Magno, enunciam com brilhantismo as garantias que devem ser dirigidas à criança, com destaque à preocupação com a saúde e a convivência familiar, necessárias aos indivíduos em proteção.<sup>36</sup>

A norma jurídica contida no texto do Estatuto revela, em profundidade, essa preocupação com a criança e adolescente, no que pertine a estruturação pessoal. Veja-se o que dispõe o artigo 6º d Lei 8069/90, verbis:

“Na interpretação desta Lei levar-se-á em consideração os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Interpretando o que contém o dispositivo, amalhando a vontade constitucional esboçada no artigo 227 citado, bem como nos artigos 3º a 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui-se pela necessidade

---

<sup>34</sup> TOMASZEWSKY, Adauto de Almeida, op. cit., p. 229.

<sup>35</sup> **Art. 3º** A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. **Art. 4º** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral, e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária. **Parágrafo Único:** A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com proteção à infância e juventude. **Art. 5º** Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punida na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

<sup>36</sup> Cf. TOMASZEWSKY, Adauto de Almeida, op. cit., p. 234-236.

de um esforço conjunto, integrado ente a família, o Estado e a sociedade na formação responsável do indivíduo.

A família, como já tratado anteriormente neste trabalho tem papel indelegável neste mister. Falhando na sua responsabilidade é dever do Estado implementar e da sociedade cobrar pelos fatos distorcivos e obstativos de uma vida sadia da criança.

Neste ínterim, reconhece-se que, em se tratando a família nuclear, conforme a posição aqui adotada, defendeu-se que essa família é principal responsável nos termos da legislação em evidencia. Ocorrendo o divórcio, é uma obrigação paterna e materna, senão fruto moral e mesmo afetivo, uma assistência consciente e mais preocupada com a criança e mesmo com o adolescente que se forma em meio a este ambiente.

O artigo 5º do ECA (Lei 8069/90) é crucial na delimitação desta responsabilidade, ao tratar da ação ou omissão, atentória à lei, uma vez agredido o indivíduo em seus direitos fundamentais, pelo qual vale a pena reprimir:

“Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punida na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Se, pois, a conduta dos então dos pretensos ex-cônjuge se mostra contrária aos ditames legais, bem como a moral e ao esperado afetivamente, conforme salientado, causando danos, traumas, problemas de ordem emocional, social e mesmo físicos (somatização) conforme abordado, há evidente ato é ilícito, em suas mais peculiares características, abrindo brecha à responsabilização e conseqüente indenização.

Em tempos de intensa preocupação com direitos personalíssimos, direitos fundamentais, principalmente à égide da Carta de 1988, máxime o “Mega-Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, é inconcebível vislumbrar com passividade a conduta lesiva dos pais, dirigida aos filhos, os quais deveriam ser plenamente assistidos por àqueles, sem que tenha um comprometimento, um grau de responsabilidade e conseqüente implicação jurídica.

Para tanto é por força de tantas ocorrências do divórcio e suas demais conseqüências que se exige posição inovadora do direito, o que já vem se asseverando no plano jurisprudencial, ainda que timidamente, marcando uma verdadeira evolução na consciência do judiciário nos tempos hodiernos, mais voltados ao humanismo, a observar a realidade dos indivíduos, abandonando o prosaico positivismo de outrora.

Na ponderação de um dano moral, haja vista a inexistência de critérios objetivos de aferibilidade, como antes se frisou, é veemente a atitude ponderada do julgador para não deixar ocorrer enriquecimento ilícito daquele que pleiteia a reparação do dano, sem se distanciar, porém, da necessidade de proporcionar relativa satisfação ao lesado, bem como atingir uma finalidade educativo-repressiva de condutas ilícitas semelhantemente lesivas.

“Ao lado do caráter compensatório, a indenização por dano moral tem caráter punitivo, de modo a evitar novas praticas lesivas, pois, como dizia Georges Ripert, a soma em dinheiro paga pelo agente serve para serve para que ele sinta, de alguma forma, o mal que praticou”.<sup>37</sup>

Na determinação de forma em que devem ser ofertadas as indenizações, Adauto Tomaszewsky traz que, para a entrega da pecúnia, é salutar que empregue, por analogia o conteúdo do artigo 950, parágrafo único, do Código Civil pátrio, verbis:

“Art. 950- Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que sofreu.

Parágrafo Único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

Em que pese a nítida conotação de reparação por danos morais, a razão de estender o alcance do parágrafo único arrolado ao dano moral é a mesma, ou seja, evitar um prolongamento do sofrimento através de sucessivas prestações<sup>38</sup>.

Trata-se a expressão alimentos adotado pela sistemática do código como toda prestação necessária à vida material e moral do individuo considerado, portanto, perfeitamente cabível a orientação do artigo para o objetivo aqui almejado, inclusive naquelas hipóteses de se assegurar uma reparação futura, como tratado alhures.

A respeito da questão processual para a instauração de um procedimento jurisdicional visando os objetivos de reparação moral aqui delineados, em que se busca a defesa de interesses de incapazes, Adauto assevera que a questão é de fácil solução.

Funcionará como assistente ou representante, como exigir o caso, o cônjuge responsável pela guarda da criança, em face do cônjuge que é tido por culpado pelos danos gerados na ocorrência do divórcio.

---

<sup>37</sup> Apud SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Papa dos, op. cit., p. 151.

<sup>38</sup> TOMASZEWSKY, Adauto de Almeida, op. cit., p. 250.

Vislumbrado a origem do ato ilícito à conduta de ambos os genitores, qualquer parente próximo poderia exercer o múnus da representação ou assistência, e “inclusive o representante do Ministério Público, em analogia aos procedimentos de interdição previstos no Código de Processo Civil”.<sup>39</sup>

As expressões jurisprudenciais a respeito do tema são ainda pouco numerosas, até porque não é comum se observar a demanda de causas a este título, mas, hodiernamente, pode se observar que os primórdios de ações e decisões a respeito começam a despontar.

A advogada Claudia Maria da Silva, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família, especializada neste ramo do direito civil, aponta algumas dessas decisões que são marcos iniciais de um judiciário mais consciente de seu papel humano e social<sup>40</sup>.

Na comarca de Capão da Canoa (autos de n. ° 141/1030012032-0), em 16 de setembro do ano de 2003, o Magistrado proferiu o conteúdo de sua decisão, condenando o pai a indenizar o filho, em face do abandono afetivo, bem como do descumprimento dos demais deveres de paternidade e responsabilidade do genitor.<sup>41</sup>

Também o Tribunal de alçada de Minas Gerais, a indenização foi concedida pelo fato do pai, antes presença constante no convívio familiar, acostumado o filho com a convivência, vem esta ser abruptamente estancada, mesmo em face da procura do filho, por vezes, em restabelecer o contato com o pai. Pela sua importância, reprisa-se em parte a decisão:

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

“[...]assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço parental com seu filho, e o nexo causal entre ambos”.<sup>42</sup>

Registre-se ainda, no mesmo sentido, decisão proferida pela 31ª Câmara Cível Central da Comarca de São Paulo: “A 31ª Vara cível da Comarca de São Paulo, julgou questão semelhante, na qual a paternidade

<sup>39</sup> TOMASZEWSKY, Adauto de Almeida, op. cit., p. 251.

<sup>40</sup> SILVA, Claudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade dos filhos. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.6, n.25, ago/set. 2004, p. 141-144.

<sup>41</sup> SILVA, Claudia Maria da, op. cit., p.141-142.

<sup>42</sup> SILVA, Claudia Maria da, op. cit., p. 143.

foi exercida e depois negada, em detrimento de danos à personalidade do filho menor.”<sup>43</sup>

O conteúdo de tais decisões vem asseverar o que se desenvolveu ao longo desta pesquisa. Revelam uma tendência do Direito de preocupação com o ser humano, muito além do aspecto patrimonial, senão levando em conta sua posição de pessoa.

Observe-se, assim, que o almejado nas considerações aqui tecidas não se encontra em futuro distante, e não se trata mesmo de hipóteses inatingíveis, senão a aplicação mais ampla e preocupada da legislação, com vistas não ao enriquecimento, ratifica-se, senão com a proteção, principalmente dos mais frágeis (tal qual as crianças e mesmo o adolescente).

A posição de ilustres e admiráveis magistrados, manifestada nessas decisões, e outras já existente ou que virão, não são favoráveis apenas ao presente trabalho. Esse aspecto é bem menos relevante quando se observa o progresso da justiça que a adoção dessas considerações pode causar.

## 7 SÍNTESE CONCLUSIVA

O divórcio, introduzido no Brasil depois de intensas lutas para sua implementação, veio a tomar corpo de estatuto jurídico vigente, a partir da Emenda Constitucional nº 09 de 1977. Tratou-se de verdadeira revolução, não apenas no campo jurídico, senão no social, em que pairava o espírito da indissolubilidade matrimonial, com influencia predominante do Cristianismo.

Com a possibilidade do rompimento do vínculo conjugal, viu-se crescer uma forte corrente de rompimento dos matrimônios de uma forma geral, levando mesmo ao descrédito instituições tão antigas como a própria humanidade, ou seja, o casamento e a família. A par desta onda de desenlaces cresceu também, de forma preocupante o número de crianças e adolescentes vitimadas com o advento do divórcio em seus lares.

Diversos distúrbios são decorrentes de uma situação que acompanha a ocorrência do divórcio, seja na gênese do conflito e mesmo depois de desfeita a relação conjugal.

De se notar que na pessoa dos filhos, diversas doenças relacionadas à psique, bem como diversas condutas de caráter desviado e ainda alguns sintomas somáticos estão relacionados à ausência de

---

<sup>43</sup> SILVA, Claudia Maria da, op. cit., p. 143.

acompanhamento sadio das figuras paternas e/ou materna, acentuando-se nos divórcios operados de forma traumática.

No presente ou no futuro da prole que acompanha atônita todo este processo, esses distúrbios vão, de forma pesarosa, se manifestar. Os profissionais da saúde bem o sabem a realidade da situação em que se alocam os filhos do divórcio, no que compete à saúde desses, seja física, emocional ou comportamental.

É preciso, pois, nortear a ocorrência do divórcio entre os casais, cada vez mais freqüente, trazendo uma investigação das conseqüências danosas que este evento pode proporcionar à prole originada, servindo mesmo, não apenas como forma repressiva e inibidora do rompimento matrimonial em defesa da família, mas também trazer uma alerta a respeito da seriedade do problema suscitado em respeito à criança em formação no seio familiar, visando, através do direito, enquanto mecanismo de tutela estatal a apuração da responsabilidade dos pais na causa do evento danoso, bem como formas eficazes de imputação desta responsabilidade.

Há que se ter em mira a prole existente desta união, que, assistindo passivamente à ocorrência do divórcio, é, de alguma forma lesada pela litigiosidade que cerca todo o processo, e, ainda após o rompimento do relacionamento entre os pais sofre as dores do afastamento do casal.

Parece coerente buscar a reparação do dano aos filhos, em seus atributos personalíssimos, na esfera de reparação dos danos morais, haja vista o objeto de manifestação do evento danoso, traumático, ou seja, quase sempre na esfera psicológica de cada criança ou adolescente, malgrado as hipóteses em que se poderão refletir em comprometimentos da saúde física dos indivíduos.

No que se refere ao Direito, o norte americano tem estado alguns passos à frente do Brasil a esse respeito, daí algumas obras serem adaptações da literatura estrangeira, mas, acentuadamente, guardam certa restrição ao campo da preocupação com saúde mental, sem profundidade manifesta na seara jurídica.

No Direito brasileiro, a Constituição Federal, aliada ao Código Civil e ao admirável (em partes) Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) constituem ferramentas protetoras eficientes na proteção dos direitos aqui defendidos.

Pode-se, porém, vislumbrar um avanço da ciência jurídica no sentido de se preocupar com o indivíduo da forma como o desejado, ou seja, conduzindo a reparação dos traumas causados aos filhos na ocorrência do divórcio, ou pelo abandono, a ausência constante depois desse.

Ainda que tímidas, porque poucas as demandas nesse sentido, os Tribunais já têm decidido sabiamente com favorecimento aos filhos, com a implementação e aplicação efetiva da legislação constitucional e infraconstitucional.