

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: reconhecimento de paternidade sob o aspecto do princípio da dignidade e sua possibilidade de indenização moral

Livia Barletta Giacomini¹

RESUMO

A Constituição da República de 1988 institui como parte de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana. Com isto, retirou a figura meramente política de suas normas, para tornar eficaz seu ponto de vista existencial onde situações fáticas devem ser protegidas e adequadas à nossa Carta Magna. A constitucionalização nada mais é do que a elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais inerentes ao Direito Civil. A partir deste conceito é possível discutir até que ponto deve-se correlacionar o simples reconhecimento genético de paternidade com o princípio da afetividade na filiação. A intervenção estatal é indispensável para se assegurar a tutela jurídica mínima exigida, portanto, questões de ordem psicológicas devem ser analisadas dentro de uma relação familiar, para que efetivamente sejam aplicados os princípios a ela inerentes, cogitando a hipótese de que seja concedida indenização por dano moral quando o filho sofre abandono dos pais.

¹Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Jr. (2007). Especialista em Direito Constitucional (UNISUL) e Comunicação Empresarial (UFJF). Pós graduanda em Direito Tributário (UNIDERP). Atuando como tutora à distância na Universidade Federal de Juiz de Fora, no curso de Gestão Pública e Municipal Integrada.

PALAVRAS CHAVE: constitucionalização – dignidade humana – dano moral – direitos da personalidade – afetividade.

INTRODUÇÃO

Faz-se necessário a explicação de determinados conceitos inerentes ao tema para introduzi-lo.

Sob a ótica de Luiz Roberto de Assumpção (2004, p.08):

A construção de uma família é a busca de cada casal que se renova diariamente pela descoberta de um caminho que o conduza à concretização de um relacionamento pautado pelo amor e respeito, promovendo a plena realização de seus membros, observando, sempre os princípios constitucionais e infraconstitucionais, tanto no seu eixo horizontal quanto no vertical.

Na família atual brasileira algumas funções foram ignoradas: política, econômica, religiosa.

Tais funções são essenciais juntamente com a origem biológica.

Sendo assim, exige-se para a tutela jurídica mínima o respeito à liberdade de constituição, convivência e dissolução, a auto-responsabilidade, a igualdade recíproca de direitos, embora com todas as diferenças existentes entre os seres humanos, sejam elas de ordem cultural, econômica, racial ou religiosa.

Deve-se, por exemplo, ser respeitada a igualdade entre os irmãos sejam eles adotivos ou biológicos e respeitados seus direitos fundamentais.

A regulamentação codificada das relações familiares, e mais especificamente das relações conjugais e paterno-filiais, desenhou um modelo jurídico segundo o qual a presença do Estado é marcante e intervencionista na

medida em que descreve os papéis e deveres conjugais, procedimento característico da estruturação do sistema jurídico romano germânico.

O sistema jurídico nacional pode ser visualizado em três momentos: aquele que antecede à codificação, ela própria e o momento subsequente, contemporâneo.

A Constituição Federal em seu artigo 227 “caput” dispõe que é dever, em primeiro lugar, de a família assegurar dentre outros, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência.

O código civil por sua vez, em seus artigos 1583 a 1590, deixa claro quanto ao direito que os filhos possuem de serem protegidos. Não só na questão econômica, mas principalmente em sua formação.

É o vínculo da afetividade na relação.

1.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Citam-se neste momento os princípios constitucionais que norteiam o direito de família. São eles: dignidade humana, solidariedade, erradicação da pobreza, reconhecimento de entidades familiares e isonomia de tratamento dos filhos.

Pretende-se destacar o aspecto das relações paterno-filiais, seu conteúdo e efeitos, a partir do texto constitucional.

À luz de Pietro Perlingieri (2002, p.224-245):

A família como formação social, é garantida pela Constituição (art 29) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa (art 2º). A família é o valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não

contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem.

Deve-se, portanto, visualizar a entidade familiar como um organismo superior e autônomo a ser protegido uniformemente pelo direito. A família é o instrumento através do qual cada pessoa deve ser tutelada como única e merecedora das melhores condições, não só econômicas como também afetivas e solidárias, para que efetivamente seja integrada na sociedade como colaboradora de formações sociais.

O valor individual da pessoa deve ser respeitado no âmbito de uma comunidade familiar.

A família caracteriza-se pelas garantias contidas no art. 29 da CF/88, como a igualdade e a unidade. Para o autor supracitado (PERLINGIERI, 2002, p.147), “o valor central de referência é sempre a pessoa (art. 2º da CF); à sua tutela é voltada a avaliação normativa da família e também o reconhecimento dos direitos fundamentais”.

Os princípios aqui mencionados são pontos transformadores de dignidade, respeito, responsabilidade, assim como valores individuais protegidos e expressos no ordenamento jurídico.

1.2 O PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE NA FILIAÇÃO

Com o passar dos anos, os grupos familiares foram sofrendo modificações em seus valores e conceitos. Ainda hoje, encontra-se alguns destes valores enraizados no meio social.

A Constituição Federal de 1988, trouxe depois de vários acontecimentos de cunho histórico e evolutivo, um capítulo inerente à família e com isso, envolveu a estruturação do Código Civil Brasileiro de 1916, no tocante ao

Direito de Família.

Para que estes dispositivos constitucionais viessem à tona, vários tabus e preconceitos deveriam ser deixados de lado, promovendo não só uma mudança jurídica, mas sociológica.

O caminho foi longo, o homem sofreu mudanças, o ordenamento sofreu mudanças, a história sofreu percalços e evoluções, mas a idéia de família está atrelada em nós, desde os primórdios. Não há como negar que buscamos em nossas relações familiares “o ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social”. (TEPEDINO, 1999, p.326)

Sendo biológica ou não, advinda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Torna-se irrelevante o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal.

De acordo com Pietro Perlingieri (2002, p.245):

O sentido instrumental da família comporta dois conteúdos. O sentido codificado é instrumental na medida em que se presta a proteger patrimônio, e no constitucionalizado a proteção se dirige às pessoas.

A autora Regina Pastore (1979, p.79) conclui que:

O querer das pessoas, no plano da família, as conduz a estabelecer relações que nem sempre são conduzidas pelo afeto; interesses outros podem estar dirigindo sua formação. Saber qual é o sentimento condutor só é possível na análise

da situação concreta, e ainda assim, nem sempre o real motivo aparece.

A idéia de afetividade está intrinsecamente ligada ao ideal constitucional da dignidade. À família atual, não cabe mais o modelo tradicional da filiação baseado apenas na genética. O amor, o respeito, o afeto, devem ser base para o novo modelo familiar.

A Constituição Federal de 1988 legitima este fato por três fundamentos essenciais: todos os filhos são iguais (art.227, § 6º); igualdade de direitos (art.227, §5º) e a comunidade familiar formada por qualquer dois pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).

1.3 A DIGNIDADE E AUTONOMIA HUMANA NO ÂMBITO DO DANO MORAL

Devido sua relevância social, faz-se neste momento uma breve associação da questão da eficácia do princípio da dignidade com o plano do dano moral.

A vulnerabilidade da dignidade sob o aspecto do reconhecimento da paternidade, é caracterizada quando o filho é privado da convivência paterna, desamparado afetivamente, psicologicamente e moralmente.

A partir do momento em que o princípio constitucional da dignidade humana for comprovadamente ferido, caracteriza-se o dano moral.

De acordo com Bosch e Zavala (1975, 2c, p.36):

Em Deus se reside a importância da dignidade do homem, participação criada do Ser Divino. O Homem é um ser que é, em si e em sua projeção, um sujeito de direitos em um âmbito irredutível de autonomia e liberdade, e ao mesmo tempo, possui uma dimensão social que não é fruto de um pacto da história, senão que lhe corresponde por sua natureza. Todos

os demais interesses personalíssimos, se vertebram a partir da essencial dignidade de todo ser humano.

Considera-se o ser humano como pessoa portadora de dignidade, pelo simples fato de existir, caracterizado por sua razão e liberdade.

Estas características nos tornam responsáveis por nossos atos e a partir do momento que por uma escolha, livre manifestação ou decisões, causamos algum mal a outrem, o Estado intervirá a seu favor, como agente punitivo.

O homem em sua existência é possuidor de um valor moral personalíssimo e intransferível.

A Declaração dos Direitos Humanos cita em seu artigo 1º, “somos dotados de razão e consciência e devemos agir em relação aos outros com espírito de fraternidade”.

Atrela-se a idéia de dano moral à ética, aos costumes, com isto em nenhum livro encontram-se conceitos exatos acerca dele. Cabe ao seres humanos estabelecer seus conceitos próprios, tendo em mente que a partir de momento que atitudes ferirem a terceiros, estas não ficarão impunes.

1.4 A POLÊMICA: PAIS, FILHOS E DANOS

O tema “família” é considerado para muitos de alta complexidade. Não pela definição explicitada no ordenamento jurídico, que estabelece o vínculo entre pais e filhos, mas pela extensão a que se este vínculo denota.

Por muitos anos, a concepção familiar era estritamente genética. Reconhecia-se a filiação apenas quando havia laços sanguíneos comuns. As relações entre pais e filhos eram mais frias, impessoais e autoritárias.

Os filhos seguiam modelos pré-estabelecidos e muitas vezes eram desejados apenas para que a família se perpetuasse.

Com o passar dos anos, este vínculo foi ocupando um campo não muito explorado: o afetivo.

Vê-se na atualidade com bastante freqüência, casos em que filhos

adotados são criados com tanto amor e carinho que o fato de serem adotados se torna ínfimo, apenas um detalhe, para que filhos e pais pudessem verdadeiramente se unir em uma relação pautada no amor, respeito e fraternidade.

E a filiação de uma forma muito simplificada, poderia ser resumida nestas três palavras: amor, respeito e fraternidade. Não importa qual a origem do filho, se adotado, se havido fora do casamento, se considerado como filho apenas por laços sentimentais. Não se deve importar se o filho foi fruto de um casamento que não obteve sucesso, é preciso distinguir os tipos de relações humanas. O casamento pode por diversos motivos se romper, já os laços que envolvem a relação paterno-filial, jamais poderão ser rompidos.

Conclui-se que não é importante ressaltar a origem do vínculo, mas o vínculo.

No ordenamento jurídico brasileiro encontram-se vários dispositivos, constitucionais ou não, onde se aborda e assegura-se a existência do direito-dever paterno de proteger e zelar por seu filho, não englobando apenas o aspecto física como também o psíquico.

Tem-se como exemplo a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, onde se proclama no art. 71 o direito da criança a conhecer seus pais e ser cuidada por eles.

No plano da legislação ordinária, reafirma o Estatuto da Criança e do Adolescente por meio da Lei 8069/90, “o direito da criança e do adolescente a ser criado e educado no seio de sua família, incumbindo aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”.

No âmbito do Código Civil, também os artigos 1566, 1583 a 1590 e 1584 a 1586, asseguram o papel paternal não só em seu aspecto financeiro como social.

Tem-se que se caracterizado o dano moral, é possível pleiteá-lo em casos que com a falta de cumprimento das obrigações paternas, no sentido

de privação de convivência, abandono afetivo e ético; o filho tenha sofrido danos psíquicos, tendo sido ferido no que a Constituição o assegura, através do princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se que a função da indenização por danos morais na relação paterno-filial de forma alguma seria a de restituir o afeto, visto que dinheiro e amor não se encontram no mesmo plano. Sua função seria a de neutralizar o mal causado e inserir na sociedade o costume e a consciência de que a presença é fundamental para a criação. Não só a reprodução é importante, mas tudo o que posteriormente dela decorre.

Vários questionamentos farão parte na vida um filho, cujo pai o abandonou. O construir diário de uma história não pode se dar sem a presença de um de seus protagonistas.

O papel paternal é discutido frequentemente nas Varas de família no sistema judiciário. Vê-se com freqüência no Brasil, dentre outros casos, a especulação do caráter genético, a propagação dos exames de DNA, e as questões financeiras como a pensão alimentícia.

Isto faz com que a sociedade acostume-se a cobrar do pai apenas sua função econômica, sendo que não apenas dela é formada a felicidade e necessidade de uma criança.

A partir do momento em que não é cumprido o verdadeiro papel dos pais, qual seja o de prestar assistência material, emocional e sociopedagógica, está constituído o dano e este há de ser reparado.

Quando se comprova que o filho é dotado de traumas, por ter sido privado da convivência paternal e de não ter sido atendido devidamente, necessário se faz valer-se da responsabilidade civil através do dano moral, a tão discutida questão da indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais.

1.5 CONCLUSÃO

A partir do conceito de constitucionalização do direito civil, que elevou ao

plano constitucional os princípios fundamentais inerentes ao Direito Civil, discuti-se a correlação entre o reconhecimento genético de paternidade com o princípio da afetividade na filiação.

Indaga-se, pois quão atrelado está a este princípio, a possibilidade de uma indenização moral quando identificada sua violação.

Um dos assuntos mais polêmicos e que ultrapassa nossa normatização, atingindo campos de cunho emocional e psicológico, é o reconhecimento da paternidade.

Até que ponto o filho pode e deve ser ressarcido pela falta de apoio, não só material, mas psicológica e moral que lhe é garantido desde seu nascimento?

As relações familiares foram sofrendo transformações ao longo de nossa evolução histórica.

Um dos assuntos mais polêmicos e que ultrapassa nossa normatização, atingindo campos de cunho emocional e psicológico, é o reconhecimento da paternidade.

Até que ponto o filho pode e deve ser ressarcido pela falta de apoio, não só material, mas psicológica e moral que lhe é garantido desde seu nascimento?

As relações familiares foram sofrendo transformações ao longo de nossa evolução histórica.

Nossa Carta Magna, bem como o Código Civil de 2002, consagra alguns direitos da personalidade (arts. 11 a 21), direitos estes que se voltam muito mais para a situação existencial do indivíduo do que para seu patrimônio.

No intuito de solucionar os conflitos inerentes ao nosso sistema judiciário e objetivando resguardar ao indivíduo seus direitos e garantias fundamentais tornaram-se válidas e eficazes a aplicação de danos morais, numa tentativa de se prevenir, reparar e repreender o indivíduo que venha a violar os direitos da personalidade.

De fato não se pretende com tal indenização, obrigar um pai a gostar de

seu filho, visto que certos valores e sentimentos não são comprados. O objetivo é fazer com que a sociedade possa refletir de forma mais intensa da tamanha responsabilidade de trazer um filho ao mundo e suas conseqüências efetivas e materiais decorrentes de seu futuro abandono.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto. **Aspectos da paternidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PASTORE, Regina. **Uma reflexão sobre a psicanálise**. São Paulo: Ano 7, 1979.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. São Paulo, Lejus, 1999.