

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL**

NACOUL BADOUI SAHYOUN

**OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS, E AS OBRIGAÇÕES,
NO PODER FAMILIAR.**

FRANCA - SP

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

NACOUL BADOUI SAHYOUN

**OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS, E AS OBRIGAÇÕES,
NO PODER FAMILIAR.**

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.

Orientador: Prof. Dr. Artur Marques da Silva Filho

FRANCA-SP

2008

Sahyoun, Nacoul Badoui

Os direitos personalíssimos, e as obrigações, no poder familiar / Nacoul Badoui Sahyoun. –Franca : UNESP, 2008

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História, Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito de família – Brasil. 2. Direitos personalíssimos.
3. Poder familiar.

CDD – 342.16

NACOUL BADOUI SAHYOUN

**OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS, E AS OBRIGAÇÕES,
NO PODER FAMILIAR.**

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Artur Marques da Silva Filho

1º Examinador: _____

Prof. Dr. Euclides Celso Berardo

2º Examinador: _____

Prof. Dr. Luiz Antonio Soares Hentz

Franca, ____ de _____ de 2.008.

“Para as pessoas convocadas à felicidade que encontrem na família, como eu na minha, recôndito de paz, realização, amor e crescimento”.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Artur Marques da Silva Filho que, na condição de Presidente da Associação Paulista de Magistrados – Apamagis, literalmente, ousou firmar convênio com a Unesp para viabilizar aprimoramento científico aos Magistrados;

Aos Professores da Unesp que disponibilizaram seus conhecimentos para engrandecimento de seus mestrados;

Aos funcionários da Unesp, notadamente da Pós-graduação e Biblioteca que não pouparam esforços, e simpatia, para levar a bom termo o mestrado;

A todos que, direta ou indiretamente, explícita ou anonimamente, contribuíram para que o sonho se tornasse realidade;

Aos quatro tesouros de minha nau, fruto do amor filial, pelas preciosas horas subtraídas do convívio, como alento pela carreira que almejam;

Especialmente para Vane, companheira de todas as horas, sem a qual o ideal do mestrado jamais sairia da idéia e nem passaria pela formatação.

PÉ DE MILHO

Edgard de Moura Bittencourt¹

Há alguns anos, um pouco antes do Natal, três magistrados de São Paulo tentaram uma jurisprudência original. Depois de perderem o sono no longo exame de alguns volumes de autos, nos quais se debatia o destino de duas crianças, resolveram suspender a sessão do Tribunal e ir ouvi-las, sem toga nem escrivão. De nada valiam para um convencimento espontâneo a inspirar a decisão feliz e desejada, os amontoados de depoimentos, atestados e laudos, que o processo reunia. Menos ainda as injúrias trocadas pelos pretendentes à guarda dos menores. O importante era ouvi-las, recolhendo daquelas *larvazinhas de almas humanas* o ideal de felicidade que não está só nos esquemas dos adultos.

E os juízes foram ouvi-las, dando o que falar a muita gente. Nunca se soubera de diligência assim, que violentasse a praxe e a tradição. Se o precedente vingasse, iria a Corte interromper sempre seus julgamentos, ou só o faria, como no caso, se se tratasse de gente rica? Outras vozes elogiavam a conduta dos magistrados, vendo nela *a beleza de uma Justiça*, redargüindo que com os pobres eles fariam o mesmo, quando os pobres atrapalhassem, como os ricos, a simplicidade e a pureza dos autos.

A jurisprudência foi tentada, mas não vingou na Corte.

Foi assim que eu vi nascer um Pé de Milho no terreiro da Justiça. Terreiro parecido com o do Pedro Pescador, que Maurício Goulart inventou para movimentar, no meio de sonhos, crenças, superstições, maldades e burrices - os corações dos simples e a alma da natureza. Em *Joana* (este poema cândido de símbolos nítidos), o ideal do bem ora chega a ser milagre, ora coisa do capeta, quando deveria ser espontâneo como a bondade da terra.

Eu vi nascer um Pé de Milho no terreiro da Justiça no dia em que aqueles três juízes, fechando volumes de autos e de Códigos, foram em busca do coração das crianças, para sentirem seus planos de felicidade, ou para estancarem nelas as angústias da saudade materna.

¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 5. ed. Campinas/SP: Millennium, 2002. p. 198-199.

Se naquele tempo *Joana* existisse, os magistrados não necessitariam de outras palavras para justificar a diligência temerária. Bastaria que invocassem o poema de Maurício.

“Era preciso preservar Joana das ruindades do mundo”.

“Pedro gostava que a filha, como as cigarras, vivesse de bem com a natureza, em comunhão com as coisas simples”.

“Não se tira o brinquedo de uma criança”. “De que vale para uma criança ganhar o mundo inteiro se perder o seu brinquedo?”

“As pessoas grandes não sabem nada, por isso é que as crianças choram”. Não sabem nada, ou pensam que sabem muito.

Naquele dia, os magistrados largaram um pouco as provas e os livros e colocaram as crianças no colo, fizeram com que elas pousassem suas cabecinhas em seu peito, para sentirem que dali de dentro vinham sons mais persuasivos do que os dos lábios. Puderam, assim, obter a confiança dos petizes e conseguir bases mais precisas do que as dos autos. E quem sabe se, depois, eles convenceriam as próprias crianças quando proferissem a decisão final. Porque ninguém as convence, senão quando o fio do argumento tem suas extremidades atadas nos corações dos que falam e dos que ouvem.

As crianças não querem saber de educação nem de moral, antes que lhes matem a sede e a fome de carinho. Por isso é que o caminho da educação e da moral está na psicologia dirigida ao coração.

O direito à felicidade não será desrespeitado impunemente. O juiz pode ser o fotógrafo ambulante (lembrado ainda pelo autor de *Joana*), que está sempre perto da felicidade e que não quer outro ofício em que se tem de viver à custa da dor ou da necessidade de seus semelhantes. Mas também não será o fotógrafo da dor e do erro, para considerá-lo como simples fenômeno catalogado nos códigos, em sua conseqüência fria da justiça das sanções.

O destino das crianças não deve estar ligado ao pecado dos outros. Para preservá-las das ruindades do mundo é que há, nas normas a ela dirigidas, maior solicitação da lei aos juízes.

O Pé de Milho, plantado na véspera, cresceu e no dia seguinte quase já dava espiga. Atiçou ódios, despeitos e cupidez. E Pedro abraçando a filha que Deus levou, nunca mais plantou outro...

SAHYOUN, Nacoul Badoui. **Os direitos personalíssimos, e as obrigações, no poder familiar** 2008. 233f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" Franca, 2008.

RESUMO

Os direitos personalíssimos, o direito de família e a responsabilidade civil, entrelaçados, proporcionam instrumentos hábeis à proteção e tutela da dignidade da pessoa enquanto sujeito de direitos e obrigações. Erigidos a princípio constitucional, em cláusula pétrea, e tutelados pela legislação ordinária, os direitos personalíssimos exprimem valores inerentes e fundamentais da pessoa enquanto ser provido de dignidade que augura, desde a concepção, prévia, pronta, efetiva e integral proteção de seus elementares direitos por parte do ordenamento jurídico. Isso porque os direitos personalíssimos, na verdade, constituem-se no princípio, meio e fim da pessoa. É, outrossim, no seio familiar, fruto do casamento, união estável ou relacionamento eventual, que os direitos personalíssimos brotam e encontram solo profícuo para desenvolvimento. O poder familiar, em processo de evolução que transcende os limites históricos, extrapolando o âmbito do direito de família, diversamente do que ocorria outrora, modernamente, mais que direito, constitui-se em fonte de obrigações para, primeiro, tornar-se esteio norteador do aprimoramento da pessoa na busca da plenitude de seus direitos personalíssimos; segundo, gerar responsabilidade civil para aqueles que concebem e exercem-no, tanto no que tange aos diretamente ligados entre si, pelos vínculos familiares, quanto os decorrentes de relações estabelecidas junto a terceiros. Destinado a obstar perdas indevidas, no que tange aos bens, de qualquer espécie, amealhados em razão de lúcido esforço, e prestando-se como corretivo para ressarcimentos materiais e morais, decorrentes de atos ilícitos, tanto na tutela dos direitos personalíssimos quanto nas lesões de direito de família, a responsabilidade civil presta-se, precipuamente, como instrumento de pacificação social, para, na via jurisdicional, evitar o locupletamento ilícito às custas do empobrecimento indevido. As obrigações, destarte, enquanto fontes do direito, geram responsabilidade para quem propõe-se não permanecer inerte, comprometendo-se, tanto no campo afetivo, estreitando laços e gerando vínculos, quanto no material, formalizando pactos, empreendendo, ou, até, incorrendo em atos lesivos. O crescimento físico, intelectual, moral, psíquico, afetivo e patrimonial, vicissitudes da existência humana, proporciona à pessoa plena realização para que, numa convivência social, pautada em conformidade ao ordenamento jurídico, obtenha o reconhecimento de sua dignidade que, eventualmente, negada ou transgredida, sujeitará o transgressor às sanções cominadas.

Palavras-chave: Direitos personalíssimos; Direito de família; Obrigações; Responsabilidade civil e Dano moral.

SAHYOUN, Nacoul Badoui. **The inalienable rights, and the duties, in the power of the family.** 2008. 233f. Dissertation Thesis (Mestrado em Direito) Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” Franca, 2008.

ABSTRACT

The inalienable rights and those concerned to the family and civil responsibility make an interwoven tissue that provides the legally qualified tools to the protection and tutorship of the person dignity as an individual with rights and duties. Upraised to a constitutional principle, understood as a fundamental clause, and tutored by the ordinary legislation, the inalienable rights express the person's inherent values as a being provided with dignity that, since the conception, augurs previous, ready, effective and integral protection to his fundamental rights by the juridical ordainment. This is so because the inalienable rights actually consist in the whole purpose of the person. Likewise it is within one's family, resulting from a marriage, stable union or occasional relationship, that the inalienable rights originate and find advantageous ground for development. The family power, in an evolutionary process that transcends the historical limits and extrapolates the ambit of the family's rights, unlikely what formerly occurred, nowadays more than a right constitutes the source of obligations, first, to become the lead support of a person's refinement in the search of the plenitude of his inalienable rights; second, to generate civil responsibility to those who conceive and practise it, both considering these rights directly connected by the family's entailment and the ones resulting from stablished relationship with third parts. Meant for thwarting undue losses concerning to any properties saved because of legitimate endeavor and being useful as an amendatory compensation for material and moral losses caused by illicit acts both in the tutorship of inalienable rights and injuries to the rights of the family, civil responsibility is useful chiefly as an instrument of social agreement to judicially avoid illicit enrichment at the expense of undue impoverishment. Thus, the duties, as sources of rights, generate responsibility to whom intends not to stay inert engaging himself either in the affective field, tightening ties and begetting bonds, or in the material world, formalizing agreements, undertaking business or even incurring in injurious acts. The ups and down of life, the physical, intellectual, psychic, affective and patrimonial growth afford full achievement to the person so that, in a peaceful sociability, in accordance with a juridical ordainment, he gets the recognition of his dignity that, occasionally denied or violated, subdues the infringer to comminated penalties.

Key words: inalienable rights. rights of the family. Obligations. civil responsibility. moral loss.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 DIREITOS PERSONALÍSSIMOS	17
1.1 Introdução	17
1.2 Importância	17
1.3 Antecedentes históricos.....	18
1.4 Conceito	20
1.5 Objeto.....	23
1.6 Características.....	24
1.7 Natureza jurídica.....	29
1.8 Titularidade	30
1.9 Tutela jurídica	32
1.10 Os direitos personalíssimos na Constituição Federal	35
1.11 Os direitos personalíssimos no Código Civil de 2.002	39
1.12 Pessoa física – início e fim da personalidade.....	41
1.13 Direitos do nascituro.....	42
1.14 Os direitos personalíssimos no direito de família.....	50
CAPÍTULO 2 DIREITO DE FAMÍLIA	55
2.1 Importância	55
2.2 Fontes históricas.....	56
2.3 Conceito	58
2.4 Princípios	61
2.5 Objeto.....	62
2.6 Características.....	65

2.7 Natureza jurídica.....	66
2.8 Natureza privada.....	68
2.9 O direito de família na Constituição Federal de 1988.....	74
2.10 O direito de família no Código Civil de 2.002.....	76
2.11 O direito de família na legislação extravagante.....	77
CAPÍTULO 3 PODER FAMILIAR	79
3.1 Importância	79
3.2 Origem.....	79
3.3 Notícia histórica.....	80
3.4 Conceito	82
3.5 Características.....	85
3.6 Conteúdo.....	87
3.7 Titularidade	89
3.8 Suspensão	92
3.9 Extinção	94
3.10 Poder familiar e responsabilidade civil	95
CAPÍTULO 4 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	96
4.1 Introdução.....	96
4.2 Distinção entre obrigação e responsabilidade	97
4.3 Fontes históricas.....	99
4.4 Função.....	102
4.5 Conceito	104
4.6 Espécies.....	106
4.7 Pressupostos.....	112
4.8 Ato ilícito	114

4.9 Culpa	116
4.10 Dano	119
4.11 Dano material.....	122
4.12 Dano moral.....	126
4.13 Imputabilidade e responsabilidade.....	133
4.14 Excludentes	134
4.15 Responsabilidade dos amentais.....	137
4.16 Responsabilidade dos menores.....	139

CAPÍTULO 5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ATOS DOS

FILHOS MENORES	141
5.1 Introdução.....	141
5.2 Responsabilidade civil por fato de outrem	143
5.3 Responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores.....	149
5.4 Impossibilidade dos pais acionarem o filho na via regressiva	153
5.5 Responsabilidade direta do menor.....	155
5.6 Exclusão da responsabilidade civil dos pais.....	159

CAPÍTULO 6 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NA GUARDA

DOS FILHOS	160
6.1 Introdução.....	160
6.2 Responsabilidade do genitor guardião	161
6.3 Exclusão da responsabilidade do genitor que não detém a guarda.....	165

CAPÍTULO 7 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS

ATOS PRATICADOS PELO FILHO EMANCIPADO.....	168
7.1 Introdução.....	168
7.2 Emancipação como forma de exclusão da responsabilidade.....	168

7.3 Emancipação voluntária	170
7.4 Casuística	174
7.5 Conclusão	178
CAPÍTULO 8 EFEITOS PATRIMONIAIS DO PODER FAMILIAR.....	179
8.1 Introdução.....	179
8.2 Antecedentes históricos.....	180
8.3 Conceituação.....	180
8.4 Delimitação do tema.....	183
8.5 Administração	184
8.6 Usufruto	193
8.7 Igualdade de direitos entre os pais.....	197
8.8 Problematização.....	198
8.9 Danos decorrentes.....	202
8.10 Bens excluídos do usufruto e da administração	203
CAPÍTULO 9 DANO MORAL NA RELAÇÃO FILIAL.....	204
9.1 Introdução.....	204
9.2 Problematização.....	204
9.3 Dano moral no direito de família.....	205
9.4 O dano moral devido pelo pai para o filho	211
9.5 Precedentes jurisprudenciais	214
9.6 Quantificação do dano moral	219
CONCLUSÃO	221
REFERÊNCIAS.....	223

INTRODUÇÃO

Ultima o estudo, partindo da interação decorrente dos relacionamentos pessoais, estreitar os laços entre os direitos personalíssimos e as obrigações decorrentes do poder familiar.

Isso porque as mutações decorrentes dos relacionamentos humanos, que expressam-se de forma proeminente no contexto familiar, à vista das obrigações decorrentes, ainda não foram exaustivamente exploradas pela doutrina.

Ademais, no campo obrigacional do direito de família, por muitos contestado, há relações jurídicas suscetíveis de melhor explicitação, precipuamente, no que tange aos direitos personalíssimos e os reflexos patrimoniais deles decorrentes.

Nesse contexto, portanto, imiscuindo-se na seara obrigacional do poder familiar, diga-se, ainda suscetível de desenvolvimento, adentra-se em questões polêmicas, passíveis de suscitar problematizações que, cumpre, sejam equacionadas.

A evolução social, com mudanças abruptas nos costumes, conceitos e valores, fulmina e submete a questionamento antigos preceitos que, até então, norteavam o relacionamento familiar.

Hoje, à luz de novos ordenamentos jurídicos, precipuamente o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), imperioso torna-se a análise, e eventual revisão, desses conceitos, para adequá-los à nova ordem social.

Isso porque a Carta Magna de 1988, por necessidade e interesse do Estado, e exigência da sociedade, constitucionalizou o direito de família, deslocando para o âmbito familiar o cerne de desenvolvimento dos direitos personalíssimos.

Filha da evolução, também, a família foi alcançada por essas inovações sobressaindo a necessidade de reestudá-la à luz desses novos ensinamentos.

É, pois, nesse âmbito, que, necessariamente, as relações obrigacionais, decorrentes do poder familiar, sofreram acentuadas transformações afigurando-se outras por vir.

A figura do “bonus pater familiae” está, hoje, mitigada pelo direito de família sobressaindo o aspecto obrigacional de que investido, no concernente ao dever de propiciar, àqueles a ele submetidos, o fornecimento dos meios básicos para a sobrevivência e zelosa administração patrimonial do menor.

Há, pois, uma mescla de dever moral e patrimonial, atinente aos direitos personalíssimos, que se propõe a enfrentá-la.

Outrossim, o reconhecimento da união estável, equiparada que foi ao casamento; o afastamento de óbices para a dissolução do casamento; a facilitação de novas uniões com reflexos sobre a prole; a inexistência de discriminação entre filhos; inovações essas levadas a efeito pelo legislador constituinte, dentre outras, repercutem na órbita.

Da mesma forma, a redução da idade para obtenção da maioridade civil, com conseqüente antecipação da menoridade relativa, proporcionada pelo novo Código Civil, acarreta conseqüências patrimoniais ainda não exauridas pela doutrina e nem suficientemente enfrentadas pela jurisprudência.

Isso porque a pessoa que conta dezoito anos de idade não detém, ainda, o mesmo desenvolvimento psíquico e emocional daquele que atingiu vinte e um anos de idade.

O mesmo deve ser dito em relação ao menor de dezesseis anos de idade que, também, não está provido do discernimento e maturidade de quem já conta dezoito anos, o que, também, implica na necessidade de exegese específica.

Discorre-se acerca da natureza das obrigações relativas ao poder familiar, decorrentes de imposição estatal, analisa-se o poder familiar, e as obrigações dele decorrentes, extrapolando os limites do direito privado e invadindo seara de direito público, as obrigações emanadas do poder familiar concernentemente à pessoa dos filhos e dos bens a eles pertencentes, e das relações decorrentes da administração desses direitos, a análise dos deveres dos detentores do poder familiar e a responsabilização civil dos atos praticados no exercício desse “munus”, pleitos indenizatórios de caráter moral formulados por filhos preteridos no âmbito familiar, conseqüências, perante terceiros, decorrentes da guarda, inclusive compartilhada, como corolário do poder familiar, na constância do casamento e fora dele, explicitando as conseqüências jurídicas dela decorrentes.

O conflito entre o detentor da guarda e o titular do poder familiar e a responsabilidade do civil do último perante o menor, bem como em relação a terceiros, diante dos atos praticados por quem a ele submetido, inclusive, quanto aos reflexos patrimoniais.

O legislador constituinte assegurou à criança e ao adolescente, de forma prioritária, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227 da Constituição Federal).

O legislador civil, complementando, extraiu da Constituição Federal esses conceitos e implantou-os ao longo do novo Código Civil.

Além disso, como dito, as obrigações decorrentes do poder familiar transitam tanto no direito de família, porque umbilicalmente vinculadas a personalidade, quanto no direito obrigacional, por atinentes ao relacionamento patrimonial entre entes familiares e terceiros, constituindo um dos ramos específicos do direito privado.

O levantamento doutrinário e jurisprudencial levado a efeito tem por objetivo ensejar maior transparência das obrigações advindas do poder familiar, com visualização das diversas facetas das obrigações decorrentes do poder familiar, desde a mais elementar, consistente na prestação de alimentos, até aquelas decorrentes da responsabilidade civil pelos atos praticados pelo menor sob o poder familiar.

Na finalização do trabalho foram extraídas conclusões, baseadas no vigente ordenamento jurídico nacional, quanto às obrigações decorrentes do poder familiar.

CAPÍTULO 1 DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

1.1 Introdução

A pessoa, enquanto ser humano, é detentora de direitos que lhe são inerentes e diferenciam-na de todos os demais entes, bens e coisas. Esses direitos, ditos essenciais, são ínsitos do ser humano, e constituem-se em pressupostos que viabilizam a existência, o desenvolvimento e a realização da pessoa.

Principia esse estudo, pois, de forma preliminar, pela análise dos direitos mais elementares da pessoa para desvendar os valores que lhe são inatos e inseparáveis viabilizando, em etapa subsequente, tutelá-los como exteriorização da pessoa.

Nisso consistem os direitos personalíssimos que revestem a pessoa, não apenas tutelando direitos patrimoniais mas, precipuamente, preservando e valorizando-a na sua essência.

1.2 Importância

Os tempos modernos, em resposta a anterior e diversa opção, têm revelado intensa preocupação com a pessoa humana, em sua inteireza, com priorização e proteção dos valores existenciais em detrimento dos materiais.

É nesse contexto que os direitos personalíssimos devem ser inseridos, e analisados, ou seja, como expressão de valores dignificantes da pessoa e, por corolário, dos demais e subseqüentes direitos.

Jamais, ao longo da história da humanidade, houve tamanha preocupação com a pessoa, no sentido de preservá-la e torná-la prioritária, ensejando a plena e total exteriorização da dignidade humanidade nas suas expressões física, psíquica e moral.

Entretanto, por contra-senso, nunca houve tantas situações de desrespeito e violação dos valores fundamentais da pessoa, seja a nível familiar ou no contexto social.

Depara a sociedade, pois, com dilema vez que, na proporção que os direitos personalíssimos são revelados, analisados, e melhor compreendidos, mais premente torna-se a necessidade de tutelá-los.

A pessoa, destarte, necessita de proteção, não apenas na esfera patrimonial mas, precipuamente, na preservação de seus direitos essenciais.

Na busca dessa priorização, analisando a importância do tema, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que “a previsão legal dos direitos da personalidade dignifica o homem”².

1.3 Antecedentes históricos

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 135.

Nem sempre, ao longo da existência da humanidade, a pessoa foi detentora de direitos tanto que, no direito dos povos da antiguidade ocidental, não se concebia a noção de personalidade tal qual ocorre presentemente.

Na Grécia clássica desconhecia-se a noção de individualidade.

Em Roma, por sua vez, o direito reconhecia a existência da personalidade individual, mas não conferia-lhe direitos relativamente a caracteres de sua própria natureza observando-se que os escravos não eram considerados pessoas e, conseqüentemente, não eram dotados de capacidade de direito tanto que, nos primórdios do direito romano, sequer havia legislação que os protegesse. Os estrangeiros, também, não eram titulares de direito, ao revés, eram vistos e considerados como inimigos tanto que não estavam sujeitos ao “*jus civile*” mas ao “*jus gentium*”, que era o direito das gentes, comum aos diversos povos da antiguidade. Somente após longo, árduo e penoso processo evolutivo é que, gradativamente, foi se instalando a igualdade entre nacionais e estrangeiros no que diz respeito ao direito civil.

Na Idade Média conheceu-se, por influência do cristianismo, a valorização do indivíduo com afirmação da pessoa enquanto ser, com valor absoluto, dotado de dignidade própria.

No final da Idade Moderna surgiu na França a expressão “direitos fundamentais” e, a partir de então, reiteradamente, floresceu, na esfera civil, a preocupação com os “direitos humanos” e, conseqüentemente, com a pessoa em sua própria natureza e não apenas como detentora ou proprietária de bens.

Experimentou-se, nas legislações do século XIX, a instituição da reciprocidade entre as nações ensejando que os estrangeiros de um país somente teriam direitos em nação estranha se essa outra, também, adotasse idêntica postura para com os estrangeiros daquele.

O respeito à pessoa, portanto, consolidou-se na humanidade somente a partir da segunda metade do século XX, precipuamente, nas duas últimas décadas, quando os valores próprios de cada pessoa foram incorporados às mais diversas legislações.

O estudo dos direitos personalíssimos, destarte, tem por base a evolução da pessoa que, a partir do cristianismo, deixou, na frase feliz de Silvio Romero Beltrão, de ser objeto do mundo para transformar-se em sujeito do mundo.

1.4 Conceito

Por meio dos direitos personalíssimos alude-se a uma somatória de bens e valores que, por serem inerentes a pessoa, com ela confundem-se e constituem expressão da personalidade da própria pessoa.

Para conceituação dos direitos personalíssimos parte-se da premissa que gravitam no âmbito extrapatrimonial da pessoa prestando-se, o ordenamento jurídico, a tutelar a elevada gama de direitos que não são passíveis de mensuração econômica. Tais direitos personalíssimos podem ser catalogados como aqueles que visam preservar a vida, a liberdade, a integridade física, a honra, a intimidade, o nome, etc.

Silvio Rodrigues, na conceituação de direitos personalíssimos, alude à existência de dois tipos de direitos “uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são”³.

Obviamente que a gama de direitos passível de ser desconectada de seu titular há de ser considerada como de natureza não essencial. Nesse campo, obviamente, situam-se aqueles direitos de caráter patrimonial. Ao revés, em sentido

³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1. p. 61.

contrário, detectada a indissociabilidade do titular em relação ao direito exercido, inequivocamente, há de concluir-se pela caracterização do direito personalíssimo.

Silvio Romero Beltrão, nesse particular, principia asseverando que:

[...] os direitos da personalidade vêm tradicionalmente definidos como direitos essenciais do ser humano, os quais funcionam como o conteúdo mínimo necessário e imprescindível da personalidade humana. A justificativa teórica para atribuir caráter de direitos inatos aos direitos da personalidade volta-se à circunstância de se tratar de direitos essenciais, naturais à pessoa humana que remetem a sua existência ao mesmo momento e ao mesmo fato da existência da própria pessoa [...] podem-se definir os direitos da personalidade como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas⁴.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”⁵.

Francisco Amaral, com extrema objetividade, preleciona que:

[...] direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. Como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo; no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor; e no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos. A tutela jurídica dos direitos da personalidade [...] é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte básico o princípio fundamental expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira, o da dignidade da pessoa humana⁶.

⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 24-25.

⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 134.

⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 247-248.

Apoiada em escólio de Gofredo da Silva Telles Junior, Maria Helena Diniz conclui que:

[...] os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc [...] os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta. A vida humana, por ex., é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. A vida não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito a uma pessoa sobre si mesma. Na verdade, o direito à vida é o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos. Logo, os direitos da personalidade são direitos subjetivos “excludendi alios”, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial⁷.

Discorrendo acerca dos direitos personalíssimos Arnaldo Rizzardo assevera que:

[...] são essenciais à plena existência da pessoa humana, à sua dignidade, ao respeito, à posição nas relações com o Estado e com os bens, à finalidade última que move todas as instituições, eis que tudo deve ter como meta maior o ser humano⁸.

Cita, inclusive, Milton Fernandes para quem:

[...] são os direitos que cada ser humano, sempre com base no ordenamento jurídico de cada país, pode pretender a respeito de suas qualidades específicas e da explicação de suas atividades próprias⁹.

Os direitos personalíssimos são, segundo Alcino Pinto Falcão:

[...] aqueles direitos subjetivos cuja função, respeito à personalidade, se especializa, constituindo o minimum necessário e

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 119-120. (destaque do autor).

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral ao código civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 151.

⁹ FERNANDES, 1997, p. 39 apud RIZZARDO, 2005. v. 1. p. 151.

imprescindível do seu conteúdo. São estes os direitos essenciais para a personalidade, sem os quais os demais direitos subjetivos perderiam todo o interesse para a pessoa ¹⁰.

Segundo os franceses Mazeaud: *“los derechos de la personalidad no pueden ser separados, escindidos, de la persona, de la que no son sino una prolongación necesaria; más exactamente, no son susceptibles de cambiar de titular. Son, pues, intransmisibles”*¹¹.

Chega-se, dessa forma, à conclusão que o conceito de direitos personalíssimos vincula-se diretamente à pessoa realçando bens e valores intimamente ligados a ela que, se desvinculados, desfiguram-na enquanto ser dotado de dignidade.

Os direitos personalíssimos, em derradeira conceituação, confundem-se com a própria pessoa, no que ela tem de mais valioso, pois exteriorizam o que ela é e representa.

1.5 Objeto

A pessoa é um valor em si mesma e não apenas um meio para os fins dos outros de modo que há quem diga, face a íntima ligação entre os direitos personalíssimos e a pessoa que os titulariza, que sujeito e objeto se confundem. É o que ocorre, por exemplo, com a vida que constitui-se em pressuposto para exercício de outros direitos.

¹⁰ RIZZARDO, 2005, p.152.

¹¹ RIZZARDO, op.cit., p. 152.

Os direitos personalíssimos, portanto, segundo Edson Ferreira da Silva “são esses direitos que integram a própria noção de pessoa, como a vida, a honra, a integridade física, a imagem, a privacidade etc”¹².

Castan Tobeñas, assevera que “a vida, a integridade física ou moral, o nome, etc., não constituem direitos da pessoa – como se fossem algo separado e distinto dela, algo que a pessoa tem e que poderia não ter -, senão que são a pessoa mesma”¹³.

Segundo Francisco Amaral “o objeto dos direitos da personalidade é o bem jurídico da personalidade, como conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual”¹⁴.

Dada a magnitude e relevância não é possível delimitar a totalidade dos direitos personalíssimos existentes no ordenamento jurídico. Entretanto, tutelam-se, destarte, dentre outros, o direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à igualdade, à honra, à dignidade, à identidade, ao respeito, à imagem, à voz, à liberdade de pensamento e expressão, ao nome, à intimidade, à privacidade, ao recato, à proteção após a morte, à disposição do próprio corpo, à mudança de sexo, à segurança, ao sigilo, à informação, o direito de autor e de inventor.

1.6 Características

Na condição de direitos essenciais, vinculados diretamente a valores inerentes da pessoa e revestidos de predicados impostergáveis, pela relevância do que representam, os direitos personalíssimos diferenciam-se dos demais direitos de natureza comum ou ordinária.

¹² SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 6.

¹³ TOPEÑAS, Castan. 1916. p. 19 apud SILVA, E. F., op. cit., p. 7.

¹⁴ AMARAL, op. cit., p. 250-251.

Dizem respeito, basicamente, à própria vida, à liberdade e às manifestações de pensamento.

Por essa razão os direitos personalíssimos primam, precipuamente, pelas características de irrenunciabilidade, intransmissibilidade e ilimitação acrescidos, também, dos atributos de serem absolutos, imprescritíveis, vitalícios, incondicionais, inexpropriáveis e impenhoráveis.

São essas características que, primeiro, priorizam a tutela, dos direitos personalíssimos e, segundo, diferenciam-nos dos demais direitos ditos comuns.

Silvio Rodrigues, reproduzindo o civilista espanhol Diego Espín Canovas:

[...] proclama que a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis a ela inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros constituem o fundamento da ordem política e da paz social [conclui] que há prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, que o ordenamento jurídico reconhece e que a jurisprudência protege. Aliás todos os escritores que se ocupam da matéria, estrangeiros e nacionais, reconhecem a existência desses direitos que estão fora do comércio, que são inalienáveis, intransmissíveis e que merecem a proteção da lei não só contra as ameaças e agressões da autoridade, como contra as ameaças e agressões de terceiros. particulares¹⁵.

A irrenunciabilidade e intransmissibilidade dos direitos personalíssimos implica que seus titulares não podem deles dispor, transmiti-los, renunciá-los ou abandoná-los, porque inseparáveis da pessoa.

Inadmite-se, destarte, em se tratando de direitos personalíssimos, que seu titular possa, de alguma forma, transacioná-los, porque não mensurados econômica ou financeiramente, embora se possa, a título de reparação por eventual lesão, atribuir ao lesado determinado importe monetário.

¹⁵ CANOVAS, 1982, p. 401 apud RODRIGUES, 2002. v.1. op. cit., p. 64.

Não obstante os direitos personalíssimos sejam intransmissíveis, porque da personalidade, e somente pela pessoa ofendida poderão ser reclamados, não constitui-se em óbice exigir reparação pecuniária na hipótese de ofensa, extensiva aos sucessores, segundo os ditames do artigo 943 do Código Civil¹⁶, inclusive, com precedente jurisprudencial oriundo do Superior Tribunal de Justiça no sentido que “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima” (RSTJ 71/183)¹⁷.

Os direitos personalíssimos, que nascem com a pessoa, apenas com o desaparecimento de seu titular extinguem-se, ou seja, são vitalícios, e perduram por toda a vida.

Embora admita-se que alguns atributos da personalidade, como o direito a imagem, possam ser objeto de cessão, inequivocamente, a ninguém é dado desfrutar em nome de outrem de bens como a vida, a honra e a liberdade.

Sílvio de Salvo Venosa, a propósito, preleciona que:

[...] são extrapatrimoniais porque inadmitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivo de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração¹⁸.

Isso leva à conclusão, segundo Carlos Roberto Gonçalves, que “a indisponibilidade dos direitos da personalidade não é absoluta, mas relativa”¹⁹.

¹⁶ BRASIL. Lei n 10.825, de 22 de dezembro de 2003. Dá nova redação aos arts. 44 e 2.031 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 22 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/2003/L10.825.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas. 2007. v.1. p. 169

¹⁹ GONÇALVES, 2003. v. 1, op.cit., p. 156.

Porque intrínsecos a todas as pessoas, os direitos personalíssimos têm caráter geral e, por serem oponíveis “erga omnes” impondo a todos um dever de observância, têm caráter absoluto.

Dessa forma, o titular de um direito personalíssimo ofendido poderá defendê-lo, inclusive, mesmo contra terceiro que não tenha qualquer relação jurídica com a lesão originária.

Os direitos personalíssimos são ilimitados sendo o rol previsto nas legislações, além de genérico, meramente exemplificativo, porque não se concebe a restrição dos direitos personalíssimos a uma catalogação inserta em textos legais.

Gilberto Haddad Jabur, acerca do tema, ministra que “os direitos da personalidade são, diante de sua especial natureza, carentes de taxação exauriente e indefectível. São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa”²⁰.

À medida da evolução da sociedade, seja no campo social, econômico ou científico, o que se tem verificado é o surgimento de novos, ou a proliferação dos existentes, direitos personalíssimos.

Oportuno ressaltar que, embora sejam ilimitados, os direitos personalíssimos poderão, eventual e especificamente, ceder lugar a outros interesses jurídicos tutelados com maior envergadura, tais como os direitos difusos, coletivos e públicos.

Não obstante a demora na busca de reparação pecuniária de eventual lesão a direitos personalíssimos esteja sujeita a prazo prescricional, a tutela específica desses direitos, porque ínsitos a personalidade, não se vincula a prazo delimitado, de modo que são imprescritíveis. Portanto, não se extinguem os direitos personalíssimos, tão só, pelo uso, decurso de tempo ou inércia na sua defesa.

²⁰ JABUR, 2000 apud VENOSA, 2007. v.1, op.cit., p. 168.

Os direitos personalíssimos, porque inerentes a pessoa humana, também, não estão sujeitos a penhora ou desapropriação porque, se assim fosse, perderiam o caráter de inseparabilidade em relação a seu titular bastando, para tanto, imaginar, em caso de leilão ou adjudicação, a impossibilidade de se ultimar eventual expropriação judicial desses direitos.

Os direitos personalíssimos, porque adquiridos por ocasião da concepção, acompanham seu titular até o óbito usufruindo, dessa forma, do atributo da vitaliciedade. Há, inclusive, por expressa disposição legal, tutela jurídica para lesão a direitos personalíssimos após o óbito de seu titular, nos termos do artigo 12, parágrafo único, do Código Civil. Os direitos personalíssimos sequer são passíveis de transmissão, a título de causa “mortis” ou mesmo renunciáveis.

Maria Helena Diniz, a propósito, conclui que:

[...] os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. São absolutos, ou de exclusão, por serem oponíveis erga omnes, por conterem, em si, um dever geral de abstenção. São extrapatrimoniais por serem insuscetíveis de aferição econômica, tanto que, se impossível for a reparação in natura ou a reposição do statu quo ante, a indenização pela sua lesão será pelo equivalente. São intransmissíveis, visto não poderem ser transferidos à esfera jurídica de outrem. Nascer e se extinguem ope legis com o seu titular, por serem inseparáveis. Deveras, ninguém pode usufruir em nome de outra pessoa bens como a vida, a liberdade, a honra etc. São em regra, indisponíveis, insuscetíveis, mas há temperamentos quanto a isso²¹.

Sílvio de Salvo Venosa, supedaneado em Guilherme Borba, reproduz ensinamento que atribui aos direitos personalíssimos as seguintes características:

[...] a) são inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; b) são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são imprescritíveis porque perduram enquanto perdurar a personalidade,

²¹ DINIZ, 2007. v. 1. op. cit., p. 120.

isto é a vida humana. Na verdade, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento;..c) são inalienáveis, ou, mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque, em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; d) são absolutos, no sentido de que podem ser opostos erga omnes²².

Por fim, as limitações aos direitos personalíssimos, se admitidas, decorrem da própria lei que eventualmente instituiu-os.

1.7 Natureza jurídica

Muito se discutiu, e se controverteu, acerca da natureza jurídica dos direitos da personalidade, perquirindo-se, inclusive, se são direitos da personalidade ou direitos personalíssimos.

As correntes doutrinárias que controvertiam podiam ser agrupadas em duas, a positivista pugnando que os direitos personalíssimos eram somente aqueles reconhecidos pelo Estado, ao passo que a segunda sustentava que os direitos personalíssimos correspondiam às faculdades exercidas naturalmente pela pessoa e que se constituíam em verdadeiros atributos inerentes à condição humana.

Tudo apontava, entretanto, para que fossem considerados como direito subjetivo tanto que, presentemente, constitui-se em consenso doutrinário considerar os direitos personalíssimos como direitos subjetivos porque implicam na criação de um dever jurídico de abstenção para todos os membros da sociedade.

O reconhecimento dos direitos personalíssimos como categoria de direitos subjetivos é relativamente recente.

Francisco Amaral, nesse sentido, leciona que:

²² BORBA, 1991 apud VENOSA, 2007. v.1., op. cit., p. 169.

[...] é de consenso considerá-lo direito subjetivo que tem, como particularidade inata e original, um objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada, nos seus aspectos essenciais e constitutivos, pertinente à sua integridade física, moral e intelectual. Da natureza do próprio objeto, vale dizer, da sua importância, decorre uma tutela jurídica “mais reforçada” do que a generalidade dos demais direitos subjetivos, já que se distribui nas esferas de ordem constitucional, civil e penal²³.

Arnoldo Wald sustenta, com propriedade, que “os direitos da personalidade são verdadeiros direitos subjetivos, pois implicam criar um dever jurídico de abstenção para todos os membros da coletividade”²⁴.

São, portanto, os direitos personalíssimos direitos subjetivos de natureza privada.

Não é demasiado registrar, porém, a ressalva de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho para quem:

[...] independentemente da linha adotada, o importante é compreender que a dimensão cultural do Direito, como criação do homem para o homem, deve sempre conservar um conteúdo mínimo de atributos que preservem essa própria condição humana como um valor a ser tutelado²⁵.

1.8 Titularidade

O ser humano é o titular dos direitos personalíssimos.

Francisco Amaral, nesse particular, assevera que:

[...] sujeitos titulares dos direitos da personalidade são todos os seres humanos, no ciclo vital de sua existência, isto é, desde a concepção, seja esta natural ou assistida (fertilização in vitro ou

²³ AMARAL, op. cit., p. 249. (destaque do autor)

²⁴ WALD, Arnoldo . **Curso de direito civil brasileiro**: introdução e parte geral. 10. ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração de Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. v. 1. p. 121.

²⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 138.

intratubária), como decorrência da garantia constitucional do direito à vida²⁶.

Toda pessoa é dotada de personalidade porque é o sujeito das relações jurídicas, independentemente de qualquer atributo ou predicado, de modo que a personalidade está umbilicalmente ligada a pessoa, pois expressa a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

O direito foi constituído pela, para, e por causa da pessoa, visando viabilizar, harmonizar e normatizar a vida em sociedade, de forma que, presentemente, ela centraliza todos os cuidados do ordenamento jurídico e constitui-se na atenção do pensamento contemporâneo.

Designa-se, outrossim, como pessoa natural vislumbrando-se nela, tal qual existe, predicados que sua individualidade engloba conferindo-lhe os atributos da personalidade.

Discorrendo acerca da personalidade, de forma Insuperável, Caio Mário da Silva Pereira assevera que:

[...] não depende esta da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre de preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável²⁷.

Caio Mário da Silva Pereira, mais uma vez, alerta que o respeito pela pessoa constitui-se conteúdo fundamental do ordenamento jurídico e norteia as tendências jurídicas, tornando atual, após milênios, a sentença de Hermogeniano

²⁶ AMARAL, op. cit., p. 251. (destaque do autor)

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1. p. 214.

“*omne ius hominum causa constitum est.*” Constituído o direito por causa do homem, centraliza este todos os cuidados do ordenamento jurídico e requer a atenção do pensamento contemporâneo”²⁸.

A defesa desses direitos é extensiva aos nascituros que, embora não sejam dotados de personalidade jurídica à luz do ordenamento pátrio, têm seus direitos expressamente ressalvados, com adiante será expandido.

Excepcionando os entes morais, o ordenamento jurídico concede, com exclusividade, à pessoa a personalidade excluindo, destarte, os demais seres inanimados.

As pessoas jurídicas, por expressa ressalva legal, segundo o disposto no artigo 52 do Código Civil, também são titulares de direitos personalíssimos.

A circunstância dos animais serem protegidos contra maus tratos, inclusive em diplomas legais específicos, contudo, não implica que sejam dotados de personalidade, assim procedendo-se, apenas e precipuamente, pelo que são e representam, para as próprias pessoas, respeito aos seres vivos, e óbice a brutalidade.

1.9 Tutela jurídica

Valor algum terá a pessoa se não houver mecanismos jurídicos eficazes que garantam a observância dos direitos que lhe são inatos.

Eroulths Cortiano Júnior, acerca da tutela jurídica dos direitos personalíssimos, preleciona que:

²⁸ PEREIRA, C.M.S., op. cit., p. 216. (destaque do autor)

[...] em campo de proteção à pessoa humana mostra-se necessário reviver a noção de direito subjetivo, fazendo-a voltar a reunir-se com a noção de liberdade. Este encontro de noções assegura ampla proteção à pessoa humana, já que a) garante os direitos da personalidade como categoria anterior e superior ao Estado, e portanto inatacável por este; b) assegura sua proteção no mais alto nível legislativo, a Constituição; c) permite entender a ordem jurídica como unitária, e assim aplicá-la; d) sustenta a proteção individualizada (tipificada) dos direitos da personalidade em compasso com o reconhecimento de um direito geral da personalidade²⁹.

A tutela jurídica dos direitos personalíssimos, no ordenamento pátrio, está regulamentada, primeiro, pela Constituição Federal³⁰; segundo, pelo Código Civil; e, terceiro, por inúmeros diplomas legais que, direta ou indiretamente, prestam-se a preservar e garanti-los.

Os direitos personalíssimos são tutelados juridicamente, segundo Francisco Amaral, em dois níveis; quais sejam, o primeiro, e precípua, de natureza constitucional que “reúne os princípios que organizam e disciplinam a organização da sociedade”; e o segundo, de índole infra-constitucional, especificamente, que diz respeito a legislação ordinária e “desenvolve e normatiza esses princípios”³¹.

Francisco Amaral, em seguida, conclui, que

[...] pode-se dizer que a proteção aos direitos da personalidade é de natureza constitucional, no que diz respeito aos princípios fundamentais que regem a matéria e que estão na Constituição, e é de natureza civil, penal e administrativa, quando integrante da respectiva legislação ordinária³².

²⁹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luis Edson. (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 50. (destaque do autor)

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 56 de 20 de dezembro de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/con1988/CON1988_20.12.2007/index.htm>. Acesso em: 10 out. 2007.

³¹ AMARAL, op. cit., p.256.

³² Ibid., p. 256.

Tanto isso é correto que, em termos constitucionais, o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, preceitua, como princípio fundamental, primeiramente, a dignidade da pessoa para, logo a seguir, no artigo 5º, “caput”, cominar acerca do princípio da igualdade.

O posicionamento, nesse particular, de Francisco Amaral é no sentido que:

[...] o respeito à pessoa humana é o marco jurídico básico, o suporte inicial que justifica a existência e admite a especificação dos demais direitos, garantida a igualdade de todos perante a lei (igualdade formal) e a igualdade de oportunidade nos campos econômico e social (igualdade material)³³.

Inescondível, destarte, a priorização, e preocupação, do legislador com a pessoa humana, globalmente considerada, de forma a tornar os dispositivos constitucionais, segundo Gustavo Tepedino, em “uma verdadeira cláusula geral da tutela e promoção da pessoa humana”³⁴.

A matéria, também, é disciplinada, de forma infra-constitucional, no âmbito da legislação civil (Código Civil), menorista (Estatuto da Criança e o Adolescente), processual (Código de Processo Civil), penal (Código Penal) e em leis específicas.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, nesse sentido, iniciam afirmando que “a proteção dos direitos da personalidade dá-se em vários campos do ordenamento jurídico, desfrutando, assim, de estatutos disciplinadores diversos, variáveis em função do enfoque adotado”, para concluir que:

[...] na abalizada manifestação de Carlos Alberto Bittar, a tutela geral dos direitos da personalidade compreende modos vários de reação, que permitem ao lesado a obtenção de respostas distintas,

³³ AMARAL, op. cit., p. 256. (destaque do autor)

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 48.

em função dos interesses visados, estruturais, basicamente, em consonância com os seguintes objetivos: a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos dessas práticas; c) submissão do agente à cominação de pena; d) reparação de danos materiais e morais; e e) perseguição criminal do agente [...] Em linhas gerais, a proteção dos direitos da personalidade poderá ser: a) preventiva – principalmente por meio do ajuizamento de ação cautelar, ou ordinária com multa cominatória, objetivando evitar a concretização da ameaça de lesão ao direito da personalidade; b) repressiva – por meio da imposição de sanção civil (pagamento de indenização) ou penal (persecução criminal em caso de lesão já haver se efetivado)³⁵.

Releva destacar, para tanto, segundo Silvio Romero Beltrão, que:

[...] o art. 12 do Código Civil Brasileiro de 2002 protege a pessoa contra a ameaça ou lesão a direito da personalidade, podendo reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei e da concessão de medidas que visem evitar a consumação da ameaça ou cessem os efeitos da lesão sofrida³⁶.

Portanto, não basta a cominação dos direitos personalíssimos em textos legislativos, mostrando-se imperioso a existência de mecanismos legais para tutelá-los em casos de ameaça ou violação.

1.10 Os direitos personalíssimos na Constituição Federal

A Constituição Federal elenca, em seu preâmbulo, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Revelou o legislador constituinte seu inescandível propósito de preservar o mais elementar de todos os direitos, garantindo e protegendo a pessoa, bem supremo e finalidade precípua do ordenamento jurídico.

³⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 176-177. (destaque do autor)

³⁶ BELTRÃO, op.cit., p. 43.

Extrai-se, destarte, da Constituição Federal, primeiro, que não há valor que sobrepuje a pessoa e, segundo, que o Estado somente tem sua razão de existir na medida em que preserva e tutela a dignidade e a integridade da pessoa.

A priorização da pessoa, como fim precípua do ordenamento jurídico, fez com que o legislador constituinte consagrasse a dignidade humana como um dos fundamentos republicanos.

A Constituição Federal consagra, como um de seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana que, por sua vez, revela o mais básico de todos os direitos.

Dispôs o legislador constituinte, dessa forma, a garantia e a proteção da pessoa como instância última proclamando-a como fim e fundamento do direito.

Em face do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana chega-se à conclusão que a pessoa é o bem supremo da ordem jurídica, inexistindo valor ou bem que supere-a.

O que infere-se na Constituição Federal é que a maior parte das disposições atinentes aos direitos da personalidade é tratada como direitos e garantias fundamentais.

Os direitos e garantias fundamentais, consagrados no artigo 5º, da Constituição Federal, têm como fonte ética a dignidade da pessoa, como forma de proteção e desenvolvimento.

A Constituição Federal de 1.988 assegurou, dentre outros, sem enumeração taxativa, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à integridade física, à

inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Trata-se, inequivocamente, de enumeração genérica e exemplificativa como dito alhures.

É nesse contexto de valor fundamental que os direitos personalíssimos projetam-se como expressão da personalidade humana.

Isso levou Silvio Romero Beltrão a lecionar que:

[...] o tratamento dispensado aos direitos da personalidade até a publicação do Código Civil de 2002 vinha inserido na Constituição Federal, apesar de esse direito ser uma matéria suficientemente específica para dar origem a um novo ramo. Na Constituição de 1988, a maior parte dos preceitos relativos aos direitos da personalidade é tratada como direitos e garantias fundamentais³⁷.

Os principais direitos da personalidade foram mantidos na Constituição Federal porque, segundo Lucas Lixinski,

[...] a Constituição vincula o particular, devendo ser entendida como instrumento de reorientação do valor fundante da norma. E, vinculado o particular aos direitos fundamentais na esfera constitucional, há que se trazer essa mesma vinculação ao âmbito exclusivamente privado, uma vez que, no dizer de Reale “o Código Civil não é senão a Constituição da sociedade civil”. E essa mudança de plano dá-se justamente através do princípio da socialidade”, em que ocorre a superação do individual, visando ao estabelecimento de parâmetros individuais, que por um lado estabelecem direitos, e ao mesmo tempo previnem uma possível “ditadura do indivíduo”³⁸.

Houve, dentro de uma progressão mais abrangente, inequivocamente, uma constitucionalização da proteção dos direitos da personalidade. Buscou-se, também, uma eficaz proteção a personalidade, obviamente, tornando efetiva a norma constitucional protetiva.

³⁷ BELTRÃO, op.cit., p. 45-46.

³⁸ LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo v. 27 p. 207, 2002. (destaque do autor).

Nesse particular mostra-se incensurável o magistério de Eroulths Cortiano Júnior preconizando, com propriedade, que:

[...] o fato de alguns institutos migrarem do Código (melhor: do direito civil) à Constituição indica que as coordenadas traçadas na Constituição devem ser seguidas por todo o aparelho regulamentador que lhe é inferior. Não basta que o legislador inferior passe a expedir normas que vão ao encontro da ordem constitucional. É essencial que mesmo as normas ditas inferiores já existentes sejam analisadas, interpretadas e aplicadas de acordo com o preceito constitucional. A Constituição passa a constituir-se como o centro de integração do sistema jurídico de direito privado. Assim é que as normas constitucionais de proteção à personalidade não devem ser vistas apenas como normas programáticas (portanto não dotadas de concretude). Ao contrário. Se todo o sistema jurídico gravita em torno da Constituição, tudo o que nela se contém forma e informa o direito ordinário. A ordem jurídica de uma sociedade é unitária, o que afasta a tradicional contraposição direito privado/direito público. Como consequência, afasta-se também uma eventual contraposição direito civil/direito constitucional. A norma constitucional é parte integrante da ordem normativa, não podendo restringir-se a mera diretriz hermenêutica ou regra limitadora da legislação ordinária. Aplica-se (direta ou indiretamente, mesmo porque constituição também é norma) a Constituição ao caso concreto, dando-se vida à norma constitucional [...] Assim não se fala mais em proteção da pessoa humana pelo direito público e pelo direito privado, mas em proteção da pessoa humana pelo direito³⁹.

Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, afirma que

[...] a Constituição brasileira enuncia direitos e garantias individuais e coletivos, que o legislador tem de proteger e assegurar, além de consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), como uma cláusula geral de tutela da personalidade. O princípio constitucional da igualdade perante a lei é a definição do conceito geral da personalidade como atributo natural da pessoa humana, sem distinção de sexo, de condição de desenvolvimento físico ou intelectual, sem gradação quanto à origem ou à procedência⁴⁰.

Afirma Arnaldo Rizzardo que

[...] como fundamentais dizem-se porque necessários para a vida, tornando-a possível e assegurando dignidade à pessoa. São os

³⁹CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luis Edson. (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 37-38. (destaque do autor).

⁴⁰PEREIRA, C.M.S., op. cit., p. 240. (destaque do autor).

direitos primários e mais importantes, assegurados pela Constituição Federal, e que não podem ser revogados. Integram as chamadas cláusulas pétreas, que são as não atingíveis pelas possíveis reformas da Constituição. Envolvem os direitos personalíssimos, considerados, na classificação de Ricardo Luis Lorenzetti, como “as prerrogativas de conteúdo extrapatrimonial, inalienáveis, perpétuas e oponíveis erga omnes, que correspondem a toda pessoa, por sua própria condição e desde antes de seu nascimento até depois de sua morte, e de que não pode ser privada pela ação do Estado ou de outros particulares, porque isto implicaria desprezo ou menoscabo da personalidade”⁴¹.

1.11 Os direitos personalíssimos no Código Civil de 2.002

O atual Código Civil, em relação ao anterior, introduziu significativas mudanças no que tange aos direitos personalíssimos principiando pela existência de capítulo específico e sistemático disciplinando a matéria, o que constitui-se em inovação no direito positivo pátrio e, mais especificamente, na legislação civil.

Tutelou o legislador os direitos essenciais da pessoa humana, a personalidade humana como bem jurídico, os sujeitos titulares desses direitos e a sua estrutura.

No atual Código Civil encontram-se, destarte, primeiramente, as características gerais dos direitos da personalidade, para, numa segunda etapa, regulamentarem-se esses direitos.

A propósito leciona Silvio Romero Beltrão que

[...] o esquema introduzido no Código Civil de 2002 repete a fórmula adotada no Código Civil Português e no Italiano, definindo suas características gerais e regulando alguns aspectos especiais, que, independentemente da regulamentação dos direitos da personalidade no Código Civil, os seus principais direitos ainda são mantidos na Constituição Federal. A regulamentação adotada no Novo Código Civil estabelece um regime comum aplicável aos

⁴¹ RIZZARDO, op. cit., p. 155. (destaque do autor).

direitos da personalidade e à previsão de alguns direitos da personalidade em espécie, regulando aspectos sobre o corpo, o direito ao nome ou o direito à imagem, não suficientemente versados na Constituição Federal⁴².

Foi alicerçado na observância do princípio da eticidade e da socialidade que os direitos da personalidade foram inseridos no Código Civil, afirmando Miguel Reale que:

[...] o novo Código Civil abandonou o formalismo técnico-jurídico próprio do individualismo da metade deste século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que o desenvolvimento dos meios de informação vem ampliar os vínculos entre os indivíduos e a comunidade⁴³.

O Código Civil de 2.002 refere-se aos direitos personalíssimos concernentemente a proteção da integridade física, que visa afastar qualquer constrangimento para tratamento médico, internação cirúrgica, remoção de órgãos ou partes do corpo; e moral, abrangendo a proteção ao nome, à imagem, à honra, à boa fama e à vida privada.

No Código Civil os direitos da personalidade encontram-se disciplinados na Parte Geral, Título I, Capítulo II, especificamente, dos artigos 11 a 21, evidenciando, porque inseridos logo no início, a notória preocupação do legislador com a pessoa.

Por fazê-lo, entretanto, com disposições de ordem genérica, nesse particular, Maria Helena Diniz verberou que:

[...] apesar da grande importância dos direitos da personalidade, o Código Civil, mesmo tendo dedicado a eles um capítulo, pouco desenvolveu sobre tão relevante temática, embora, com o objetivo primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente, não tenha assumido o risco de uma enumeração taxativa prevendo em poucas normas a proteção de

⁴² BELTRÃO, op.cit., p. 46.

⁴³ REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9.

certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas especiais⁴⁴.

1. 12 Pessoa física – início e fim da personalidade

Toda pessoa, desde o nascimento até a morte, é capaz de exercer direitos e assumir obrigações tendo, para tanto, capacidade de direito ou personalidade.

O Código Civil dispendo, no artigo 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”, delimita, segundo Silvio Romero Beltrão, “o momento em que uma nova pessoa humana é externamente reconhecível e lhe atribui direitos e obrigações jurídicas”⁴⁵.

O ordenamento jurídico nacional, portanto, impõe, como condição para o exercício de direitos, o nascimento com vida.

Não é o que ocorre, exemplificativamente, com o direito civil francês e holandês para quem não basta o nascimento com vida sendo imperioso que o recém nascido mostre-se apto para a vida. Para o direito civil espanhol e o português impõe-se que o recém nascido tenha forma humana e sobreviva por vinte e quatro horas para, somente então, adquirir personalidade. Para o direito civil argentino e húngaro a concepção já dá origem a personalidade.

Para o direito brasileiro, entretanto, como dito, basta que haja a desvinculação com o corpo materno, com vida própria, para que a pessoa torne-se sujeito de direitos.

⁴⁴ DINIZ, 2007. v.1., op.cit., p. 123.

⁴⁵ BELTRÃO, op.cit., p. 81.

O legislador pátrio afastou-se dos requisitos que contemplam a viabilidade e forma humana como pressuposto para aquisição da personalidade, tal qual a legislação suíça, portuguesa, alemã e italiana.

A comprovação da vida do recém nascido é feita, via de regra, por exame médico comprobatório da respiração própria, pelo choro ou por movimentos próprios, tendo o Conselho Nacional de Saúde, por meio da Resolução nº. 01/88 contemplado no que consiste o nascimento com vida.

Portanto, o Código Civil adotou um critério objetivo para considerar o início da personalidade arredando as incertezas que advém dos sistemas legais estrangeiros.

Eventual, imediato ou posterior, óbito não retira-lhe a condição de pessoa e nem de sujeito de direito.

A personalidade física extingue-se com a morte natural admitindo-se, para fins patrimoniais, a presunção de morte após transcorridos mais de dez anos da sentença declaratória de ausência.

Comprovada pela certidão de óbito, a morte implica na transmissão imediata dos bens do falecido aos seus herdeiros extinguindo todos os direitos personalíssimos.

1.13 Direitos do nascituro

O nascituro, embora tutelado juridicamente, não é sujeito de direito e, conseqüentemente, encontra-se desprovido de personalidade jurídica, segundo o ordenamento jurídico vigente, a teor do cominado no artigo 2º do Código Civil. Em

termos objetivos, à luz da legislação pátria, portanto, ao nascituro não é reconhecida a tutela de direitos personalíssimos.

Entretanto, a circunstância do direito brasileiro haver consagrado o nascimento com vida como momento da aquisição da personalidade não significa, por si só, que o nascituro viu seus direitos postergados ou preteridos.

É uníssono na doutrina, outrossim, que o fato do nascituro não ter direitos personalíssimos, porém, não implica que encontra-se desprotegido contra qualquer espécie de lesão a direito contra ele endereçada.

Arnoldo Wald, de forma enfática, inicialmente, assevera que “o nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal, tanto no plano civil como no plano criminal”.

Porém, Arnoldo Wald, mais adiante, explicitando no que consiste a proteção legal, afirma que:

[...] o aborto é punido pelo Código Penal (arts. 124 a 126). O novo Código Civil, a exemplo do que dispunha o Código Civil de 1916, no art. 357, admite o reconhecimento do filho antes do seu nascimento (parágrafo único do art. 1609 do novo CC). Quando o pai falece, estando a mulher grávida, e não tendo o poder familiar, nomeia-se curador ao nascituro (art. 1.779 do novo CC) para defender os seus interesses divergentes dos da sua mãe.

Finalmente, em abono a tese de inexistência de personalidade, conclui que “a proteção do nascituro explica-se, pois, há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar a viver”⁴⁶.

⁴⁶ WALD, op.cit., p. 118. (destaque do autor).

Esse, também, o posicionamento de Caio Mário da Silva Pereira para quem:

[...] pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade [...] Assentado o começo da personalidade no nascimento com vida, somente a partir de então existe uma pessoa em que se integram direitos e obrigações. Até aí o que há são direitos meramente potenciais, para cuja constituição dever-se-á aguardar o fato do nascimento e a aquisição da personalidade. Nascendo vivo, ainda que morra em seguida, o novo ente chegou a ser pessoa, adquiriu direitos, e com sua morte os transmite. A fórmula do Código Civil, tal qual se dá com o Código alemão, o italiano, o português, tem o préstimo indiscutível da simplicidade. A fixação das condições da personalidade (nascimento e vida) tem o maior interesse prático, especialmente no tocante à repercussão sucessória, de vez que, vivo que seja o recém-nascido, ainda que por instantes, recebeu, adquiriu e transmite direitos aos seus sucessores⁴⁷.

A fixação do termo inicial da personalidade é fundamental para o direito pois, delimitada, a partir de então, a pessoa passa a ser sujeito de direitos e obrigações.

É o que infere-se, por exemplo, na hipótese de sucessão hereditária em que o nascimento com ou sem vida mostra-se como fator determinante para aquisição e eventual transferência de direitos sucessórios.

É correto, nessa linha, asseverar que os tribunais não mostram-se propensos em atribuir ao nascituro a condição de sujeito de direitos vez que, a teor de inúmeros precedentes jurisprudenciais, vem sendo sistematicamente rechaçada a possibilidade de assegurar direitos indenizatórios decorrentes da morte de feto.

Foi o ocorreu em pleito indenizatório ajuizado por genitores para cobrança de seguro obrigatório, decorrente de acidente de veículo, no qual ficou assentado acerca do não cabimento de indenização porque “o que nasce sem vida

⁴⁷ PEREIRA, C.M.S., op. cit., p. 218 - 221. (destaque do autor).

não se constitui em pessoa; não se torna sujeito de direito; não adquire nem transfere direitos”⁴⁸ (JTACSP-Lex 36/211).

Desse mesmo teor o julgado estampado na Revista dos Tribunais, volume 525/70, que inadmitiu indenização a sucessor de nascituro por ausência de personalidade civil, nos termos da seguinte fundamentação, “*in verbis*”:

[...] a pretensão do apelante implica teoria doutrinária que não é acolhida em nosso Direito. É assim que todo homem é realmente capaz de direitos e obrigações na ordem civil (art. 2º do CC) e a todo direito corresponde uma ação, que o assegura (art. 75, *ibidem*). No entanto, a personalidade civil do homem (como tal considerada a qualidade de ser capaz de direitos) começa do nascimento com vida (art. 4º, 1ª parte, *ibidem*). Logo, o ser que foi gerado no ventre de Maria dos Anjos não foi capaz de direitos e obrigações na ordem civil, porque não chegou a possuir esa qualidade que é a personalidade civil; e não chegou porque não teve nascimento com vida. Não se tornou pessoa, que é a palavra com a qual se indica, no sistema jurídico, quem pode ser sujeito de direito (Pontes de Miranda, “Tratado de Direito Privado”, t.I, 3ª ed., Borsóí, 1970, parágrafo 50). Em consequência, nem é a pessoa a que se referem os textos legais do seguro obrigatório, acima mencionados, nem pode ter tido bens e deixado herança, o que vale dizer que o autor não se pode ter na qualidade de herdeiro legal, exigida pelos mesmos textos legais. Não é questão, pois, de serem omissos, obscuros ou lacunosos esses textos, a ponto de deverem incidir os arts. 4º da Lei de Introdução ao CC e 126 do CPC. A questão é que falta realmente interesse e legitimidade ao autor para vir pleitear indenização que não é conferida por aquela leis, senão a herdeiros (que o autor não é) de pessoa (que o feto não chegou a ser). Entretanto, ainda argumenta o apelante com a 2ª parte do art. 4º do CC: “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Tal salvaguarda dos direitos do nascituro não significa que o legislador tenha adotado a teoria dos ficcionistas no sentido de que o feto já é pessoa, devendo ser considerado apenas formado no ventre materno. Ao contrário, os direitos somente se constituirão quando a criança nascer com vida; a aquisição dos direitos pelo “conceptus nondum natus” ”tiene lugar para el caso de que nazca vivo de igual modo que si hubiese sido ya sujeto de derecho al tiempo de la adquisición” (Enneccerus, “Derecho Civil”, t. I, Parte Geral I, ed. Bosch, 1953, parágrafo 77, p. 321). Como preleciona nosso Washington de Barros Monteiro, “se a criança nasce morta, não chega a adquirir personalidade, não recebe nem transmite direitos” (Curso de Direito Civil”, Parte Geral, 2ª ed, 1960, p. 62)⁴⁹.

⁴⁸ Sylvio do Amaral (Rel.), Ap. n. 213.916. Sorocaba, v. 36. p. 211-212. mar./abr. 1976

⁴⁹ Min. Geraldo Roberto (Rel.), Ap. n. 274.199. São Paulo, ano 68, v. 525, p. 71, jul. 1979.

Esse entendimento, entretanto, tem sido questionado, e refutado, pela moderna doutrina que, acenando com a evolução dos métodos científicos, posiciona-se no sentido atribuir direitos personalíssimos ao nascituro.

Tecendo, e discorrendo, longas considerações, e argumentações, acerca das duas correntes, Silvio Romero Beltrão afirma inicialmente que:

[...] apesar de o nascituro não ser considerado dotado de personalidade, ele é considerado um ser humano sujeito de direitos. Pode-se dizer que a tutela jurídica do direito à vida consagrado na Constituição Federal não determina que esse direito seja garantido tão-somente para os seres dotados de personalidade civil, sendo na verdade aplicável ao ser humano, antes do nascimento, uma vez que a inviolabilidade da vida humana é independente da noção jurídico-civilista de personalidade jurídica. Daí que se pode dizer que não é a personalidade jurídica que justifica a titularidade de direitos por parte do ser humano, mas a qualidade de ser humano que desperta a titularidade de certos direitos e, conseqüentemente, envolve o reconhecimento da personalidade jurídica. A determinação de que o nascituro é sujeito de direitos envolve uma redefinição do conceito de personalidade no direito que, dogmaticamente, vem por muito tempo se mantendo através de premissas fortemente estabelecidas. [...] pode-se concluir que o nascituro passa a ser uma entidade parcialmente dotada de força jurídica, em face da possibilidade de tutela jurídica contra lesões e ilícitos praticados antes do nascimento, demonstrando-se mais adequada a idéia defendida Hubmann, Karl Larenz e Oliveira Ascensão da existência de uma personalidade jurídica parcial, com a atribuição de uma esfera jurídica própria para o nascituro, principalmente quanto à defesa dos bens da personalidade⁵⁰.

Diversa não é a conclusão de Francisco Amaral que, questionando acerca da natureza jurídica do embrião, no sentido de ser pessoa ou coisa, conclui que:

[...] considerando que a vida é um progresso contínuo de desenvolvimento protegido pelo direito (CF, art. 5^a, caput), iniciando-se com a fecundação do óvulo, e que o embrião humano é o início desse processo, deve-se considerá-lo ser humano em potência e, como tal, revestido da dignidade própria da pessoa humana. Não é simples conjunto de células, é começo de uma vida, o início de uma pessoa, um sujeito de direito, pois “é a vida, fato biológico, que governa a personalidade, do começo até o fim”. Considerar-se o

⁵⁰ BELTRÃO, op.cit., p. 77, 80.

embrião, ou o feto, que é o organismo humano com nove semanas, como ser humano, implica reconhecer-se-lhe subjetividade jurídica e, como tal, titularidade de direitos, como o direito à vida (CF, art. 5^a, caput), a receber por doação (CC, art. 542), a ser presumidamente filho do casal (CC, art. 1.597, III, IV e V), a ser reconhecido como filho (CC, art. 1.609, parágrafo único), a ser legitimado na sucessão (CC, arts. 1.798, 1.799, I), a ter direito a tutela ((CC, art. 1.728), a ser objeto de adoção (CC, art. 1621). Pode ser vítima de negligência, imprudência ou imperícia nos processos de sua conservação ou implantação, donde inevitável responsabilidade civil patrimonial ou extrapatrimonial do agente. É, assim, titular de direitos da personalidade”⁵¹.

Ante a elevada, e pormenorizada, relação de direitos assegurados ao nascituro pode-se afirmar, e concluir, sem receio de cometer heresia jurídica, que o nascituro, tal qual a pessoa, tem assegurados direitos que, em derradeira análise, pertinem a personalidade.

José Carlos Barbosa Moreira, colocando uma pá de cal na discussão, porém, apontando para o cerne relevante da discussão, assevera que “em suma: no ordenamento brasileiro, seja qual for a explicação dogmática, o nascituro, conquanto ainda não haja adquirido personalidade, tem direitos; e estes não são apenas os indicados em disposições específicas”⁵².

Por fim, à luz dos direitos personalíssimos, conclui que:

[...]1^o) no direito brasileiro, conquanto desprovido de personalidade, o nascituro é titular de direitos; 2^o) entre esses direitos, inclui-se necessariamente, e em posição de realce, o direito à vida; 3^o) a existência do direito à vida não se subordina a qualquer conjectura, seja qual for o grau de probabilidade, atinente ao tempo que durará a vida extra-uterina; 4^o) tal direito é, em princípio, indisponível; e, fora das hipóteses expressamente prevista em lei (admitida, ad argumentandum, a respectiva compatibilidade com a Constituição), é ineficaz a autorização de quem quer que seja para a prática de ato que o viole”⁵³.

⁵¹ AMARAL, op. cit., p. 262-263. (destaque do autor).

⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 34, p. 148,152, fev./mar. 2006.

⁵³ MOREIRA, op. cit., p.152. (destaque do autor).

É, também, o que foi criteriosa e fundamentadamente sustentado por Cristina Grobério Pazó e Vitor Faria Morelato, em artigo publicado na Revista dos Tribunais volume 847/25, onde concluem que o “nascituro é pessoa, pois é ser humano autônomo. Detém autonomia biológica e recebe influência psicológica, como visto pela afirmação de técnicos especializados. Logo deve ser tutelado com pessoa que é”⁵⁴.

Fazem-no, basicamente, fulcrados em argumentos biológicos e jurídicos, dentre eles, primeiro, que o legislador constituinte aderiu ao Pacto de San José da Costa Rica que “define como pessoa todos desde a concepção, realmente abrangendo todo ser humano vivo”; segundo, a ausência de capacidade do nascituro não constitui-se em óbice para reconhecimento do direito personalíssimo porque, como em muitos maiores incapazes, para os quais nomeiam-se representantes para tutelar seus direitos, sem, entretanto, restarem desprovidos de personalidade, “é direito abstrato, fundado em questões pessoais inerentes ao ser humano, e somente ao humano, e não às questões objetivas que o cercam”; terceiro, em decorrência de “argumentos técnicos de médicos e psicólogos especializados no assunto” que apontam a “independência do nascituro como ser vivo” ; e, quarto, a omissão “de legislação jamais será argumento para que um direito fundamental não seja considerado a seres humanos assim considerados pela área da saúde”⁵⁵.

Por fim, nesse diapasão, a jurisprudência já vinha, há muito, vem assegurando indenização, a título de dano moral, decorrente de violação a direito de nascituro, conforme se infere de decisão oriunda de Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, reproduzida na Revista dos Tribunais volume 729/290, na qual restou assentado que “é devida indenização por danos morais à

⁵⁴ PAZÓ, Cristina Grobério; MORELATO, Vitor Faria. A personalidade civil do nascituro sob a regência da emenda constitucional 45/2004. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 95, v. 847, p.25, maio 2006

⁵⁵ *Ibid.*, p. 25-39.

mãe parturiente, cujo filho nasce morto por respirar mecônio no útero em razão do retardamento do parto, por negligência e omissão médica⁵⁶.

Também restou assegurada indenização a título de danos morais em acórdãos oriundos de julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que implicaram, o primeiro, na morte, por incompatibilidade sanguínea, de recém nascida, em decorrência de incorreção no resultado de exame de tipagem sanguínea e determinação do fator RH pelo laboratório clínico (RJTJESP-LEX 224/78); e, segundo, morte de feto em decorrência de explosão culposa havida em prédio no qual a gestante a laborava (RJTJESP-LEX 263/184).

A evolução científica, da qual o direito não pode afastar-se, induz, irremediavelmente, para a consolidação do entendimento que ao nascituro deve ser assegurado reconhecimento, e tutela, dos direitos personalíssimos.

Ainda, pois, que inadmita-se direito personalíssimo para o embrião, porém, por expressa previsão legal, tem ele assegurados direitos que devem ser, obrigatoriamente, tutelados.

E não de ser tutelados, preservados, defendidos, com a mesma tenacidade que tutelam-se os direitos personalíssimos propriamente ditos.

Tem, pois, a futura pessoa, dentre outros, direito ao chamado a pré-natal, a uma gestação que assegure-lhe, futuramente, o normal desenvolvimento físico, psíquico e intelectual.

Devem, pois, ser os pais instados a cumprir determinados preceitos sob pena de, irremediavelmente, comprometer o desenvolvimento futuro da pessoa.

⁵⁶ Des. Eliseu Fernandes de Souza (Rel.), Ap. 95.005038-5. Rondônia, ano 85, v. 525, p. 290, jul. 1996.

1. 14 Os direitos personalíssimos no direito de família

Cumprе ressaltar, já no preâmbulo desse item, dada a relevância e oportunidade, a advertência de Fernanda Oltramari e Vitor Hugo Oltramari no sentido que:

[...] 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 filial⁵⁷.

É no seio familiar, decorrente do relacionamento conjugal ou filial, onde as pessoas nutrem sentimentos comuns de respeito, afeto e consideração, de modo a proporcionar o reconhecimento e valorização da dignidade humana, que os direitos personalíssimos sobressaem.

Concebida a pessoa na constância do casamento ou união estável, ou mesmo decorrente de relacionamento não duradouro, esporádico ou eventual, é no contexto familiar, amplo ou restrito, primeiramente, que deve encontrar ambiente saudável, respeitoso e propício para desenvolver-se.

Os denominados direitos de família puros, como por exemplo, a filiação, reconhecimento da paternidade, alimentos, nome, integram os direitos personalíssimos.

A pessoa tem, ao nascer, direito de ser identificada e individualizada das demais, o que ocorre com a atribuição do nome que, também, constitui-se em direito personalíssimo.

⁵⁷OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família**. Porto Alegre: Síntese: IBDFAM, 2002. v. 13. p. 54.

Por insuficiente, entretanto, também, lhe é assegurado, receber o nome da família no seio da qual foi concebida, com identificação da estirpe paterna e materna. Trata-se do chamado sobrenome, ou patronímico, que expressa sua procedência, origem familiar e filiação que, na ausência de reconhecimento voluntário, seja por omissão paterna ou materna, poderá ser obtido coativamente por meio de ação investigatória de paternidade ou maternidade que, em derradeira análise, presta-se a ensejar que a pessoa obtenha, por meio do reconhecimento judicial da filiação, o direito personalíssimo do apelido de família integrar seu nome.

Constitui, também, inegável avanço no que tange aos direitos personalíssimos, no âmbito do direito de família, a evolução da jurisprudência que, diante do DNA, vem relativizando os efeitos da coisa julgada, haurida em ação de investigação de paternidade improvida por insuficiência de provas, para assegurar a busca da verdade real, ainda que alcançada pelo manto processual da imutabilidade, cedendo aos reclamos da imperiosidade de disponibilizar aos interessado a necessária segurança jurídica, precipuamente, no que tange a questão envolvendo filiação.

Belmiro Pedro Welter, a propósito, assevera 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 as leis físicas da natureza, ao passo que o direito material é circunstancial e se 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 provas⁵⁸.

Foi esse, inclusive, o entendimento externado pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao prover o recurso

⁵⁸ WELTER, Belmiro Pedro. **Dano moral na separação, divórcio e união estável**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 62. (destaque do autor).

interposto no julgamento da apelação cível nº 70002610012, julgada em 12.09.01, cuja ementa vem assim reproduzida, “*in verbis*”:

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. 1º, inciso 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.⁵⁹

Visou o julgado, em derradeira análise, confrontando a segurança da imutabilidade da decisão transitada em julgado, assegurada constitucionalmente, segundo o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, com a previsão da garantia da dignidade da pessoa ver reconhecida sua origem biológica, e atribuída a filiação, prevista na no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, optar pela segunda fulcrado nos direitos personalíssimos.

Perfilhando desse mesmo entendimento, uma vez mais, Belmiro Pedro Welter ministra que:

[...] 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, incisos II e III, da CF)⁶⁰.

⁵⁹ José Carlos Teixeira Giorgis (Rel.), Ap. 70002610012. Rio Grande do Sul, TJRS - **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 11 jan. 2007.

⁶⁰ WELTER, op.cit., p. 65. (destaque do autor).

Diversa não foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça ao julgar ação de indenização ajuizada pela genitora da atriz Daniela Perez, falecida tragicamente em homicídio doloso que tomou as manchetes jornalísticas e televisivas por longo período, que teve, indevidamente, a figura de sua filha veiculada em jornal, sob o título “*o beijo da traição*”, concluindo, em Acórdão relatado pelo Ministro César Asfor Rocha, publicado no Diário Oficial da União em 19.02.2001, e estampado na Revista dos Tribunais volume 789/201, com a seguinte ementa: “*in verbis*”:

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles guardam como principal característica a intransmissibilidade. Nem, por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí por que não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo⁶¹.

Com freqüência os Tribunais têm se deparado com pleitos indenizatórios formulados por pais, em decorrência de óbito de filhos havidos em razão de atos ilícitos, sobrevindo decisões favoráveis calcadas na configuração de dano moral (RT 730/93; JTJ 181/59 e JTARS 82/137), dor profunda (RT 712/170), perda de uma chance (RTJ 69/470, 42/378, 47/279; RT 174//604, 468/78, 513/102, 515/74, 518/87, e RJTJSP 28/113).

Vê-se, destarte, da análise dessas situações, a importância de que reveste-se o tema competindo à família assegurar-lhe, desde a concepção, ambiente saudável e propício para o pleno desenvolvimento.

⁶¹ Min. César Asfor Rocha (Rel.), REsp. 268.660. Rio de Janeiro, ano 90, v. 789, p. 201, jul. 2001.

Tem-se, também, por evidente, a notória fertilidade que constitui-se o direito de família para proliferação e aplicação dos direitos personalíssimos.

CAPÍTULO 2 DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Importância

Notória, e relevante, é a pujança do direito de família que não limita sua incidência para campo próprio e restrito, mas deita raízes profundas no âmbito de quase todos os demais ramos do direito.

Dessa forma, além de dispor e regulamentar questões tipicamente familiares, tais como, casamento, união estável, parentesco, filiação, adoção, separação, divórcio, etc, disciplina as conseqüências patrimoniais decorrentes desses institutos tão inerentes e intimamente ligados às pessoas.

Principia pela próprio direito obrigacional, que constitui objeto deste trabalho, espraiando normas principiológicas que, por exemplo, impõem às pessoas casadas, em regime de bens que não a separação total de bens, a imperiosidade de outorga uxória ou autorização marital para alienação de bens imóveis ou disposição de direitos reais sobre coisas alheias, nos termos do artigo 1647, inciso I, do Código Civil.

Sabido, mais, em se tratando de contrato de compra e venda envolvendo alienação de ascendente para descendente, que é necessária a anuência dos demais descendentes, ante os peremptórios termos do cominado no artigo 496 do Código Civil, evidenciando o caráter protetivo do ente familiar.

Outrossim, a obrigação imposta aos pais de reparar os danos causados pelo filho menor ao terceiro, ante a dicção do artigo 932, inciso I, do Código Civil, constitui-se em exemplo típico de estreita relação entre o direito de família e o direito das obrigações.

No âmbito do direito das coisas tem a figura da hipoteca legal, a favor dos filhos, em relação aos bens imóveis do genitor ou genitora que contrair novas núpcias antes de fazer o inventário dos bens do casal, nos termos do artigo 1489, inciso II, do Código Civil, ou mesmo do direito dos pais de usufruto e administração dos bens dos filhos menores, ante o cominado no artigo 1689, incisos I e II, do Código Civil.

O mesmo deve ser dito em relação ao direito das sucessões que, em sua maior parte, regulamenta a sucessão patrimonial no âmbito familiar.

Isso tudo sem adentrar em outras searas do direito onde, inclusive, o direito de família tem suas ramificações e vê aplicadas suas normas e princípios, tais como o direito penal, o direito tributário, o direito eleitoral, etc.

Trata-se, inquestionavelmente, de um dos mais importantes ramos do direito visto que acompanha a pessoa desde a concepção e rege-lhe os atos após a sua morte.

2.2 Fontes históricas

A evolução histórica do direito de família confunde-se com o surgimento e constituição da própria família.

É o que infere-se da estrutura familiar existente no direito romano onde o “pater familias” detinha poder absoluto e ilimitado sobre todos os descendentes, mulher e patrimônio da família.

Embora notória a predominância romana, porém, foi significativa a influência do direito germânico nas modernas concepções do direito de família.

Observa-se, mais, durante a Idade Média, que as relações familiares tinham suas regras ditadas pelo direito canônico tanto que, à época, a única forma de casamento prevista era a celebrada no religioso.

É evidente, portanto, a influência do direito canônico nos institutos de direito de família bastando, para tanto, atentar para a existência dos impedimentos matrimoniais, das formalidades para celebração do casamento, poder familiar, obrigações matrimoniais, fidelidade, mútua assistência, etc., oriundos da doutrina escolástica.

A legislação pátria, elaborada predominantemente por católicos, manteve-se fiel reproduzindo inúmeras das normas insertas no direito canônico.

Concomitantemente, deve ser registrado, como consequência direta da colonização levada a efeito, a predominância do direito português na constituição do direito de família no Brasil tanto que, inicialmente, foi a legislação oriunda de Portugal que normatizou as relações familiares no país para, posteriormente, sem perder sua essência, ser adaptada ao contexto pátrio.

A evolução histórica do direito de família brasileiro, portanto, deita raízes, essencialmente, nos direitos romano, canônico, germânico e português.

A essa constatação chegou Orlando Gomes ao afirmar que “o país continuou a se reger, durante algum tempo, pelas leis vindas de Portugal, especialmente as Ordenações Filipinas. Constitui o direito português, realmente, a mais importante fonte histórica do Direito de Família brasileiro”⁶².

Carlos Roberto Gonçalves, da mesma forma, analisando a evolução histórica, assevera que:

⁶² GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 10.

[...] a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como conseqüência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio⁶³.

Embora, presentemente, seu poderio tenha se diluído, a verdade é que as concepções religiosas e éticas de catolicismo ditaram as regras do direito de família no país o que levou, por fim, Carlos Roberto Gonçalves a concluir que:

[...] só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando “a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento”⁶⁴.

2.3 Conceito

Não constitui-se em tarefa das mais simples conceituar direito de família ante o que extrai-se dos ensinamentos daqueles que debruçaram-se sobre o estudo desse importante ramo do direito civil.

Mais consentâneo tem-se mostrado, diante do dinamismo e amplitude do direito de família, como evidenciam os mais insignes doutrinadores, delimitar, primeiramente, a extensão de seu campo de incidência para, num segundo momento, chegar a conclusão que, se formalmente não se mostra a mais técnica, pelo menos a nível de compreensão, revela-se consentânea com a força de que provido.

Foi, exatamente, o que Clóvis Beviláqua levou a efeito ao preconizar que

⁶³ GONÇALVES, 2005. v.6.,op.cit., p. 16.

⁶⁴ Ibid., p. 16. (destaque do autor).

[...] o direito de família é o complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, da curatela e da ausência⁶⁵.

Esse conceito, na época em que veio a lume, delimitava e exprimia, de forma eficaz, a magnitude do direito de família, com seus variados matizes.

Porém, como era previsível, em face do longo período transcorrido, sensível às mutações que o direito de família experimentou, e vem experimentando, tem-se que a conceituação havida, presentemente, encontra-se superada, de modo que, se foi boa e adequada para a época, hoje, não prevalece de forma estanque ante sua notória desatualização.

Isso porque o conceito retro mencionado, que principia no casamento, não alcança todas as facetas atuais do direito de família.

Foram as transformações sociais havidas ao longo dos anos, influenciando diretamente sobre a necessidade de reformulação do conceito do direito de família, que levaram Washington de Barros Monteiro a preconizar que:

[...] outras relações foram contempladas pelo legislador: o direito de alimentos reconhecido aos concubinos, a igualdade estabelecida entre todos os filhos, provenientes ou não do matrimônio, o reconhecimento da prole havida fora das relações conjugais, influência do Estado cada vez mais intensa na vida familiar, ampliando o amparo à criança, ao adolescente, ao idoso, e regulamentando o planejamento familiar⁶⁶.

Chega-se, destarte, a conclusão que qualquer pretensão de conceituar o direito de família haverá de pecar, pelo menos, pela pecha de incompleta.

⁶⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 3.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 4.

Porém, não se deve, dentro de seu campo de abrangência, deixar de delimitar o direito de família e, conseqüentemente, externar o conceito que mais se aproxima de sua verdadeira essência.

Com base na conceituação inicial de Clóvis Beviláqua, e no alerta de Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz ministra que:

[...] o direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela⁶⁷.

Foi, também, o que pregou Orlando Gomes para quem, o “Direito de Família é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção”⁶⁸ acrescentando que:

[...] no Direito de Família regem-se precipuamente as relações oriundas do casamento, fonte única da família legítima, mas daí não se segue que a lei deva desconhecer a união livre entre pessoas que permaneçam juntas para os mesmos fins do matrimônio⁶⁹.

É, pois, nessa ótica de abrangência que o direito de família deve ser conceituado vislumbrando-se nele, de forma objetiva, segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros, “o conjunto de princípios e normas que disciplinam o casamento, a união estável, as relações de parentesco, os alimentos, o bem de família e os institutos de proteção ao incapaz”⁷⁰.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.p. 3.

⁶⁸ GOMES, op.cit., p. 1.

⁶⁹ Ibid., p. 1.

⁷⁰ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **CPC - Curso preparatório para Concurso: direito de família**. São Paulo [s.l.] 2003. (apostila).p. 10.

2.4 Princípios

Os princípios regentes do direito de família, basicamente insculpidos na Constituição Federal e no Código Civil, ressaltam valores fundamentais da pessoa, inserida no contexto familiar, de modo a assegurar a unidade da família e o desenvolvimento pleno daqueles que integram-na, como forma de alcançar a plenitude da realização pessoal, em seus diversos aspectos.

Esses princípios, que espraiam-se nas diversas normas que regulamentam o direito de família, fundamentam-se:

a) No respeito a dignidade da pessoa humana, insculpida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que constitui base da comunidade familiar, de modo a assegurar a plenitude do desenvolvimento e realização de todos os seus integrantes como, também, preceitua o artigo 227 do texto constitucional.

b) Na igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros prevista no artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal, reiterada pelo artigo 1567, parágrafo único, do Código Civil, ao dispor que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos de forma igualitária tanto pelo homem quanto pela mulher.

c) Na igualdade jurídica de todos os filhos consagrada no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, e ratificada nos artigos 1596 a 1629 do Código Civil, cominando a absoluta, total e irrestrita igualdade entre todos os filhos independentemente da origem.

d) Na paternidade responsável e planejamento familiar ao assegurar, no artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal, a liberdade do casal de realizar

o planejamento de sua família sem ingerência externa, corroborada pela Lei 9.253/96 e pelo artigo 1565 do Código Civil.

e) Na comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes, como delineado no artigo 1511 do Código Civil, conduzindo para a constituição da família socioafetiva na qual os vínculos afetivos sobrepõem-se aos formais, inclusive de sangue.

f) Na liberdade de constituir comunhão de vida familiar, seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição externa, reproduzida nos artigos 1513 e 1565 do Código Civil, consagrando o pluralismo familiar.

Foi supedaneado nessa gama de valores que Paulo Lôbo, de forma didática, agrupou os princípios regentes do direito de família em princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e solidariedade, e princípios gerais, como a igualdade, a liberdade, a afetividade, a convivência familiar e o melhor interesse da criança⁷¹.

2.5 Objeto

O objeto, ou conteúdo, do direito de família é, por natureza, a própria família e, por corolário, as relações decorrentes constituindo-se, destarte, fim precípua desse ramo do direito, propriamente, a família e, a partir dela, tudo a ela relacionado.

O objeto do direito de família principia com a constituição da família, decorrente de casamento ou de união estável, bem como aquela constituída por

⁷¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34-55.

entes não ligados por vínculo de sangue ou agregados, apenas, por laços de afinidade.

Em conseqüência, tanto em razão do casamento quanto da união estável, estabelecem-se vínculos e parentesco, tais como, filiação e poder familiar, em relação aos quais o direito de família firma regência.

Cuida, também, dos filhos havidos na constância do casamento, da união estável ou fruto de adoção, bem como aqueles supervenientes de relações eventuais.

Clóvis Beviláqua, ao conceituar o direito de família, como dito alhures, na verdade, apenas, delimitou seu campo de incidência preocupando-se, essencialmente, em traçar os contornos do conteúdo desse importante ramo do direito civil.

O fim precípua do direito de família, portanto, é disciplinar as relações das pessoas ligadas pelo vínculo familiar.

Sobreleva, como expandido, a pessoa na sua inteireza, nos seus valores supremos, na formação e desenvolvimento da personalidade de seus entes.

Embora não sejam tipicamente familiares, porém, em razão da predominância dos princípios básicos a eles inerentes, pela estreita relação de dependência e afinidade existentes, tem-se os institutos da tutela e curatela que são regidos pelas normas do direito de família.

O direito de família, fulcrado em primado ético e social, diferencia-se dos demais ramos do direito civil pois, somente de forma supletiva e excepcional, dispõe de valores patrimoniais.

Somente como corolário na preservação dos direitos essenciais, como são a família, o casamento, a filiação, o poder parental, é que a questão patrimonial tem sua importância normatizada e realçada pela legislação familiar.

Isso porque, obviamente, encontrando-se a pessoa inserida no contexto familiar e, conseqüentemente, na sociedade, como um ser concreto que serve-se, e auxilia-se, de bens para a própria sobrevivência, necessita de regras disciplinadoras e protetivas nesse sentido.

Partindo dessa premissa Carlos Roberto Gonçalves pontifica que

[...] podem os direitos de família, ter um conteúdo patrimonial, ora assemelhando-se às obrigações, como nos alimentos (CC art. 1.694), ora tendo o tipo dos direitos reais, como no usufruto dos bens dos filhos (artigo 1.698. Na realidade, tal acontece apenas indiretamente, como nos exemplos citados e ainda no tocante ao regime de bens entre cônjuges ou conviventes e à administração dos bens dos incapazes, em que apenas aparentemente assumem a fisionomia de direito real ou obrigacional⁷².

Uma vez mais, com precisão, Paulo Lôbo conclui que

[...] o direito de família brasileiro abrange as seguintes matérias:

- a) O direito das entidades familiares, que diz respeito ao matrimônio e aos demais arranjos familiares, sem discriminação;
- b) O direito parental, relativo às situações e relações jurídicas de paternidade, maternidade, filiação e parentesco;
- c) O direito patrimonial familiar, relativo aos regime de bens entre cônjuges e companheiros, ao direito alimentar, à administração dos bens dos filhos e ao bem de família;
- d) O direito tutelar, relativo à guarda, à tutela e à curatela⁷³.

⁷² GONÇALVES, 2005. v.6.,op.cit., p.3. (destaque do autor).

⁷³ LÔBO, op.cit., p. 18.

2.6 Características

O direito de família assenta-se no interesse de preservação da vontade da sociedade que o Estado, em derradeira análise, personifica e lhe cabe manter de modo que, sob enfoque subjetivo, tem característica personalíssima, pois versa sobre direitos intangíveis.

A característica personalíssima do direito de família, que sobreleva no contexto deste trabalho, consiste, segundo Carlos Roberto Gonçalves, que “são direitos irrenunciáveis e intransmissíveis por herança”⁷⁴.

O direito de família possui características próprias e peculiares que o diferenciam dos demais ramos do direito civil, conquanto insertas basicamente no mesmo compêndio legislativo.

Esse, inclusive, o magistério de Washington de Barros Monteiro para quem o direito de família tem “por objetivo tutelar o grupo familiar no interesse do Estado”⁷⁵.

O direito de família não tem, em qualquer de suas subdivisões, conteúdo econômico, o que ocorre, apenas, por via de consequência, portanto, de forma indireta, precipuamente, dentre outros, no que tange a responsabilização civil dos pais pelos atos dos filhos menores, bem como em relação ao direito de usufruto assegurado aos pais sobre os bens dos filhos.

Pode-se asseverar, nessa linha de raciocínio, que há, no direito de família, dois momentos relevantes, o primeiro, de cunho subjetivo, que versa acerca

⁷⁴ GONÇALVES, 2005. v.6., op.cit., p. 12.

⁷⁵ MONTEIRO, 2003. v. 2, op. cit., p. 05.

de valores morais, impostergáveis, tangenciando os direitos da personalidade para, numa segunda etapa, dispor, objetivamente, a respeito de seus diversos institutos.

2.7 Natureza jurídica

Fulcrado na família, que constitui a base da organização social, o direito de família recebe proteção especial com atendimento prioritário do Estado.

Tanto isso é correto que os preceitos básicos do direito de família foram erigidos, pelo legislador constituinte de 1988, a princípios constitucionais.

Comungando desse entendimento Silvio Rodrigues afirma que:

[...] a família constitui a célula básica da sociedade. Ela representa o alicerce de toda a organização social, sendo compreensível, portanto, que o Estado a queira preservar e fortalecer. Daí a atitude do legislador constitucional proclamando que a família vive sob a proteção especial do Estado⁷⁶.

Constitui-se, pois, o direito de família de preceitos de ordem pública, insuscetíveis de derrogação por vontade dos particulares, detendo o Estado interesse, pela própria necessidade de subsistência e estabilidade, que as relações familiares primem por normalidade e segurança.

Contém, destarte, o direito de família direitos personalíssimos que não são passíveis de renúncia, ou de qualquer espécie de transigência, o que levou Maria Helena Diniz, respaldada em Washington de Barros Monteiro, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues, a concluir que:

[...] devido à natureza personalíssima do direito de família, ninguém pode transferir ou renunciar sua condição de filho legítimo; o marido não pode transmitir seu direito de contestar a paternidade do filho

⁷⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. v. 6. p.11.

havido por sua mulher; ninguém pode ceder seu direito de pleitear alimentos, ou a prerrogativa de demandar o reconhecimento de sua filiação ilegítima⁷⁷.

Constituindo-se em direito personalíssimo e, portanto, fundamental, deve ser encarado para o fim de nele visualizar-se a natureza mais relevante do direito de família restando evidente o caráter limitado da autonomia de vontade que dispõe seus integrantes.

Dele se arreda, porque tangência a expressão máxima da pessoa, qualquer espécie de tergiversação no sentido de facultar a seus integrantes via para transacionar sendo, dentre os ramos do direito civil, aquele que mostra-se mais insensível à autonomia da vontade das partes.

As normas jurídicas regentes do direito de família, em sua maioria, são de característica cogente, ou seja, submetem a vontade individual à da coletividade.

Tem-se, ainda, nesse sentido, que as normas regulamentadoras, embora relativamente respeitadoras da autonomia da vontade, não cedem irrestritamente.

É, pois, sem sombra de dúvida, a natureza personalíssima que faz com que o direito de família tenha essa ingerência estatal de forma tão incisiva.

Somente, por exceção, e, numa via secundária, em poucos dispositivos, o direito de família dispõe acerca de normas patrimoniais o que evidencia, ainda mais, a autonomia concedida aos integrantes do contexto familiar gerir seus próprios rumos, sem a intervenção direta e fiscalizadora do Estado.

Isso levou Silvio Rodrigues a ensinar que

⁷⁷ DINIZ, 2008, v. 5, op. cit., p. 27.

[...] outra característica dos direitos de família, quando são encarados pelo ângulo individual e como direitos subjetivos, é a sua natureza personalíssima, isto é, esses direitos são intransferíveis, intransmissíveis por herança, irrenunciáveis, eles se ligam à pessoa em virtude de sua posição na relação familiar, não podendo o titular transmiti-los, ou deles despir-se. Assim, ninguém pode transferir ou renunciar sua condição de filho. O marido não pode transmitir seu direito de contestar a paternidade do filho havido por sua mulher; ninguém pode ceder seu direito de pleitear alimentos, ou a prerrogativa de demandar o reconhecimento de sua filiação havida fora do matrimônio⁷⁸.

Sílvio de Salvo Venosa, da mesma forma, perfilha desse entendimento pois verbera que

[...] outra característica presente dos direitos de família, quando examinados sob o prisma individual e subjetivo, é sua natureza personalíssima. Esses direitos são, em sua maioria, intransferíveis, intransmissíveis por herança e irrenunciáveis. Aderem indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Desse modo, o pátrio poder ou poder familiar e o estado de filiação são irrenunciáveis: ninguém pode ceder o direito de pedir alimentos, ninguém pode renunciar ao direito de pleitear o estado de filiação⁷⁹.

Arnoldo Wald, em sucinto e denso pronunciamento, preconiza que:

[...] como a maioria das suas disposições é de ordem pública e tem reflexos importantes na vida social, os atos jurídicos de direito de família não admitem modalidade. Quem reconhece um filho não pode fazer o reconhecimento condicional. Quem casa não pode sujeitar a eficácia do matrimônio a um termo. O aspecto personalístico dos direitos de família impede ainda que seja dado amplo papel à representação⁸⁰.

2.8 Natureza privada

Faceta própria, e peculiar, do direito de família consiste em que seus institutos, na quase totalidade, são impregnados de exacerbada intervenção estatal,

⁷⁸ RODRIGUES, 2002, v. 6, op. cit., p. 14.

⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.6. p. 16.

⁸⁰ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 6.

restando ao particular diminuto espaço para operar segundo vontade e interesses próprios.

Foi inserido nesse contexto que José Lamartine Corrêa de Oliveira preconizou que

[...] no Direito de família, há um acentuado predomínio das normas imperativas, isto é, normas que são inderrogáveis pela vontade dos particulares. Significa tal inderrogabilidade que os interessados não podem estabelecer a ordenação de suas relações familiares, porque esta se encontra expressa e imperativamente prevista na lei (*ius cogens*)⁸¹.

São as hipóteses, precípuas, de casamento, filiação, parentesco, nas quais o particular possui pequena liberdade na exteriorização de sua vontade e pouco consegue afastar-se das normas legais que regem as relações familiares.

Washington de Barros Monteiro, nesse particular, ora cita Cicu para quem “o direito de família é afim do direito público” ou que “o direito de família está compreendido no direito público”, ora cita Ruggiero, para quem “o direito de família se destaca nitidamente das restantes partes do direito privado e tende para o direito público”⁸².

Conclui-se, pois, diante desse contexto, que as normas do direito de família são obrigatórias e imperativas, ou seja, extrapolam os limites restritos da vontade do particular para inserir-se, inquestionavelmente, no âmbito do interesse público.

Foi perfilhando desse entendimento que Pontes de Miranda asseverou que “a grande maioria dos preceitos de direitos de família é composta de normas

⁸¹ GONÇALVES, 2005, v. 6, op.cit., p. 10. (destaque do autor).

⁸² CICU, 1910; RUGGIERO, 1934 apud MONTEIRO, 2003, v. 2, op. cit., p. 5.

cogentes. Só excepcionalmente, em matéria de regime de bens, o Código Civil deixa margem à autonomia da vontade⁸³.

Trata-se, destarte, de regra que excepciona o âmbito de atuação do direito de família que, embora inserto no direito civil, ramo do direito privado, vê-se subordinado a normas de ordem pública tendo, conseqüentemente, questionada sua natureza privatista.

Perquire-se, portanto, se o direito de família não está revestido de roupagem própria e peculiar que afasta-o dos demais ramos do direito civil para, no mínimo, acenar com sua inserção no direito público.

Chega-se, pois, a inserir o direito de família no direito público ou, no mínimo, considerá-lo como ramo dele.

Abstraindo-se, por ora, a discussão acerca de ser positiva ou negativa essa inserção, se representa avanço ou retrocesso, a verdade é que não se pode delegar para a exclusiva vontade dos interessados a condução das principais questões de ordem familiar.

Essa, inclusive, a dúvida que assalta o espírito do doutrinador, lapidarmente externada por Washington de Barros Monteiro, pois,

[...] para uns, essa tendência do direito de família, caminhando em direção ao direito público, representa um passo à frente. É uma conquista moderna, um sinal de progresso na ciência jurídica. Para outros, no entanto, constitui um retrocesso. É o retorno ao passado, fazendo com que a família volva ao primitivo ponto de partida, revivendo o status em todo o seu vigor, embora sujeito a restrições, sob a égide do próprio Estado⁸⁴.

⁸³ GONÇALVES, 2005, v. 6, op. cit., p. 10.

⁸⁴ MONTEIRO, 2003, v. 2, op. cit., p. 06.

A tutela, com inequívoca ingerência, do legislador em seara privada mostra-se, por ora, imperiosa, no mínimo, para ensejar que, mesmo no recôndito das relações familiares, sejam rigorosamente observados os preceitos que preservam os direitos personalíssimos que, muitas vezes, são postergados pelos integrantes da família.

Correto, entretanto, consignar que, no seio dos entes familiares, com esteio nas normas abstratas que regem todo o ordenamento jurídico, inclusive privado, que a intervenção estatal somente deve ocorrer em casos que, efetivamente, reclamam a ingerência estatal.

Enquanto, e em tese, as normas regentes, direcionadas abstratamente para toda a sociedade, são respeitadas, o Estado não deve interferir nas relações familiares.

Somente quando, concretamente, vê-se ameaçado ou fulminado direito, que ao Estado impõe preservar, até mesmo como indicativo de manutenção da paz social, impõe-se ao legislador interferir na esfera privada no direito de família.

Foi essa, sem dúvida, a “men legis” do legislador constituinte de 1988 ao consagrar, na Constituição Federal, abstratamente, ainda que de forma genérica, os preceitos mínimos que se lhe afiguraram imperiosos para a salutar prevalência do direito de família.

É, inclusive, Washington de Barros Monteiro que realça essa circunstância destacando que:

[...] sensível e manifesta a atuação do Estado no campo do direito de família, no sentido de tutelar e resguardar, em qualquer de suas manifestações, o grupo familiar, elemento da própria vida e base fundamental da sociedade. Orientando-se assim, teve o legislador em mira, naturalmente, prudente advertência de Angel Ossorio:

onde há fortes e sadios núcleos familiares, marcham os povos da melhor forma; onde a família se desagrega, tudo soçobra⁸⁵.

Esse, também, o posicionamento de Sílvio de Salvo Venosa para quem:

[...] no direito de família, a ordem pública prepondera dispendo sobre as relações pessoais dos cônjuges, relações entre pais e filhos, regimes matrimoniais, celebração e dissolução do casamento, etc. Tal se deve ao interesse permanente do Estado no direcionamento da família como sua célula básica, dedicando-lhe proteção especial (artigo 226, caput, da Constituição Federal)⁸⁶.

A liberdade de escolha, portanto, no direito de família é limitada, ou seja, somente em algumas circunstâncias é facultado ao particular dispor como lhe aprouver.

A essa conclusão, após discorrer acerca da imperatividade das normas regentes do direito de família, chega Sílvio de Salvo Venosa afirmando que “por outro lado, esse ramo também possui normas supletivas que permitem, por exemplo, acordos entre cônjuges na separação a respeito de seu patrimônio, visita e guarda de filhos etc”⁸⁷.

Predominam, portanto, no direito de família normas de ordem pública que, mais do que direitos, impõe deveres.

A crescente intervenção do Estado no âmbito do direito de família almeja conceder-lhe maior abrangência de modo a, eficazmente, melhor tutelar os direitos de seus integrantes visando preservar, no mínimo, os direitos mais elementares.

⁸⁵ MONTEIRO, 2003, v. 2, op. cit., p. 06-07.

⁸⁶ VENOSA, 2006, v. 6, op. cit., p. 11-12. (destaque do autor)

⁸⁷ Ibid., p. 11-12.

A verdade é que o direito de família versa acerca de direitos da pessoa que constituem atributos da personalidade, ou seja, dispõe naquilo que a pessoa tem de mais relevante.

Após asseverar que o direito de família tende a separar-se do direito civil, desconhecendo se tomará rumo público ou privado, Washington de Barros Monteiro, com extrema clareza e objetividade, conclui que:

[...] o legislador só intervém quando forçado; se ele interfere no direito de família é porque naturalmente percebe, como os jurisconsultos, os moralistas e os sociólogos, a importância da família, ocorrendo, pois, em seu auxílio, curvando-se aos novos costumes, a exigirem modificações legislativas. Efetivamente, cada vez mais, torna-se pronunciada a intervenção do Estado nessa parte do direito civil. Nossa legislação não escapa a tal tendência, generalizada e universal⁸⁸.

Essa normatização publicista, em autêntica ingerência do Estado no direito de família, entretanto, não desloca-o para fora do direito privado porque, segundo Paulo Lobo,

[...] o direito de família todavia não pertence ao direito público, mas ao direito privado: assim, pelo tipo de relações que compreende, relativamente aos aspectos e setores mais reservados e íntimos, mais privado, se assim se pode dizer, da pessoa na comunidade familiar, dizem Alpa e Bessone, para os quais há elementos dificilmente classificáveis na estrutura do direito. “A família, em outras palavras, é uma ilha que o mar do direito pode somente lamber”.

“Portanto, o direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública. Não há qualquer relação de direito público entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, dos filhos entre si e dos parentes entre si. Não lhe retira essa natureza o fato de ser o ramo do direito civil em que é menor a autonomia privada e em que é marcante a intervenção legislativa. Diz-se que “as situações sociais típicas ou os supostos institucionais do direito civil são, precisamente, a pessoa, a família e o patrimônio”⁸⁹.

⁸⁸ MONTEIRO, 2003, v. 2, op. cit., p. 06.

⁸⁹ LÔBO, op.cit., p. 25. (destaque do autor).

2.9 O direito de família na Constituição Federal de 1988.

O legislador constituinte de 1988, sensível às transformações havidas no contexto da sociedade, e atento à nova realidade vivenciada pelo direito de família, elevou a nível fundamental normas de natureza familiar que consagram a constitucionalização do direito de família, tendência que ganhava força diante da importância que a família passou a representar no ordenamento jurídico, precipuamente, como fator de estabilização das relações sociais.

Corroído pelo tempo, o vetusto Código Civil de 1916 continha dispositivos manifestamente defasados, que não mais correspondiam aos reclamos das crescentes e ingentes necessidades decorrentes da modernidade e, conseqüente, evolução das relações familiares.

A legislação regente do direito de família, à época, datava de cerca de um século atrás (1916-1988), e não havia perspectiva de rápida aprovação do texto civilista que tramitava há anos no Congresso Nacional.

Essas duas circunstâncias, necessidade social e falta de perspectiva legislativa, somadas, fizeram com que o legislador constituinte avocasse para si a regência da matéria dispondo, ainda que de forma genérica, preceitos que se lhe apresentavam como vitais para a tutela daqueles albergados pelo direito de família.

Supriu, destarte, a Constituição Federal, de uma só vez, a então defasagem histórica do Código Civil e atendeu o contexto social que se lhe apresentava carente de eficiente regulamentação.

É, precipuamente, por exemplo, o que ocorreu com a união estável, que foi equiparada ao casamento, ou mesmo a cessação de qualquer discriminação em relação aos filhos.

Todas essas mudanças, ainda hoje em processo de consolidação e assimilação por parte da sociedade, podem ser sintetizadas no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Embora considerados a nível de princípio constitucional, nesse particular, não podem ser desconsiderados os dispositivos insertos na Constituição Federal que tratam da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

É o que observa-se da síntese efetuada por Carlos Roberto Gonçalves no sentido que:

[...] a Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim o artigo 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no parágrafo 6º do artigo 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I e 226, parágrafo 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916⁹⁰”.

Da mesma forma Eroulths Cortiano Junior assevera que

[...] este fenômeno, que se tem chamado repersonalização do direito, é acatado integralmente, por nossa ordem jurídica. Não se precisa ir longe para verificá-lo. Basta notar que o legislador constitucional estabeleceu que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III)⁹¹.

⁹⁰ GONÇALVES, 2005. v.6., op.cit., p. 17. (destaque do autor).

⁹¹ FACHIN, op.cit., p. 230. (destaque do autor).

2.10 O direito de família no Código Civil de 2.002.

Impulsionado pelas mudanças havidas no contexto social, consagradas na Constituição Federal de 1988, o legislador civil viu-se compelido a acompanhar a evolução e implementou, no Código Civil de 2.002, dispositivos que, efetivamente, prestam-se a consolidar as inovações experimentadas pelo direito de família.

O Código Civil, mais do que mudar, consolidou e regulamentou as inovações constitucionais, ainda que, em alguns tópicos, possa ser acusado de timidez, o que, tratando de direito de família, constitui-se postura previsível.

A verdade é que o Código Civil veio coroar, e atender, reclamos que há muito a sociedade vindicava.

Esse sentimento pode ser sintetizado, no âmbito restrito do estudo a que se propõe, segundo Carlos Roberto Gonçalves, alicerçado em Caio Mário da Silva Pereira, no sentido que:

[...] todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram à aprovação do Código Civil de 2.002, com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não-discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar⁹².

⁹²PEREIRA, 2004 apud GONÇALVES, 2005, v. 6., op.cit., p. 18. (destaque do autor).

2.11 O direito de família na legislação extravagante

Inicialmente o direito de família, em nosso país, tinha sua regulamentação básica restrita ao âmbito do Código Civil pelo que observava-se, precipuamente, das normas insculpidas no Código Civil de 1916 que, paulatinamente, viram-se derogadas em vários de seus dispositivos, precipuamente, de forma mais abrupta, pela Constituição Federal de 1988 e, subsequentemente, pela legislação que se lhe sucedeu.

Embora alçado a nível constitucional, e amplamente disciplinado no Código Civil, o direito de família serve-se de inúmeras normas extravagantes que regulamentam-no.

Isso porque, dada a relevância e especificidade de alguns institutos tutelados pelo direito de família, faz-se imprescindível uma normatização mais específica.

É o que ocorre, por exemplo, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que, embora voltado para a proteção do menor, contém inúmeras disposições acerca da família; a Lei de Alimentos (Lei nº 6.478/78) que disciplina a prestação alimentícia como forma de subsistência daqueles ligados por laços de família; a Lei de Averiguação de Paternidade (Lei nº 8.560/92) que colima assegurar a regularidade da filiação; a Lei da Bio Segurança (Lei nº 11.105/2005) que protege os embriões; a Lei do Divórcio (Lei nº. 6.515/77), embora quase totalmente revogada, que dispõe acerca da dissolução do casamento; o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.481/2003) que assegura, dentre outros, o atendimento ao idoso pela própria família em detrimento do atendimento asilar; o Código Penal reprimindo os delitos contra o casamento, o estado de filiação, a assistência familiar, o poder familiar, a tutela e a curatela; e a Lei nº 8.009/90 que ampliou a proteção do bem de família.

Essas circunstâncias fortalecem, ainda mais, o posicionamento daqueles que defendem a necessidade de um estatuto próprio para o direito de família.

CAPÍTULO 3 PODER FAMILIAR

3.1 Importância

O poder familiar, anteriormente denominado pátrio poder, é instituto de natureza eminentemente familiar, decorrente do liame de filiação, e, dentre as figuras familiares, aquele que mais exterioriza facetas obrigacionais.

Tanto isso é correto que o atual Código Civil deslocou geograficamente parcela considerável das obrigações dos genitores em relação aos bens dos filhos, que no anterior código encontravam-se disciplinadas nos artigos 385 a 391, na Seção III, do Capítulo VI, que tratava especificamente do pátrio poder, inserindo-o, presentemente, nos artigos 1689 a 1693, no Subtítulo II, do Título II, que trata das relações patrimoniais no direito de família.

Vê-se, destarte, a acentuada guinada do legislador que retirou, diga-se, com acerto, parcela considerável das disposições atinentes ao poder familiar do âmbito pessoal para inseri-las em seara patrimonial onde, efetivamente, deve permanecer, pois a matéria que trata tem nítido conteúdo econômico.

Essa mudança topográfica, desnuda, por si só, a preocupação do legislador que, não descurando do aspecto familiar e pessoal que revestido o instituto, ainda assim, disciplinou-o de forma contextual inserindo-o em lugar específico que se adequa com os interesses regulamentados.

3.2 Origem

Inúmeras teorias, todas desprovidas de cunho científico, intentam justificar o surgimento do poder familiar, ora com supedâneo em honras fúnebres, decorrentes de temor, com intuito de apaziguar os espíritos dos entes falecidos, ora calcadas na veneração decorrente de prática ética que consistia em manifestação de amor e respeito.

Sustenta-se, também, que o poder familiar é decorrência de culto doméstico, a essa corrente contrapondo-se aquela que acena com a autoridade patriarcal, extensiva a todos os integrantes do ente familiar, bem como a dependência econômica como instrumento de criação de vínculo.

Fica, por fim, o registro que o surgimento do poder familiar deve ser contextualizado no período histórico, com o qual conserva estreita vinculação e dependência, precipuamente, com os costumes vigentes à época e, obviamente, profundo enraizamento com motivações de ordem religiosa.

O que se deve extrair dessa discussão, diga-se, pouco produtiva, é que o poder familiar, tal qual posto hoje, não conserva qualquer vínculo com o aquele vigente nos primórdios, o que levou Silvio Rodrigues, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, a afirmar que “a idéia que se tem é a de que o tempo provocou uma evolução tão radical em seu conceito que afetou a própria natureza do poder paternal”⁹³.

3.3 Notícia histórica

A análise da evolução histórica do poder familiar, mais do que simples retrospectiva fática, tem o condão de ensejar comparação do instituto, desde a origem, e ao longo de sua trajetória, até os dias atuais, para possibilitar sua exata compreensão.

Mais do que qualquer outro instituto jurídico, é no confronto do poder familiar de outrora e de hoje, na sua evolução e transformação, que é possível dimensioná-lo na inteireza.

O poder familiar teve seu delineamento a partir do direito romano onde era representado por um conjunto de direitos conferidos ao *pater* que, na condição de chefe supremo e único da organização social, e, conseqüentemente, do filho, dispunha de um direito absoluto, quiçá, ilimitado.

⁹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. p. 395-395.

Tinha o poder familiar, à época, a finalidade, inescandível, de reforçar a autoridade paterna, como instrumento de consolidação da família romana e, por corolário, do poderio estatal.

Silvio Rodrigues, discorrendo acerca do tema, captou essa peculiaridade ao asseverar que

no direito romano o pátrio poder é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe da organização familiar, e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar a autoridade paterna, a fim de consolidar a família romana, célula base da sociedade, que nela encontra o seu principal alicerce⁹⁴.

Detinha o pai, nos primórdios do direito romano, ilimitado poder sobre o filho, pois podia puni-lo, expô-lo, vendê-lo, e, até, matá-lo. Não tinha o filho patrimônio e tudo que amealhasse pertencia ao pai. Era, na verdade, o filho um *alieni juri*.

Com a disseminação dos princípios do cristianismo o rigor anterior foi abrandando-se para possibilitar que, primeiramente, ao filho restasse assegurado o direito de, pelo menos, adquirir pecúlio em razão do seu trabalho militar que, posteriormente, ampliado, passou a não mais integrar o patrimônio do pai.

Em seguida, na Idade Média, por influência do direito germânico, nitidamente mais inspirado no interesse do filho do que no pai, esboça-se o princípio de reversão do cunho nitidamente patriarcal do instituto, até então prevalente, culminando com a alteração, pela legislação francesa, onde se consolidou, a diminuição dos direitos do pai em progressão inversa ao aumento dos seus deveres.

As Ordenações Filipinas, embora fortemente influenciadas pela legislação romana, lograram abrandar o rigor inicial dos remotos princípios regentes do poder familiar impondo ao pai, a par da manutenção dos principais direitos, muitos e variados deveres para com os descendentes.

⁹⁴ RODRIGUES, 2002, v. 6, op.cit., p. 395-396.

Passava o poder familiar, então, a ganhar as feições de instituto voltado para a proteção do menor, exatamente aqueles que, presentemente, regem-no.

Inspirado nessa transformação Silvio Rodrigues afirma que

[...] se caracteriza o pátrio poder no direito moderno; ou seja, como um instituto de caráter eminentemente protetivo em que, a par de uns poucos direitos, se encontram sérios e pesados deveres a cargo de seu titular. Para bem compreender sua natureza é mister ter em vista tratar-se de matéria que transcende a órbita do direito privado, para ingressar no âmbito do direito público. É de interesse do Estado assegurar a proteção das gerações novas, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura. E o pátrio poder nada mais é do que esse *munus* público, imposto pelo Estado, aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Daí a razão por que alguns escritores acham inadequado o nome *pátrio poder*, sugerindo outras denominações, tais como poder de proteção, ou mesmo *pátrio dever*⁹⁵.

3.4 Conceito

O poder familiar é um *munus* público imposto aos genitores com a finalidade de proteger os filhos menores, pois, enfeixa uma gama de obrigações alusivas a pessoa e aos bens dos filhos menores, de natureza indelegável.

Carlos Roberto Gonçalves, ressaltando que o poder familiar decorre de uma necessidade natural, cita Cunha Gonçalves, para quem “constituída a família e nascidos os filhos, não basta alimentá-los e deixá-los crescer à lei da natureza, como os animais inferiores. Há que educá-los e dirigi-los”⁹⁶.

A pessoa, em decorrência da própria natureza, desde tenra idade, necessita de cuidados mínimos para sobreviver, consistentes em atenção e zelo quanto às necessidades básicas que, com o passar dos anos, ganham novas proporções, não dispensando o amparo, consistente na disponibilização das condições básicas e elementares para concluir o processo de crescimento e desenvolvimento.

⁹⁵ RODRIGUES, 2002. v. 6, op.cit., p. 397.

⁹⁶ GONÇALVES, Cunha, 1991 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6. p. 357.

São os pais, outrossim, as pessoas, por natureza, habilitadas para o encargo dessa missão de bem e fielmente proporcionar ao filho o atendimento das exigências indispensáveis à sobrevivência e formação do menor.

O crescimento do menor, físico e intelectual, por sua vez, faz com que essas exigências ganhem novas dimensões e roupagens, porém, conservam na essência a obrigação originária outorgada aos pais.

Trata-se de um dever vinculado à relação filial, decorrente da paternidade ou maternidade, no contexto da qual a criança foi concebida e que, com o passar dos anos, ganha contornos diferenciados.

Seja logo após o nascimento, no início da infância, na adolescência, ou nos estertores de alcançar a maioridade, essa relação estabelecida entre filhos e genitores, consistente numa gama de direitos atribuídos e deveres imputados aos últimos, atinente a pessoa e aos bens dos menores, outrora denominada pátrio poder, consiste, presentemente, no chamado poder familiar, também conhecido por autoridade parental.

Poder familiar, segundo Silvio Rodrigues, quando ainda vigorava o revogado Código Civil de 1916, e o instituto denominava-se pátrio poder, “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”⁹⁷.

Washington de Barros Monteiro, da mesma forma, ainda na vigência da legislação revogada, porém com atualidade ímpar, prelecionava que

[...] sintetizando, podemos asseverar que, na hora presente, o pátrio poder é encarado como complexo de deveres, ou melhor, como direito concedido aos pais para cumprirem um dever. Deixou de ser assim direito estabelecido em favor dos genitores e no interesse de quem o exerce, para transformar-se num simples dever de proteção e direção, um meio que tem o pai para satisfazer seus deveres. [...]Por outras palavras, o pátrio poder é instituído no interesse dos

⁹⁷ RODRIGUES, 2002, v. 6, op.cit., p. 398.

filhos e da família, não em proveito dos genitores. Melhor se denominaria *pátrio dever*. Eis a paternidade responsável (Constituição de 1988, art. 226, § 7^o)⁹⁸.

Maria Helena Diniz ensina que “o poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”⁹⁹.

Para Paulo Nader “*poder familiar* é o instituto de ordem pública que atribui aos pais a função de criar, prover a educação de filhos menores não emancipados e administrar seus eventuais bens”¹⁰⁰.

Em excelente monografia, acerca do conceito de poder familiar, Denise Damo Comel elenca seis elementos que se lhe afiguram essenciais e que prestam-se a expressar “com atualidade, amplitude e completude”, o instituto familiar:

Em primeiro lugar, é preciso destacar, como já se disse, que o poder familiar é, antes, uma função: o encargo de atender ao filho, assegurando-lhe o atendimento de todos os direitos que lhe são reconhecidos como pessoa, em face da sua condição peculiar de desenvolvimento. É, pois, o vértice e o centro do sistema civil de proteção do menor, tanto do ponto de vista sociológico, quanto jurídico, sendo a figura de conteúdo mais amplo e regulamentação mais completa, que se constitui no paradigma e ponto de referência de outras figuras de proteção do menor. Consiste, precipuamente, em deveres a que se obrigam os pais em face do filho, conforme proclamado no art. 229 da CF. Em segundo, incluem-se os direitos outorgados aos pais como instrumento para que possam cumprir com o referido dever. São as prerrogativas que se reconhecem aos titulares da função, pois indispensáveis para seu desempenho. [...] O terceiro elemento fundamental, integrante de alguns dos conceitos já citados, é que tanto a titularidade quanto o exercício estão definitivamente atribuídos ao pai e à mãe, em igualdade de condições, os quais se obrigam por tudo e em tudo a cumprir com a função. O quarto ponto é que essa função é desempenhada sempre no superior interesse do filho, que é quem necessita da proteção, da direção, da atuação dos pais em defesa de seus interesses, haja vista sua pouca maturidade, experiência e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Aliás, o princípio do melhor interesse

⁹⁸ MONTEIRO, op.cit., p. 283. (destaque do autor)

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5. p. 514.

¹⁰⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5. p. 401.

da criança se consagra hoje como diretriz básica de toda legislação de menores, incorporada em definitivo no direito brasileiro, também no direito comparado, e de forma bastante contundente na jurisprudência. [...] Como quinto elemento, é de considerar que o poder familiar tem num dos pólos todo e qualquer filho menor de idade e não-emancipado. Não se admite mais, definitivamente, a exclusão de qualquer filho do poder familiar, como constava do revogado art. 379 do CC/1916. Não tem cabimento qualquer discriminação relativamente à origem da filiação, tanto nos termos da Constituição Federal, quanto também na forma que preceitua o art. 1.630 do CC, que sujeita todos os filhos, indistintamente, enquanto menores, ao poder familiar. Por outro lado, os titulares são os pais, legalmente reconhecidos homem e mulher, independentemente de seu estado civil, com as mesmas obrigações, encargos e prerrogativas. E isso a despeito do contido no art. 1.631 do CC, que imputa o poder familiar aos pais durante o casamento e a união estável, ainda que mitigado pelo art. 1.632 do CC, que mantém as relações entre pais e filhos na separação judicial, divórcio e dissolução da união estável. Sobre essas normas, a toda evidência, sobrepõe-se o direito de todo filho estar sob a proteção do poder familiar, direito esse que não pode sofrer quaisquer restrições em função da situação dos pais. Enfim, como último elemento integrante do conceito de poder familiar, o dever do filho, correlato ao direito dos pais, de obediência às orientações e determinações paternas, sob pena de não se realizarem as funções do poder familiar. A propósito, o art. 1.634, inc. VII, do CC, que reconhece a competência dos pais para exigir que os filhos lhe prestem obediência, respeito e serviços próprios da idade e condição. Tal aspecto é mesmo inerente ao conceito de poder familiar, uma vez que não há como conceber que os pais possam exercer encargo de tal complexidade e responsabilidade sem que se coloque o filho na posição inversa, como o sujeito que deve obediência e respeito aos titulares do poder familiar¹⁰¹.

3.5 Características

Ao poder público interessa a conservação, manutenção e pleno exercício do poder familiar, pois presta-se como instrumento de pacificação social tutelando as relações familiares.

Assim procede o Estado entendendo que a atenção para as gerações mais jovens, desde a infância, possibilita estruturação adequada para saudável e regular desenvolvimento.

Como corolário de tratar-se de instituto de ordem pública, porque presta-se a proteger e assistir o menor, o poder familiar destaca-se, primeiro, pela

¹⁰¹ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 66-69.

impossibilidade de seus titulares dele se eximirem, de forma que é irrenunciável. Portanto, não é dado aos genitores, singelamente, dispor do poder familiar.

Sobressai, mais, no poder familiar, a característica de aos pais não ser admitida a possibilidade de confiar a terceiros parte, ou a totalidade, de suas atribuições, de modo que é indivisível.

Tratando-se, outrossim, o poder familiar de direito personalíssimo, o que implica que seu exercício é privativo e restrito aos genitores, tem-se, conseqüentemente, que é intransferível e indelegável.

É, também, temporário, pois, tem termo pré-fixado para vigorar vez que, por exemplo, alcançada a maioridade, automaticamente, deixará de existir. O mesmo deve ser dito em relação ao óbito do menor enquanto tal.

Considera-se, outrossim, o poder familiar como coisa fora do comércio, pois não é dado a quem quer que seja, ainda que com a concordância do menor, e de outros eventuais interessados, alterar ou transigir acerca das suas normas, que, repita-se, são cogentes.

O poder familiar, por fim, é de natureza imprescritível de modo que seu titular jamais dele decairá tão somente pelo não uso em tempo hábil.

Sintetizando, acerca dos atributos do poder familiar, Maria Helena Diniz preleciona que

1) Constitui um *munus* público, isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um *direito-função* e um *poder-dever*, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo. 2) É *irrenunciável* (JSTJ, 123:243), pois os pais não podem abrir mão dele. 3) É *inalienável* ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso; a única exceção a essa regra, que foi permitida em nosso ordenamento jurídico, era a *delegação* (RT, 181:491; RF, 150:178), do poder familiar, desejada pelos pais ou responsáveis, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor (Cód. de Menores, art. 21). Essa delegação era reduzida a termo, em livro próprio,

assinado pelo juiz e pelas partes, dele constando advertência sobre os direitos e deveres decorrentes do instituto (Cód. de Menores, art. 23, parágrafo único). 4) é *imprescritível*, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo; somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei. 5) É *incompatível com a tutela*, não se pode, portanto, nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar. 6) Conserva, ainda, a natureza de uma *relação de autoridade*, por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm o poder de mando e a prole, o dever de obediência (CC, art. 1.634, VII)¹⁰².

3.6 Conteúdo

O conteúdo do poder familiar consiste, precisamente, no conjunto de normas relativas aos direitos e deveres dos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores.

Paulo Nader, em objetiva síntese, assevera que

[...] a experiência revela ao codificador a gama de cuidados que o infante requer para desenvolver as suas potências ativas. Embora no mundo exterior, é ainda um projeto aberto de vida. Dado o sentimento de amor que liga os genitores à prole, a eles cabe desenvolver, em primeiro lugar, a proteção, o carinho, a assistência aos filhos menores. É a lei da natureza ensinando aos homens e referendada pelo legislador. A definição do conteúdo do poder familiar decorre do conhecimento adquirido pela observação e estudo da natureza humana. Tendo por origem o embrião, o ser humano passa por diversas etapas em seu processo de desenvolvimento, evoluindo de uma fase de absoluta carência e incapacidade até chegar à puberdade, quando algumas necessidades permanecem e outras se extinguem e sua incapacidade se torna relativa. O Código Civil, sob a epígrafe *Do Exercício do Poder Familiar*, trata do conteúdo desse poder nos sete itens do art. 1.634¹⁰³.

Dessa forma as normas regentes do poder familiar podem ser compreendidas, primeiro, em relação à pessoa do menor e, segundo, no que tange aos bens dos quais titular.

¹⁰² DINIZ, 2008. v. 5, op.cit., p.515-516. (destaque do autor).

¹⁰³ NADER, op.cit., p.412. (destaque do autor).

Maria Helena Diniz, a esse respeito, afirma que “o poder familiar engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados”¹⁰⁴. (pág. 519)

O artigo 1634 do Código Civil, dispõe, pormenorizadamente, que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação (I), tê-los em sua companhia e guarda (II), conceder ou negar autorização para casar (III), nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico (IV), representá-los até os dezesseis anos e, após, assisti-los até a maioridade (V), reivindicá-los de quem os detenha ilegalmente (VI) e exigir que lhes prestem obediência, respeito e auxílio (VI).

Preleciona, uma vez mais Paulo Nader que “o poder familiar resguarda duas ordens de interesse: a de zelar pela criação e educação do menor e a de administrar seus bens ou patrimônio, se houver; daí dizer-se que ele estabelece *relações pessoais e relações patrimoniais*”¹⁰⁵.

No que tange ao aspecto patrimonial, segundo o disposto no artigo 1689 do Código Civil, enquanto no exercício do poder familiar, os pais são usufrutuários (I) e têm a administração (II) dos bens dos filhos menores.

Embora as questões atinentes à pessoa do menor, porque ligadas aos direitos da personalidade, sejam, efetivamente, mais relevantes, tanto que, excluídas poucas exceções, todas implicam em deveres dos pais sobreleva, para este estudo, dados os limites, as obrigações de cunho patrimonial.

As relações patrimoniais, entretanto, pertinem mais ao âmbito familiar do que propriamente o campo obrigacional que, inclusive, constitui-se no objeto do trabalho.

¹⁰⁴ DINIZ, 2008, v. 5, op. cit., p.519.

¹⁰⁵ NADER, op.cit., p. 412. (destaque do autor).

Porque cerne deste trabalho, vinculado às obrigações propriamente ditas, o conteúdo patrimonial do poder familiar, ou seja, quanto aos bens dos filhos, será analisado mais detidamente em capítulo autônomo.

3.7 Titularidade

O artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal, dispõe que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher de forma que, presentemente, prevalece a igualdade plena quanto a titularidade e exercício do poder familiar entre eles.

O artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, dispõe que “o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”¹⁰⁶.

Nesse sentido, também, o artigo 1.631 do Código Civil comina que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

Portanto, presentemente, ambos os genitores estão habilitados para, em conjunto, exercer o poder familiar.

É o pai e a mãe, em conjunto e em igualdade de condições, que exercitam o poder familiar.

É, também, o que preconiza Carlos Roberto Gonçalves para quem o legislador, diversamente do cominado, deveria, singelamente, ter disposto “que o

¹⁰⁶ BRASIL. LEI n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 9 fev. 2008.

poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe visto que o aludido (*munus*) decorre da filiação, não do casamento ou união estável”¹⁰⁷.

A titularidade do poder familiar, na chamada família monoparental, fica sob incumbência daquele que é identificado como pai ou mãe do menor e o traz consigo.

Nem mesmo eventual separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável dos genitores implica em alteração na titularidade do poder familiar que, como dito, envolve vínculo filial insuscetível de rompimento, tão somente, pelo afastamento dos genitores como, aliás, preconiza o artigo 1632 do Código Civil.

Dessa forma o filho havido em circunstância diversa do casamento, especificamente, em decorrência de relacionamento eventual, estará sujeito ao poder familiar do genitor que o reconheceu. Na hipótese de ter sido reconhecido tanto pelo pai quanto pela mãe, ambos estarão habilitados para o exercício do poder familiar.

A atribuição da guarda para um dos genitores, em detrimento do outro, não retira desse último o poder familiar que, pelo contrário, continuará íntegro, minorado, tão somente, pela circunstância de privação contínua da companhia do menor por parte daquele a quem assiste apenas o direito de visita.

Por fim, sobrevindo divergência entre os genitores no que pertine ao exercício do poder familiar, ao juiz competirá a solução do desacordo, segundo o cominado no parágrafo único, do artigo 1631 do Código Civil, desde que, obviamente, instada a autoridade judiciária para tal mister.

Diversa, nesse particular, não é a redação do parágrafo único, do artigo 1690 do Código Civil.

¹⁰⁷ GONÇALVES, 2005, v. 6, op.cit., p. 361.

Tem relevância essa questão, precipuamente, quando diz respeito a interesses patrimoniais do menor que devem, em regra, ser administrados em conjunto por ambos os genitores sobrevivendo, muitas vezes, discordância, o que impõe a intervenção da autoridade judiciária para dirimir o conflito.

Nesse sentido o magistério de Paulo Nader:

Os atos importantes na vida do filho, como os que dizem respeito aos seus interesses econômicos, devem ser praticados em conjunto pelos pais. É neste sentido a lição de Massimo Bianca: “*A parte i casi di esercizio esclusivo, la potestà deve essere esercitata dai genitori congiuntamente quando si tratta di decisioni particolarmente importanti, e cioè aventi una rilevante incidenza sulla vita del figlio, e quando si tratta di atti di straordinaria amministrazione*”¹⁰⁸.

Os filhos menores, consistentes em crianças e adolescentes, são as pessoas sujeitas ao poder familiar, na esteira do cominado no artigo 1630 do Código Civil.

Tem início o poder familiar, ainda que o legislador nada disponha nesse sentido, a partir do nascimento com vida.

Não se deve, entretanto, olvidar que, existindo expressa previsão legal que assegura direitos ao nascituro, segundo Paulo Nader, “a admitir que o poder dos pais se forma com a fecundação no ventre materno, quando o ser humano encontra-se em formação, *ser em devir*”¹⁰⁹. (pág. 408)

Esse entendimento tem, inclusive, amplo respaldo legal, pois, além do cominado na parte final do o artigo 2º do Código Civil, no sentido que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, o artigo 1779 do estatuto civil dispõe que será nomeado “curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”.

Os filhos maiores, mesmo que em decorrência de emancipação, porque atingiram a plenitude da capacidade civil, conseqüentemente, não mais estão sujeitos ao poder familiar.

¹⁰⁸ NADER, op.cit., p. 410. (destaque do autor).

¹⁰⁹ Ibid., p. 408. (destaque do autor).

Essa regra de exoneração, entretanto, como adiante, em capítulo próprio, será detalhada, comporta temperamento e não pode ser irrestritamente aplicada diante da possibilidade, efetiva, da emancipação, na forma voluntária, prestar-se a isentar os genitores de futura responsabilidade civil por ato sabidamente previsível do trespouco menor.

3.8 Suspensão

O legislador prevê a suspensão do poder familiar, pelo seu titular, elencando hipóteses que, a seu juízo, mostram-se graves e colocam o menor em situação de risco, tanto no que tange à sua pessoa quanto aos seus bens.

É o que comina o artigo 1637 do Código Civil no sentido que

[...] se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Dessa forma o exercício do poder familiar, que não é irrestrito nem absoluto, sofre fiscalização do poder público e, em situações que colocam o menor em risco, ou seu patrimônio, há expressa previsão legal para afastamento do titular do exercício do poder familiar.

Trata-se, destarte, da suspensão do poder familiar a ser apurada, e decretada, em regular processo judicial, com intervenção do Ministério Público, assegurado amplo direito ao contraditório no contexto do devido processo legal.

Assim prevê a legislação porque, segundo Maria Helena Diniz,

[...] sendo o poder familiar um *munus* público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar, sendo nomeado curador

especial ao menor no curso da ação. Na suspensão, o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente parte deles, referindo-se a um dos filhos ou a alguns. P. ex., poderá o juiz privar o pai da administração do patrimônio do filho, se lhe está arruinando os bens, restaurando-se os com a expiração do prazo. Deveras, desaparecendo a causa que deu origem à suspensão, o pai poderá retornar ao exercício do poder familiar. É, pois, uma sanção que visa a preservar os interesses do filho, afastando-o da má influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei¹¹⁰.

A suspensão do poder familiar, que não perde o caráter de punição dos genitores, constitui-se, na verdade, essencialmente, em medida protetiva em relação ao menor e seus interesses.

Nesse sentido se expressa Silvio Rodrigues para quem “a suspensão e a destituição do pátrio poder constituem, assim, sanções aplicadas aos pais pela infração ao dever genérico de exercerem o pátrio poder de acordo com regras estabelecidas pelo legislador, e visam atender ao maior interesse do menor”¹¹¹.

A suspensão do poder familiar, como previu o legislador, tem natureza temporária de forma que, aplicada, perdurará por período certo e limitado, especificamente, até quando mostrar-se necessária, e pode ser total, envolvendo todos os poderes inerentes ao poder familiar ou, apenas, parcial quando, então, será limitada à causa que originou-a como, exemplificativamente, a privação de autoridade quando à administração dos bens do menor por incompatibilidade de interesses.

A suspensão do poder familiar, que, é facultativa, pode, numa prole numerosa, incidir num único e determinado filho e, quando decretada apenas em relação a um dos genitores, implicará que o outro centralizará o exercício do *munus* sendo, na falta deste, imperiosa a nomeação de tutor.

3.9 Extinção

¹¹⁰ DINIZ, 2008. v. 5, op. cit., p.525-526. (destaque do autor)

¹¹¹ RODRIGUES, 2002. v. 6, op. cit., p. 411.

A extinção do poder familiar pode ocorrer de forma natural, voluntária ou por sentença judicial, conforme preceituam os artigos 1635 e 1638, ambos, do Código Civil.

A morte dos pais ou do filho, naturalmente, constitui-se em causa extintiva do poder familiar, nos termos do artigo 1635, inciso I, do Código Civil. Da mesma forma, ou seja, por força natural, deixará de existir a autoridade parental quando o filho, completando dezoito anos de idade, alcançar a plena capacidade civil (artigo 5º do Código Civil), nos termos do artigo 1635, inciso III, do Código Civil.

A adoção do menor, também, constitui-se em causa extintiva do poder familiar, segundo o previsto no artigo 1635, inciso IV, do Código Civil, pois, entre o adotado, filho, e sua família biológica, rompem-se todos os vínculos familiares estabelecendo-se, destarte, novos laços, idênticos, com a família do adotante.

A emancipação, nas suas diversas modalidades (artigo 5º, incisos I, II, III, IV e V, do Código Civil), também, constitui-se em causa extintiva do poder familiar, ante o cominado no artigo 1635, incisos II e IV, do Código Civil.

Por fim, a extinção do poder familiar pode ocorrer em razão de sentença judicial quando verificadas certas circunstâncias, tais como, castigos imoderados no menor, abandono do filho, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, reiteração nas faltas anteriores, que evidenciam a impossibilidade de manutenção da autoridade parental em razão das faltas cometidas pelos titulares do poder familiar.

São as hipóteses elencadas no artigo 1638, incisos I, II, III e IV, do Código Civil, que, na verdade, caracterizam a autêntica perda do poder familiar.

Há, pois, segundo o legislador, como retro exposto, nítida diferenciação entre extinção e perda do poder familiar.

A destituição do poder familiar, por sua vez, implicará, tão somente, na perda, pelo genitor desidioso, do poder de gerir a vida do filho menor e administrar

seus bens, mas não romperá os laços de parentesco, decorrentes da consangüinidade, estabelecidos entre o destituído e sua prole bastando, para tanto, atentar para os impedimentos matrimoniais (artigo 1521, incisos I, II e III, do Código Civil).

3.10 Poder familiar e responsabilidade civil

O poder familiar implica, para seus titulares, o encargo de responder civilmente pelos atos praticados pelos menores sob sua responsabilidade, na esteira do cominado no artigo 932, inciso I, do Código Civil.

Essa questão será objeto de análise específica, em capítulo próprio, porém, desde já, no contexto do poder familiar, ressalta-se para essa obrigação imposta aos genitores de assumirem o ônus de suportar eventuais danos por atos levados a efeito pelos menores.

São as observações que, por ora, mostram-se oportunas e que, inclusive, despontam como alerta por parte de Sílvio de Salvo Venosa que assim se expressa:

Recordamos também que, em matéria de responsabilidade civil, o pátrio poder acarreta ônus aos pais. Nesse sentido, o art. 932 (antigo, art. 1.521, I) estatui que são responsáveis pela reparação civil os pais pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. A idéia é no sentido de que, em se tratando de pais separados, responsáveis pelos atos do menor, será o progenitor que detiver sua guarda. No entanto, a jurisprudência tende a alargar o conceito, dependendo do caso concreto, buscando, quanto possível, responsabilizar ambos os pais¹¹².

CAPÍTULO 4 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Introdução

¹¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6. p.325.

Cumpra, na via estreita deste estudo, primeiramente, discorrer acerca de pressuposto que gera obrigação no direito de família mostrando-se imperiosa a análise, ainda que perfunctória, das principais figuras que integram a responsabilidade civil enquanto fonte geradora de obrigação.

O ato jurídico, enquanto manifestação de vontade convergente para a criação, modificação ou extinção de direito, pode, por via de consequência, repercutir em esfera alheia produzindo efeitos, positivos ou negativos, porém, em qualquer das hipóteses, vincula quem ordenou sua prática ou, efetivamente, quem dele se desincumbiu.

Da mesma forma e intensidade, na medida em que interfere indevidamente em órbita alheia e acarreta modificações de ordem patrimonial e extrapatrimonial junto a terceiros, tem-se o ato ilícito.

Destarte, antes de adentrar na especificidade das consequências obrigacionais decorrentes do poder familiar, cumpre trazer à tona informes, de natureza geral, que nortearão a futura interação decorrente da responsabilidade civil dos genitores pela conduta ilícita de seus filhos.

Essas consequências, inquestionavelmente, não de desembocar na esfera patrimonial motivo pelo qual a análise, ainda que genérica, das principais regras basilares atinentes a responsabilidade civil mostra-se imperiosa, enquanto instrumento hábil para, primeiro, apuração da responsabilidade, e, segundo, ressarcimento do dano causado.

4.2 Distinção entre obrigação e responsabilidade

Impõe-se, de início, para adequada compreensão da matéria, delimitar a diferença entre obrigação e responsabilidade, visto que a primeira consiste num

dever jurídico originário ao passo que a segunda trata de um dever jurídico sucessivo, decorrente de violação da primeira.

Portanto, a responsabilidade decorre de obrigação que, assumida livremente, vincula aqueles que a ela aderem de modo que, eventualmente descumprida por qualquer parte, voluntariamente ou não, proporcionará para o inocente, ou prejudicado, a possibilidade de responsabilizar civilmente o desidioso.

O Código Civil, adotando integralmente essa diferenciação, dispõe, no artigo 389, que “não cumprindo a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios”.

Esse dispositivo legal, por ser norma principiológica e genérica, tem incidência e aplicação tanto na responsabilidade civil decorrente de contrato quanto aquela advinda de relação extracontratual.

Sérgio Cavalieri Filho, exemplificando, primeiramente, preconiza que

[...] se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não-cumprimento da obrigação”, para, em seguida, concluir que “em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo¹¹³.

Para Sérgio Cavalieri Filho, que, nesse particular cita Larenz, “a responsabilidade é a sombra da obrigação¹¹⁴” porque

[...] assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação porque ninguém poderá

¹¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2. (destaque do autor).

¹¹⁴ LARENZ, 1991 apud CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 2.

ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente¹¹⁵.

Esses dois momentos, absolutamente distintos na relação obrigacional, possibilitam a visualização, primeiro, da obrigação de adimplir a prestação (Shuld), segundo, o da responsabilidade do devedor que poderá ser acionado pela descumprimento do pactuado, inclusive, com sujeição patrimonial (haftung).

Carlos Roberto Gonçalves, a propósito, assevera que

[...] a obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, obrigação e responsabilidade. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional¹¹⁶.

No que tange ao presente estudo a lição diferenciadora entre obrigação e responsabilidade tem inteira aplicação no concernente ao vínculo obrigacional dos genitores para com os filhos menores porque os pais têm, primeiramente, em relação a prole, obrigações, tais como zelo, guarda, educação, formação, que, segundo, negligenciadas, propiciando condutas irregulares dos infantes, das quais advenha danos a terceiros, implicará na responsabilização civil dos pais, inclusive, com sujeição do próprio patrimônio pelos prejuízos havidos.

Trata-se, pois, do cerne da responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores porque, em derradeira análise, deixaram os genitores de cumprir, na inteireza, a obrigação que lhes foi atribuída em decorrência do poder familiar de que investidos, implicando que terceiros restassem lesados.

4.3 Fontes históricas

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 2-3.

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. p. 2-3.

A evolução histórica da responsabilidade civil conserva estrita relação com a da humanidade que progrediu da barbárie para a civilização porque, nos primórdios, prevalecia a noção de vingança coletiva consistente em reação conjunta do grupo, do qual fazia parte a vítima, contra o causador da lesão.

Evoluiu-se, posteriormente, para a vingança individual, decorrente da Lei de Talião, na qual prevalecia a noção de reparação do mal com o mal, sintetizada no princípio do “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”, com mínima intervenção do poder público, apenas, para declarar a oportunidade e forma da resposta, assegurando a proporcionalidade da lesão ou dano.

A Lei de Talião, posteriormente, teve seu rigor atenuado pela Lei das XII Tábuas que, basicamente, inovou com a previsão de acordo como forma de exclusão da resposta proporcional do dano sofrido evoluindo, após, para a composição consistente na reparação do dano mediante o pagamento de valor em pecúnia.

A *Lex Aquilia de damno* consolidou a noção de ressarcimento monetário do dano, imputando ao patrimônio do causador da lesão o encargo de suportar o ônus da reparação, tomando como base o valor da coisa.

Esboçavam-se, então, os contornos definitivos da noção de culpa como pressuposto da responsabilidade civil, inclusive, com exoneração diante da ausência de conduta culposa.

Passou-se a imputar o dano à conduta culposa do agente.

A *Lex Aquilia de damno*, que estabeleceu as bases da responsabilidade civil extracontratual, ao criar uma forma pecuniária de

ressarcimento do prejuízo tomando como parâmetro o valor da coisa, introduziu o *damnum iniuria datum*, que consistia no prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado sem, entretanto, enriquecer o causador da lesão, que mais tarde foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa.

O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos e obrigando a vítima a aceitar a composição renunciando a vingança.

Na Idade Média, com a estruturação da idéia de dolo e de culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da responsabilidade penal.

Foi o jurista francês Domat o responsável pelo delineamento do princípio geral da responsabilidade civil influenciando quase que todas as legislações que estabeleceram como seu fundamento a culpa.

Recente, e revolucionária, transformação implicou no surgimento de nova forma de responsabilização, prescindindo-se da verificação de culpa, calcada, apenas, na noção de dano causado por conta e risco da atividade desenvolvida, culminando na dogmatização da responsabilidade civil objetiva, onde há o dever de indenizar tão somente por causa do risco que a atividade desenvolvida impõe.

Baseia-se no princípio do *ubi emolumentum, ibi ius* ou *ibi onus*, consistente em que a pessoa que se aproveita dos riscos deve arcar com as conseqüências.

Houve, destarte, em decorrência, sensível ampliação, segundo Maria Helena Diniz, “aumentando-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil”¹¹⁷.

Em síntese, presentemente, para Maria Helena Diniz,

[...] todo aquele que causar dano a outrem, seja pessoa física ou jurídica, fica obrigado a repará-lo, restabelecendo o equilíbrio rompido (CC, art. 186 c/c art. 927), cabendo ao lesado a prova, no caso concreto, de dolo ou culpa do agente. Quando a responsabilidade advém de ato do próprio imputado, ela será direta. Na responsabilidade extracontratual por fato próprio (CC, art. 942), será imprescindível a prática de ato lesivo pelo agente e, em sendo pessoa jurídica, por quem em seu nome atue (representante ou administrador). Todavia, houve uma evolução estendendo a responsabilidade de certa pessoa, por presunção de culpa, por fatos de terceiros pelos quais o imputado responde, no sentido de estabelecer uma solidariedade, p. ex., entre pais e filhos menores, com fundamento no falta de vigilância (RT 244:256, 286:213, 492:117); entre tutores e tutelados; entre curadores e curatelados por culpa in vigilando; entre comitentes e prepostos por culpa in eligendo (Súmula 341 do STF), abrangendo dentre os responsáveis as pessoas jurídicas que exerciam exploração industrial etc.; Hoje, pelos arts. 932, I a III, 933, 734 e 750, tais pessoas, mesmo que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados por terceiros, consagrando-se a responsabilidade civil objetiva...Em todas essas hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro, o devedor da indenização do dano é outra pessoa que não o autor direto do dano. Possibilitava-se essa repercussão da responsabilidade mediante uma presunção de culpa, e atualmente pela admissibilidade da responsabilidade civil objetiva pelo risco assumido¹¹⁸.

Extrai-se, dessa retrospectiva histórica, a vertiginosa evolução da responsabilidade civil que passou da inicial, e quase, total irresponsabilidade para a ousada, e justa, responsabilidade civil objetiva incidindo, inclusive, nas relações filiais conforme infere-se da responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores fazendo crer que os genitores, pelo simples fato de gerarem, estão assumindo posição de risco diante do que, eventualmente, a prole, enquanto menor, poderá causar-lhes.

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.p. 13.

¹¹⁸ Ibid., p. 13-14 (destaque do autor).

4.4 Função

Para atingir a finalidade, precípua, de viabilizar a convivência harmônica em sociedade, o ordenamento jurídico impõe normas tutelando a atuação e conduta das pessoas de modo que, primeiro, comportem-se conforme o direito, segundo, inclusive, reprimindo a conduta de quem transgredir o regramento institucionalizado.

Essas normas, que prestam-se a viabilizar a consecução do objetivo do ordenamento jurídico, consistente na paz social, cominam preceitos imperativos de ordem positiva ou negativa, compelindo, na primeira hipótese, a pessoa a fazer algo, ou, na segunda hipótese, implicam na obrigatoriedade de abstenção em relação a determinadas condutas.

Trata-se, mais especificamente, de um dever jurídico, imposto pelo direito positivo, de forma indistinta e indiscriminada para todos, enquanto regra de conduta externa, como instrumento único de exigência para convivência social, consistente em não prejudicar ninguém.

A transgressão, voluntária ou não desse dever jurídico, consubstanciada em um contrato ou não, configura ilícito que, acarretando dano a outrem, enseja a superveniência de outro e novo dever jurídico, agora, consistente em ressarcir o prejuízo experimentado pelo terceiro.

Eis, destarte, a razão de ser da responsabilidade civil, ou seja, uma conduta decorrente da vontade humana, ou por ela permitida, que, de alguma forma, atinge outra pessoa, ou o patrimônio de outrem, afetando ou causando-lhe diminuição patrimonial.

Obviamente que conduta dessa natureza afronta o bem comum idealizado, e materializado, no ordenamento jurídico enquanto instrumento de alcance para realização da pessoa, autorizando o legislador, destarte, primeiro, a coibi-lo e, eventualmente, na hipótese de transgressão, regram previsão para, no

mínimo, viabilizar o retorno do lesado ao estado anterior a infração e, na impossibilidade, a penalização do infrator.

É, pois, nesse contexto de justiça e paz social, que a responsabilidade civil se insere.

Tem, destarte, a responsabilidade civil, por finalidade, compelir aquele que lesionou outrem a reparar o dano causado, dando eficácia a mais elementar noção de justiça.

Assim procedendo veda-se o enriquecimento ilícito de um às expensas do empobrecimento indevido de outrem.

O dano, decorrente do ato ilícito, rompe o equilíbrio reinante entre o agente e a vítima, prestando-se a responsabilidade civil a restabelecer esse trauma de forma a, restituindo o lesado ao *status quo ante*, reparar o mal causado.

Busca-se, destarte, por meio da responsabilidade civil, fazer incidir o princípio "*restitutio in integrum*" consistente em recolocar a vítima na mesma situação em que se encontrava anteriormente a lesão.

É, portanto, no contexto da responsabilidade civil, por meio de uma indenização compulsoriamente imposta ao responsável pela conduta ilícita, proporcional ao dano impingido à vítima, que será restabelecido o equilíbrio anteriormente vigente e abruptamente rompido havido face o ato lesivo.

O fundamento da responsabilidade civil reside na busca da reparação do dano causado a vítima.

Reproduzindo magistério de San Tiago Dantas, que tem inteira aplicação na função da responsabilidade civil, Sérgio Cavalieri Filho afirma que “o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito”¹¹⁹.

4.5 Conceito

A palavra responsabilidade, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “origina-se do latim *respondere*, que encerra a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir¹²⁰” levando-o a concluir que “a responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito”¹²¹.

Para Miguel Maria Serpa Lopes “a responsabilidade é a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”¹²².

Silvio Rodrigues, reproduzindo Savatier, conceitua responsabilidade civil “como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”¹²³.

Asseverando que “toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar” e que o “termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso”, e que “sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar”, Sílvio de Salvo

¹¹⁹ DANTAS, 1979 apud CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 1.

¹²⁰ GONÇALVES, 2007, v. 4, op. cit., p. 23.

¹²¹ Ibid., p. 13.

¹²² SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1962. v. 5. p. 188-189.

¹²³ SAVATIER, 1939 apud RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 6.

Venosa chega à conclusão que “o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar”¹²⁴.

Fábio Henrique Podestá preleciona que

[...] a ação ou omissão praticada pelo agente que resulta no dano impõe efeitos cujas conseqüências devem ser suportadas pelo autor do ilícito. Trata-se de regra elementar de equilíbrio social, vale dizer, a responsabilidade civil é um fenômeno social diante da necessidade de reparação de direitos ou interesses injustamente violados¹²⁵.

Partindo de idéias hauridas em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Francisco dos Santos Amaral Neto e Carlos Alberto Bittar, englobando as noções de culpa, na modalidade de responsabilidade subjetiva, bem como de risco, Maria Helena Diniz define

[...] a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal¹²⁶.

Insuperável, concluindo, a lição de Sérgio Cavalieri Filho para quem

[...] a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano [...] É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer

¹²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 4.

¹²⁵ PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 218.

¹²⁶ DINIZ, 2007, v. 7, op. cit., p. 34

que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil¹²⁷.

4.6 Espécies

Consistindo a responsabilidade civil em conduta transgressora de dever jurídico, que assegura à vítima direito de ressarcimento e impõe ao ofensor obrigação de reparar o prejuízo causado, tem-se que a conduta ilícita poderá ter, primeiro, afrontado uma norma penal quando, então, porque praticado um ilícito penal e ofendido um preceito de direito público, ter-se-á caracterizada a responsabilidade penal.

Em sentido oposto, por afrontar norma jurídica de natureza civil, situada no campo do direito privado, o transgressor estará sujeito a responder civilmente pela violação perpetrada.

Tem-se, portanto, num primeiro plano, a diferenciação entre responsabilidade civil e responsabilidade penal caracterizando-se a primeira por tutelar, basicamente, bens de natureza privada, em regra disponíveis, como o patrimônio, ao contrário do ordenamento penal que cuida, essencialmente, de bens indisponíveis, tal qual a vida e a liberdade.

Obviamente que, em sentido oposto à regra, na responsabilidade penal deparar-se-á, excepcionalmente, com situações de evidente afronta ao ordenamento jurídico nas quais, entretanto, ao particular lesado facultar-se-á não invocar a tutela jurisdicional porque o bem ofendido, embora disciplinado em legislação de natureza pública, dada a proeminência da vontade interior da pessoa atingida, permitir-se-á que a livre discricionariedade da vítima faça prevalecer o direito à preservação da sua intimidade que, inclusive, será melhor atendida, minorando seu constrangimento, com a abstenção de invocar a reparação da lesão.

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 2

O mesmo deve ser dito em relação a certas matérias de direito privado que, embora regrado por normas que versam acerca de direitos disponíveis, dada a relevância do bem tutelado, sofrem ingerência do poder público que subtrai do titular a discricionariedade no exercício do direito no que tange, por exemplo, a eventual transigência.

Entretanto, tanto uma quanto a outra, como dito, implicam em violação de dever jurídico ressaltando-se, apenas, numa primeira avaliação, a maior gravidade da afronta penal em relação a ilicitude civil.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho “a separação entre uma e outra ilicitude atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço”¹²⁸.

Beling citado por Sérgio Cavalieri Filho,

[...] já acentuava que a única diferença entre a ilicitude penal e a civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito civil é um minus ou residuum em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves¹²⁹.

Imperioso consignar, outrossim, que uma mesma conduta pode implicar, concomitantemente, em transgressão da legislação civil e penal, configurando dupla ilicitude.

Consigna-se, por fim, que eventual sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, impossibilitará que, na esfera cível, seja a matéria rediscutida

¹²⁸ BERLING, 1906 apud CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 14

¹²⁹ Ibid., p. 14.

mas, para fins de equacionamento da indenização, discutir-se-á, tão somente, a fixação do *quantum* indenizatório.

Tem, pois, no contexto desse trabalho, especial relevância sentença irrecorrível proferida em sede de Juizado da Infância e Juventude na qual resta assentado, primeiro, a prática de ato infracional imputado a menor que, segundo, causa danos a terceiros, prestando-se, terceiro, como instrumento hábil a ensejar a responsabilização dos genitores na esfera cível.

Outra espécie relevante de classificação é aquela que diferencia a responsabilidade civil contratual da responsabilidade civil extracontratual.

A primeira, também conhecida por ilícito contratual, consiste, objetivamente, no descumprimento de obrigação convencionada em contrato onde a obrigação de indenizar decorre tão somente do inadimplemento do pactuado.

Ao revés, toda vez que a responsabilidade civil advir de lesão a direito subjetivo, sem que entre ofensor e ofendido exista qualquer liame jurídico, ter-se-á a chamada responsabilidade civil extracontratual, também conhecida por responsabilidade civil aquiliana.

Acerca dessa distinção, preleciona Sérgio Cavalieri Filho que

[...] tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno,

responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica¹³⁰.

Por fim, dentro deste quadro de diferenciação das espécies, e no que pertine ao cerne deste trabalho, cumpre extremar a responsabilidade civil subjetiva, que está visceralmente vinculada a noção de culpa, da responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco na qual prescinde-se da existência de culpa para ressarcimento do dano.

A responsabilidade civil subjetiva compõe-se de quatro elementos fundamentais, quais sejam, primeiro, a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária comissiva ou omissiva; segundo, de natureza culposa ou dolosa; terceiro, ligados por liame ou nexos de causalidade; e, quarto, da qual advenha dano.

Presentes, destarte, estes quatro elementos, restará caracterizada a responsabilidade civil subjetiva, que impõe ao causador do dano a obrigação de reparar o prejuízo.

O Código Civil, no artigo 186, adotou claramente essa espécie de responsabilidade civil ao preceituar que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

É, mais uma vez, oportuno o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho para quem

[...] a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 15 (destaque do autor).

todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome à imagem¹³¹.

Já a responsabilidade civil objetiva, para caracterização, prescinde da idéia de culpa, porque fundada no risco, tanto que é conhecida como responsabilidade sem culpa.

Tão somente em decorrência do exercício de uma atividade, diga-se lícita, da qual, porém, decorrem riscos para terceiros, a tão-só verificação do evento danoso, independentemente de qualquer conduta culposa, implica para o agente obrigação em ressarcir o prejuízo causado.

Esse, inquestionavelmente, o alcance e a extensão da responsabilidade civil objetiva que, originária do direito penal, e formalmente inserida no ordenamento jurídico pátrio com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n 8.069/90), surgiu diante da imperiosa necessidade de integral satisfação dos prejuízos experimentados pela vítima que, muitas vezes, dificultada pelo exacerbado encargo probatório, decorrente da responsabilidade subjetiva, ficava sem ressarcimento dos danos experimentados.

Essa espécie de responsabilidade civil, diversamente do anterior diploma legal regente da matéria, presentemente, está, de forma expressa, contemplada no atual Código Civil, como faz antever o parágrafo único, do artigo 927, dispondo que

[...] haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹³¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 18.

O artigo 187, por corolário, reforça a opção do legislador pela incidência da responsabilidade civil objetiva ao preconizar que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Esclarece, a propósito, Alvino Lima que

[...] a teoria do risco tem conquistado terreno sobre a responsabilidade fundada na culpa, quer na elaboração dos próprios preceitos do Direito comum, como em sua interpretação pelos tribunais, quer na legislação especial, resolvendo hipóteses que não poderiam ser, com justiça e equidade, no âmbito estreito da culpa¹³².

Conclui, asseverando, que

[...] continuarão a subsistir, como forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam examinar ou se confundir, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados¹³³.

Portanto, como regra, o Código Civil adotou a responsabilidade subjetiva. Entretanto, consagrou expressamente a responsabilidade objetiva em casos pré-determinados.

Fábio Henrique Podestá, embora ciente que o Código Civil adotou a responsabilidade na modalidade subjetiva, afirma que:

[...] é indispensável lembrar que, aos poucos, sem abandono da responsabilidade em razão de culpa, que continuou sendo sempre o centro de referência da imputabilidade, vem prevalecendo cada vez mais o tratamento do assunto consoante exigências relacionadas à ordem social, que levaram a produzir uma inversão no “juízo de responsabilidade”, substituindo-se o antigo fundamento da ação

¹³² LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 45.

¹³³ Ibid. p. 45.

aquiliana (onde há culpa, há reparação) por outro de validade objetiva, atentando à vítima da lesão, vale dizer, onde há lesão, há reparação. Dá-se assim o deslocamento do problema, da pessoa do agente do dano para a pessoa da vítima, ficando questionada, portanto, a lógica intrinsecamente bilateral da responsabilidade civil. Tal aspecto é a própria razão da responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa¹³⁴.

Sobreleva, neste estudo, no que tange à responsabilização dos genitores pelos atos praticados pelos filhos menores, todas as espécies de responsabilidade civil, consignando-se que em eventual conduta danosa do filho menor buscar-se-á, primeiro, a apuração de sua responsabilização, ou seja, a verificação de ocorrência dos pressupostos da responsabilidade civil na modalidade subjetiva, quais sejam, conduta culposa comissiva ou omissiva da qual advém dano, para, numa segunda fase, porque preenchidos os requisitos do ato ilícito perpetrado pelo menor, serem acionados os genitores, agora, com fulcro na responsabilidade objetiva, fundado tão somente na teoria do risco, ou seja, porque são os pais do infrator.

4.7 Pressupostos

São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva e extracontratual, primeiro, a ação ou omissão voluntária, culposa ou dolosa, do agente consistente na inexecução de um dever que o agente poderia conhecer e observar; segundo, a existência de um dano, ou seja, prejuízo de ordem material ou moral; terceiro, a relação de causalidade, ou seja, o liame que liga a conduta do agente ao, quarto, prejuízo experimentado pela vítima.

Esses pressupostos vêm consagrados no artigo 186 do Código Civil que comina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹³⁴ PODESTÁ, op.cit., p. 228 (destaque do autor).

Carlos Roberto Gonçalves, em comentário a esse dispositivo legal, afirma que “a análise do artigo supratranscrito evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima”¹³⁵.

Maria Helena Diniz, ressaltando a dificuldade em caracterizar os pressupostos da responsabilidade civil, entende

[...] que a responsabilidade civil requer: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco [...] b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada [...] c) nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano¹³⁶.

Destarte, quando alguém, em conduta culposa, viola direito de outrem, causando-lhe dano, tem-se caracterizado o ato ilícito e, conseqüentemente, a responsabilidade de ressarcimento.

Na modalidade de responsabilidade civil contratual ter-se-á configurada a obrigação de ressarcimento toda vez que, decorrente do descumprimento de avença contratual, sobrevir prejuízo a uma das partes contratantes.

Por fim, a responsabilidade civil objetiva restará caracterizada toda vez que, no exercício de atividade, em razão do risco a ela inerente, independentemente de culpa, sobrevir prejuízo a terceiro.

¹³⁵ GONÇALVES, 2007, v.4, op. cit., p. 35.

¹³⁶ DINIZ, 2007, v. 7, op. cit, p. 36-38 (destaque do autor).

4.8 Ato ilícito

Se o ato jurídico é aquele praticado consoante os cânones legais, e mostra-se apto a produzir efeitos, ao revés, o ato ilícito mostra-se arremido ao ordenamento jurídico, pelo contrário, afronta-o vez que praticado à margem do cominado pelo legislador.

Consiste o ato ilícito numa conduta, direta ou indireta, levada a efeito por força da vontade humana que produz efeitos diversos daqueles cominados no ordenamento jurídico vigente, isto é, o ato ilícito, objetivamente, configura um comportamento voluntário transgressor de norma jurídica, sobressaindo seu caráter antijurídico.

O ato ilícito pode advir tanto por descumprimento de cláusula contratual, como, aliás, preceitua o artigo 389 do Código Civil, ou ser decorrente de relação extracontratual como, também, estipula o artigo 186 do Código Civil.

O ato ilícito, no ordenamento jurídico brasileiro, consiste em fonte de obrigação de indenizar, ou seja, praticado, e dele sobrevindo prejuízo, assegurado restará para a vítima, porque violado um direito subjetivo, reivindicar do ofensor ressarcimento pelos danos causados.

Na responsabilidade subjetiva, destarte, a ilicitude é o cerne da conduta, ou seja, o ato de vontade para gerar responsabilidade deve revestir-se de antijuridicidade consistente num encadeamento, ou sucessão, de atos ilícitos que, somados, caracterizam uma conduta culposa.

A obrigação de indenizar consiste exatamente na aferição, e caracterização, da transgressão do dever de conduta que constitui o ato ilícito.

A ilicitude cominada no artigo 186 do Código Civil refere-se à infringência de preceito legal, mais especificamente, a transgressão de um dever de conduta, por dolo ou culpa, que tenha como resultado prejuízo para outrem, constituindo-se em pressuposto da responsabilidade civil.

Maria Helena Diniz, nesse tema, inicia prelecionando que:

[...] no nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa¹³⁷.

Para concluir que “o ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão”¹³⁸.

Na responsabilidade objetiva, por sua vez, da conduta ilícita, suprime-se a culpa, que é absorvida pelo risco assumido pelo agente, dada a atividade por ele exercida que, a final, torna-se no instrumento causador do dano ao terceiro.

A análise dos atos ilícitos mostra-se útil, no âmbito deste estudo, porque os pais, na condição de responsáveis, serão instados a assumir, e ressarcir, por eventuais prejuízos causados pelos filhos a terceiros na medida que praticarem atos ilícitos.

¹³⁷ DINIZ, 2007, v. 7, op. cit., p. 39-40.

¹³⁸ Ibid., p. 40.

4.9 Culpa

Mais do que definir culpa, acerca do que os doutrinadores contendem ardorosamente, cumpre compreendê-la e visualizar sua ocorrência para preenchimento dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil.

É o que assevera Arnaldo Rizzardo para quem

[...] é difícil definir a culpa. Os maiores mestres temem dar um conceito, como sucedeu com Ripert, que abertamente o declara e sustenta nem existir uma definição legal. E Savatier, outro grande francês, parte da idéia do dever para caracterizá-la. A culpa (*faute*, palavra que os franceses não deram um significado exato, e que é tida igualmente como 'falta') é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e violada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito¹³⁹.

Por fim, a final, após discorrer acerca dessa controvérsia conceitual, Arnaldo Rizzardo afirma que

[...] diante de tais colocações, pode-se considerar a culpa no sentido estrito como aquela que marca a conduta imprudente ou negligente; e no sentido lato, verificada na prática consciente e deliberada de um ato prejudicial e anti-social, configurando, então, o dolo¹⁴⁰.

Como retro expandido, portanto, a culpa constitui-se na mola propulsora do ato ilícito e, conseqüentemente, do dever de indenizar.

O ato ilícito, na verdade, é a exteriorização da culpa. É por meio de uma conduta culposa que consuma-se um ato ilícito.

¹³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 1 (destaque do autor).

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 3.

Arnaldo Rizzardo, uma vez mais, assevera que

[...] culpa materializada redundando em ato ilícito, o qual desencadeia a obrigação. Não se pode falar em ato ilícito sem a culpa, ou defender que se manifesta pela mera violação à lei. Acontece que o elemento subjetivo já existe com a infringência da lei, que desencadeia a responsabilidade se traz efeitos patrimoniais ou pessoais de fundo econômico¹⁴¹.

O artigo 186 do Código Civil, dispondo acerca do ato ilícito, pressupõe sua existência na medida da ocorrência de uma ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente, que viola ou causa dano a outrem.

Pressupõe, pois, primeiro, a existência de culpa *lato sensu*, que abrange o dolo consistente no pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de praticá-lo ou, segundo, na culpa *stricto sensu*, ou aquiliana, caracterizada pela violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo padrões de comportamento previsíveis para pessoas medianas.

Maria Helena Diniz ensina que

[...] a culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas conseqüências. O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordem agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Não há responsabilidade sem culpa, exceto

¹⁴¹ RIZZARDO, op. cit., p. 5.

disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva¹⁴².

A imprevidência do agente, originária do ato lesivo, pode revestir-se das roupagens de imprudência, negligência ou imperícia.

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo preceitua que

[...] é do conhecimento geral que a culpa propriamente dita, e não o dolo, é formada por dois elementos, na previsão do art. 159 do diploma civil de 1916 e do Código de 2002: negligência e imprudência. No entanto, a palavra abrange outras formas, ou ostenta-se através de caracteres diferentes dos referidos. A imperícia é prevista como mais um elemento integrante, assim como também podemos falar em descuido, distração, leviandade, indolência etc. As espécies se entrelaçam. A negligência traz tonalidades de imprevisão. A imprudência envolve desprezo pela diligência. Imperícia e negligência se confundem, em vários pontos, pois o incapaz de dirigir é insensato na observância dos requisitos para o exercício da função. Por isso, ao expressar a culpa, no art. 186, o Código Civil teve em vista mais o ato ilícito, assim como ocorria com o art. 159 do Código anterior. Previu uma ação contrária ao direito, como doutrinava Aguiar Dias. É o resultado danoso que interessa. Conclui-se que não se deixa de considerar o resultado se a parte não frisou rigorosamente a espécie de culpa pela qual demandou o réu. Não podemos nos fixar na literalidade dos termos. Imperícia demanda mais falta de habilidade exigível em determinado momento, e observável no desenrolar normal dos acontecimentos. Já negligência consiste na ausência da diligência e prevenção, do cuidado necessário às normas que regem a conduta humana. Não são seguidas as normas que ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Omitem-se as precauções exigidas pela salvaguarda do dever a que o agente está obrigado; é o descuido no comportamento, por displicência, por ignorância inaceitável e impossível de justificar. A imprudência revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos. Os atos praticados trazem conseqüências ilícitas previsíveis, embora não pretendidas, o que, aliás sucede também nas demais modalidades de culpa¹⁴³.

Cumpra, por fim, sucintamente, registrar que a culpa admite várias modalidades, quais sejam: a) culpa *in eligendo* decorrente de equívoco na escolha

¹⁴² DINIZ, 2007, v. 7, op. cit., p. 41.

¹⁴³ RIZZARDO, op. cit., p.3-4.

de preposto ou empregado que termina por não exercer adequadamente a fiscalização ou o controle para o qual indicado; b) culpa *in vigilando* caracterizada pela falta de cuidado e fiscalização em relação a bens e pessoas das quais detém responsabilidade; c) culpa *in comitendo* superveniente pela prática de atividade determinadora de um prejuízo; d) culpa *in omitendo* havida em razão de omissão quando tinha o dever de agir; e) culpa *in custodiendo* configurada face a ausência de atenção e cuidado em relação a alguma coisa ou animal; f) culpa grave envolvendo enorme falta de atenção e violação de dever comum de cuidado; g) culpa leve, ou seja, aquela que poderia ser evitada desde que empregada atenção comum e normal na conduta pessoal; h) culpa levíssima, isto é, aquela passível de ser evitada somente mediante atenção especial; i) culpa contratual consubstanciada no descumprimento de avença formalizada em pacto; e j) culpa extracontratual, ou aquiliana, fruto de inobservância de um princípio geral de direito.

Não é, outrossim, em decorrência da gradação da culpa que o ofensor terá ou não exacerbada a reprimenda que decorre, essencialmente, da extensão do dano que, no ordenamento pátrio, serve como parâmetro delimitador da fixação da indenização.

4.10 Dano

O dano consiste no prejuízo experimentado pela vítima, decorrente da conduta ilícita, e constitui-se em pressuposto para responsabilizar civilmente o agente de modo a compeli-lo a ressarcir a vítima.

Silvio Rodrigues ensina que “indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado. Está é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ RODRIGUES, 2002, v. 4, op. cit., p. 185.

A inexistência de dano constitui-se em óbice para reparação por falta de objeto. Sem a demonstração do dano ninguém pode ser responsabilizado civilmente

Isso porque nem sempre a transgressão de uma norma causa dano.

Com extrema objetividade, Carlos Roberto Gonçalves assevera que

[...] embora possa haver responsabilidade sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator¹⁴⁵.

Este princípio está consagrado, primeiro, no artigo 402 do Código Civil ao cominar que

[...] “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” e, segundo, no artigo 403, do mesmo diploma civilista, ao preceituar que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

O dano pode ser individual, quando atinge uma única pessoa, ou coletivo, por afetar toda uma coletividade; material, porque repercute na órbita financeira ou econômica; ou moral, quando atinge bem que não possui mensuração patrimonial.

É necessário, também, que a indenização, para tornar-se devida, seja decorrente de dano atual e certo.

Sérgio Cavalieri conceitua

¹⁴⁵ GONÇALVES, 2007. v. 4, op. cit., p. 337.

[...] o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral¹⁴⁶.

Para Maria Helena Diniz, da mesma forma,

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar (RSTJ, 63:251). Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar¹⁴⁷.

Com muita propriedade, pontifica Giorgio Giorgi que

[...] nessun dubbio sulla verità di questo principio: sai pura violata l' obbligazione, ma se il danno manca, manca la matéria del risarcimento". Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. Deveras, para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica (RT, 436:97, 433:88, 368:181, 458:20, 434:101, 481:88, 425:188, 478:92, 470:241, 469:236, 255:237, 478:161, 477:79, 457:189, 224:186, 398:181, 471:91, 469:226, 443:123, 481:82; RF, 221:200; RTJ, 39:38 e 41:844; Jurisprudência do STF, 2:716, 2:544, 3:1046)¹⁴⁸.

Sílvio de Salvo Venosa assevera que “sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 71.

¹⁴⁷ DINIZ, 2007, v. 7, op. cit., p. 59.

¹⁴⁸ GIORGI, 1930 apud DINIZ, 2007, v. 7, p. 59-60. (destaque do autor)

¹⁴⁹ VENOSA, 2007, v. 4, op.cit., p.32.

Escreve, a esse respeito, José de Aguiar Dias no sentido que

[...] o dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar¹⁵⁰.

Outrossim, ainda que inexistia ato ilícito propriamente dito, como ocorre, via de regra, na ofensa havida em estado de necessidade, na inadimplência contratual, na responsabilidade objetiva, ainda assim, havendo dano, advirá obrigação de ressarcimento, em favor da vítima, por parte de quem deu causa a lesão.

Arnaldo Rizzardo, a propósito, assevera que é “possível que nenhuma infração se consuma, e nasça o dever de reparação. Isto porque simplesmente apareceu um dano, a que a lei obriga o ressarcimento”¹⁵¹.

É possível, por fim, identificar duas espécies de danos, um de natureza material, consistente em lesão patrimonial da vítima, e outro, de natureza moral, que lesiona a pessoa em bens que não dizem respeito ao seu patrimônio.

4.11 Dano material

O dano patrimonial, também conhecido como dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas que compõe-no, como os bens móveis ou imóveis, títulos, ações, créditos, que uma pessoa tem e que são mensuráveis em dinheiro.

¹⁵⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 792.

¹⁵¹ RIZZARDO, op. cit., p.15.

O dano material, ou patrimonial, portanto, consiste no prejuízo, de ordem econômica ou financeira, experimentado por aquele que teve seus bens atingidos em decorrência de conduta lesiva causada por outrem.

O dano patrimonial é suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, de forma direta, mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão, ou, indiretamente, por meio de equivalente indenização pecuniária.

Sílvio de Salvo Venosa ensina que “o dano *patrimonial*, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”¹⁵².

O dano material pode atingir bem presente da vítima quando, então, é de natureza emergente, ou afetar bem futuro quando, então, denomina-se lucro cessante.

Silvio Rodrigues, nesse sentido, preleciona que

[...] o art. 402 do Código Civil determina que as perdas e danos devidos ao credor abrangem não só o dano emergente como também o lucro cessante; ou seja, tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu, assim como tudo o que ela deixou razoavelmente de ganhar¹⁵³.

O dano emergente implica em efetiva e imediata redução do patrimônio da vítima em decorrência do ato ilícito, mais precisamente, compreende aquilo que ela perdeu, segundo os ditames do disposto no artigo 402 do Código Civil.

¹⁵² VENOSA, 2007. v. 4, op.cit., p. 35.

¹⁵³ RODRIGUES, 2002, v.4, op. cit., p.185

A mensuração do dano emergente, portanto, importa no desfalque patrimonial sofrido pela vítima mensurado pela desvalorização do bem jurídico aferida entre aquele que ele tinha antes e após o ato ilícito.

Sílvio de Salvo Venosa diz que

[...] o *dano emergente*, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição do patrimônio, uma perda por parte da vítima: *aquilo que efetivamente perdeu*. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos¹⁵⁴.

Os lucros cessantes, por sua vez, vinculam-se diretamente com as conseqüências decorrentes do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, mais especificamente, aquilo que ela esperava auferir caso não tivesse havido o ato ilícito.

Para Sérgio Cavalieri “dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a restitutio in integrum”¹⁵⁵.

O lucro cessante, destarte, segundo Sérgio Cavalieri, consiste

[...] na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado¹⁵⁶.

O legislador, na verdade, instituiu, no artigo 402 do Código Civil, o princípio da razoabilidade na caracterização do lucro cessante, consistente naquilo

¹⁵⁴ VENOSA, 2007, v. 4, op. cit., p. 35. (destaque do autor).

¹⁵⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 72.

¹⁵⁶ Ibid., p.72.

que razoavelmente se deixou de lucrar, ou seja, aquilo que o credor lucraria segundo um juízo de probabilidade de acordo com o normal desenrolar dos fatos, afastando-se retornos meramente hipotéticos, imaginários, ou até mesmo visionários, porque se tem por base uma situação fática concreta.

Sílvio de Salvo Venosa assevera que

[...] o *lucro* cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. O termo razoavelmente posto na lei lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro¹⁵⁷.

Nesse diapasão, conservando estrita relação com os lucros cessantes, há a teoria acerca da perda de uma chance enquanto causa geradora de responsabilidade civil.

Consiste a teoria da perda de uma chance, segundo Sérgio Cavalieri,

[...] quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante¹⁵⁸.

Caio Mário da Silva Pereira, a esse propósito, preconiza que “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ VENOSA, 2007, v. 4, op. cit., p. 35.

¹⁵⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.75.

¹⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 42.

Para ensejar responsabilização, destarte, deve tratar-se de uma chance séria e real, que proporcione à vítima efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada, aplicando-se, no particular, o princípio da razoabilidade.

A chance perdida, passível de ressarcimento, há de caracterizar, de forma imperiosa, um prejuízo material ou imaterial decorrente de um fato consumado e, não, apenas, hipotético porque a indenização deverá ser da chance que se esvaiu, da perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, e não propriamente dos ganhos perdidos.

O que se perde, e será objeto de ressarcimento, é a chance e não o resultado que eventualmente seria obtido caso não houvesse a perda.

Sílvio de Salvo Venosa, nesse assunto, ensina que

[...] quando vem à baila o conceito de chance, estamos em face de situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro. Na perda da chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos. A indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato ou a data da morte. Nessas hipóteses, a perda da oportunidade constitui efetiva perda patrimonial e não mera expectativa. O grau de probabilidade é que fará concluir pelo montante da indenização¹⁶⁰.

4.12 Dano moral

O cerne para equacionamento das controvérsias atinentes ao dano moral consiste, primeiro, na sedimentação de seu próprio conceito e, segundo, no que tange a sua valoração.

¹⁶⁰ VENOSA, 2007, v. 4, op. cit., p. 33-34.

São discussões relevantes, pois, é através da aferição do que, efetivamente, consiste o dano moral que possibilitar-se-á sua caracterização e, conseqüentemente, eventual ressarcimento.

Para tanto pode-se conceituar dano moral, numa ótica de exclusão e negativa, como aquele dano que não tem caráter patrimonial, de cunho imaterial, consistente em sofrimento ou aflição causada por uma perda de natureza que não pode ser mensurada pecuniariamente.

Ao revés, para a corrente positivista, o dano moral consiste, especificamente, na dor, vexame, sofrimento, tristeza, desconforto, humilhação, constrangimento, vergonha, enfim, qualquer dor imposta à alma a qual é submetida a pessoa.

Sérgio Cavalieri Filho, com extrema acuidade, conceitua o dano moral em dois sentidos, um estrito que diz respeito a “violação do direito à dignidade” e outro, amplo, que pertine aos “novos direitos da personalidade”.

Dessa forma, segundo essa classificação, para Sérgio Cavalieri Filho, no primeiro aspecto,

[...] qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória¹⁶¹.

Já no segundo sentido, porque os direitos personalíssimos englobam outros aspectos da pessoa que não estão diretamente vinculados à sua dignidade, tais como,

¹⁶¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.77.

[...] a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais [...] resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada¹⁶².

Consequentemente, o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, deitando raízes, precipuamente, sobre todos os bens da personalidade, o que torna-o insusceptível de mensuração econômica admitindo-se, apenas, compensação mediante ressarcimento pecuniário inflingido ao causador do dano, que constitui-se, mais, em satisfação do que propriamente em indenização.

Caracteriza-se, destarte, como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou humilhação, intensos ou exacerbados, que interferem, alterando demasiadamente, o comportamento psicológico da pessoa, a ponto de afetar seu proceder com superveniência de aflição, angústia e desequilíbrio no bem-estar.

O dano moral atinge a pessoa no íntimo do ser, impingindo-lhe, por decorrência e a partir do infortúnio, abrupta e indesejada modificação no modo de ser e agir, acarretando-lhe dissabor, desgosto, frustração, desânimo, desalento, depressão, etc.

Não é possível mensurar economicamente a dor decorrente da perda trágica, em razão de um acidente automobilístico, de um ente querido próximo, de um mal no corpo, de uma desfiguração no rosto; ou mesmo, decorrente de uma difamação, notícia desonrosa ou vexatória.

Registre-se que mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade não são tutelados a título de dano moral porque, além de integrarem

¹⁶² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 77.

rotina do cotidiano, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são tão intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

A prevalecer entendimento diverso acabar-se-ia banalizando o dano moral, com infundáveis contendas judiciais na busca de indenizações, diga-se, vultuosas, diante dos mais banais aborrecimentos ou acontecimentos.

Dada a natureza do dano moral, insuscetível de aferição patrimonial, há de presumir-se sua incidência por corolário natural da violação de valores intrínsecos da pessoa.

O dano moral, na verdade, encontra-se intrínseco na própria ofensa e decorre da gravidade do ilícito em si.

A dor decorrente do dano moral é presumível e pode ser inferida do bem lesado.

Sérgio Cavalieri Filho, nesse aspecto, preconiza que

[...] o dano moral existe “*in re ipsa*”, deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral¹⁶³.

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 83 (destaque do autor).

A reparação do dano moral, hoje, por expressa ressalva constitucional, é admitida conforme dispõe o artigo 5, incisos V e X, da Constituição Federal. O Código de Defesa do Consumidor, também, consoante norma inserta no artigo 6º, inciso VI e VII, comina da indenizabilidade do dano moral. O Código Civil, por fim, também, dispõe acerca da indenização do dano moral, conforme artigo 186.

Sérgio Cavalieri ensina que

[...] a Constituição Federal consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana¹⁶⁴

Não obstante, admissível, também, se necessário, tornar o dano moral evidente por intermédio dos mesmos meios de provas utilizados para a demonstração do dano material.

Isso porque a dor, a tristeza ou a humilhação poderão restar caracterizadas pela oitiva de testemunhas que acompanharam o transcurso do infortúnio evidenciando o estado de ânimo da vítima.

Da mesma forma outras lesões morais comportarão, caso a caso, a utilização dos respectivos meios de prova.

¹⁶⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 76.

Circunstancialmente, até a prova documental, consubstanciada num laudo médico ou psiquiátrico, poderá ser utilizada para comprovar o dano moral decorrente de abalo psicológico.

Se a ofensa moral é grave e repercute, de alguma forma, na pessoa da vítima, por si só, justifica o ressarcimento pecuniário para o ofendido ressaltando-se a diferenciação entre o dano moral sofrido e o direito à indenização dele decorrente.

A legitimidade para a propositura da ação de indenização advinda de dano moral fica atribuída, primeiramente, para quem foi impingido o sofrimento, ou seja, quem experimentou a lesão de direito e, excepcionalmente, aos familiares.

A esse respeito Sérgio Cavalieri Filho ensina que

[...] o nosso Código Civil, lamentavelmente, nada dispôs a respeito. A regra do seu art. 948, II, entretanto, embora pertinente ao dano material, pode ser aplicada analogicamente para limitar a indenização pelo dano moral àqueles que estavam em estreita relação com a vítima, como o cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos menores que viviam sob o mesmo teto. A partir daí, o dano moral só poderá ser pleiteado na falta daqueles familiares e dependerá de prova de convivência próxima e constante. Reforça esse entendimento o parágrafo único do art. 20¹⁶⁵.

Se a vítima do dano moral falece após o ajuizamento da ação de indenização, porque já exercitado o direito pelo lesado, é assegurado aos herdeiros sucedê-la no feito já proposto dado seu caráter patrimonial, o que, entretanto, não vem sendo admitido, e tem gerado dissídio jurisprudencial, quando o ofendido falece antes da propositura da ação.

Assentou-se, outrossim, entendimento que admite a cumulação do dano material com o dano moral, inclusive, com precedentes jurisprudenciais, porque o dano moral atinge bens ligados aos direitos fundamentais da pessoa, tais

¹⁶⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.84.

como a honra e a integridade moral, ao passo que o dano material ofende bens nitidamente patrimoniais, o que afasta eventual dupla penalização.

O ressarcimento decorrente de dano moral, embora longe de pacificar-se, tem encontrado no arbitramento judicial seu meio mais eficiente delegando-se ao juiz da causa, que, valendo-se de prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

Sérgio Cavaliéri Filho, nesse sentido, adverte que

[...] na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o *princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro*. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano¹⁶⁶.

Hoje não mais se discute, porque pacificada a matéria a cumulação do dano moral com o dano material.

São causas geradoras da obrigação de indenização: a) o ato ilícito (*stricto sensu*), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; b) ilícito contratual (inadimplemento); violação de deveres especiais de segurança...d) obrigação contratual....e) violação de texto legal (filho/pai – que interessa ao tema); e) estado de necessidade

¹⁶⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 90 (destaque do autor)

4.13 Imputabilidade e responsabilidade

A imputabilidade implica na atribuição de responsabilidade, ou seja, inexistirá responsabilização se o autor da conduta lesiva não encontrar-se revestido de certas condições psíquicas, mentais e físicas possibilitando que assuma e responda pelo ato praticado.

Constitui-se a imputabilidade em elemento integrante da culpa de forma que, ausente, não restará configurada a culpa do agente, ainda que tenha sido autor de ato lesivo.

Para que alguém pratique um ato ilícito, e seja compelido a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento, nos termos do artigo 186 do Código Civil que, na verdade, pressupõe a imputabilidade do responsável pela conduta.

Portanto, quem que não pode querer e entender o que faz não incorre em culpa e, conseqüentemente, não pratica ato ilícito.

Para caracterização do ato ilícito é imprescindível que tenha originado de pessoa dotada de livre determinação e soberana no agir, pressupondo plena consciência da conduta levada a efeito.

Se não encontrar-se o autor da conduta revestido dessa imputabilidade, obviamente, não estará provido do indispensável discernimento para distinguir a licitude ou não do ato por ele praticado e, por corolário, não poderá ser responsabilizado pessoalmente pelo prejuízo a que deu causa.

Cita Carlos Roberto Gonçalves, lembrando Savatier,

[...] que quem diz culpa diz imputabilidade. E que um dano previsível e evitável para uma pessoa pode não ser para outra, sendo iníquo considerar de maneira idêntica a culpabilidade do menino e a do adulto, do ignorante, e do homem instruído, do leigo e do especialista, do homem são e do enfermo, da pessoa normal e da privada da razão¹⁶⁷.

Concluindo, Arnaldo Rizzardo preleciona que

[...] nesta visão, sabe-se que os menores de dezesseis anos não são responsáveis por seus atos, eis que incapazes, em consonância com o art. 3º, inc. I, do Código Civil (art. 5º, inc. I, do Código anterior). Assumem a responsabilidade por seus atos os pais, diante do art. 932, inc. I (art. 1.521, inc. I, do Código anterior), desde que se encontrem sob sua autoridade e em sua companhia. Já em relação ao menor relativamente incapaz, e que se encontra na faixa etária entre dezesseis e dezoito anos, a mesma norma incide, dada a redação do art. 932, inc. I, no que repetiu a regra do art. 1521, inc. I, do Código pretérito, encerrando a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores. Não importa se a menoridade é absoluta ou relativa. Não se afasta, porém, o menor da responsabilidade, desde que possível, com constava previsto no art. 156 do Código Civil anterior, no que se revelou omissivo o atual diploma. No entanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990), no art. 116, obriga ao adolescente (menor na idade de 12 a 18 anos), na prática de ato infracional, a restituir a coisa, ou a promover o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, a compensar o prejuízo da vítima. Mesmo pelo teor do art. 927 (art. 159 do Código revogado) impõe-se a responsabilidade, seja o agente relativa ou totalmente incapaz: “Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Ou seja, qualquer pessoa torna-se obrigada a ressarcir o dano que causou, não importando a idade, e sob a condição do art. 928, cujo conteúdo não constava no diploma civil revogado: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes¹⁶⁸”.

4.14 Excludentes

Resta assentado, pois, que, para se imputar a alguém o dever de indenizar o prejuízo experimentado por outrem é necessário que exista uma relação de causalidade entre o ato praticado com culpa *lato sensu* pelo agente e o prejuízo experimentado pela vítima.

¹⁶⁷ SAVATIER, 1951 apud GONÇALVES, 2007, v. 4, op. cit., p. 18.

¹⁶⁸ RIZZARDO, op. cit., p.40.

Portanto, conduta lesiva e dano estão intrinsicamente ligados como causa e efeito configurando o denominado liame de causalidade, de forma que não teria havido prejuízo se não houvesse a conduta culposa do agente.

Sem essa relação de causalidade não se concebe o dever de indenização como, aliás, preconiza o artigo 186 do Código Civil ao cominar que a obrigação de ressarcimento advém da conduta culposa comissiva ou omissiva voluntária que causar dano a outrem.

Se o direito de pleitear indenização nasce, para a vítima, com a prática, pelo agressor, de um ato contrário a lei, que cause dano, não menos certo é, por construção legislativa e doutrinária, há certas causas que, se ocorrentes, e comprovadas, eximem o agente causador do ato ilícito do dever de reparar o prejuízo impingido ao lesado.

Portanto, nem todo ato ilícito, por si só, gera automática, obrigatória, e necessariamente, o dever de indenizar porque, segundo Fábio Henrique Podestá,

[...] há fatos que escapam do âmbito da responsabilidade civil em razão de acontecimentos que não podem ser atribuídos a ninguém (v.g: mera fatalidade da natureza) ou outros que ainda que contrários ao direito, justificam a conduta do agente para remover perigo iminente¹⁶⁹.

Preleciona, da mesma forma, Sílvio de Salvo Venosa que

[...] são excludentes de responsabilidade, que impedem que se concretize o nexa causal, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar. São situações que a doutrina costuma denominar rompimento do nexa causal¹⁷⁰.

¹⁶⁹ PODESTÁ, op. cit., p. 266 (destaque do autor).

¹⁷⁰ VENOSA, 2007, v. 4, op.cit., p. 46.

Há, dessa forma, situações, chamadas de causas de exclusão de responsabilidade, que, excluindo o nexa causal entre a conduta e o resultado, eximem o causador do dano da obrigação de indenizar os prejuízos experimentados pela vítima.

Na expressão de Sergio Cavaliere Filho

[...] causas de exclusão do nexa causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro¹⁷¹.

Silvio Rodrigues, também, ensina que

[...] são excludentes da responsabilidade a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou de força maior e, atuando exclusivamente no campo contratual, a cláusula de não indenizar. Conforme foi dito acima, na maioria das hipóteses a presença de uma excludente de responsabilidade atenua ou extingue o dever de ressarcir, justamente por atenuar ou extinguir a relação de causalidade¹⁷².

Apontam-se, destarte, como causas excludentes do dever de indenizar, de forma incontroversa, o caso fortuito ou a força maior, a cláusula de não indenizar, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro; de forma controversa, a legítima defesa e o estado de necessidade.

Verificadas essas causas estará, em tese, isento o causador do dano do dever de reparar os prejuízos causados vez que configurada a exclusão da responsabilidade.

¹⁷¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 63.

¹⁷² RODRIGUES, 2002.v.4, op.cit., p. 164.

4.15 Responsabilidade dos amentais

Como retro explicitado, o Código Civil, por força do artigo 3º, inciso II, comina acerca da irresponsabilidade daqueles acometidos por enfermidade ou deficiência mental, também conhecidos por amentais, entendendo-se como tal aqueles que não têm o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

Encontram-se tais pessoas desprovidas da indispensável higidez mental que retira-lhes a capacidade de entendimento e autodeterminação. Faltando-lhes imputabilidade, conseqüentemente, não obrarão com culpa.

Segundo o disposto no artigo 932, inciso II, do Código Civil, pelos amentais respondem os curadores legalmente nomeados .

O Código Civil de 2002, segundo o disposto no artigo 928, substituiu o princípio da irresponsabilidade absoluta da pessoa privada de discernimento pelo princípio da responsabilidade mitigada ou subsidiária dispondo que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.

Desse modo, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “se a vítima não conseguir receber a indenização da pessoa encarregada de sua guarda, poderá o juiz, mas somente se o incapaz for abastado, condená-lo ao pagamento de uma indenização eqüitativa”¹⁷³.

O responsável legal somente não responderá pelo prejuízo causado à vítima pelo amental se não tiver patrimônio suficiente para tanto. Não lhe é mais admitida a exoneração da responsabilidade tão só pela demonstração que não

¹⁷³ GONÇALVES, op. cit., p. 21

obrou com culpa, por força do disposto no artigo 933 do Código Civil, que instituiu, em casos tais, a responsabilidade objetiva.

Sérgio Cavalieri Filho, para tanto, refere-se ao Enunciado nº 39 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos da Justiça Federal (Brasília, setembro/2002) assim redigido;

[...] a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização eqüitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade¹⁷⁴.

Portanto, independentemente de culpa, mas com a ressalva limitadora ao necessário para a subsistência, o curador responderá pelo ato danoso praticado pelo incapaz.

Adverte, entretanto, Sérgio Cavalieri Filho que

[...] podemos, então, concluir dizendo que a inimizabilidade não exclui o dever de reparar o dano se ocorrerem duas condições. Primeira, ser o ato tal que, se praticado por alguém imputável, configure a violação de um dever. Se o inimizável agiu em condições em que não se lhe poderia atribuir culpa alguma caso fosse imputável, não poderá ser obrigado a indenizar. Seria um contra-senso tratar o inimizável, nesse aspecto, com maior severidade do que as pessoas imputáveis, exigindo dele uma conduta que a estas não se impõe. Segundo, ter o inimizável bens em valor superior ao necessário para lhe assegurar os alimentos adequados ao seu estado e condição e os alimentos que legalmente deva a outrem. Essa reparação é imposta objetivamente por uma razão de equidade, como expressamente declara o parágrafo único do art. 928¹⁷⁵.

¹⁷⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.28.

¹⁷⁵ Ibid., p. 28.

4. 16 Responsabilidade dos menores

O Código Civil de 2002, alterando substancialmente o anterior, reduziu, de vinte e um anos de idade, para dezoito anos de idade a obtenção do pleno exercício da capacidade civil.

Dessa forma, o menor de dezoito anos de idade, também, encontra-se acobertado pelo manto da inimputabilidade, ou seja, não é responsável pelos atos ilícitos por ele eventualmente praticados.

Aplica-se, na espécie, segundo o disposto no artigo 933 do Código Civil, a responsabilidade objetiva, responsabilizando aquele que tem a incumbência de vigiar o menor, a teor do cominado no artigo 932, incisos I e II, do Código Civil.

Tem, pois, o responsável legal do menor o dever de reparar o prejuízo proporcionado à vítima.

Assegura-se-lhe, entretanto, o direito de reaver, diretamente do causador do dano, o que desembolsou para ressarcimento do lesado, exceto se o agente for seu descendente, conforme preceituam os artigos 934 e 942, parágrafo único, do Código Civil.

O menor somente será responsabilizado pessoalmente, de forma excepcional, se o responsável legal não dispuser de meios e recursos suficientes para tanto, a teor do estipulado no artigo 928 do Código Civil.

O menor, assim como o amental, tem, por expressa disposição legal, sua responsabilidade civil mitigada, eqüitativa e subsidiária, ou seja, somente responderá se não restar privado do necessário para prover a própria subsistência.

É o que ensina Carlos Roberto Gonçalves para quem

[...] em primeiro lugar, a obrigação de indenizar cabe às pessoas responsáveis pelo incapaz (amental ou menor de 18 anos). Este só será responsabilizado se aquelas não dispuserem de meios suficientes para o pagamento. Mas a indenização, nesse caso, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz, ou as pessoas que dele dependem. Não mais se admite que os responsáveis pelo menor, pais e tutores, se exonerem da obrigação de indenizar provando que não foram negligentes na guarda, porque, como já mencionado, o art. 933 do novo diploma dispõe que a responsabilidade dessas pessoas independe de culpa¹⁷⁶.

Da mesma forma, Sérgio Cavalieri Filho preconiza que

[...] os menores de 16 anos não são responsáveis porque são incapazes, nos termos do art. 3º, I, do Código Civil. Falta-lhes maturidade, desenvolvimento mental suficiente para autodeterminar-se. Por eles respondem os pais (Código Civil, art. 932, I), se estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Quanto ao menor relativamente incapaz (antes entre 16 e 21 anos, agora entre 16 e 18 anos), o Código de 1916, o equiparava ao maior no tocante às obrigações resultantes de ato ilícito. Esse artigo, todavia, não foi agasalhado pelo Código de 2002. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), por seu turno, dispõe, em seu art. 116, que, tratando-se de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar que o adolescente restitua a coisa, *promova o ressarcimento do dano* ou, por outra forma, *compense o prejuízo da vítima*. “Adolescente”, segundo o art. 2º do mesmo estatuto, é a pessoa entre 12 e 18 anos de idade. Na *Jornada de Direito Civil* promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (Brasília, setembro/2002) foi aprovado o Enunciado nº 40, com a seguinte redação: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente, como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais, nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ GONÇALVES, 2007, v. 7, op. cit., p. 23.

¹⁷⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 26 (destaque do autor).

CAPÍTULO 5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ATO DOS FILHOS MENORES

5.1 Introdução

A responsabilidade civil é, a princípio, individual de modo que responsável pela reparação do dano será aquele por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem.

São essas as conclusões que podem ser hauridas das expressas cominações insertas nos artigos 186, 927 e 942, todos, do Código Civil.

A regra que a pessoa responde civilmente pelos danos que causa comporta exceção para, em hipóteses previamente estipuladas, atingir outrem que, embora não tenha praticado a conduta, tem, de alguma forma, responsabilidade em ressarcir os prejuízos causados.

Embora com variantes e ressalvas, consiste em princípio adotado em todos os sistemas jurídicos, inclusive aqueles de preponderante característica individualista.

Trata-se, efetivamente, da chamada responsabilidade civil por fato de outrem que excepciona o regramento comum no sentido que o causador do dano, aquele que praticou o núcleo da conduta lesiva, responde pela reparação do prejuízo havido.

Isso em razão do princípio maior que a responsabilidade civil colima, ou seja, proteger a vítima e evitar que fique irressarcida face a lesão experimentada.

Afasta-se, destarte, o direito da regra elementar que responsabiliza diretamente o causador do dano pelos prejuízos que acarreta.

Circunscrever o direito da vítima ser ressarcida, tão somente, a quem pratica a núcleo da conduta lesiva poderá, em muitas ocasiões, acarretar que fique ela sem reparação.

Se tal circunstância ocorrer, efetivamente, estar-se-á instituindo precedente que não pode ser tolerado, como usual, pois implicará, certamente, na incidência de exacerbado gravame acarretando lesão de direito irreparável.

Se a responsabilidade civil por fato próprio implicou em considerável avanço da civilização jurídica, inflingindo encargo patrimonial para o causador do dano e afastando a sanção corporal, o alargamento dessa responsabilização, para além da pessoa do ofensor, consistiu em resposta ao clamor da sociedade que almeja, precipuamente, a pacificação das relações sociais e, conseqüentemente, a aplicação do princípio basilar de assegurar a cada um o que assiste-lhe e não permitir que se lhe subtraia, indevidamente, nenhum tipo de direito.

Era, pois, imperiosa a instituição de um sistema jurídico que preservasse direitos que, eventualmente, lesados poderiam não lograr êxito na obtenção da regular tutela face circunstância especial do ofensor que inviabilizava o indispensável ressarcimento.

Buscou, e encontrou, o ordenamento jurídico instrumento eficaz que viabiliza a imputação para terceiro do encargo de ressarcir a vítima porque, de antemão, vislumbra-se que será impossível ao autor da conduta lesiva fazê-lo.

Instituiu-se, destarte, nos ordenamentos jurídicos modernos, a responsabilidade civil por falta de outrem, o que levou Caio Mário da Silva Pereira a preconizar “que há responsabilidade indireta quando a lei chama uma pessoa a responder pelas conseqüências do ilícito alheio¹⁷⁸”.

¹⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: obrigações**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5. p. 557.

Foi antevendo essa possibilidade que o legislador, por ficção, nominou certas pessoas, terceiros, específica e taxativamente elencadas, para assumir e responder pelos danos causados.

Nesse sentido o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves para quem

[...] há casos, entretanto, em que a pessoa pode responder não pelo ato próprio, mas pelo ato de terceiro ou pelo fato das coisas ou animais. Muitas vezes, para que justiça se faça, é necessário levar mais longe a indagação, a saber se é possível desbordar da pessoa causadora do prejuízo e alcançar outras pessoas, à qual o agente esteja ligado por uma relação jurídica, e, em consequência, possa ela ser convocada a responder. Aí situa-se a responsabilidade por fato de outrem ou pelo fato das coisas, ou responsabilidade indireta ou responsabilidade complexa, que Trabucchi explica, quando a lei chama alguém a responder pelas consequências de fato alheio, ou fato danoso provocado por terceiro¹⁷⁹.

Diverso não é o posicionamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho para quem

[...] é possível que o sujeito seja chamado a responder civilmente pela atuação de um terceiro, ligado a si por algum tipo de vínculo jurídico, contratual ou legal. Trata-se da responsabilidade civil indireta ou por ato de terceiro (fato de outrem)¹⁸⁰.

5.2 Responsabilidade civil por fato de outrem

Serão, pois, instados a responder civilmente pelos prejuízos advindos terceiros que, embora não tenham perpetrado a lesão, estão ligados por algum tipo de vínculo jurídico àquele que originou o ato e deverão suportar o ressarcimento dos danos.

Afasta-se, pois, o legislador da figura do ofensor para eleger terceiro que responderá pelo ressarcimento do prejuízo experimentado.

¹⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11. p. 426.

¹⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 147. (destaque do autor).

Para chegar a essa conclusão buscou-se critério que, primeiro, não se tornasse um instrumento de institucionalização de iniquidades, segundo, ensejasse que a vítima não restasse prejudicada ainda mais, e, terceiro, fizesse recair a responsabilização em pessoa que, de alguma forma, mantivesse vínculo com o causador direto do dano que tornasse a reprimenda eficaz.

Para Sílvio de Salvo Venosa,

[...] se unicamente os causadores dos danos fossem responsáveis pela indenização, muitas situações de prejuízo ficariam irressarcidas. Por isso, de há muito, os ordenamentos admitem que, em situações descritas na lei, terceiros sejam responsabilizados pelo pagamento do prejuízo, embora não tenham concorrido diretamente pelo evento¹⁸¹.

É óbvio, entretanto, para terceiro ser responsabilizado pelos danos causados por outrem, que certas regras e vínculos entre eles haverão de fazer-se presentes, o que levou Arnaldo Rizzardo a asseverar que:

[...] para que incida essa responsabilidade mister se faz que aquele que executa o ato se encontre vinculado ou ligado em razão de uma previsão legal ao que é chamado para responder. Efetivamente, uma terceira pessoa, embora não tendo concorrido diretamente para o dano, deve arcar com as conseqüências. E para tanto, fica evidente que se impõe a existência de uma relação de cuidado ou de poder sobre o causador direto, de modo a impor-lhe o dever de controle, vigilância, guarda e proteção¹⁸².

Deve haver, pois, um liame jurídico entre o agente que pratica a conduta e aquele que será responsabilizado pelo ressarcimento dos danos causados.

¹⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 4. p. 65.

¹⁸² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.p. 107.

Isso porque, em condições normais, não se concebe que terceiro seja compelido a pagar pelo que não fez ou, em derradeira análise, pelo que outrem praticou.

Até a vigência do Código Civil de 1.916 os terceiros chamados a responder por atos de outrem somente poderiam ser responsabilizados se restasse demonstrada a culpa ou negligência.

Era, pois, a dicção do disposto no artigo 1.523 do revogado diploma legal, no sentido que “excetuada a do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”.

Tratava-se, sem sombra de dúvida, de exacerbado encargo para a vítima a quem incumbia provar a culpa do causador do dano para obter direito a indenização.

A dificuldade de fazer prova nesse sentido levou Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a indagar acerca da viabilidade desse tipo de encargo

[...] de fato, afigura-se-nos absurdo que a própria vítima tenha que provar a culpa do sujeito que deveria ter tido o cuidado de guarda, custódia ou vigilância do agente causador do dano. Teria eu, portanto, lesado pela atuação de um menor que atizou soda cáustica na pintura do meu carro, que provar que seu pai não o vigiou devidamente? Ou seria mais justo que já pesasse contra esse pai uma presunção de culpa (in vigilando), cabendo, pois, a ele mesmo, quando demandado, o ônus de provar que não atuou com desídia?¹⁸³.

Entretanto, para viabilizar o ressarcimento da vítima, a jurisprudência amenizou esse rigor passando a adotar o critério da presunção de culpa em desfavor das pessoas elencadas no artigo 1.521 do Código Civil de 1.916.

Para responder a indagação acima Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que:

¹⁸³ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 148. (destaque do autor).

[...] a jurisprudência brasileira, entretanto, suavizando a rigidez da norma, cuidou de estabelecer o critério da presunção de culpa em desfavor dos responsáveis previstos no artigo 1.521, facilitando, assim, o ressarcimento da vítima¹⁸⁴.

Tratava-se, entretanto, de presunção relativa, pois, admitia exclusão da responsabilidade desde que o responsável provasse que não agiu com culpa.

Esse entendimento, inclusive, culminou, em relação ao empregado, na edição da Súmula 341 do STF pela qual “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Dessa forma a responsabilidade civil dos pais pelo ato dos filhos, inicialmente, era na modalidade culposa militando contra os genitores a presunção de culpa “*in vigilando*”.

Portanto, o sistema adotado no Código Civil anterior fulcrava-se na concepção de culpa, ainda que decorrente de presunções para viabilizar a pretensão do lesado.

Houve, entretanto, radical alteração do Código revogado para o atual que abandonou a idéia de culpa, que implicava na prevalência da responsabilidade subjetiva e, decididamente, adotou a responsabilidade objetiva.

Chega-se a essa conclusão pela análise das disposições insertas nos artigos 932 e 933 do Código Civil.

Isso levou Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a afirmarem que:

[...] o Código de 2.002, por sua vez, alterando significadamente esse cenário, valendo-se visivelmente da teoria do risco, cuidou de acabar, de uma vez por todas, com as melindrosas “presunções de culpa”, e, em uma atitude mais séria e precisa, estabeleceu, nos termos dos seus artigos 932 e 933, que as situações ali mencionadas de responsabilidade civil por ato de terceiro dispensariam a prova de culpa. Consagrou-se, assim, a

¹⁸⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 148.

responsabilidade objetiva para aquelas hipóteses que anteriormente vinham tratadas como de responsabilidade subjetiva (culposa) por presunção¹⁸⁵.

Trata-se, primeiramente, da chamada responsabilidade civil por fato de outrem e, mais, especificamente, de adoção da teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, também conhecida como responsabilidade sem culpa, e que presta-se a assegurar maior amplitude de certeza de ressarcimento aos prejuízos experimentados.

Essa, inclusive, a posição de Silvio Rodrigues para quem

[...]a idéia de risco é a que mais se aproxima da realidade. Se o pai põe filhos no mundo, se o patrão se utiliza do empregado, ambos correm o risco de que da atividade daqueles surja dano para terceiro. É razoável que, se tal dano advier, por ele respondem, solidariamente com os seus causadores diretos, aqueles sob cuja dependência estes se achavam. A idéia principal que justifica a responsabilidade por fato de terceiro é o anseio de garantia que deve inspirar o legislador nesse campo. Cumpre-lhe assegurar a reparação do dano causado sempre que possível. Se o motorista profissional atropela e mata uma pessoa, é razoável que os herdeiros da vítima pleiteiem do empregador a indenização pelo prejuízo que experimentaram. Este responde não porque tenha agido com culpa na escolha ou na vigilância de seu empregado, mas sim porque correu o risco de que o acidente adviesse e, como este sobreveio, deve responder pelos seus efeitos¹⁸⁶.

Sílvio de Salvo Venosa, mais uma vez, em oportuno ensinamento, ministra que

[...] admite-se, em síntese, uma culpa in vigilando daquele que responde pelos danos. Uma pessoa, sem ter praticado o ato, responde pelos prejuízos causados por outrem que efetivamente o praticou; essa é a idéia básica. A vítima deve provar, como veremos, a culpa do agente causador do prejuízo. Consubstanciada esta, aflora automaticamente a culpa do responsável indicado na lei. Não se trata, pois, de responsabilidade sem culpa, embora a noção não fique muito distante. Trata-se, originariamente, de presunção relativa de culpa derivada da lei¹⁸⁷.

¹⁸⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 149. (destaque do autor).

¹⁸⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 63.

¹⁸⁷ VENOSA, 2007, v. 4, op. cit., p. 65.

O fim precípua da responsabilização pelo fato de terceiro reside na culpa do agente, objetiva ou subjetiva, que faz surgir a responsabilidade do terceiro nomeado pela lei.

Sobressai na responsabilidade civil por fato de outrem a responsabilidade do causador direto do dano bem como a da pessoa encarregada de indenizar.

É imprescindível que o agente causador direto do dano tenha agido com culpa ou, tratando-se de incapaz, tenha obrado contrariamente ao direito.

Alvino Lima, em clássico ensinamento, dispõe que:

[...]a responsabilidade extracontratual pelo fato de outrem, em sentido estrito, é regulada de modo específico, em dispositivos que abrem exceções, à cláusula geral de responsabilidade, por culpa, deixando de ser subordinada a fatores morais, para acomodar-se às exigências de uma evolução caracterizada pelos progressos maravilhosos da técnica industrial; surge, em regra, automaticamente, baseada no fato alheio e só indiretamente se pode dizer que repousa na culpa do civilmente responsável, ocorre a culpa do terceiro, como veremos, autor do ato lesivo, ou do interesse legítimo da vítima¹⁸⁸.

Com supedâneo nesse escólio Sílvio de Salvo Venosa concluiu que:

[...]nessa síntese, o autor aponta com concisão o pressuposto principal da culpa pelo fato de terceiro: a culpa de um agente, objetiva ou subjetiva, faz nascer a responsabilidade de terceiro indigitado pela lei. A natureza jurídica desse liame entre o causador direto do dano e o terceiro responsável pela reparação é justamente o aspecto que faz emergir as dificuldades doutrinárias, embora não se duvide que busca o ideal de justiça e proteção à dignidade humana, como realçamos no capítulo inicial¹⁸⁹.

¹⁸⁸ VENOSA, 2007, v. 4, op. cit.; p. 67-68.

¹⁸⁹ Ibid., p. 68.

As hipóteses de responsabilidade civil por fato de terceiro são aquelas exaustivamente elencadas no artigo 932 do Código Civil tratando-se, portanto, de rol taxativo e não meramente exemplificativo de forma que, por ser “*numerus clausus*”, somente as pessoas nele elencadas serão instadas a responder pelos prejuízos causados.

5.3 Responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores

Os pais, no contexto da responsabilidade civil por ato de terceiro, ou fato de outrem, são responsáveis pela reparação civil em decorrência dos atos ilícitos praticados pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

É, literalmente, a dicção do texto legal inserta no artigo 932, inciso I, do Código Civil, que, com pequena ressalva, vez que substituiu-se a palavra poder por autoridade, reproduz o que cominava o artigo 1.521, inciso I, da revogado Código Civil de 1.916.

Dessa forma os pais responderão pela reparação civil dos atos praticados pelo filho menor.

Os pais, portanto, são responsáveis pelos atos praticados pelos filhos menores que, circunstancialmente, causam danos a terceiras pessoas.

É imprescindível para que os pais sejam responsabilizados civilmente pelos atos praticados pelos filhos menores, primeiro, que o filho seja menor de dezoito anos de idade, segundo, esteja sob a autoridade e em companhia dos pais, e, finalmente, terceiro, estejam os pais no exercício do poder familiar.

A ausência de qualquer um desses requisitos presta-se a eximir os pais de responder pelos prejuízos causados pelos filhos.

O filho com dezoito anos de idade, porque atingida a maioridade civil, já não mais encontra-se sob o poder familiar, nos termos do artigo 5º, “caput”, cumulado com o artigo 1.630, ambos do Código Civil.

Para responsabilização dos pais é mister que os filhos estejam sob sua autoridade, ou seja, rendam-lhes obediência, e permaneçam na companhia dos genitores, isto é, não se façam apartados.

Por fim, os pais deverão estar no pleno gozo do poder familiar pois, se destituídos ou suspensos, obviamente, não poderão ser responsabilizados.

Maria Helena Diniz, discorrendo acerca desses requisitos, preleciona que:

[...] quem exerce poder familiar responderá solidária e objetivamente pelos atos do filho menor que estiver sob sua autoridade e em sua companhia (CC, arts. 932, I, 933 e 942), pois como tem a obrigação de dirigir sua educação deverá sobre ele exercer vigilância (RJTJSP, 41:121). ...Assim sendo, para que se configure tal responsabilidade será mister que: a) o filho seja menor de 18 anos....b) o filho esteja sob a autoridade e em companhia de seus pais...c) os pais estejam no exercício do poder familiar, que lhes impõe obrigações especiais, principalmente a de vigilância¹⁹⁰.

Nesse mesmo sentido pronuncia-se Arnaldo Rizzardo para quem

[...] como os pais estão revestidos do poder familiar, pelo qual se lhes incumbem várias obrigações, sendo relevantes as do sustento, de educação, de formação, de orientação, de vigilância, depreende-se que a conduta destemperada ou falha, que leva a causar danos, constitui decorrência da insuficiência no desempenho do poder familiar, ou de culpa na vigilância e formação comportamental. Daí a razão da opção, pelo legislador, em adotar a responsabilidade objetiva, que se faz valer pelo mero dano verificado¹⁹¹.

A responsabilidade dos pais constitui-se, portanto, em espécie de garantia, para terceiros, que têm dessa forma assegurada a possibilidade de ressarcimento dos danos praticados pelos filhos menores porque sob guarda e vigilância dos genitores.

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p. 510-512. (destaque do autor).

¹⁹¹ RIZZARDO, op. cit., p. 112.

A responsabilidade civil atribuída aos pais independe da aferição de qualquer espécie de culpa em que tenham incorrido e tem como pressuposto o exercício do poder familiar que atribui aos pais uma gama relevante de encargos.

Há, pois, uma responsabilidade objetiva atribuída aos pais.

Adotou o legislador pátrio, destarte, nesse particular, expressamente, a teoria da responsabilidade objetiva afastando dessa espécie de responsabilidade qualquer idéia de culpa.

Arnaldo Rizzardo, para tanto, assevera que:

[...] não interessa a apuração da culpa para chamar a responder. O mero fato do dano e a situação de dependência, ou de submissão, ou de se encontrar em local controlado e dirigido pelo proprietário são suficientes para inculcar a responsabilidade¹⁹².

Maria Helena Diniz conclui que:

[...] pelo novo Código Civil, não há mais que se falar em presunção de culpa dos pais, pois, em razão do disposto no art. 933, mesmo que não haja culpa de sua parte, responderão objetivamente pelos atos danosos de seus filhos, absoluta ou relativamente incapazes¹⁹³.

Basta, destarte, que o agente tenha praticado qualquer conduta danosa, de natureza subjetiva ou objetiva, para que surja para o terceiro a obrigação de responder perante a lei.

Havendo a conduta lesiva do filho menor, por corolário natural, sobrevém a responsabilização dos pais.

É óbvio, entretanto, que sendo lícita a conduta do menor não haverá como responsabilizar os pais.

¹⁹² RIZZARDO, op. cit., p. 111.

¹⁹³ DINIZ, 2007, v. 7, op. cit., p. 515.

Há posicionamento doutrinário, em sentido contrário, questionando a justeza da aplicação irrestrita e incondicionada da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores.

Isso, inclusive, levou Arnaldo Rizzardo a criticá-la de forma contundente entendendo-a fomentadora de injustiças. Para ele,

[...] na verdade, não há uma teoria que dê sobejo e coerente fundamento, e inclusive não encontra completa justificação aquela que se esteia no dever de educação, de formação, de vigilância e guarda, eis que, em grande número de casos, os pais revelaram-se primorosos na educação, na vigilância, na guarda, e em todos os deveres que lhes cabem na qualidade de pais. Sabe-se perfeitamente que o caráter, o temperamento, a conduta, a própria personalidade não são resultados únicos da formação e educação, e que a vigilância e a guarda não importam em ter os filhos, até completarem a maioridade, sempre presos aos pais, diuturnamente em sua companhia, sob seu talento e constante olhar e controle. Vários os fatores que ingressam na formação da pessoa, seja de ordem genética, seja de ordem exógena, isto é, vindo de fora. De modo que o legislador que culminou com o Código de 2002 se excedeu ou extrapolou do bom senso e da coerência, ao dar tamanha plenitude à responsabilidade objetiva¹⁹⁴.

O inconformismo retro explicitado, deveras relevante, justifica-se e faz antever a possibilidade da prática de injustiças em relação aos pais que, sem qualquer espécie de responsabilização, calcados tão somente na condição de genitores, serão responsabilizados pela conduta do filho, embora tenham, ao longo da existência, primado pela mais absoluta retidão, zelo e cuidado na formação e educação da prole.

Serão, pois, penalizados injusta e exacerbadamente por algo que sequer imaginaram um dia praticar.

Para responder esse questionamento, entretanto, há que se recorrer à finalidade da responsabilidade civil que nada mais última do que assegurar que a vítima seja ressarcida pelo prejuízo que experimentou.

¹⁹⁴ RIZZARDO, op. cit., p. 111-112.

Entre permitir que a vítima suporte prejuízo sem ressarcimento e atribuir aos pais responsabilização pelos atos cometidos pelos filhos menores, ainda que sem qualquer condescendência dos pais, optou-se de forma acertada, pela segunda alternativa.

Dentre os interesses a serem tutelados o da vítima mostra-se mais relevante e superior ao dos pais que, dessa forma, devem suportar o encargo.

Essa regra, inclusive, tem inteira aplicação quando se trata de filho adotivo como, aliás, ensina Artur Marques da Silva Filho para quem “pelo regime jurídico da adoção estatutária assumem os adotantes, na plenitude, a posição dos pais, passando a responder civilmente pelos atos do adotado (filho)”¹⁹⁵.

5.4 Impossibilidade dos pais acionarem o filho na via regressiva

O terceiro que suporta o pagamento de indenização por fato praticado por outrem, em regra, tem assegurado, por expressa disposição legal, ação regressiva contra o causador do dano para reaver o que desembolsou.

Já que o terceiro é compelido a arcar com o prejuízo experimentado pela vítima, decorrente da conduta lesiva levada a efeito, nada mais razoável se mostra viabilizar-lhe a possibilidade de reembolso do numerário despendido, diretamente, junto ao causador da lesão.

É, destarte, a regra genérica insculpida na parte inicial do artigo 934 do Código Civil.

Entretanto, na parte final desse dispositivo legal, excepcionou o legislador de forma que, tratando-se o causador do dano de pessoa absoluta ou relativamente incapaz, não poderá aquele que ressarcir o dano causado por outrem exercer direito regressivo.

¹⁹⁵ SILVA FILHO, Artur Marques. **O regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 192.

Dessa forma, ressarcindo o pai o dano causado pelo filho não poderá, posteriormente, na via regressiva, voltar-se contra o menor para reembolsar o que suportou com o prejuízo experimentado.

A vedação, certamente, tem origem em preceito ético e moral que visa desestimular, em derradeira análise, propósitos revanchistas e contendas entre familiares.

Maria Helena Diniz, na esteira desse diploma legal, se posiciona no sentido que o pai não será ressarcido do que desembolsou para o lesado “não tendo ação regressiva do que houver pago ao lesado, em razão do princípio de solidariedade familiar (CC, art. 934)¹⁹⁶”.

Esse, também, o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho pois, para eles,

[...] o mesmo não acontecerá, entretanto, no caso de o pai pagar o prejuízo causado pelo seu filhinho de 4 anos, pois o referido artigo 934 impede que seja ajuizada demanda regressiva em face de descendente incapaz¹⁹⁷.

Fica, dessa forma, assentado que o pai não poderá, na via regressiva, ressarcir-se do que pagou para a vítima em razão de dano causado pelo filho.

Silvio de Salvo Venosa, por sua vez, preleciona que:

[...] essa ação regressiva apenas não está disponível para o ascendente que paga por ato de descendente, absoluta ou relativamente incapaz, pois essa responsabilidade pertence ao rol dos deveres do pátrio poder ou poder familiar. Nesse caso, a obrigação fica restrita ao plano moral e constitui, sem dúvida, obrigação natural, desde sua origem romana, com todas as características desta. Não se trata de posicionamento justo do legislador, pois, no caso concreto, o patrimônio do descendente pode ser muito superior ao do ascendente. Lembre-se, contudo, como acentuamos, que o novel ordenamento, sob certas e restrições condições, permite a indenização pelo patrimônio do próprio incapaz (art. 928)¹⁹⁸.

¹⁹⁶ DINIZ, 2007, v. 7, op. cit., p. 515.

¹⁹⁷ GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 152.

¹⁹⁸ VENOSA, 2007, v. 4, op. cit., p. 70-71. (destaque do autor).

5.5 Responsabilidade direta do menor

O legislador pátrio, não obstante a regra adotada no artigo 932, inciso I, do Código Civil, no sentido de responsabilizar os pais pelos atos praticados pelos filhos menores, excepcionou o preceito geral para, na esteira do disciplinado no artigo 928 do mesmo diploma legal, atribuir plena responsabilidade jurídica para o menor, dispondo que: “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.

Há, portanto, situação, diga-se, excepcional, que impõe a direta responsabilização do menor pelos atos por ele praticados.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, asseverando que a norma insculpida no artigo 928 do Código Civil está subvertendo a teoria tradicional que considerava o menor impúbere inimputável, justificam o excepcionamento legislativo colacionando a hipótese

[...] que o pai esteja em coma, e o seu filho, órfão de mãe, haja ficado em companhia da avó idosa, ocasião em que cometeu o dano ou for pobre, poderá a vítima demandar o próprio menor, objetivando o devido ressarcimento, caso haja patrimônio disponível¹⁹⁹.

Trata-se, efetivamente, de situação peculiar e que justifica o direcionamento da pretensão indenizatória da vítima contra o próprio causador do dano, obviamente, desde que o menor reúna recursos para responder pelos prejuízos causados.

Sílvio de Salvo Venosa assevera que:

[...] nesse campo da responsabilidade do menor, é importante que se acentue a guinada de posição tomada pelo vigente Código, pois em seu art. 928 dispõe que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazer ou não dispuserem de meios suficientes. Desse modo, na

¹⁹⁹ GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 154

lei nova não mais se aplica o princípio do art. 156 do Código antigo. Os pais respondem primeiramente com seu patrimônio; se não tiverem patrimônio suficiente, poderá ser atingido o patrimônio do menor²⁰⁰.

Nesse mesmo sentido ensina Caio Mário da Silva Pereira afirmando que:

[...] enquanto absolutamente incapaz, o menor é pessoalmente irresponsável, e, de conseguinte, a reparação incumbe exclusivamente aos pais. Se estes não forem por ele responsáveis ou não tiverem meios suficientes para responder pelos prejuízos, o Código de 2002 transfere a responsabilidade ao próprio incapaz, ressalvando apenas que a indenização neste caso deve ser eqüitativa e não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem (art. 928, parágrafo único)²⁰¹.

Atenta, mais, o ilustre civilista para a circunstância, legal e positiva, do legislador haver contemporizado na fixação do dano a ser auferido pela vítima que, na espécie, poderá não ressarcir-la na totalidade diante do prejuízo experimentado, levando em conta a situação excepcional do menor asseverando que “ao instituir a indenização eqüitativa, o Código se afasta do dogma da responsabilidade civil de que sempre que há dano deve-se dar à vítima um equivalente ao prejuízo que sofreu”²⁰².

Excepciona, também, que se o menor,

[...] é relativamente incapaz, suporta pessoalmente as conseqüências dos seus atos, e, então, a responsabilidade imposta ao pai não exclui a própria, caso em que os bens dele menor ficam sujeitos à reparação do dano²⁰³.

Sérgio Cavalieri Filho informa que:

[...] na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal (Brasília, setembro/2002) concluiu-se que também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite indenizatório previsto no art. 928, consoante o Enunciado nº. 39, do seguinte teor: A impossibilidade de privação do necessário à

²⁰⁰ VENOSA, 2007, v. 4, op. cit., p. 76.

²⁰¹ PEREIRA, 1999, v. 5, op. cit., p. 558. (destaque do autor)

²⁰² Ibid., p. 558.

²⁰³ Ibid., p. 558.

pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização eqüitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como conseqüência, também, os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade²⁰⁴.

Desses entendimentos não distancia-se Maria Helena Diniz ao ministrar que:

[...] pessoa incapaz que lesar outrem deverá, tendo recursos econômicos, indenizar, eqüitativamente, os prejuízos que causou, se o seu responsável não tiver obrigação de arcar com tal ressarcimento (p. ex., por não ser o genitor-guardião) ou se não tiver meios suficientes para tanto. Se o lesado não conseguir obter do representante do incapaz o que lhe é devido, por falta de meios financeiros, p. ex., o magistrado poderá condenar o lesante incapaz ao pagamento de uma indenização eqüitativa. Primeiro responderá o representante do incapaz com seus bens, por ser seu responsável, e o lesante, apesar de incapaz, apenas subsidiariamente perante terceiro, para garantir, em certa medida, a reparação do dano causado. O representante goza do benefício legal na sua relação com tutelado e curatelado, para fins de exercer seu direito de regresso (CC, art. 934). Na relação com o terceiro, lesado por ato do incapaz, o representante (pais, tutor ou curador) deste juntamente com ele terá responsabilidade solidária (CC, art. 942, parágrafo único) e objetiva (CC, arts. 932 e 933), podendo ser acionado. “O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente, como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais, nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas”. E “a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil” (Enunciados n. 40 e 41, aprovados na Jornada de direito civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal)²⁰⁵.

Deve-se, porém, atentar para o disposto no parágrafo único do artigo 928 do Código Civil no sentido que “a indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

²⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 177. (destaque do autor).

²⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.717-718 (destaque do autor).

Dessa forma o menor somente poderá ser acionado diretamente se o montante indenizatório mostrar-se eqüitativo, ou seja, corresponda às suas disponibilidades, e não implique em privação do necessário à subsistência do menor e nem daqueles que dele dependem, o que levou Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a concluir que “trata-se de regra que tenta conciliar o interesse da vítima com a situação de hipossuficiência do incapaz, que não poderá ficar à míngua em virtude de sua responsabilização civil²⁰⁶”.

Segundo Maria Helena Diniz,

[...] a fixação da indenização a ser paga pelo lesante-incapaz ao lesado, se o seu representante legal não tiver obrigação de o fazer ou não dispuser de recursos financeiros, terá como parâmetro a eqüidade. Há, portanto, mitigação da indenização, e poderá haver até mesmo sua exclusão, se ela vier privar o incapaz-lesante e os que dele dependerem dos meios necessários à sua subsistência. Logo seu representante legal arcará sozinho, se puder, com a indenização devida ao lesado (CC, arts. 932 e 933), não excedendo, obviamente, seu direito de regresso (CC, art. 934) se o tutelado ou curatelado não tiver recursos financeiros ou puder ficar privado do necessário para sua subsistência. Trata-se da aplicação do princípio da responsabilidade subsidiária e mitigada. A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização eqüitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como conseqüência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário de sua dignidade (Enunciado n. 39, aprovado na Jornada de direito civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal). Consagrada está a eqüidade como critério para a fixação da indenização, havendo responsabilidade civil de incapaz, que agiu ilicitamente, cujo patrimônio reparará, subsidiária e mitigadamente pelos danos por ele causados²⁰⁷.

Adverte, entretanto, Sílvio de Salvo Venosa, em comentário a esse dispositivo, que “a redação deveria ser mais clara a esse respeito” porque, “o atual Código relega para o juiz o exame da conveniência da condenação e o montante desta” o que a “princípio pode jogar por terra toda a construção jurisprudencial

²⁰⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 155.

²⁰⁷ DINIZ, 2006, op. cit., p. 718. (destaque do autor).

anterior e, a nosso ver, deve ser repensado, pois o risco de situações sem ressarcimento será grande²⁰⁸.

5.6 Exclusão da responsabilidade civil dos pais

A responsabilidade civil de terceiros aflora com a culpa civil, lato sensu, do causador do dano. Incumbe ao terceiro, quando demandado, provar que o causador da lesão não agiu com culpa.

Isso porque se o inimputável, menor ou outro incapaz, agiu em conformidade com o direito não há o que indenizar, à mingua de ilicitude.

Oportuna, a propósito, a advertência feita por Sílvio de Salvo Venosa para que

[...] não se esqueça que na responsabilidade por fato de outrem existem duas responsabilidades: a do causador direto do dano e a da pessoa também encarregada de indenizar. É necessário que o agente direto tenha agido com culpa ou, no caso de incapazes, que tenha ocorrido uma conduta contrária ao Direito, porque não se fala estritamente em culpa destes. Se o inimputável, menor ou outro incapaz, agiu de acordo com o Direito, em conduta que se fosse capaz não seria culposa, não há o que indenizar²⁰⁹.

Maria Helena Diniz, nesse sentido, ensina que

[...] por isso o novo Código Civil vai mais longe, pois no art. 933 determina que os pais, o tutor, o curador, o empregador, ou o comitente, o dono de hotel ou de educandário respondam pelos atos dos filhos, tutelados e curatelados, empregados, serviçais, prepostos, hóspedes e alunos, ainda que não haja culpa de sua parte, afastando tanto a presunção *juris tantum* como a *juris et de jure* de culpa, criando, então, a responsabilidade objetiva, visto que a idéia de risco atende mais aos reclamos do mundo atual, fazendo com que o dano seja reparado pelo pai, representante legal ou empregador não porque tiveram culpa na vigilância ou escolha, mas porque correram o risco de que aquele fato lesivo adviesse²¹⁰.

²⁰⁸ VENOSA, 2007, v. 4, op. cit., p. 76.

²⁰⁹ Ibid., p. 68.

²¹⁰ DINIZ, 2006, op. cit., p. 510.

CAPÍTULO 6 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NA GUARDA DOS FILHOS

6.1 Introdução

Analisada a questão atinente a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelo filho menor que, à luz do cominado no artigo 932, inciso I, do Código Civil, imputa aos primeiros o encargo de responder pelos atos danosos do segundo, desde que sob sua autoridade e em sua companhia, cumpre, agora, discorrer, de forma minudente, acerca da influência da guarda na fixação da responsabilização dos pais.

A subsistência da sociedade conjugal, mantendo hígido o relacionamento entre pai e mãe, seja em decorrência do casamento ou da união estável, extrapola seus limites para além da incidência do direito de família.

Permanecendo os genitores sob o mesmo teto, gerindo a família e as relações decorrentes, obviamente, que esse relacionamento alarga seus efeitos, inclusive, no que pertine aos filhos e atos por eles praticados.

Enquanto juntos, pai e mãe, concomitantemente, exercem o poder familiar e, como corolário, a guarda em relação aos filhos menores.

Imperioso observar que a fixação da guarda para um dos genitores deve levar em conta, primeiramente, os interesses e direitos do menor, ainda que em detrimento dos pais.

O fato de deferir-se a guarda do filho a um dos pais, em prejuízo do outro, não significa, extensivamente, que o genitor guardião passará a exercitar, com exclusividade, o poder familiar.

O outro, privado da guarda, não fica afastado, também, de exercer o poder familiar.

O genitor guardião terá atribuída para si a chamada guarda jurídica que dispõe acerca do direito de reger a pessoa do filho, dirigir-lhe a educação e decidir sobre questões de interesse do menor.

Terá, também, o genitor guardião, nesse caso, a pesar sobre seus ombros, o ônus de responder pelos atos praticados pelo filho menor.

6.2 Responsabilidade do genitor guardião

Impende consignar, para tanto, que a responsabilidade civil fica a cargo do genitor que, efetivamente, exerce guarda e vigilância sobre o menor afastando, conseqüentemente, a do outro que detém, apenas, o direito de visita.

Isso porque, excluída a guarda compartilhada, com a atribuição da guarda para um dos genitores, obviamente, o outro se verá despojado da companhia do menor, o que enseja que um dos requisitos previstos no diploma legal retro mencionado, qual seja, a companhia, não se fará mais presente.

Não afigura-se razoável que, residindo o pai num estado extremo do país e o filho menor em outro longínquo possa aquele, que não detém a guarda, ser responsabilizado por atos praticados pelo menor.

Por mais próximos afetivamente que possam estar pai e filho não será pertinente o chamamento daquele a responsabilidade pelos atos praticados por este, desde que longe da sua companhia.

Outra, aliás, não é a dicção da lei que comina responsabilização dos pais pelos filhos menores desde que sob sua autoridade e em sua companhia (artigo 932, inciso I, do Código Civil).

Nesse sentido o magistério de Arnaldo Rizzardo para quem

[...] encontrando-se o filho na guarda de apenas um dos progenitores, não são chamados os dois para responder pelos seus atos. Acontece que repousa a responsabilidade na pessoa daquele que exerce a guarda e vigilância. Se estão sob a autoridade dos avós, ou de outros parentes, de um educador, de um estabelecimento de ensino, ou da empresa onde trabalha, igual tratamento deve aplicar-se, incidindo neles a responsabilidade²¹¹.

Assim, também, preleciona Waldyr Grisard Filho no sentido que

[...] o princípio da presunção de culpa vigora quanto aos pais que estejam na titularidade do poder familiar e no exercício da guarda. Observa Eduardo de Oliveira Leite, que a coabitação dos filhos com os pais é fundamental, porque daí decorre a idéia da vida em comum, vida familiar, garantidoras da fiscalização dos pais pelos atos dos filhos. Nesse caso, são os pais solidariamente responsáveis pelos atos dos filhos, provenham do casamento ou da união estável²¹².

Visto que a responsabilidade civil dos pais em decorrência dos atos praticados pelos filhos menores é de natureza extracontratual e solidária e decorre, tão somente, da violação do dever legal de não causar prejuízos às demais pessoas, bens, direitos ou interesses, cumpre, agora, perquirir acerca da conduta perpetrada pelo menor quando, ainda, durante o exercício do direito de visita, em poder daquele que não detém a guarda, causa lesão a terceiro.

Dúvidas não há, a esta altura, pelo anteriormente aduzido, que se o filho encontra-se, e convive, com os pais, estão eles com o menor sob sua

²¹¹ RIZZARDO, op. cit., p. 113.

²¹² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 104.

autoridade e em sua companhia, o que responsabiliza-os pelos atos praticados pelo filho.

Isso porque, à luz do cominado no artigo 932, inciso I, do Código Civil, para que os pais sejam responsabilizados civilmente é preciso que os menores estejam, cumulativamente, sob sua autoridade e em sua companhia.

Deveras provável, entretanto, a ocorrência de conduta, por parte do menor, durante visita ao genitor para quem não foi concedida a guarda, a superveniência de ato lesivo a terceiro.

Nessa circunstância surgirá o questionamento, absolutamente previsível, acerca de qual dos pais responderá pela reparação do dano. Mais, também, até mesmo para a vítima, haverá perplexidade diante da indefinição de qual deles detém a legitimidade passiva para responder pelo dano.

Para atribuir eventual responsabilidade civil, perante terceiros, a título de reparação de danos materiais ou morais causados pelo menor, é imprescindível apurar, primeiramente, em poder de qual deles, por ocasião do infortúnio, encontrava-se o filho.

Ou seja, dever-se-á apurar se o menor estava em poder do guardião ou do visitante.

Se o filho menor encontrar-se, por exemplo, em companhia do genitor que detém a guarda nenhuma dúvida remanescerá, pois, na dicção do texto legal, o responsável terá o menor sob sua autoridade e companhia.

Entretanto, se o filho encontrar-se em companhia do genitor visitante ou visitado a este, em princípio, caberá, exclusivamente, responder pelos danos causados.

Fundamental é, destarte, constatar em poder de quem encontrava-se o menor por ocasião da prática do fato lesivo.

Para Fábio Bauab Boschi,

[...] se o visitado estava em companhia do visitante (pais, parente ou terceiro), então caberá a este, com exclusividade, o dever de reparar os danos causados, mas, se se encontrava em poder do guardião, somente este responderá pelos prejuízos causados²¹³.

Nesse mesmo sentido, a propósito, preleciona Waldir Grisard Filho para quem

[...] cessada a união dos pais e determinada a unilateralidade da autoridade parental, cessa a solidariedade, recaindo sobre o genitor guardador a exclusividade da presunção de culpa. É o que deflui da parte final do artigo acima transcrito: é responsável o pai, ou a mãe, que tem o filho em sua companhia. Está claro que o legislador preferiu concentrar a responsabilidade no genitor que detém a guarda, em vez de no pátrio poder, pois, de fato, esse é que tem o dever de educar e vigiar o menor. [...] Não há, portanto, responsabilidade sem o dever de vigilância, que não existe sem a guarda. Guarda e vigilância são pressupostos da responsabilidade dos pais, ou de um deles, pelos danos causados pelo filho menor²¹⁴.

Rui Celso Reali Fragoso perfilha desse mesmo entendimento anotando que:

[...]cumpre ressaltar, ainda, a questão da responsabilidade dos pais por atos danosos dos filhos. Na separação ou no divórcio, surge a responsabilidade do detentor da guarda pelos danos causados pelos menores (nos aspectos civis e penais). Não poderia ser outra a conclusão, visto que ligado ao direito de guarda está o dever de

²¹³ BOSCHI, Fábio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.203.

²¹⁴ GRISARD FILHO, op. cit., p. 104. (destaque do autor).

vigilância, que consubstancia a culpa in vigilando. Nada impede, todavia, a responsabilização de ambos, nas hipóteses de guarda conjunta, ou a imputação de culpa ao outro genitor, quando o fato danoso ocorre durante o exercício do direito de visita (fins de semana alternados, férias, etc)²¹⁵.

Chega-se, dessa forma, à conclusão “que a responsabilidade por atos ilícitos praticados pelos filhos menores decorre logicamente do dever de vigilância que as pessoas que os detêm sob sua companhia têm obrigatoriamente de exercer”²¹⁶.

6.3 Exclusão da responsabilidade do genitor que não detém a guarda

Permite-se, pois, asseverar “que não tendo sob seu poder direto o filho menor causador de um dano a terceiro, o pai não tem meios de vigiá-lo e, por isso, não pode ser responsabilizado pelos atos danosos que aquele vier a praticar”²¹⁷, nos precisos e exatos termos do dever de vigilância que extrai-se do cominado no artigo 932, inciso I, do Código Civil, que demanda, para responsabilização dos pais, que tenham o filho sob sua companhia.

Conclui Arnaldo Rizzardo que

[...] se o filho não se encontra na companhia de um dos progenitores por desídia do mesmo, por falta de cumprimento de suas obrigações, por abandono material, aí se mantém a responsabilidade, nada impedindo de cojecturar que o desvio de conduta do filho não aconteceria se assumida a educação, formação e vigilância pelo progenitor faltoso²¹⁸.

A jurisprudência, inclusive, corrobora o entendimento doutrinário, “in verbis”:

²¹⁵ FRAGOSO, Rui Celso Reali. O menor na separação. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 58, p. 100, mar. 2000. (destaque do autor).

²¹⁶ BOSCHI, op.cit, p. 203.

²¹⁷ Ibid., p. 204.

²¹⁸ RIZZARDO, op.cit, p. 114.

Somente a vigilância efetivamente exercida, de forma direta, por quem tem o filho sob sua companhia pode, eficientemente, evitar que este pratique um ato lesivo a bem, direito ou interesse de terceiro.

A sanção que se impõe aos pais somente poderia ser legitimamente carregada àquele que detinha o menor sob seu poder direto e companhia, jamais a ambos os genitores, estando estes separados e exercendo um deles a guarda e o outro a visita, sob o pálio da falta ou falha da educação, uma vez que a lei assim não dispõe, e somente um deles, em cada momento distinto, poderá vigiar o filho. Em tal caso, cremos que nem mesmo se pode cogitar de responsabilidade subsidiária de quem não tinha o menor sob sua vigilância direta.

Para que subsista a responsabilidade dos pais pelos atos lesivos dos filhos, é indispensável que os tenham sob seu poder e em sua companhia.

Considerando-se que ambos os pais exercem o poder familiar, pode-se afirmar, pois, que a presunção de responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar. E que a falta daquela pode levar à exclusão da responsabilidade.

Quando o titular da guarda ou o responsável pelo menor é terceiro, a ilegitimidade passiva do pai para ser demandado não pode deixar de ser reconhecida.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que responde solidariamente pelo dano causado por menor a pessoa que, não sendo seu pai, mãe, tutor, tem, como encarregada de sua guarda, a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele ou, voluntariamente, o traz em seu poder ou companhia.

Quando o menor é empregado ou preposto de outrem, a responsabilidade será do patrão.

O pai não responde por dano causado por filho menor que trabalha para outrem (RT 554/148)

Não cabe a inclusão dos pais dos menores na condenação, pois encontravam-se eles sob a vigilância e fiscalização de seus patrões por ocasião da prática do ato ilícito, sobre os quais a autoridade paterna não exerceu nenhuma influência, cumprindo notar que o ilícito foi praticado quando os menores estavam trabalhando, à inteira disposição dos empregadores, além do que o ato foi praticado no exercício de suas funções.

Se o filho está internado em estabelecimento de ensino, vigora a responsabilidade do educandário, por força do disposto no art. 932, IV, do Código Civil²¹⁹.

o filho menor causador do dano a terceiro, o genitor que não detém a guarda,

²¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. p. 139-140.(destaque do autor).

também, não reúne meios de vigiá-lo e, por isso, não pode ser responsabilizado pelos atos danosos que aquele vier a praticar.

A responsabilidade, nessas hipóteses, decorre do dever de vigilância, como deixa claro o artigo 932, inciso I, do Código Civil.

A sanção que se impõe aos pais somente poderá ser legitimamente carregada àquele que detém o menor sob seu poder direto e companhia, e jamais a do outro ausente.

CAPÍTULO 7 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELO FILHO EMANCIPADO.

7.1 Introdução

Enquanto perdurar a menoridade o filho permanece sob responsabilidade dos pais e todos os atos por ele praticados vinculam civilmente aqueles.

A emancipação, como forma de abreviar o tempo de duração da menoridade, por sua vez, possibilita que o filho alcance, antecipadamente, a maioridade fazendo cessar, conseqüentemente, o poder parental.

Essa, aliás, a conclusão que extrai-se dos peremptórios termos do disposto no artigo 1630, do Código Civil, no sentido que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Não suficiente, em seguida, o artigo 1635, do Código Civil, mais precisamente, nos incisos II e III, preleciona, que “extingue-se o poder familiar pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único”, e “pela maioridade”.

Ficam os pais, portanto, liberados da obrigação de responder pelos atos praticados pelo filho; a emancipação, destarte, afasta a responsabilidade civil dos pais.

7.2 Emancipação como forma de exclusão da responsabilidade

O questionamento que exsurge dessa indagação é se a emancipação, por si só, tratando-se de ato voluntário, presta-se a alforriar os pais de eventual responsabilização na esfera civil.

A problematização torna-se mais aguda quando a emancipação ganha contorno de haver se prestado a eximir os pais de eventual responsabilidade diante da inequívoca conduta do filho que, em mais de uma oportunidade, demonstrou conduta desregrada com comportamento anormal.

Inequívoco afigura-se, neste caso, que a emancipação, instituto previsto legalmente e de finalidade relevante, prestar-se-á a fim escusos, qual seja, liberar os pais que, dessa forma, terão seu patrimônio protegido contra eventual acionamento de terceiros lesados pela conduta do filho, obviamente, carreando prejuízos para a vítima que, certamente, ver-se-á desguarnecida de viabilizar ressarcimento do dano experimentado.

Cumprir perquirir, primeiramente, pois, se, sobrevindo emancipação decorrente de casamento, emprego público efetivo, colação de grau em curso superior ou estabelecimento civil ou comercial com recurso próprio, o filho deverá ser responsabilizado pessoalmente?

São as chamadas hipóteses legais de emancipação previamente elencadas no artigo 5º, parágrafo único, incisos II, III, IV e V, do Código Civil, que viabilizam o abreviamento de duração da menoridade.

E a resposta há de ser negativa porque o preenchimento desses requisitos, precipuamente daqueles enumerados nos incisos III, IV e V, evidenciam, à toda sorte, atendimento de condições para o pleno dever de suportar o custo de indenização demonstrando, no mínimo, maturidade e disponibilidade de recursos.

Dessa forma o menor emancipado, em tais hipóteses, ainda que com idade inferior a dezoito anos, responderá civilmente, e de forma pessoal, pelos atos praticados eximindo os pais de qualquer responsabilização.

Outro entendimento não poderá ser deduzido da circunstância do filho, por exemplo, colar grau em curso superior, obter aprovação em concurso público ou estabelecer-se comercialmente com recursos próprios.

Tais hipóteses evidenciam, a toda prova, o aglutinamento no filho de condições para suportar os encargos que a prática de atos civis impõe à pessoa, dentre eles, de responder patrimonialmente por eventuais danos causados a outrem.

Esse entendimento, também, deve ser estendido a hipótese do menor emancipar-se por força do casamento, pelas razões que imperam para as demais, com o acréscimo de não mostrar-se plausível que uma pessoa casada permaneça submetida ao poder parental.

7.3 Emancipação voluntária

A questão, entretanto, não recebe o mesmo tratamento quando a emancipação ocorre por força de autorização dos pais.

Tratando-se, destarte, de ato passível de ser ultimado, tão somente, por deliberação dos pais, desprovidos de qualquer juízo de valor ou mesmo de análise técnica, poderá, inequívocamente, constituir-se em expediente passível de causar prejuízos a terceiros.

Seja deliberadamente fraudulenta ou não a disposição dos pais, sobrevindo emancipação voluntária passível de prejuízos, os pais devem ser chamados a responder na forma do artigo 932, inciso I, do Código Civil.

Não se pode conceber que, por ato unilateral, embora consentâneo com a legislação, os pais se sobreponham ao direito e extirpem de seus ombros a responsabilidade pelos atos danosos perpetrados por seus filhos.

Os institutos jurídicos, leia-se emancipação voluntária no caso, foram concebidos para beneficiar as pessoas e a sociedade e não para servir de anteparo para acobertamento de impunidades e prática de iniquidades.

O direito da vítima de ser ressarcida, princípio basilar de toda a responsabilidade civil, deve sobrepujar a faculdade outorgada para os pais ou, em derradeira análise, ser havida por inexistente a emancipação, no caso específico, que prestar-se a inviabilizar a prestação de indenização para o lesado.

Artur Marques da Silva Filho, em lição proferida ainda na vigência do código anterior, entretanto, com força presente, de forma objetiva, preleciona que

[...] em certo precedente de ato ilícito praticado por menor emancipado, reconheceu-se que “a emancipação concedida pelo pai ao filho menor é liberalidade exclusivamente benéfica deste. Tem a finalidade de liberá-lo da assistência, facilitando-lhe a prática dos atos jurídicos. Desavém ao pai utilizá-la para descartar-se da responsabilidade pelos atos do filho menor na idade em que os riscos se maximizam – da puberdade até a maioridade com os vinte e um anos, porque torna mascarada a liberação do pátrio poder. Nestas circunstâncias, a delegação total da capacidade outorgada pelo pai ao filho menor não compreende exoneração da responsabilidade, que não se substitui, nem se sucede, para elidir a solidariedade nascida do ato ilícito”. Reconheceu-se que a emancipação “não gera a eficácia exculpante da responsabilidade civil do pai vertida do ato ilícito do filho menor de idade”²²⁰.

Esse, inclusive, o magistério de Fábio Bauab Boschi para quem

[...] ainda que o filho venha a ser voluntariamente emancipado, os pais podem ser obrigados a reparar os danos que aquele causar se a emancipação for considerada um ato impensado deles, em face do ilícito praticado²²¹.

²²⁰ SILVA FILHO, op. cit., p. 194. (destaque do autor)

²²¹ BOSCHI, op.cit, p. 201.

Maria Helena Diniz, embora preconize que “não responderão os pais pelos atos lesivos do filho emancipado, porque a emancipação equivale à maioridade e com ela cessa o poder familiar” excepciona que:

[...] todavia, há decisões no sentido de ampliar a responsabilidade dos pais, mesmo nesse caso, estendendo-a mesmo que o filho seja emancipado por força do art. 5º, parágrafo único, inciso I (RTJ, 62:180; RT, 494:92, 639:172; JTACSP, 102:79). Contudo, entendemos que só se poderia admitir a responsabilidade solidária do pai se se tratasse de emancipação voluntária (CC, art. 5º, parágrafo único, I; RT 494:92; RTJ, 62:108); logo, o genitor não responderia por ato ilícito de filho emancipado pelo casamento ou por outras causas arroladas no art. 5º, parágrafo único, II a V, do Código Civil (RT, 639:172, 494:92; JTACSP, 102:79; RTJ, 62:108)²²².

Conclui a insigne civilista discorrendo que, em casos tais, “a responsabilidade dos pais será subsidiária e solidária, se emancipado por concessão deles nos termos do art. 5º, parágrafo único, I”²²³.

Nesse mesmo sentido o magistério de Carlos Roberto Gonçalves para quem

[...]o poder familiar cessa com a maioridade, aos 18 anos, ou com a emancipação, aos 16. Se os pais emancipam o filho, voluntariamente, a emancipação produz todos os efeitos naturais do ato, menos o de isentar os primeiros da responsabilidade solidária pelos atos ilícitos praticados pelo segundo, consoante proclama a jurisprudência. Tal não acontece quando a emancipação decorre do casamento ou das outras causas previstas no art. 5º, parágrafo único, do Código Civil²²⁴.

Sílvio de Salvo Venosa pontifica que:

[...] o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a emancipação do menor não elide a responsabilidade dos pais (RTJ 62/108). A emancipação é ato voluntário em benefício do

²²² DINIZ, 2007, v.7, op. cit, p. 511. (destaque do autor).

²²³ Ibid., p. 511.

²²⁴ GONÇALVES, 2003. v.4, op.cit, p. 137.

menor; não tem o condão de obliterar a responsabilidade dos pais²²⁵.

Sergio Cavaliere Filho verbera que:

[...] até mesmo a emancipação que se revelar como ato impensado não tem o condão de afastar a responsabilidade dos pais, segundo a melhor doutrina. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Responsabilidade civil – Pais – Menor emancipado. A emancipação por outorga dos pais não exclui, por si só, a responsabilidade decorrente de atos ilícitos do filho” (3ª T., REsp 122.573-PR, rel. Ministro Eduardo Ribeiro). Baseado na lição de Caio Mário, no sentido de só liberar a responsabilidade dos pais a emancipação legal, o eminente Relator do acórdão fez a seguinte colocação: “Tratando-se de atos ilícitos, a emancipação, ao menos a que decorra da vontade dos pais, não terá as mesmas conseqüências que dela advém quando se cuide da prática de atos com efeitos jurídicos queridos. A responsabilidade dos pais decorre especialmente do poder de direção, que, para fins em exame, não é afetado. É possível mesmo ter-se a emancipação como ato menos refletido; não necessariamente fraudulento. Observo que a emancipação, por si, não afasta a possibilidade de responsabilizar os pais, o que não exclui possa isso derivar de outras causas que venham a ser apurada” (RSTJ 115/275 e 279)²²⁶.

Caio Mário da Silva Pereira ministra que:

[...] em caso de emancipação do filho, cabe distinguir: se é legal, advinda por exemplo do casamento, os pais estão liberados; mas a emancipação voluntária não os exonera, porque um ato de vontade não elimina a responsabilidade que provém da lei²²⁷.

Esses entendimentos, que se apresentam consentâneos com os princípios norteadores da responsabilidade civil, ensejam que a vítima possa, efetivamente, ser ressarcida dos prejuízos nos quais foi atingida deixando de experimentar o sabor da lesão irreparável e, conseqüentemente, da frustração e do dano não ressarcido.

²²⁵ VENOSA, 2007, v. 4, op.cit, p. 64. (destaque do autor).

²²⁶ CAVALIERI FILHO, op.cit, p. 178. (destaque do autor).

²²⁷ PEREIRA, 1995, op.cit, p.91.

Arnaldo Rizzardo, entretanto, discorda da manutenção da responsabilização dos pais pelos atos dos filhos emancipados pois, para ele,

[...] não se encontra coerência tornar a pessoa maior para certos atos, e manter, na prática, a incapacidade para outros efeitos. A justificação que se procura dar, de que nos demais casos do parágrafo único do art. 5º do vigente Código (parágrafo único do art. 9º do Código anterior) se opera por força da lei, é artificial, posto que a de seu inciso I também está assinalada na lei. A prevalecer, cumpria que abrangesse as demais previsões de antecipação da maioridade, porquanto a previsão de qualquer delas é legal²²⁸.

José Virgínio Castelo Branco Rocha, de forma contundente, entende

[...] que o assunto não comporta discriminação. Filho emancipado é realmente filho emancipado, não interessando a maneira pela qual se consumou a emancipação. Qualquer que seja o modo pelo qual se faça a emancipação, terá o menor alcançado a sua plena capacidade civil, e, conseqüentemente, estará extinto o pátrio poder (art. 392, inciso II). A obrigação paterna de indenizar os danos praticados pelos filhos menores não aproveita o emancipado, que, por força mesmo da emancipação, é equiparado ao maior²²⁹.

7.4 Casuística

Malgrado o dissenso que graça na doutrina, a jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, com relativa uniformidade, porém, com escassez no que tange ao número de julgados, apregoa acerca da responsabilização dos pais pelos atos ilícitos praticados pelo filho emancipado voluntariamente.

Nesse sentido, a propósito, primeiramente, foi a conclusão haurida no Enunciado 41 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, por ocasião da Jornada de Direito Civil, em setembro de 2002, em Brasília, quando, então, concluiu-se que “ a única hipótese em que poderá haver responsabilidade

²²⁸ RIZZARDO, op.cit, p.114. (destaque do autor).

²²⁹ ROCHA, José Virgínio Castelo Branco. **O pátrio poder**. São Paulo: Leud, 1978. p. 25. (destaque do autor)

solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I, do novo Código Civil”.

A jurisprudência, de forma pacífica, vem consagrando esse entendimento na esteira dos precedentes infra colacionados:

“Responsabilidade civil. Colisão de veículos. Motorista menor emancipado. Irrelevância. Pai co-responsável. Ação procedente. O fato de o motorista culpado ser menor emancipado não afasta a responsabilidade do pai, a quem pertence o veículo causador do dano”.²³⁰.

Desse acórdão extrai-se, precipuamente, que a emancipação é irrelevante e não constitui-se em elemento idôneo e hábil a excluir a responsabilidade solidária dos pais.

Predomina, aqui, o bem maior consistente em possibilitar que a vítima obtenha ressarcimento do prejuízo causado, ainda que a conduta causadora da lesão tenha sido praticada por filho emancipado.

Sucumbe, destarte, a emancipação levada a efeito em favor do direito do lesado obter indenização.

Responsabilidade civil. Ato ilícito. Prática por menor emancipado. Circunstância que não exonera o pai da responsabilidade solidária. Emancipação considerada ineficaz em face de terceiros e do menor se a ele prejudicial. Indenização devida. Inteligência dos arts. 9º, parágrafo 1º, 156, 384, V, e 1521, I, do CC.

A emancipação concedida pelo pai ao filho menor é liberalidade exclusivamente benéfica deste. Tem a finalidade de liberá-lo da assistência, facilitando-lhe a prática dos atos jurídicos. Desavém ao pai utilizá-la para descartar-se da responsabilidade pelos atos do filho menor “na idade em que os riscos se maximizam – da puberdade até a maioridade com os 21 anos”, porque torna mascarada a libertação do pátrio poder.

²³⁰ Des. Lafayette Salles Júnior (Rel.), Ap. 252468. São Paulo, ano 65, v. 494. p. 92. dez. 1976.

Nessas circunstâncias, a delegação total da capacidade outorgada pelo pai ao filho menor não compreende exoneração da responsabilidade, que não se substitui, nem se sucede, para delir a solidariedade nascida do ato ilícito.

Não é nulo, mas ineficaz, o ato da emancipação em face de terceiros e do menor, prejudicial pela totalidade da carga na obrigação de indenizar, por isso cognoscível o defeito e pronunciável de ofício no próprio processo. Sentença confirmada²³¹.

Esse acórdão, em ementa retro transcrita, originário do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, embora anterior ao atual Código Civil, contém preciosidades de ensinamentos que condensam o pensamento jurídico que melhor se aplica a espécie e merecem integral reprodução, “in verbis”:

Nada mais preciso do que assentara o ilustrado Julgador de 1º grau, Dr. Jauro Duarte Gehlen: “Assim, seguem a escritura do pacto antenupcial de fls. 105 e a de emancipação de fls. 91 um só caminho, conducente, repete-se, à preservação do patrimônio do disponente, procurando limitar as hipóteses de eventual comprometimento, quer com a separação do casal, quer pela responsabilidade decorrente da lei quanto aos atos do filho menor, na idade em que os riscos se maximizam – da puberdade até a maioridade com os 21 anos” (fls. 560).

A culpa do pai é sempre in vigilando presumida, e, pelo princípio da equiparação, nada influi a emancipação na regra do art. 156 do CC, que não anula a do art. 1521.

Se assim não fosse, seria muito cômoda a situação dos pais, descartando sua responsabilidade com a emancipação dos filhos através de escritura pública, cujo custo é muito menor que deixar o risco aberto.

Todavia, a emancipação constitui ato voluntário dos pais, exclusivamente em benefício dos filhos, mas não em seu benefício, e muito menos para isenção de responsabilidade, que tal não é a finalidade desejada pela lei.

E, porque é assim, a incapacidade dos menores cessa por concessão dos pais, mas não cessa a responsabilidade destes pelos atos daqueles por efeito dessa outorga, absolutamente, por isso que a menoridade somente acaba aos 21 anos cumpridos (art. 9º do CC e §1º, I). A lei não diz que cessa a responsabilidade dos pais à cessação forçada e liberal da incapacidade dos filhos.

A emancipação libera o menor da assistência dos pais à prática de atos na vida civil e lhe facilita o desempenho, mas não pode ser utilizada pelos disponentes como instrumento de fraude contingente (art. 384, V, do CC).

²³¹ Clarindo Favretto (Rel.), Ap. 186065454. Rio Grande do Sul, ano 78, v. 639, p. 172. jan. 1989.

Essa cautela premonitória não gera a eficácia exculpante da responsabilidade civil do pai vertida do ato ilícito do filho menor de idade, eis que se posta em fraude visível ao disposto no art. 1521, I, do CC.

A objetividade jurídica do art. 9º, § 1º, I, não tropeça a do dispositivo logo antes referido, nem o instituto emancipacionista é facultado aos pais para se eximirem das responsabilidades que têm com seus filhos, enquanto menores, que a benefício destes só se destina.

Não se há, pois, de confundir a cessação da incapacidade dos filhos menores, por concessão dos pais, com a cessação da responsabilidade destes em face daqueles, que uma coisa não é a outra, quando mascarada a libertação do pátrio poder.

Sendo a emancipação uma concessão, por ato unilateral, tem como pressupostos que o emancipado possua maturidade necessária para reger sua pessoa e bens, e este processo a inexistência, fatal dos requisitos.

A delegação total da capacidade, outorgada pelo pai ao filho menor, nas circunstâncias em que foi feita, não compreende a exoneração da responsabilidade, que não se substitui, nem se sucede, para delir a solidariedade nascida do ato ilícito.

Diversa não é a doutrina do insigne mestre Aguiar Dias quando preleciona: “Assim, em nada influi que o menor de mais de 16 anos, nos termos do art. 156 do CC, esteja, para efeito de ato ilícito, equiparado ao maior ou, até, que esteja emancipado, por ato do pai, desde que a emancipação se revela como ato impensado, em face do ato ilícito do menor, acarretando a responsabilidade, quando não com fundamento no art. 1521, pelo menos em face dos princípios comuns do art. 159. A responsabilidade do pai pelos atos do filho se aplica a todos os atos ilícitos que pratique, em qualquer situação, porque a vigilância que lhe incumbe é universal e contínua, não podendo, pois, pretender que com relação a determinados atos submetidos a essa vigilância não se configure a sua responsabilidade” (in Da Responsabilidade Civil, v. II/567 e 568, Forense, 4ª ed.).

Ressalva-se considerar a distinção entre a emancipação voluntária, adquirida, pelo casamento e a concedida pelos pais como exclusivamente benéfica para os filhos.

Evidente que, se a outorga visa a excluir a solidariedade do estipulante na responsabilidade pelos atos do beneficiário, contraria sua finalidade irrecusável e prejudica o filho, pela totalidade da carga na obrigação de indenizar.

Quando assim, o ato da emancipação não é nulo, mas ineficaz, em face do menor e de terceiros, cujo trato se integra no Direito de Família, eminentemente de ordem pública e, por isso, cognoscível diretamente no processo.

Não se pode, criteriosamente, considerar independizado um filho menor de 21 anos de idade e reconhecer-lhe a plena capacidade para reger sua pessoa e bens, na situação da espécie que se aponta, se nem capacidade financeira possui para custear sua defesa em processo judicial, basta ver o agravo retido que embutiu nos autos.

Essa capacidade ele tem dependente da escora de seu pai, e nisto se aplica a teoria do ato próprio, segundo a qual a ninguém é lícito contrariar seus próprios atos, como visto, pois os recorrentes sustentam duas posturas contraditórias.

Existe: “La regla de que nadie puede ir contra sus propios actos” (in La Doctrina de los Actos Propios, de Puig Brotan, p. 101), na evocação de Enneccerus, pelo conceito exposto em seu Tratado de Direito Civil, convindo sinalar “que no se hará valer el derecho cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, lãs buenas costumbres o la buena fé”²³².

Embora se trate de aresto que data de 18 de agosto de 1988, portanto, anterior a Constituição Federal e ao atual Código Civil, já naquela época, vislumbrava-se a possibilidade da emancipação voluntária prestar-se a prática de atos frustradores da responsabilidade civil e, de forma acurada, pugnou pela desconsideração da emancipação no caso concreto para ensejar a responsabilização dos pais do menor que praticou o ato lesivo.

Outro acórdão dispõe que “ainda que o filho menor púbere seja emancipado o pai, não obstante, é responsável pela reparação, nos termos dos arts. 1521 (atual art. 932) e 1523 (atual art. 933), do Código Civil”²³³.

7.5 Conclusão

Concluindo, a solução que melhor se apresenta, justa e jurídica, é aquela que não exime os pais da responsabilidade.

Há que considerar-se que a emancipação, tratando-se de ato voluntário dos pais, não presta-se a assegurar impunidade motivo pelo qual deverão, sim, ser responsabilizados pelos atos lesivos perpetrados pelo filho emancipado.

²³² Clarindo Favretto (Rel.), Ap. 186065454. Rio Grande do Sul, ano 78, v. 639, p. 175-176. jan. 1989. (destaque do autor).

²³³ VENOSA, op.cit, p. 75. (destaque do autor).

CAPÍTULO 8 EFEITOS PATRIMONIAIS DO PODER FAMILIAR

8.1 Introdução

O operador do direito, cômico e sabedor da importância do patrimônio nas relações pessoais, ainda que restrito ao âmbito do direito de família, procurou disciplinar a matéria, com normas mínimas e elementares, de modo a estabelecer regramento jurídico hábil a reger os efeitos patrimoniais decorrentes do exercício do poder familiar.

Assim procedeu em decorrência das notórias conseqüências que advêm da correta ou inadequada gestão das pessoas em relação às coisas que lhe são submetidas a controle e uso.

É óbvio acerca da existência de inúmeros efeitos patrimoniais corolários do exercício do poder familiar em relação aos filhos.

A par, pois, dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar, afetos propriamente ao direito de família, há aqueles que pertinem exclusivamente ao campo patrimonial.

Têm proeminência, dentre eles, os institutos do usufruto e da administração dos bens dos filhos menores pelos pais.

A relevância do tema vem explicitada pelo fato do legislador dedicar-lhes tópico autônomo e específico no ordenamento jurídico.

8.2 Antecedentes históricos

O direito ao usufruto e a administração do patrimônio dos filhos menores, por parte dos pais, desde remota antiguidade, constitui-se em objeto de estudo o que levou Caio Mário da Silva Pereira a prelecionar, nesse sentido, que:

[...] no Direito Romano, o filho in potestate nada tinha de seu. Não valia a doação feita pelo pai, porque seria como doar a si mesmo. De estranhos não podia adquirir por qualquer forma que fosse, por lhe ser vedado constituir patrimônio próprio²³⁴.

Dessa forma os filhos, antigamente, não possuíam patrimônio próprio tanto que suas economias e rendimentos eram absorvidos pelo patrimônio paterno.

O direito pátrio, entretanto, abandonando essa teoria, acolheu que o pai e a mãe, enquanto exercitantes do poder familiar, são usufrutuários e têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Trata-se, portanto, de reminiscência da última fase do Direito Romano, influenciado pelo direito germânico, que se conservou ao longo dos tempos e impera presentemente.

8.3 Conceituação

A administração dos bens dos filhos menores, sob autoridade e em companhia dos pais, e o usufruto sobre os bens dos filhos que se encontram sob seu poder, são feições patrimoniais do exercício do poder familiar.

²³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. p. 430.

É hipótese comum o filho menor, por exemplo, tornar-se proprietário de imóvel, por doação de pessoas distinta dos pais, ou contemplação de qualquer espécie, acarretando a necessidade de nomear alguém para tomar a frente no exercício dos direitos em relação a esse bem.

Os pais, no exercício do poder familiar, têm, além do dever inato de criar e educar os filhos, obrigação de zelar pelo patrimônio que são titulares os menores.

O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar, são usufrutuários dos bens dos filhos; e têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade, conforme expressa disposição legal contida no artigo 1689, incisos I e II, do Código Civil.

Cumprе ressaltar, nesse particular, que inexistе qualquer contradição na lei que, ao mesmo tempo, estruturou o poder familiar com a finalidade precípua de tutelar a prole e, concomitantemente, atribui aos pais a administração e o usufruto dos bens do filho menor.

Assim procedeu o legislador vislumbrando que o direito do filho menor somente estará protegido, nessas circunstâncias, porque, em condições normais, ninguém melhor que os pais para preservar, conservar, zelar e manter o patrimônio da prole.

Portanto, o poder familiar tem aspectos patrimoniais e é exatamente disso que tratou o legislador no artigo retro mencionado.

Ensina, a propósito, Maria Helena Diniz que

[...] o poder familiar engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens

dos filhos menores não emancipados. Compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores (CC, art. 1.634):- 1- Dirigir-lhes a criação e educação... 2-Tê-los em sua companhia e guarda... 3- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar... 4-Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico (escritura pública), se o outro dos pais não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar... 5- Representá-los, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento... 6- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha... 7- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição²³⁵.

Prosseguindo na explanação, acerca da matéria, e adentrando na seara específica, assevera a civilista que:

[...] na esfera patrimonial, no exercício do poder familiar, incumbe aos pais:- 1- A administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade ou não emancipados.2- O usufruto sobre os bens dos filhos menores que se acham sob o seu poder²³⁶.

Nesse sentido, também, o magistério de Paulo Nader ao preconizar que “no exercício do poder familiar os pais têm o dever não apenas de criar e educar os filhos, mas igualmente de zelar pelo seu eventual patrimônio, enquanto menores não emancipados”²³⁷.

Embora inafastável que corolário do poder familiar, dada a relevância da matéria, o legislador pátrio atribuiu especial destaque a matéria inserindo-a em subtítulo atinente aos efeitos patrimoniais do direito de família, afastando-a, entretanto, das demais regras diretamente ligadas ao cerne do direito de família, mais especificamente de cunho pessoal e familiar.

A administração e o usufruto dos bens dos filhos menores, outrora, encontravam-se, respectivamente, em artigos distintos e separados no Código Civil de 1916, quais sejam, 385 e 389, ambos, porém, no capítulo do extinto pátrio poder.

²³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 519/522. (destaque do autor).

²³⁶ *Ibid.*, p. 522.

²³⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro:Forense, 2006. v. 5. p. 58.

Presentemente, em artigo único, ambos encontram-se regidamente disciplinados.

Carlos Roberto Gonçalves, nesse particular, escreve que

[...] entendeu o legislador, em razão da importância do assunto, de bom alvitre separá-lo do capítulo concernente ao poder familiar, dando-lhe o necessário destaque na parte dedicada ao direito patrimonial, com a denominação do usufruto e da administração dos bens de filhos menores²³⁸.

A razão da separação, atribuindo-lhe subtítulo autônomo, desnuda a relevância, para o legislador, de que reveste-se a matéria merecendo, em relação ao diploma anterior, disciplinamento específico e concentrado, o que leva concluir que trata-se de tema proeminente.

8.4 Delimitação do tema

Esse direito, atribuído aos pais, de usufruir e administrar os bens dos filhos menores, decorre naturalmente do poder familiar de que investidos os primeiros.

São os pais as pessoas talhadas para ter a administração e o usufruto dos bens dos filhos menores porque dotados de atributos pessoais e materiais inerentes ao encargo.

Isso, obviamente, considerando, primeiro, a proximidade biológica, segundo, o instinto de preservação, terceiro, a necessidade de manutenção, quarto, o interesse na realização pessoal dos filhos e, quinto, o instinto normal de amealhação de bens de que dotado o ser humano.

²³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.p. 436.

Por todos esses atributos não vislumbra-se possam os genitores, em condições normais, afastar-se da regra de bem servir os filhos menores, evidenciando que são talhados para o exercício desse munus.

Tem, também, o instituto inescondível propósito de possibilitar que os pais gozem dos bens dos filhos menores.

É de Carlos Roberto Gonçalves a lição no sentido que

[...] a administração e o usufruto legais são corolários do poder familiar, no direito brasileiro. Incluem-se todos os bens móveis e imóveis que caíam sob a titularidade do menor, independentemente de sua origem, seja por herança, seja por adoção, seja por qualquer meio de alienação²³⁹.

8.5 Administração

Os pais são chamados à prática de atos idôneos que tem como finalidade a conservação e incremento dos bens dos filhos menores.

Pela possibilidade, efetiva, os filhos menores, circunstancialmente, tornarem-se proprietários de bens ou detentores de direitos, e não serem dotados de capacidade de direito para administrar esse patrimônio, os pais são guindados a condição natural de administradores dos bens dos filhos menores.

Portanto, a administração, pelos pais, dos bens dos filhos menores constitui-se num dever que lhes é imposto em decorrência do poder familiar e não propriamente em direito que lhes é outorgado, motivo pelo qual dele não poderão despojar-se e nem recusá-lo singelamente.

²³⁹ GONÇALVES, 2005, v.6, op. cit., p. 437.

Silvio Rodrigues, com autoridade, afirma que “dentro da esfera patrimonial o primeiro dever imposto aos pais, no exercício do pátrio poder, é o de administrar os bens dos filhos”²⁴⁰.

Isso mostra-se relevante porque compromete os pais no que tange ao zelo que devem empreender na administração dos bens dos filhos, responsabilizando-os se o caso.

Os pais devem mostrar-se, nesses casos, como autênticos administradores a quem lhes são outorgados direitos e interesses para boa gestão impondo primar pela eficiência ou, no mínimo, pela preservação daquilo que lhes foi submetido a controle.

Para tanto poderão os pais, em hipóteses elencadas por Maria Helena Diniz, locar imóvel do filho menor, pagar-lhe impostos, defendê-lo judicialmente, receber juros ou rendas, adquirir bens, alienar bens móveis, etc.

São atos considerados de mera administração de bens, conceituados por Paulo Nader

[...] como o conjunto de práticas que visa à conservação do patrimônio e às gestões para o seu melhor aproveitamento, seja quanto ao uso ou rendimento. Para Clóvis Beviláqua, enquadram-se nos poderes de administração os atos concernentes à boa conservação e exploração dos bens, como as benfeitorias, o pagamento dos impostos, a defesa judicial, e a alienação dos móveis destinados a esse fim. Os atos alienativos ou as obrigações, que não sejam conseqüências diretas da gestão dos bens, a renúncia de herança ou de qualquer direito, excedem os limites da simples administração²⁴¹.

²⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. v. 6.p. 405.

²⁴¹ NADER, op. cit., p. 525.

O espectro colocado ao alcance dos pais na administração dos bens dos filhos menores mostra-se amplo, porém, não irrestrito.

Encontra limite a administração naqueles atos que, de alguma forma, possam vir a comprometer ou vincular o patrimônio do menor expondo-o a situação de risco.

Obsta-se, pois, aos pais, sem autorização judicial, segundo ensinamento de Maria Helena Diniz, “dispor dos imóveis pertencentes ao menor, nem contrair obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, pelo fato de que esses atos importam em diminuição patrimonial”²⁴².

Somente com autorização judicial, e desde que devidamente comprovada “a necessidade, a vantagem econômica ou a evidente utilidade da prole, poderá o pai vender, hipotecar, gravar de ônus real os seus imóveis”²⁴³.

Nesse mesmo sentido a afirmação de Paulo Nader para quem

[...] os pais não possuem autonomia para determinadas práticas, ligadas a imóveis, que extrapolem os simples atos de administração. A sua prática requer autorização, que se obtém mediante procedimento de jurisdição voluntária, no qual obrigatoriamente participa o representante do Ministério Público (art. 1.103, CPC)²⁴⁴.

Para ele, inclusive,

[...] carecem os pais do poder de disposição de bens imóveis dos filhos. A eles são vedados, por iniciativa própria, os atos de venda, permuta, doação e quaisquer outros que impliquem a perda de titularidade de imóveis, como eventualmente nas transações. Não podem, igualmente, gravar de ônus real os imóveis ou assumir obrigações, em função de tais bens, que excedam os simples atos de administração. Para a implementação de quaisquer desses atos,

²⁴² DINIZ, 2008, v. 5, op. cit., p. 522-523.

²⁴³ Ibid., p. 523.

²⁴⁴ NADER, op. cit., p. 525. (destaque do autor).

os pais devem estar de comum acordo e, juntos, peticionarem ao juiz, demonstrando a necessidade de sua realização²⁴⁵.

Prossegue Carlos Roberto Gonçalves asseverando que

[...] no exercício do múnus que lhes é imposto, os pais devem zelar pela preservação do patrimônio que administram, não podendo praticar atos dos quais possa resultar uma diminuição patrimonial. Para alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis dos filhos menores, precisam obter autorização judicial, mediante a demonstração da necessidade, ou evidente interesse da prole²⁴⁶.

Nesse particular ensina J.M. CARVALHO SANTOS em balizada doutrina que:

[...] Código outorga aos pais poderes amplos de administrador. Consistentes não só na obrigação de conservar os bens, mas ainda de fazê-los produzir, aumentando, assim, o patrimônio do filho.

Entretanto, esses amplos poderes, essa outorga que ao pai cabe, como atributo do pátrio poder, são limitados no sentido de não poderem ir além dos atos de simples e ordinária administração do patrimônio do menor. Só dentro destes limites o pai tem ampla e absoluta capacidade de representar o filho em seu poder, e agir na administração de seus bens. Não podem, assim, ser praticados quaisquer atos de disposição, a não ser nos casos especiais mencionados neste artigo e mediante as formalidades legais exigidas. [...] O Código não diz o que se deva entender por ato de administração, nem tampouco arrola, nem mesmo incompletamente, quais sejam esses atos, procedimento aliás louvável, porque a determinação casuística é sempre prejudicial à boa aplicação da lei, ficando, destarte, entregue ao critério do juiz decidir, em cada caso, se trata realmente de um simples ato de administração. Para bem decidir deverá o juiz ter presente a discriminação doutrinária, segundo a qual ato de administração é somente aquele que visa à conservação do patrimônio e aqueles que tem por finalidade retirar os produtos ou frutos, sem alterar a composição geral do patrimônio, vale dizer - a exploração de acordo com a destinação dos bens que compõem o mesmo patrimônio. [...] Dispondo a lei que não poderão os pais contrair, em nome dos filhos, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, implicitamente reconhece e permite que eles contraiam as que se enquadrem nos limites dessa administração. Em virtude desse princípio é que, como se viu, podem os pais tomar empréstimo para custear os serviços da lavoura, de reparações, etc., nas condições mencionadas, não lhes

²⁴⁵ NADER, op. cit., p. 526.

²⁴⁶ GONÇALVES, 2005, v. 6, op. cit., p. 437

sendo permitido, outrossim, praticar em nome e por conta dos filhos qualquer ato de liberalidade, desde que os atos de liberalidade importam uma diminuição do patrimônio, um empobrecimento. Não pode, por conseguinte, o pai doar, nem fazer remissão de dívidas, nem renunciar direitos, nem transigir ou praticar qualquer ato em que se oculte uma liberalidade, ainda que sob a aparência de atos onerosos (Estevão de Almeida, cit., nº 256). [...] Quanto aos atos que excedem a simples administração, aos de disposição, não os pode os pais, por si só praticar, sendo essencial a autorização do juiz, depois de verificar se ocorrem, na espécie, as razões de necessidade ou de evidente utilidade.²⁴⁷

Nesse mesmo sentido preleciona Clóvis Beviláqua que:

O pai, ou na sua falta, a mãe, administra os bens do filho menor, que se acha sob o seu pátrio poder, feitas as exceções do artigo 391. Essa administração legal, porém, não tem grande amplitude. Os poderes do pai, quanto aos bens dos filhos não excedem, de originário, aos da simples administração. Por poderes de simples administração, entendem-se os actos concernentes à boa conservação e exploração dos bens, como as benfeitorias, o pagamento dos impostos, a defesa judicial, e a alienação dos móveis destinados a esse fim. Os actos alienativos ou as obrigações, que não sejam conseqüências diretas da gestão dos bens, a renúncia de herança ou de qualquer direito, excedem os limites da simples administração. (in “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, comentários, 6ª tiragem, p.843)

Destarte, embora sejam amplos os poderes dos pais, a lei (v.g artigo 386 do CC de 1916), prevê certas cautelas no interesse do filho, como escopo de protegê-lo.

Essa proteção, em última análise, visa salvaguardar o patrimônio reservado ao menor. Diante disso, algumas medidas podem ser tomadas, como, por exemplo, manter em depósito judicial os valores que lhes são pertencentes, entregando ao genitor, como usufrutuário desses bens, os rendimentos deles provenientes. Eventualmente, pode ser deferido o levantamento de quantias maiores, atendendo a necessidade dos dependentes, desde que devidamente comprovadas²⁴⁸.

Consequentemente, embora sejam amplos os poderes conferidos aos pais, o legislador previu certas cautelas, com caráter nitidamente restritivo, no interesse do filho, com o escopo de protegê-lo.

²⁴⁷ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**: direito de família. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. v. 4. p. 71-78. (destaque do autor).

²⁴⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**: obrigações. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919. t. 2.(destaque do autor).

Essa proteção, derradeiramente, intenta preservar o patrimônio pertencente ao menor.

Se, numa análise preliminar, fica evidente que no poder outorgado aos pais de administrar os bens não encontra-se albergado o de, por qualquer meio, comprometer ou expor a risco o patrimônio do filho, numa segunda etapa pode-se concluir que até mesmo certos atos, aparentemente favoráveis aos menores, que, porém, tragam no seu bojo certa carga de condescendência ou transigência patrimonial não poderão ser praticados pelos pais.

Para Paulo Nader, com esteio em precedente do Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo a simples transação, ainda que não alusiva expressamente a bens imóveis, é permitida aos pais sem prévia e expressa autorização judicial. Diz ele que, nesse direcionamento, ainda na vigência do Código Civil de 1916, pronunciou-se a Corte Superior ao decidir que:

[...] a transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-lo em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. Realizada nestes moldes, não pode a transação ser considerada válida, nem eficaz a quitação geral oferecida, ainda que pelo recebimento de direitos indenizatórios oriundos de atos ilícitos²⁴⁹.

Já, anteriormente, a Ministra Fátima Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 292.974/SP, publicado no DJ em 25.06.01, preconizou que

Recurso Especial. Indenização por danos materiais e morais. Transação extrajudicial celebrada pelo pai, em nome dos filhos menores. Recebimento de direitos indenizatórios por atos ilícitos relativos. Quitação geral. Pátrio poder. Poderes de administração dos bens dos filhos. Ato que extrapola a simples gerência e conservação do patrimônio dos menores. Autorização judicial. Imprescindibilidade. Intervenção do Ministério Público. Obrigatoriedade. Artigo 82, II, do CPC. O Código Civil outorga aos pais amplos poderes de administração sobre os bens dos filhos, mas estes não abrangem os atos que extrapolem a simples gerência

²⁴⁹ NADER, op. cit., p. 525.

e conservação do patrimônio do menor. Não podem, assim, praticar atos de disposição, a não ser nos casos especiais mencionados no artigo 386 do CC, mediante as formalidades legais exigidas[...] (omissis) (RESP 292.974/SP, Rel. Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, DJ de 25/06/01)²⁵⁰

Diverso não foi o entendimento externado pelo Ministro Jorge Scartezzini no julgamento do Recurso Especial nº 439.545/SP (2002/0064686-4 – 4ª Turma, j. 03.08.2004, publicado em 06.09.2004, DJ)

O pátrio poder deve ser exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores. Todavia, a atuação dos pais no desempenho desse munus, não é irrestrita, além de não poderem alienar bens imóveis sem autorização judicial, também dispõe o artigo não caber aos genitores contrair obrigações que acarretem diminuição do patrimônio gerido, a menos sob hipótese de extremada necessidade da prole. Inteligência dos artigos 385 e 386, ambos do CC/1916²⁵¹.

Ainda que aparentemente pronunciamentos dessa natureza afigura-se com prenúncio de um engessamento dos pais, a verdade é que, em casos tais, a conduta recomendável é aquela que prima pela absoluta certeza de preservação dos direitos do menor sem a mínima espécie de tergiversação ou de dúvida.

Os pais, em derradeira análise, não estarão agindo e nem mesmo tutelando direito próprios. Pelo contrário, agem em cima de direitos e interesses que não pertencem-lhes e, pior, de incapazes.

Recomenda-se, pois, toda cautela possível circunscrevendo o ato a mais absoluta transparência e lisura.

²⁵⁰ Min^a. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI (rel.), RESP 292.974/SP, DJ de 25/06/01. Disponível em: <[http://www.legjur.com.br/jurisprudencia/htm/bol377/439545stj_2004_10_28_215035\(i\).php](http://www.legjur.com.br/jurisprudencia/htm/bol377/439545stj_2004_10_28_215035(i).php)>. Acesso em: 9 fev. 2008.

²⁵¹ Min. JORGE SCARTEZZINI (rel.) RESP 439.545/SP, DJ de 03/08/2004. Disponível em: <[http://www.legjur.com.br/jurisprudencia/htm/bol377/439545stj_2004_10_28_215035\(i\).php](http://www.legjur.com.br/jurisprudencia/htm/bol377/439545stj_2004_10_28_215035(i).php)>. Acesso em: 15 mar.2007.

Perfeitamente factível, pois, que os pais deixem-se seduzir por propostas nefastas aos menores, porém, imediatistas para eles, comprometendo bens e direitos dos filhos por atitudes impensadas e nítido caráter prejudicial.

Se houver colidência de interesse dos pais com os filhos o juiz, inclusive a requerimento dos próprios pais, nomeará curador especial para dirimir o conflito, no qual intervirá necessariamente o Ministério Público como “custos legis”.

Foi categórico o legislador nesse sentido ao preconizar, no artigo 1.692 do Código Civil, que “sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial”.

Paulo Nader assevera, nesse mesmo diapasão, que “nada impede que os pais, constatando a existência do conflito e movidos por princípio ético, formulem o requerimento”²⁵².

Carlos Roberto Gonçalves preleciona que

[...] sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho o juiz lhe dará curador especial (art. 1.692). Não se exige, para tanto, prova de que o pais pretendem lesar o filho. Basta que se coloquem em situações cujos interesses são aparentemente antagônicos, como acontece na venda de ascendente a descendente, que depende do consentimento dos demais descendentes. Se um destes for menor, ser-lhe á nomeado curador especial, para representa-lo na anuência²⁵³.

Após discorrer acerca da obrigatoriedade da nomeação de curador especial, em caso de colidência de interesses dos pais com os filhos, Washington de Barros Monteiro afirma que:

²⁵² NADER, op. cit., p. 526.

²⁵³ GONÇALVES, 2005, v. 6, op. cit., p. 438. (destaque do autor).

[...] para aplicação dessa norma, não é mister haja prova de que o pai pretenda lesar o filho. Basta se situem em posições aparentemente antagônicas os interesses de um e de outro, para que se nomeie curador especial, que velará pelo incapaz²⁵⁴.

Prossegue o insigne civilista que

[...] tornar-se-á, destarte, necessária a nomeação do referido curador nos seguintes casos: a) para receber em nome do menor doação que lhe vai fazer o pai; b) para concordar com a venda que o genitor efetuará a outro descendente; c) para intervir na permuta entre o filho menor e os pais; d) para levantamento da inalienabilidade que pesa sobre o bem de família²⁵⁵.

Esse processo visa dar transparência e lisura para os atos que pretende-se praticar envolvendo direitos e interesses dos filhos menores, não só em benefício dos incapazes mas, e principalmente, como medida de segurança para terceiros que terão a garantia de validade dos negócios entabulados.

Isso porque, praticado o negócio jurídico atinente aos filhos menores, seja ele de qual natureza, desde que levado a efeito sem autorização judicial, estará inquinado de nulidade absoluta, nos termos do artigo 1.691 do Código Civil.

Esse o escólio de Paulo Nader para quem

[...] em caso de descumprimento da prévia autorização judicial para o ato, este será nulo, consoante previsão do parágrafo único do art. 1.691. A nulidade, in casu, excetuada a regra do art. 168, somente pode ser requerida pelos filhos, herdeiros ou representante legal.

Frise-se, com Paulo Luiz Netto Lobo:

[...] os atos de alienação ou oneração dos bens imóveis dos filhos e as dívidas e obrigações contraídas em seus nomes, sem autorização judicial, são considerados nulos. É que a inobservância da exigência legal caracteriza a nulidade prevista no art. 166, inciso

²⁵⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito de família. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 290.

²⁵⁵ MONTEIRO, op. cit., p. 290-291

V, ou seja, quando “for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”. Observe-se que, tratando-se de ato nulo, não há prazo para a formulação do pedido judicial, pois, à vista do teor do art. 169 da Lei Civil, o negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso do tempo²⁵⁶.

Para Denise Damo Comel:

Os pais não podem na função de administrador dos bens dos filhos, renunciar a direitos de que os filhos sejam titulares, alienar ou gravar os bens imóveis, estabelecimentos mercantis ou industriais, objetos preciosos ou valores mobiliários, salvo, assim como no direito pátrio, justificada a utilidade ou a necessidade, e prévia autorização judicial, tudo nos termos do art. 166 do CCE. Além disso, há exigência expressa de que os pais precisam de autorização judicial para recusar herança ou legado em favor do filho ou doações que lhe sejam oferecidas [...] No direito português o legislador se mostrou bastante zeloso e cauteloso ao disciplinar a matéria, estabelecendo extensa e casuística lista dos atos que os pais, como representantes dos filhos, somente podem praticar com autorização judicial. Incluem-se: alienar ou onerar bens, salvo em se tratando de alienação onerosa de coisas susceptíveis de perda ou deterioração; votar nas assembleias gerais das sociedades, deliberações que importem a dissolução; adquirir estabelecimento comercial ou industrial ou continuar a exploração do que o filho haja recebido por sucessão ou doação; entrar em certo tipo de sociedade; contrair certas obrigações, como cambiárias ou empréstimos; ceder direitos de crédito, repudiar herança ou legado; aceitar herança, doação ou legado com encargos; locar bens por prazo superior a seis anos; convencionar ou requerer em juízo a divisão de coisa comum ou a liquidação e partilha de patrimônios sociais; negociar transação, dentre outras²⁵⁷.

8.6 Usufruto

Enquanto exercitantes do poder familiar, os pais detém, além da administração, o direito de usufruto dos bens dos filhos menores.

O usufruto dos pais, no que pertine aos bens dos filhos, é originário do Direito Romano, a partir da formação dos pecúlios pois

²⁵⁶ NADER, op. cit., p. 526. (destaque do autor).

²⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, orto Alegre, v. 31, p. 157, ago./set. 2005.

[...] o rigor quiritário foi amenizado com a “Teoria dos Pecúlios”, de que nosso direito pré-codificado guardou reminiscência. O Direito Romano, e na sua trilha o nosso pré-codificado, entendia que o menor, posto que in potestate, poderia adquirir certos bens, que constituíam pecúlios próprios, colocados fora da administração paterna, e de que o pai, por isto mesmo, não tinha o usufruto: 1º) pecúlio castrense, constituído pelos bens adquiridos no serviço militar ou a propósito dele; 2º) pecúlio quase-castrense, obtido no exercício de suas letras, na prática de artes liberais, ou como funcionário público; 3º) pecúlio-profectício, formado de bens que o pai separava do acervo de seus haveres, entregando-os à administração do filho; 4º) pecúlio adventício, composto dos bens adquiridos pelo filho, fora das classes anteriores²⁵⁸.

Mais,

[...] as normas pertinentes ao usufruto dos pais são peculiares ao Direito de Família, não se confundindo com as previstas no Direito das Coisas. O usufruto dos pais não constitui, assim, um direito real. Como Sílvio de Salvo Venosa destaca, o usufruto dos pais difere do usufruto de direito real porque não deriva de negócio jurídico, mas da lei; não necessita de inscrição imobiliária; abrange todos os bens dos filhos menores, salvo exceções previstas no Código; é irrenunciável e intransferível²⁵⁹.

Outrora a legislação brasileira dispunha de forma diversa vez que, segundo a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, dentre as causas extintivas do usufruto previa-se a renúncia do pai (artigo 180, parágrafo segundo).

No direito comparado, presentemente, vários países, dentre eles o direito alemão e o mexicano, admitem a renúncia dessa espécie de usufruto.

O usufruto que decorre do exercício do poder familiar é o usufruto legal e tem respaldo na regra insculpida no disposto no artigo 1689, inciso I, do Código Civil, que atribui ao pai e a mãe, enquanto exercitantes do poder familiar, o usufruto dos bens dos filhos.

²⁵⁸ PEREIRA, 2004, v. 5, op. cit., p 431/432. (destaque do autor).

²⁵⁹ NADER, op. cit., p. 520.

Assiste, destarte, aos pais, no exercício do poder familiar, o direito de usar e fruir dos bens dos filhos menores.

Sílvio de Salvo Venosa diz que,

[...] quanto ao usufruto, é ele inerente ao poder familiar, como declara o art. 1.689, I. Sua origem histórica é encontrada no usufruto concedido ao pater famílias, na legislação de Justiniano. Procura-se justificar o instituto sob duas faces: esse usufruto compensaria o pai pelos encargos do múnus do poder familiar e, sob o prisma da entidade familiar, entendemos que todos os seus membros devem compartilhar dos bens. A estrutura desse usufruto aproxima-se do direito real de usufruto, disciplinado no direito das coisas, mas, como na maioria dos institutos de direito de família, tem compreensão própria. Desse modo, difere do usufruto de direito real porque não deriva de negócio jurídico, mas da lei; não necessita de inscrição imobiliária; abrange todos os bens dos filhos menores, salvo exceções previstas no Código; é irrenunciável e intransferível. Assim, os frutos e rendimentos produzidos pelos bens dos filhos menores pertencem aos pais que exercem a administração, podendo consumi-los, sem necessidade de prestação de contas²⁶⁰.

Paulo Nader, a esse respeito, escreve que

[...] a Lei Civil confere aos pais, enquanto no exercício do poder familiar, o direito de usufruto sobre os bens móveis e imóveis dos filhos sob a sua administração. O direito abrange os bens em geral e não há distinção quanto à natureza dos frutos. Estes são tanto os naturais quanto os civis. Não há limite quantitativo, também, na aquisição dos frutos²⁶¹.

Orlando Gomes, acerca do instituto, discorre que “usufruto legal é o que a lei institui em favor de determinadas pessoas, como constituído sobre os bens dos filhos menores em proveito dos pais”²⁶².

O usufruto dos bens dos filhos, pelos pais, é inerente ao exercício do poder familiar que, na dicção de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, “em outras palavras, no conteúdo de direitos e obrigações que o pátrio poder representa,

²⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6. p. 330.

²⁶¹ NADER, op. cit., p. 519.

²⁶² GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 341.

inclui-se o de usar e fruir os bens pertencentes aos filhos sob a pátria potestas” possibilitando-lhe concluir que, em relação ao poder familiar, “quem tem a obrigação de exercê-lo e, o exercendo, automaticamente é usufrutuário, e por quanto tempo há o referido exercício e a titularidade do usufruto legal²⁶³”.

Isso levou Silvio Rodrigues, em comento a legislação revogada, concluir que:

[...] tal usufruto, em virtude de encontrar sua origem no direito de família, desobriga o usufrutuário de dar a caução de que cuida o art. 729 do Código Civil, pois, para garantir a devolução dos bens dos filhos ao fim da menoridade, o legislador recorre à hipoteca legal²⁶⁴.

Assim como o poder familiar é temporário, o usufruto legal também é, pois, com a maioridade, emancipação ou morte do filho, os pais deixam automaticamente de ter ambos.

É correto, pois, asseverar, destarte, que, cessando o poder familiar, cessa, também, o usufruto legal.

Dessa forma, coincidentemente ao poder familiar, o usufruto poderá ser suspenso, perdido ou extinto bastando, para tanto, a ocorrência das hipóteses legais.

Nesse sentido discorre Maria Helena Diniz que:

[...] sendo o poder familiar um múnus público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar, sendo nomeado curador especial ao menor no curso da ação. Na suspensão, o exercício do

²⁶³ TUPINAMBÁ, Miguel Castro do Nascimento. **Usufruto**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1986. p.36.

²⁶⁴ RODRIGUES, 2002. v.6, op. cit., p. 406.

poder familiar é privado, por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente de parte deles, referindo-se a um dos filhos ou a alguns. P. ex., poderá o juiz privar o pai da administração do patrimônio do filho, se lhe está arruinando os bens, restaurando-se os com a expiração do prazo. Devera, desaparecendo a causa que deu origem à suspensão, o pai poderá retornar ao exercício do poder familiar. É, pois, uma sanção que visa a preservar os interesses do filho, afastando-o do má influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei²⁶⁵.

Esse, inclusive, o magistério de Fábio Ulhoa Coelho para quem os pais “não estão obrigados a remunerar o filho pelo uso do bem, porque titulam a condição de seu usufrutuário”²⁶⁶.

Dessa forma os pais, pelo uso do bem, não poderão ser compelidos, no presente e no futuro, a remunerar o filho em decorrência da condição natural de usufrutuários que são.

Também os pais, ao revés, pela administração dos bens dos filhos não terão direito a remuneração, ou seja, trata-se de atividade graciosa.

8.7 Igualdade de direitos entre os pais

O legislador, no trato dessa questão, principia dispondo acerca da igualdade reinante entre pai e mãe no que concerne ao exercício do poder familiar.

Dessa forma, e diversamente do que vigia anteriormente (artigo 385 do revogado Código Civil de 1916), não há mais diferenciação entre os pais no que tange ao usufruto e administração dos bens dos filhos menores.

²⁶⁵ DINIZ, 2008.v.5, op. cit., p. 525-526.

²⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5. p. 193.

Ao mesmo tempo que o legislador equiparou os pais, vislumbrou a probabilidade de surgimento de divergências entre ambos que, para solução, demandará socorro à via judicial para que o julgador, no caso concreto, dirima a controvérsia.

Para tanto o julgador serviu-se da norma insculpida no artigo 1690, parágrafo único, do Código Civil, cominando que “os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária”.

Foi, aliás, enfático e exaustivo o legislador, nesse particular, pois, anteriormente, no artigo 1631, parágrafo único, dispôs que “divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

Obviamente que, nessa circunstância, constatada a divergência, e instado o julgador a pronunciar-se, a orientação que deverá adotar será no sentido de, primeiro, buscar a tutela jurisdicional que melhor atenda os interesses do menor, relegando para segundo plano a vontade e interesse dos pais.

O bem maior a ser tutelado pertine ao direito e ao interesse do menor que não pode ser vulnerado por eventuais diferenças reinantes entre os pais.

8.8 Problematização

Tanto o direito de administrar os bens dos filhos menores quanto o de exercer usufruto legal em relação a eles somente poderá ser exercido pelos pais enquanto no exercício do poder familiar.

Embora, diante de todo o retro exposto, essa conclusão seja óbvia, a verdade é que o simples exercício da guarda, de fato ou de direito, não viabiliza o exercício de tais direitos.

Nem mesmo a condição de padrasto ou madrasta ensejará o exercício de qualquer direito perante o enteado.

Eventuais divergências relevantes porventura existentes no que tange ao exercício do poder familiar, entre os pais, como dito alhures, serão solucionadas judicialmente, em nada afetando o exercício do direito de administração ou de usufruto dos bens dos filhos menores.

Preleciona, a propósito, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento que “o direito ao usufruto, embora a separação judicial ou o divórcio, se mantém tecnicamente com ambos os pais, não importando de quem seja a guarda”²⁶⁷.

Foi antevendo a existência de desavenças entre os pais, bem como atento a circunstância que a separação, embora não interfira no poder familiar, afeta a guarda, que, arguto, Yussef Said Cahali ministra, que “estando o casal desquitado, a mãe que tem na sua companhia filho menor, tem o usufruto sobre imóvel pertencente ao incapaz, podendo ali residir”²⁶⁸.

Isso acarreta, em outras palavras, que “o jus utendi foi reconhecido só para um, o que tinha a guarda do filho”²⁶⁹.

Assevera Orlando Gomes que

²⁶⁷ TUPINAMBÁ, op. cit., p.38.

²⁶⁸ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. p. 682.

²⁶⁹ CAHALI, op. cit., 682.

[...] o direito de usufruto acompanha-se comumente do direito de administração, mas é possível a existência de um sem o outro. Há administração sem usufruto quando os bens deixados ou doados ao filho lhe são transferidos com essa condição ou afetados a fim certo e determinado. Quando há usufruto sem administração, ao pai assiste apenas uma pretensão de entrega dos frutos contra o administrador²⁷⁰.

Diz, também, o ilustre civilista que

[...] há bens excluídos assim do usufruto como da administração: a) os adquiridos pelo filho ilegítimo, antes do reconhecimento; b) os adquiridos pelo filho em serviço militar, magistério ou em qualquer função pública; c) os que ao filho couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão²⁷¹.

Silvio Rodrigues discorre que

[...] o problema da administração dos bens ocorre principalmente no caso de morte de um dos cônjuges, em que o outro, titular do pátrio poder, cuida do patrimônio que os filhos menores herdaram do falecido, concluindo que [...] a administração de que ora se cogita apresenta uma peculiaridade, pois, tendo os pais o usufruto dos bens dos filhos, o problema da renda produzida por esses bens não interessa à pessoa do administrado, mas sim à do administrador²⁷².

Questão que pode ensejar controvérsia é a que diz respeito a prestação de contas do administrador em relação aos bens do administrado.

Silvio Rodrigues, fulcrado em dispositivo legal não reiterado pelo atual Código Civil, conclui que,

[...] dispondo o art. 389 que o usufruto dos bens dos filhos é inerente ao exercício do pátrio poder, aos pais pertencem as rendas produzidas pelo patrimônio dos filhos. Assim, a sua administração dispensa a prestação de contas relativamente aos rendimentos produzidos, porque o administrador, por mandamento legal, faz seus, desde logo, esses rendimentos. Funda-se o art. 389 na idéia

²⁷⁰ GOMES, 2006, op. cit.; p. 397.

²⁷¹ Ibid., p. 397.

²⁷² RODRIGUES, 2002, v. 6, op. cit., p. 406.

de que os rendimentos produzidos pelos bens dos filhos compensam-se com as despesas que o pai deve efetuar com sua criação e educação. Se é verdade que aos pais incumbem as despesas com a criação dos filhos quando estes não as possam atender, justo é também que, tendo os filhos bens para criarem-se e educarem-se, usem as rendas dos mesmos para esse fim²⁷³.

Caio Mário da Silva Pereira, entretanto, preleciona de forma diversa, pois, segundo ele,

[...] ao que exerce a patria potestas corre o dever de cuidar dos bens do filho menor, administrá-los como um homem de negócios leal e honesto, defendê-los, reivindicá-los de quem injustamente os detenha. Alcançando o filho a capacidade, pela emancipação ou pela maioridade, ser-lhe-ão dadas contas da gerência: ao pai pertencem os créditos, como inerentes ao poder familiar; mas ao filho deverão ser entregues os bens com seus acrescentamentos, sem que ao pater assista qualquer remuneração²⁷⁴.

Arnaldo Rizzardo, adotando posição intermediária, ministra que “o detentor do pátrio poder está isento da obrigação de prestar contas do filho que atingiu a maioridade, salvo se os rendimentos forem de alto valor, excedendo os gastos presumíveis da criação e educação do menor”²⁷⁵.

O posicionamento que não exime o genitor do dever de prestar contas afigura-se mais consentâneo com o ordenamento jurídico vigente, bem como afinado com os princípios que regem o instituto, pois, do contrário, os pais estariam imunes a qualquer responsabilização decorrente de má-gestão dos bens dos filhos.

É da essência da administração que o administrador preste contas dos bens do administrado, sob pena de causar prejuízos e, absurdamente, encontrar-se protegido por dispositivos que obstem ser acionado e, conseqüentemente, reparar os danos causados.

²⁷³ RODRIGUES, 2002, v. 6, op. cit., p. 406.

²⁷⁴ PEREIRA, C.M.S., 2004, v. 5, op. cit., p. 245.

²⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 941.

Essa, inclusive, a lição que extrai-se do julgado abaixo colacionado no sentido que

[...] os pais não respondem pela administração dos bens dos filhos, senão quando agem com culpa grave, não cabendo a estes o direito de exigir-lhes prestação de contas, porquanto o usufruto desses bens considera-se inerente ao exercício do pátrio-poder. (TJGO - Ap. Cív. nº 29.822-7/188 - 2ª Câmara - Rel. Des. Fenelon Teodoro Reis - J. 16.12.93). RJ 199/81.

8.9 Danos decorrentes

Visto que, enquanto exercitantes do poder familiar, os pais detêm o direito de usufruto e administração dos bens dos filhos menores cumpre observar que os pais, em regra, não respondem pela administração dos bens dos filhos, exceto quando agirem de forma culposa.

Inequívoco, entretanto, que os pais, na prática desses atos de gestão, possam vir a causar prejuízos aos filhos menores.

Como todo direito, que em tese assegura um bônus, há uma correspondente obrigação, ônus, dos quais os pais não estão isentos.

Portanto, em decorrência de uma gestão lesiva, evidenciada a culpa na condução da administração, os pais serão chamados a responder pelos danos causados aos filhos menores, onde deverá restar devidamente comprovada a conduta irregular dos pais e o prejuízo havido.

Ademais, os atos praticados pelos pais, em relação aos bens dos filhos, que, eventualmente, forem lesivos aos direitos e interesses dos menores poderá, por eles, se o caso, ser objeto de pleito anulatório ou indenizatório.

8.10 Bens excluídos do usufruto e da administração

Não obstante a largueza de poder outorgado aos pais, tanto no que tange ao usufruto quando a administração dos bens do filho, a verdade é que tais direitos não são ilimitados.

O legislador houve por bem, em situações taxativas, excluir o exercício de tais direitos do alcance dos pais.

São as hipóteses restritivamente elencadas no artigo 1693 do Código Civil e para as quais há justificativa plausível.

Para Fábio Ulhoa Coelho

[...] alguns bens dos filhos estão excluídos do poder de administrar e usufruto legal titulado pelos pais (CC, art. 1.693). São, em primeiro lugar, os adquiridos pelo filho havido fora do casamento antes do reconhecimento. Nesse caso, a rigor, a lei não precisaria explicitar. Como o poder familiar decorre do vínculo de filiação e não da ascendência biológica, o genitor não é pai se recusa a reconhecer o filho. Em segundo lugar, excluem-se dos bens afetos ao poder familiar os valores auferidos pelo filho com mais de 16 anos, em razão do exercício de atividade econômica. Se o menor já ganha dinheiro com algum mister, então demonstra ter maturidade para os administrar diretamente. Os bens que adquirir empregando tais valores também não administrados pelos pais, nem se submetem ao usufruto legal em favor deles. Claro que, para praticar negócios jurídicos relacionados também a esses bens, em razão da incapacidade relativa, ainda dependerá da assistência de seu pai e mãe. Em terceiro lugar, estão os bens doados ou legados ao filho com a cláusula de exclusão da administração e usufruto dos pais. O doador ou legatário pode estipular como encargo da doação ou testamento, pelas razões que só lhe dizem respeito, o afastamento dos pais do donatário ou legatário menor da administração e usufruto do objeto de sua liberalidade. Por fim, quando os pais foram excluídos da sucessão (por indignidade ou deserção), ficam legalmente afastados da administração e usufruto dos bens que nela couberem ao filho²⁷⁶.

²⁷⁶ COELHO, op. cit., p. 193-194. (destaque do autor).

CAPÍTULO 9 DANO MORAL NA RELAÇÃO FILIAL

9.1 Introdução

Cumprido, no crepúsculo do estudo, discorrer acerca de matéria, relevante e complexa, que diz respeito a responsabilidade civil, a título de dano moral, havida em decorrência de descumprimento, pelos genitores, de quaisquer das obrigações inerentes ao poder familiar, em relação a qual reina dissenso tanto na doutrina quanto, precipuamente, na jurisprudência.

O questionamento acerca da admissibilidade ou não de incidência do dano moral nas relações afetivas, decorrentes do vínculo filial, efetivamente, faz-se presente nos dias atuais, de forma acentuada e crescente, no âmbito do direito de família e, conseqüentemente, perante os tribunais.

A matéria tem gerado controvérsia, em todos os seus aspectos, principiando com a admissibilidade ou não da indenização, até a quantificação do dano moral.

Os respeitáveis pronunciamentos trazidos a lume até estes tempos, doutrinária e jurisprudencialmente, ora admitindo, ora negando, a incidência de danos morais em decorrência do descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, ainda, mostram-se distantes de convergir para, senão a busca de consenso, pelo menos, para criação de referenciais norteadores, seguros, inclusive, como instrumento de pacificação social.

9.2 Problematização

Cumprido, de início, delimitar o questionamento para viabilizar encaminhamento e, quiçá, contribuição, pelo menos, para aprimoramento do debate que se instalou acerca do tema.

Para tanto surge, primeiramente, a indagação se o dano moral é devido nas relações familiares em geral para, numa segunda etapa, particularizando a discussão, centralizar-se no estudo que, efetivamente, diz respeito ao objeto do presente trabalho, ou seja, a indenização decorrente da relação filial.

O ressarcimento do dano moral havido nas relações familiares, a par de sua natural e intrínseca complexidade, constitui-se numa das mais relevantes, e controvertidas, temáticas com que se deparam presentemente os tribunais, inclusive, acerca da inaplicabilidade de regras do direito obrigacional no âmbito do direito de família.

Como dito, há ponderáveis razões a amparar ambas as correntes cumprindo, pelo menos, analisar sucintamente aspectos relevantes de cada uma delas.

Há, inclusive, sérias objeções, estampadas em pronunciamentos oriundos dos tribunais, acerca da inaplicabilidade, no âmbito do direito de família, de normas oriundas do direito obrigacional.

Rompe-se, destarte, a barreira, vigente no direito brasileiro, dos pais serem imunes a ações judiciais por parte dos filhos, dada a importância que representam, favorável e desfavoravelmente, na formação e desenvolvimento da prole, como retro expandido, caracterizando-se pela imprescindibilidade, de modo a proporcionar ao infante adequada estruturação na personalidade.

Fica, pois, delimitado o cerne do questionamento, para reflexão, ou seja, se a ausência física, afetiva ou moral dos pais, na formação da personalidade e desenvolvimento da vida dos filhos, poderá dar ensejo a direito de ressarcimento a título de dano moral ao menor?

9.3 Dano moral no direito de família

Observa-se, primeiramente, que não é da tradição do direito brasileiro o ressarcimento de dano moral no âmbito das relações familiares, porém, fruto de

evolução histórica, é possível constatar que, em situações isoladas e excepcionais, foi consolidando-se a noção de ressarcibilidade pecuniária de prejuízos experimentados em razão de dano imaterial havido no relacionamento familiar.

Ainda que de forma incipiente e, repita-se, isolada, pode-se mencionar o precedente instaurado com o direito a indenização assegurado aos concubinos em decorrência da convivência mantida ao longo de anos que, embora formulado no âmbito do direito de família, e deferido com fulcro obrigacional, tem como gênese o envolvimento afetivo mantido entre os concubinos.

Assentou-se, portanto, há não muito tempo, o entendimento acerca da possibilidade de incidência do dano moral nas relações decorrentes do direito de família, precipuamente, naquelas situações que extrapolam os limites estritamente familiares para, no campo externo, acarretar efeitos que sujeitam as vítimas a constrangimento além dos padrões familiares.

São fatos decorrentes unicamente do relacionamento familiar que, embora possíveis, mostram-se inesperados, improváveis, de excepcionalidade ímpar, que, ocorrentes, sujeitam a vítima a exacerbado dissabor, com constrangimento que excede o limite da razoabilidade admitida no âmbito familiar.

É correto, também, asseverar que a responsabilidade civil, que gravita em todas as esferas do direito, transita, também, pelo direito de família, tanto no que tange, precipuamente, as relações patrimoniais quanto as de natureza pessoal.

Incontestemente, outrossim, que os bens de natureza moral, porque intimamente ligados a personalidade, desfrutam de maior valorização que os bens materiais, o que justifica, com maior propriedade, a ressarcibilidade da lesão experimentada no campo moral.

Em excelente monografia acerca dos direitos da personalidade nas relações familiares, Mário Luiz Delgado, defendendo a admissibilidade do ressarcimento do dano moral no âmbito do direito de família, fundamenta-se na afronta aos direitos personalíssimos asseverando que

No caso específico de responsabilidade civil por dano moral no âmbito das relações de família, não podemos deixar de nos referir ao conceito de dano moral: ao contrário do que afirmam muitos autores, o dano moral não é a dor ou o constrangimento, nem muito menos o sofrimento ou o desconforto experimentado pela pessoa. Dano moral é simplesmente o dano decorrente de violação a direito da personalidade, pouco importando os aspectos subjetivos da vítima. O dano moral não pode ser identificado com a dor exatamente pela impossibilidade de qualquer mensuração do sofrimento. Não há como se estabelecer graus de dor. E isso é importante destacar para que não se fale em patrimonialização dos sentimentos. Havendo violação de direito da personalidade, surge o dever de indenizar, pouco importando os sentimentos da vítima²⁷⁷.

Clayton Reis, defendendo a admissibilidade do ressarcimento civil a título de danos morais, pronuncia-se no sentido que

[...] ao narrar especificamente o dano moral em decorrência dos laços de parentesco e de afinidade e que unem as pessoas nos círculos familiares, diz que encontram-se cimentados por fortes e preponderantes elos de natureza sangüínea e afetiva, o que dá bem a dimensão da gravidade moral que pode representar, por exemplo, a negação social, justamente, deste vínculo parental, do pai que expatria o filho gerado fora do casamento²⁷⁸.

Mário Moacyr Porto, por sua vez,

[...] abordando a responsabilidade civil entre cônjuges, admite a cumulação do processo ordinário de separação judicial, com pleito de indenização do dano resultante de injúria proferida contra consorte, refletindo o ultraje, desastrosamente na reputação social ou profissional do parceiro. Fazem fila nesta categoria de ilícitos familiares as ofensas à honra matrimonial, a simples negligência ou imprudência pela transmissão ao outro cônjuge de enfermidade contagiosa, a recusa injustificada ao reconhecimento da paternidade biológica extramatrimonial, assim como, a imputação caluniosa de adultério, ou demanda arbitrária de interdição²⁷⁹.

Rolf Madaleno, para quem é cabível a indenização decorrente do dano moral no contexto familiar, cita Augusto C. Belluscio (apud MADALENO, 2007) que

²⁷⁷ DELGADO, Mário Luiz. Direitos da Personalidade nas Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e dignidade humana**. Belo Horizonte: Thomson, 2006, p. 734.

²⁷⁸ REIS, Clayton. Dano moral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 59

²⁷⁹ PORTO, Mário Moacyr. **Temas de responsabilidade civil**: responsabilidade civil entre marido e mulher. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989. p. 71

[...]explica que a jurisprudência argentina assentou, ao cabo de longa discussão, o critério de que independente da pensão alimentícia concedida ao cônjuge inocente, que reparava os prejuízos derivados do divórcio em si – o cônjuge inocente podia obter indenização de danos e prejuízos causados, se resultassem dos fatos que haviam motivado a dissolução do vínculo nupcial, um prejuízo material e moral distinto daquele que originou a ruptura do casamento e que a pensão teve por objetivo reparar. Portanto, não há como confundir a pensão alimentícia com o ressarcimento do ato ilícito conjugal ou paterno, no caso da investigatória de paternidade por recusa do reconhecimento voluntário do parentesco biológico, porquanto a indenização carece da averiguação das necessidades do seu destinatário, assim como, sequer, se limita ou vincula à fração das rendas do alimentante e muito menos está sujeita à revisão, como bem lembra Omar U. Barbero e também não cessa pela ocorrência de novo matrimônio do cônjuge credor²⁸⁰.

Portanto, para Ralf Madaleno, “a indenização no Direito de Família estimula os demais integrantes da comunidade a cumprirem com os deveres éticos impostos para as relações familiares”²⁸¹.

Ruy Rosado de Aguiar Junior, de forma didática, relaciona as razões que militam a favor e contrariamente a ressarcibilidade do dano moral nas relações familiares cumprindo, primeiramente, reproduzir aquelas que repudiam a admissibilidade da indenização:

[...] não há previsão legal para esse tipo de imputação;- a tendência do Direito de Família é a de reservar a dissolução do casamento à livre disposição das partes, o que seria contrariado com a condenação de um deles pelos danos causados ao outro;- a preocupação com a negociação entre as partes envolvidas com as questões de família fica comprometida com o incentivo à ação indenizatória;- a tese afirmativa em nada contribui para a melhoria das relações familiares, não elimina nem diminui o número de separações, não beneficia os filhos; - ao contrário, a sua aceitação seria motivo de discórdia entre os casados, entre pais e filhos, contribuindo para o esfacelamento da harmonia familiar;- a violação aos deveres familiares gera sanções específicas, previstas no âmbito do Direito de Família, sendo-lhe inadequada a extensão das disposições sobre responsabilidade civil; - o casamento é uma

²⁸⁰ BELLUSCIO. 1983 apud MADALENO, Rolf. **O dano moral na investigação de paternidade**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/Danomoral.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2007. p. 3.

²⁸¹ MADALENO, Rolf., op.cit., p.3.

instituição, e como tal não se afeiçoa à aplicação analógica de normas do direito das obrigações;- há preceito ético que afasta a possibilidade de o cônjuge atingido pelo adultério do outro procurar ressarcimento para “cobrar-se do preço de sua honra”;- não cabe indenização pela dissolução do casamento porque no sistema que o admite amplamente, a hipótese é sempre uma alternativa a considerar por quem pretende se casar, pelo que não pode depois pleitear indenização pelo que o ordenamento prevê e admite como solução adequada para vencer a crise conjugal;- o casamento existe em razão de uma relação afetiva, cujo rompimento não pode ser objeto de indenização pecuniária;- a infração do cônjuge às regras do casamento pode ser a conseqüência de causas de ordem afetiva e psicológica postas pelo outro, sendo absolutamente inconveniente que o direito ingresse nessa seara de ordem pessoal e íntima para avaliar danos e ressarcir-los com pecúnia²⁸².

Ao revés, em sentido contrário, Ruy Rosado de Aguiar Júnior elenca as razões da corrente que pugna pelo ressarcimento dos danos morais no direito de família, quais sejam,

[...] o direito moderno preocupa-se com o respeito à pessoa humana e com a pronta responsabilização dos que a ofendem; para isso, a responsabilidade civil é instrumento eficaz;- a obrigação de indenizar é genérica, devendo ser reconhecida sempre que presentes seus pressupostos;- o familiar não tem direito a uma posição privilegiada, ficando exonerado da reparação dos prejuízos que causar;- a falta de previsão genérica para o Direito de Família não impede a incidência, além das regras específicas, do instituto da responsabilidade civil;- a separação ou o divórcio pode ocasionar danos próprios, que não são ressarcidos com as conseqüências previstas no Direito de Família; a condenação em alimentos, que mais se aproxima dessa idéia, tem outro fundamento e diferente propósito; - a indenização deve atender tanto aos danos ocorridos durante a convivência, dando causa à separação, como também aos provenientes da separação em si, com a dissolução do vínculo;- a indenização deve contemplar, além do propósito reparatório, também a finalidade sancionadora²⁸³.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, calcado nessa controvérsia, alinhava, como que bússola a nortear o entendimento, os parâmetros a serem adotados para que os conflitos sejam dirimidos, apontando

²⁸² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil no direito de família. In: MADALENO, Rolf Hansen; WELTER, Belmiro Pedro. (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p. 366-367.

²⁸³ *Ibid.*, 367.

[...]a colisão entre os princípios de proteção da dignidade da pessoa humana e o da conservação da família e preservação da intimidade das pessoas deve ser resolvida de modo a que prevaleça a regra geral da responsabilização civil do autor do dano, ainda que o ato tenha sido praticado contra cônjuge. O fato do casamento ou da união estável não é causa eximente da responsabilidade civil, nem causa privilegiadora de isenção. II- A existência do conflito de princípios exige que essa regra geral de responsabilidade seja aplicada com temperamento no âmbito do Direito de Família, de modo a não destruir os outros valores em voga, que são os da proteção da família, da intimidade dos cônjuges, de respeito ao interesse dos filhos. Por isso, a ação somente será cabível quando demonstrada a gravidade da ofensa, a justificar que essas restrições sejam afastadas para permitir a justa indenização do ofendido. III- Um bom critério é o de começar por admitir a indenização nos casos tipificados na lei como infração ao dever de cônjuge ou companheiro, desde que demonstrada a existência do dano material ou moral, e da gravidade do resultado. Além disso, como já observado por Rolf Madaleno, conveniente, no caso de pedido de indenização por separação, seja apresentado imediatamente após a separação. IV-Considerando a peculiaridade de ser o casamento resultado de uma relação afetiva, o juiz há de evitar reconhecer a responsabilidade do cônjuge apenas porque se retirou da relação pelo desaparecimento do afeto salvo quando a consequência dessa conduta é altamente lesiva, como no caso do noivo que abandonou a cerimônia religiosa do casamento, obrigando a noiva e sua família a mudarem-se da cidade, ou causadora de dano material. V-A responsabilização pode decorrer de ato ilícito absoluto, nos termos dos arts. 186 e 187 do CC, ou de fato tipificado no direito de família ou no das sucessões. Assim, por exemplo, as lesões culposamente causadas na esposa, pelo marido, em acidente de trânsito, são atos ilícitos reparáveis, pelo que pode ser requerido o pagamento do seguro contratado pelo marido, para cobertura de tais situações.VI – As regras do Código Penal são úteis para orientar a decisão sobre responsabilidade no Direito de Família. Se no direito criminal é isento de pena o cônjuge que pratica crime contra o patrimônio em prejuízo do outro, não seria adequado admitir-se ação civil para obtenção de indenização de dano moral por essa infração cometida pelo cônjuge na Constancia do casamento. Se na seara penal o Estado tem por inconveniente deflagrar processo, a mesma razão deve ser causa obstativa de tal demanda no juízo cível. De outra banda, nos casos em que a lei criminal agrava ou aumenta especialmente a pena, ou inclui como elementar do crime o fato de ser casado, essa também deve ser uma causa a influir na aceitação do processo civil de reparação do dano.VII-O cônjuge que tenha sido julgado como o único culpado pela separação ou divórcio não tem o direito de pedir indenização por violação a deveres do casamento; mas não se pode eliminar a possibilidade de o cônjuge que também seja culpado pela dissolução vir a juízo pedir indenização contra o outro, também culpado, pelo fato a este atribuído.VIII- A indenização deve reparar o dano material e também o extrapatrimonial²⁸⁴.

²⁸⁴ AGUIAR JUNIOR, op.cit, p. 370-371.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, após fundamentada exposição, discorrendo sobre as duas correntes, culmina asseverando

[...] em conclusão, há de se admitir no nosso direito a possibilidade de ser intentada ação de responsabilidade civil pelo dano a cônjuge ou companheiro, por ilícito absoluto ou infração à regra do Direito de Família, (a) por fato ocorrido na convivência do casal, com infração aos deveres dos casamento, ou (b) por dano decorrente da separação ou do divórcio, aceitas as restrições que a peculiaridade da relação impõe. Em especial, cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, atender à sua finalidade social da norma e reconhecer que o só fato de existir a família não pode ser causa de imunidade civil, embora possa inibir a ação quando dela surgir dano social maior do que o pretendido reparar. De outra parte, deve perceber que, na especificidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, só por si, causa de indenização²⁸⁵.

A conclusão, anterior, inclusive, coincide com o ensinamento de Rolf Madaleno que, nesse particular, sustenta que

[...] no respeitante à separação judicial todas suas causas culposas podem importar, dentro dos conceitos de conduta desonrosa ou violação de qualquer dos deveres do casamento, num ato ilícito, capaz de ocasionar lesão factível de reparação. Portanto, o ressarcir pressupõe a existência de um dano, quer ele aconteça na órbita patrimonial, por atingir bem integrante do patrimônio físico de uma pessoa; quer ele advenha de um prejuízo moral, imaterial, por atingir valores ligados à personalidade da pessoa ofendida e, por certo, atingindo os atributos mais preciosos da vida humana, sua honra, seu nome, sua fama e a reputação social que goza e desfruta no seu círculo social e familiar, na exata dimensão da sua riqueza moral²⁸⁶.

9.4 O dano moral devido pelo pai para o filho

A família, presentemente, não mais limita-se ao singelo rótulo de local destinado a criação dos filhos mas, de forma mais plena, presta-se como instância ideal para propiciar pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa vez que nela haverá de encontrar afeto e amor.

²⁸⁵ AGUIAR JUNIOR, op.cit, p. 371

²⁸⁶ MADALENO, Rolf, op.cit., p.1-2.

Consequentemente, a convivência familiar não mais limita-se à subsistência material, consistente nos alimentos propriamente ditos, educação e vestuário, mas em recôndito para realização plena da pessoa.

Ganhou a família, destarte, dimensão de incubadora dos preceitos fundamentais da pessoa, precipuamente, o local onde a dignidade da pessoa começa a ser valorizado.

Dessa forma toda e qualquer conduta, que constitua-se em óbice para o pleno desenvolvimento dos direitos personalíssimos, e, conseqüentemente, da pessoa propriamente dita, haverá de caracterizar conduta ilícita e sujeitará o agente causador a ressarcir os danos causados, sejam eles de natureza patrimonial ou moral.

Presentes, pois, os requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, a ação ou omissão culposa, o dano e o nexo de causalidade, o agente haverá de responder pelos prejuízos.

Para Rolf Madaleno

É dever da família colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência (art. 227 da CF), sendo dos pais o dever de guarda e de educação dos filhos menores (arts. 22 do ECA e 1.566, IV, do CC). Portanto, não se afigura procedente afirmar que, com escora no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, isto porque é a própria Carta Política que expressa como direito fundamental da criança e do adolescente ser resguardado de toda a forma de negligência. Há negligência do genitor que se omite injustificadamente em prover as necessidades físicas e emocionais de um filho menor, seja por espírito emulativo; aja por dar mais atenção a filhos de um novo relacionamento ou motivando a propiciar pesar e transtornos à antiga esposa ou companheira. Diante destas evidências e as mudanças sociais surgidas no núcleo familiar que tutela a dignidade pessoal de cada componente da família, não há como desconsiderar a desigualdade de forças constatada no confronto dos filhos menores que dependem emocionalmente de seus genitores. Os filhos são vulneráveis às instabilidades afetivas e emocionais de seus pais, e estes são legalmente responsáveis pela assistência material e moral de sua prole, independentemente do exercício da sua guarda. [...] Entretanto, nem sempre a indenização com o pagamento direto do

tratamento psicológico ou psiquiátrico do filho abandonado resultará na forma mais adequada de compensação do dano causado. A indenização pecuniária visa a reparar o agravo psíquico sofrido pelo filho que foi rejeitado pelo genitor durante o seu crescimento, tendo a paga monetária a função exclusiva de permitir compensar o mal causado, preenchendo o espaço e o vazio deixados com a aquisição de qualquer outro bem material que o dinheiro da indenização possa comprar. O pagamento direto da terapia pelo causador do dano poderá implicar em eventuais interrupções do tratamento, pela presumível inadimplência e desobediência judicial de um costumas devedor, causando novos desgastes para o filho já vitimado pela anterior ausência espiritual do seu progenitor. De outra parte, estaria sendo indenizado em longo e interminável prazo acaso fosse concedido ao genitor custear o tratamento psicológico contratado para auxiliar na recuperação mental do filho afetivamente abandonado. A hipótese melhor se prestaria para a indenização apenas do agravo material, consistente no ressarcimento do tratamento que deve ser ministrado durante a fase de desenvolvimento e de crescimento do filho que vivencia com o abandono de seu genitor²⁸⁷.

Acerca desse tema, adotando idêntico posicionamento, Mário Luiz Delgado, de forma incisiva, afirma pelo cabimento de indenização por dano moral em razão de violação de dever filial:

Vejam os o caso concreto da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais. Já dissemos, em tópico anterior, que a família, dentro de uma concepção funcionalizada, deve assegurar a realização da personalidade de seus membros. O abandono afetivo causa um dano à personalidade do indivíduo, na medida em que atinge a sua integridade psíquica. O direito ao afeto parental é um dos pressupostos para o desenvolvimento psíquico de qualquer pessoa²⁸⁸.

Maria Celina Bodin de Moraes, respondendo àqueles que pugnam acerca da impossibilidade de imposição de afeto e amor nas relações familiares, sustenta que

[...] é evidente que a lei não exige que um pai ame seus filhos, mas ela demanda que o pai se comporte como se os amasse, criando-os, educando-os e sustentando-os. Tal responsabilidade não é

²⁸⁷ MADALENO, Rolf, O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p. 163-165.

²⁸⁸ DELGADO, op.cit., p. 734-735.

facultativa. É a lei a impor o dever, além do sustento, de criação e educação dos filhos (art. 1.634, I e II, CC e arts. 3º, 4º e 5º, entre outros, do ECA). Uma das conseqüências do descumprimento desses deveres é a perda do poder familiar (art. 1.637, CC), mas não é a única. Uma vez que foram lesados interesses constitucionalmente protegidos do filho (ex vi do art. 227, CF), impõe-se a reparação dos danos morais que a negligência no desempenho dos deveres paternos gerou²⁸⁹.

Portanto, afigura-se devida a indenização a título de danos morais por força de lesão a bem imaterial decorrente da relação filial.

9.5 Precedentes jurisprudenciais

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, dando respaldo à conclusão doutrinária, embasando as correntes doutrinárias vigentes, em minucioso levantamento, elenca inúmeros precedentes jurisprudenciais acerca da indenização decorrente de dano moral no direito de família, conforme segue abaixo:

(Ap. Civ. 5.97.155.167, 7ª. CC TJRS, de 11.02.98; Ap. n. 14.156, 14ª. Câ. Cív. TJRJ, rel. Dês. Marlan de Moraes Marinho; Ap. Civ. 36.010, 17.3.81, do TJRS, na RT 560/178; Ac. Da 2ª. Câ. de Dir. Privado do TJSP, de 23.01.99, na RT 765/191, comentado por Regina Beatriz Tavares da Silva, em "Responsabilidade civil dos conviventes", Ver. Brás. De Direito de Família, 1/3/1999, p. 24; AI 136.366-4.1, da 6ª. Câ. de Direito Privado do TJSP, Revista Brás. De Direito de Família, n.7,2000, p. 64; ver, sobre isso, Dano moral e juízo de família, José Rogério Cruz e Tucci, na Tribuna do Direito, out/2000, p.12; Ap. Civ. 000.268.411-6/000, da 5ª. Câ. Cív. do TJMG, julgado em 6 de março de 2003, rel. Dês. Aluizio Quintão; Ap. Civ. 338.374-2/000, 6ª. Câ. Cív. TJMG, rel. Dês. Jarbas Ladeira; Recurso Especial 412.684/SP, 4ª. Turma, de 20.08.2002, de minha relatoria; Ap. Civ. 70001046937, 9ª. Câ. Cív. TJRS, de 28.11.2001. Rel. Desa. Ana Lúcia Pinto Vieira; Embargos Infringentes nº 500360169, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, ac. De 5.5.89, rel. Dês. Elias Elmyr Manssour)²⁹⁰.

Desses, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, menciona o mais antigo, que foi o voto vencido proferido pelo Des. Athos Gusmão Carneiro, na Ap. Civ. 36.010, no TJRS, em 17.3.81, deferindo a indenização em favor do cônjuge inocente, assim vazado:

²⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 31, p. 57, ago./set. 2005.

²⁹⁰ AGUIAR JUNIOR, op.cit, p. 368.

[...] Rogo vênia para julgar procedente em parte a apelação. E o faço porque me parece que, em princípio, nos casos de separação contenciosa, é possível ao cônjuge inocente postular indenização a ser prestada pelo cônjuge culpado, quando os motivos da dissolução da sociedade conjugal são de molde a causar ao cônjuge inocente um grave dano moral (...) No caso concreto, o desquite foi decretado por haver o marido cometido agressões físicas, sevícias, e ainda por injúria grave contra a mulher. Da agressão física não resultaram apenas as eventuais conseqüências no âmbito penal, nem apenas a indenização pelos prejuízos no âmbito patrimonial que a lesão à saúde, em conseqüência da agressão, possa ter provocado. Tenho que a agressão física acarreta ao injustamente agredido um dano moral, aliás, mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra o outro. E esse dano moral, creio, impende seja ressarcido. Por fim transcreve a ementa do leading case do STJ, no Recurso Especial n. 37.051/SP, 3ª. Turma, rel. Min. Nilson Naves, julgado em 17.04.2001: “Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento[...]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 e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Código Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem os danos morais.”²⁹¹

Mais recentemente, em 08 de setembro de 2004, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, negando provimento, por unanimidade, a recurso interposto por filha, em ação indenizatória promovida contra o genitor por danos morais, decorrente da ausência de amor e afeto, trouxe a lume acórdão no sentido que “ninguém está obrigado a contemplar quem quer que seja com tais sentimentos”, que “há distinção entre o direito e a moral”, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, asseverando, mais, tratar-se de “pretensão manifestamente mercantilista, deduzida na esteira da chamada indústria do dano moral, como sempre protegida por deferimento de gratuidade de justiça”, concluindo tratar-se “de mais uma tentativa de ganho fácil, sendo imperioso evitar a abertura de larga porta com pretensões do gênero”

Faz parte do acórdão o trecho abaixo que, pela sua contundência, merece reprodução

²⁹¹ AGUIAR JUNIOR, op.cit, p. 368-369.

[...] o Poder Judiciário não pode exigir do réu – e nem de ninguém – que demonstre amor e carinho pelo semelhante. A ausência do amor paterno não vai além de mero aborrecimento não indenizável. Como pode a parte autora pretender classificar de ilícita essa conduta? A indiferença do réu, se verdadeira, poderia ser até relevante no plano espiritual, mas nunca no plano jurídico, pois não existe no direito objetivo norma legal que imponha a qualquer do povo a obrigação de amar os seus. Além disso, o Estado é laico e não está interessado em transgressão de preceitos religiosos porque juridicamente irrelevantes²⁹².

Outro julgamento, oriundo da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, proveu recurso interposto contra sentença de improcedência de primeiro grau oriunda da Décima Nona Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, assegurando ao filho direito de receber indenização por danos morais no montante de quarenta e quatro mil reais por ter sido atingido em sua dignidade decorrente de conduta ilícita do genitor que, deixando de cumprir o dever de convívio familiar, não formou laços de paternidade, cuja ementa vem assim reproduzida

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana²⁹³.

Porém, em sede de recurso especial, interposto pelo genitor, o Superior Tribunal de Justiça, em sentido diametralmente oposto àquele externado pelo Tribunal “*a quo*”, reformou a decisão anterior negando direito a qualquer indenização à filha nessa circunstância.

Oportuna, a propósito, a transcrição da ementa desse julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, objeto do Recurso Especial nº 757.411,

²⁹² MORAES, M. C. B., *op.cit.*, p. 39-40

²⁹³ JURISPRUDÊNCIA. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 35, p. 93, abr./maio 2006.

que teve como relator o Ministro Fernando Gonçalves, publicado no Diário da Justiça da União em 27.03.2006 que, por maioria, conheceu e deu provimento a irresignação interposta para o fim de julgar improcedente a ação de indenização ajuizada pela filha contra o genitor, oriunda da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim grafada:

RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – REPARAÇÃO – DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE.1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária²⁹⁴.

Extraem-se do acórdão, para transcrição, face a relevância, os seguintes trechos:

A questão da indenização por abandono moral é nova no Direito brasileiro. Há notícia de três ações envolvendo o tema, uma do Rio Grande do Sul, outra de São Paulo e a presente oriunda de Minas Gerais, a primeira a chegar ao conhecimento desta Corte [...] A matéria é polêmica, e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim, situações anteriormente tidas como “fatos da vida”, hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa. Os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que “a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória” (BRASIL SANTOS, Luiz Felipe. Indenização por abandono afetivo. In: *ADV - Seleções Jurídicas*, fev. 2005). Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” - como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave” (Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de*

²⁹⁴ JURISPRUDÊNCIA. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 35, p. 91, abr./maio 2006.

Família, ano VI, n. 25, ago./set. 2004). [...]No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1.638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso...

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? Quem sabe, admitindo a indenização por abandono moral não, estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos[...] Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização. Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral. Há, nesse acórdão, também, declaração de voto vencedor do Ministro César Asfor Rocha que, também de forma incisiva, conclui pela inexistência de indenização de dano moral na relação parental porque [...]o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito à pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família. Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material. Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho – o que, diga-se de

passagem o caso não configura – a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos, e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria x; se abandono por um mês, o valor da indenização seria y, e assim por diante²⁹⁵.

Esse, por ora, o pronunciamento derradeiro da jurisprudência superior acerca da indenização do dano moral na relação filial.

9.6 Quantificação do dano moral

Superada a questão acerca do cabimento ou não do dano moral decorrente da relação filial, outra questão que se afigura delicada diz respeito a mensuração do dano devido à vítima.

Nesse particular, Mário Luiz Delgado, com o intuito de afastar a mercantilização do dano moral no contexto familiar acena com a fixação de indenização diversa da pecuniária mas, sabiamente, levando em conta outros parâmetros que prestar-se-ão, primeiro, a tornar efetivo o ressarcimento para a vítima, segundo, reeducativa a sanção para o causador do dano, e, terceiro, moralizadora para desestimular a perpetuação de casos idênticos, afirma que

Não se trata de patrimonialização do afeto, mas, compensação ao dano moral sofrido, a qual não precisaria sequer ter cunho monetário. Aliás, o ideal é que venhamos a encontrar uma solução alternativa de compensação desses danos, que não envolva indenização pecuniária, afastando, assim, essa conotação monetarista, que muito tem contribuído para o desprestígio de uma construção doutrinária substancial, que coíbe a violação dos direitos da personalidade no âmbito das relações internas da família e que vem ao encontro da exigência de dignificação da pessoa humana²⁹⁶.

²⁹⁵ JURISPRUDÊNCIA. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 35, p. 94-100, abr./maio 2006.

²⁹⁶ DELGADO, op. cit., p. 735.

Oportuna, também, a preleção de Maria Celina Bodin de Moraes que, analisando casos paradigmáticos, assevera que

[...] nos três casos, o *quantum debeat* obedeceu à mesma ordem de grandeza, correspondendo a cerca de 200 salários mínimos. Aqui, porém, importa salientar que, independentemente de qualquer caráter punitivo do dano moral – que se recusa --, o valor da reparação deve levar em consideração as condições socioeconômicas paternas porque, neste caso, configura princípio geral da matéria o entendimento de que a prole deve compartilhar a posição social e econômica de seus genitores. Sugere-se a aplicação, também aqui, como critério de quantificação do dano moral, além da gravidade do dano, a condição pessoal da vítima que, neste caso, se revelaria, por exemplo, como tendo a condição de filha de X, dotado de um patrimônio vultoso, ou como filha de Y, proprietário de patrimônio insignificante²⁹⁷. Pág. 60/61

CONCLUSÃO

²⁹⁷ MORAES, M. C. B., op.cit., p. 60-61.

Os direitos personalíssimos, tutelados em cláusula pétrea pelo legislador constituinte, porque atinentes a valores fundamentais, destinados a tutelar a dignidade da pessoa, encontram, desde a concepção, na família, profícuo ambiente para surgimento e desenvolvimento.

O direito de família, mais do que qualquer outro ramo do direito, constitui-se no cerne de proteção dos direitos personalíssimos, estreitando raízes com os outros ramos do direito, inclusive, com notória ingerência estatal face a necessidade de pacificação e estabilidade social.

O poder familiar, diversamente do que vigia antigamente, quando somente assegurava direitos ao seu titular, registre-se, ilimitados, traz em seu bojo, nos dias atuais, concepção e formato impregnados, essencialmente, de encargos e responsabilidades, dirigidos unicamente ao titular do poder parental, em benefício do menor, de modo a ensejar, ao segundo, condições para obter o pleno desenvolvimento, no que tange a sua pessoa, e obtenção, quanto aos bens, de certeza de segura administração.

A responsabilidade civil, em qualquer de suas modalidades, ultima preservar o princípio basilar de direito de obstar que, indevidamente, retire-se, de quem quer que seja, o que foi justamente amealhado e, mais, na hipótese de conduta transgressora, assegurar à vítima, segundo o devido processo legal, o ressarcimento, na modalidade de danos emergentes e lucros cessantes, da integralidade dos prejuízos experimentados, de natureza material ou moral, dando, destarte, eficácia ao princípio que ninguém pode ter sua pessoa ou bens lesados.

Excepcionando o princípio que cada um responde pelo atos praticados, contemplando espécie de responsabilidade civil por fato de outrem, os pais são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelo filho menor e terão, se necessário, o patrimônio suscetível de constrição para ressarcimento dos prejuízos eventualmente causados a terceiros, nos termos do artigo 932, inciso I, Código Civil. Contempla-se, entretanto, a responsabilização direta do menor, de forma eqüitativa, desde que provido de patrimônio para, acionado, não ver-se desprovido dos meios necessários

para a própria subsistência ou daqueles que dele dependem, nos termos do artigo 928, parágrafo único, do Código Civil.

O genitor que detém a guarda do filho menor, em regra, é responsável pelos atos danosos a terceiros praticados pelo filho menor excluindo, conseqüentemente, aquele que não detém a guarda.

A emancipação voluntária, embora ato jurídico perfeito e eficaz, constituindo-se em fator de abreviação da menoridade e, conseqüentemente, antecipação da maioridade, não presta-se a alforriar de responsabilidade civil os genitores do filho emancipado que pratica ato ilícito e causa danos a terceiros.

Não obstante os tribunais não mostrarem-se receptivos, a doutrina tem se manifestado, em sua grande maioria, no sentido de admitir a ressarcibilidade do dano moral em razão de conduta ilícita decorrente de relação filial, em razão de ofensa a direito personalíssimo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil no direito de família. In: MADALENO, Rolf Hansen; WELTER, Belmiro Pedro. (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

ALVES, Jeovanna Malena Viana. **Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: 1997. v. 2.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 3. ed. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1993.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. Coordenação de Yussef Cahali. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **CPC - Curso preparatório para concurso: direito de família**. São Paulo: [s.l.] 2003. (apostila). p. 10.

BELTRAN DE HEREDIA, Carmen Lopez. **La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**. Madrid: Editorial Tecnos, 1988.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado: obrigações**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919. t. 2.

_____. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1994, v.2.

_____. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

_____. A objetivação da teoria da responsabilidade civil: posição das atividades perigosas. In: _____. **Direito civil e constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Família**. 4. ed. São Paulo: LED, 1987.

BONVICINI, Eugenio. **La responsabilità civile per fatto altrui**. Milão: Giuffrè Editore, 1976

BOSCHI, Fábio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 56 de 20 de dezembro de 2007.

Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.

Brasília, DF. Disponível em:

<http://www6.senado.gov.br/con1988/CON1988_20.12.2007/index.htm>. Acesso em: 10 jan. 2007.

_____. Lei n 10.825, de 22 de dezembro de 2003. Dá nova redação aos arts. 44 e 2.031 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**.

Brasília, DF, 22 dez. 2003. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/2003/L10.825.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

_____. LEI n. 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**.

Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 fev. 2008.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoria general de la responsabilidad civil**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1980.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1998.

_____. **Divórcio e separação**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1991.

_____. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2005.

_____. Culpa: direito civil. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 22.

CAMPOS, Diogo Leite. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

CHINELATO, Silmara Juny. Parte especial: do direito de família : filiação, adoção, poder familiar ; regime de bens (comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aqüestos, separação) ; alimentos ; usufruto e administração dos bens de filhos menores : Artigos 1.591 a 1710. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. (Coord.). **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

_____.; COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003

COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade responsável: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar**. Curitiba: Juruá, 1998.

CORRÊA, Alexandre. **Manual de direito romano**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

CORRÊA JÚNIOR, Luiz Carlos de Azevedo. **Direito do menor**. São Paulo: Atlas, 1991.

CURY, Munir; AMARAL, Antônio Fernandes do; MENDES, Emílio Garcia (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 1992.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**. Belo Horizonte: Thomson, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. v. 1.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. v. 5.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.7.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 1994.

FACHIN, Luis Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**: alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**: o direito de família no projeto do código civil. São Paulo: Renovar. 2000.

FACCHINI, Eugênio. **Da responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 1986. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

FEDERIGHI, Wanderley José. **A responsabilidade civil dos pais**. 1997. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRAGOSO, Rui Celso Reali. O menor na separação. **Revista do Advogado**, São Paulo, n 58, p.100, mar. 2000.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

_____. Responsabilidade aquiliana e suas raízes. In: CAHALI Yussef (Coord.) **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva. 1984.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6

_____. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

HUSSEIN, Zara; RAMOS, Liana Taborda; NALIN, Paulo. **Teoria e prática do direito da família**. Curitiba: Juruá, 1995.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

JURISPRUDÊNCIA. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 35. p. 93, abr./maio 2006.

KARAM, Munir. Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v.65.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LIBERATO, Tito Roberto. **Da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores**. 1985. 142f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1985.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro, **Revista de Direito Privado**, São Paulo v. 27 p. 207, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, João Batista. Perspectivas atuais da responsabilidade civil no direito brasileiro. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 57, p. 13-25, mar./abr. 1979.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MADALENO, Rolf. **O dano moral na investigação de paternidade**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/Danomoral.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2007.

_____.; WELTER, Belmiro Pedro. (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família: responsabilidade civil no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARMITT, Arnaldo. **Pensão alimentícia**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. Paris: Librairie du Recueil Sirey. 1981. t. 1.

MELO DA SILVA, Wilson. **Responsabilidade sem culpa**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho. **Doutrina e prática das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 2.

MIRANDA, Darcy Arruda. **A lei do divórcio interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. **Introdução ao código civil do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1974.

_____. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: BookSeller, 2001. v.2.

_____. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: BookSeller, 2001. v.3.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

_____. **Curso de direito civil: direito de família**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 31, p. 39-66, ago./set. 2005.

MORAES, Walter. Pátrio poder, In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 57.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.7, n.34, p. 143-152, fev./mar. 2006.

MONTINGELLI, Antonio Disney. Da responsabilidade civil dos pais, patrões e outros (Algumas Considerações sobre os Artigos 1.521 e 1.523 do Código Civil). **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 70, p. 23, 1981.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 4.

_____. **Curso de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro:Forense. 2006. v. 5.

NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisan. (Coord.). **Direito de família e ciências humanas**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. (Caderno de estudos, 1).

_____. _____. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. (Caderno de estudos, 2).

NÓBREGA, Vandick L. da. **Compêndio de direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Alimentos, divórcio e separação: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 3. ed. São Paulo. Saraiva. 1996.

OLIVEIRA, Basílio de. **O concubinato e a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen, 1992.

_____. **Guarda, visitação e busca e apreensão de menor**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006.

OLIVEIRA, Wilson de. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família**. Porto Alegre: Síntese: IBDFAM, 2002. v. 13.

PAZÓ, Cristina Grobério; MORELATO, Vitor Faria. A personalidade civil do nascituro sob a regência da emenda constitucional 45/2004. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 95, v. 847, p. 25, maio 2006

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: obrigações**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.

_____. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

_____. **Instituições de direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

_____. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Código civil da família anotado**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

_____. **Concubinato: união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PORTO, Mário Moacyr. **Responsabilidade civil por fato ou ato de terceiro**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 650, p. 7-11, dez. 1989.

_____. **Temas de responsabilidade civil: responsabilidade civil entre marido e mulher**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Parte geral ao código civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

_____. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

ROCHA, José Virgínio Castelo Branco. **O pátrio poder**. São Paulo: Leud, 1978

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

_____. **Direito civil: direito das coisas**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

_____. **Direito civil: direito civil aplicado**. São Paulo: Saraiva. 1994. v.6.

_____. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. v. 6.

_____. **Direito civil: parte geral**. 33. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. v.1.

SABINO JUNIOR, Vicente. **O menor: sua guarda e seus direitos**. 4. ed. São Paulo: Brasilivros, 1980.

SANTINI, José Raffaelli. **Adoção, guarda: medidas socioeducativas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado: direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. v. 4.

_____. **Código civil brasileiro interpretado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. v. 6.

_____. **Código civil brasileiro interpretado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. v. 20.

SANTOS, Uldorico Pires dos. **A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. 5.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

- SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- SILVA, Reinaldo Pereira; AZEVÊDO, Jackson Chaves. **Direito de família: uma abordagem interdisciplinar**. São Paulo: LTR, 1998.
- SILVA FILHO, Artur Marques. **O regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara. A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 71, p. 402-468, 1995.
- SOUZA, Gelson Amaro de. Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, n. 778, p. 59-90, 2000.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: DPJ, 2006.
- TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TUBENCHLAK, James. **Doutrina 5**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1998.
- TUPINAMBÁ, Miguel Castro do Nascimento. **Usufruto**. 2. ed. São Paulo: Aide, 1986.
- VALLADÃO, Haroldo. Maioridade. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 51.
- VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. n. 122. v. 1.
- _____. **Direito de família**. Lisboa. Livraria Petrony, 1982.
- _____. **A responsabilidade no direito**. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo : Grêmio Luso-Brasileiro, 1982.
- VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro de filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v.4.

_____. **Direito civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

_____. **Direito civil**: direitos reais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 5.

_____. **Direito civil**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.

VIANA, Marco Aurélio. **Curso de direito civil**: direito de família. Minas Gerais: Del Rey, 1993. v.2.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. Colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas e da Profa. Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: introdução e parte geral. 10. ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração de Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

_____. Da responsabilidade civil contratual e delitual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 72, v. 256, 1972.

WELTER, Belmiro Pedro. **Dano moral na separação, divórcio e união estável**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)