

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL E PODER FAMILIAR NO DIREITO
BRASILEIRO: UMA DISCUSSÃO À LUZ DA LEGISLAÇÃO E
DOCTRINA

SUSANA SOARES DA ROCHA XAUBET

Itajaí, maio de 2007

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E URÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL E PODER FAMILIAR NO DIREITO
BRASILEIRO: UMA DISCUSSÃO À LUZ DA LEGISLAÇÃO E
DOCTRINA

SUSANA SOARES DA ROCHA XAUBET

Monografia submetida à Universidade
do Vale do Itajaí – UNIVALI, como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Mestre Maria Fernanda Gugelmin Girardi

Itajaí, maio de 2007

AGRADECIMENTO

Agradeço a oportunidade da realização deste trabalho primeiramente a Deus, por ter me concedido a vida, inteligência e curiosidade para buscar o conhecimento.

Agradeço a minha mãe pelo incentivo, dedicação, confiança e amor.

Agradeço a minha orientadora Nanda pela dedicação, paciência e relação de amizade formada durante este ano de trabalho.

Agradeço aos professores: Fernanda Cavedon, José Everton da Silva e Maria de Lourdes Zanatta pela confiança e incentivo nos trabalhos de extensão e pesquisa realizados durante os cinco anos de faculdade.

E finalmente, agradeço a meu marido e a minha filha por acreditarem no meu trabalho, e também pela tolerância nos momentos em que foram deixados de lado para eu poder realizar esse trabalho.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho a todas as famílias deste país e peço que dentro de seus lares reine a paz, o amor e a solidariedade.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, maio de 2007

Susana Soares da Rocha Xaubet
Graduando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pela graduanda Susana Soares da Rocha Xaubet, sob o título Indenização por danos Morais na Relações de filiação: uma abordagem legal e doutrinária, foi submetida em [Data] à banca examinadora composta pelos seguintes professores: [Nome dos Professores] ([Função]), e aprovada com a nota [Nota] ([nota Extenso]).

Itajaí, maio de 2007

Professora Mestre Maria Fernanda Gugelmin Girardi
Orientador e Presidente da Banca

[Professor Título Nome]
Coordenação da Monografia

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que a Autora considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Abandono afetivo:

O abandono afetivo acontece quando o pai se afasta do filho, ignorando-o. O genitor deixa de dar afeto, carinho, amor, causando ao filho danos emocionais e psicológicos.

Afetividade:

Conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, da satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, alegria ou tristeza¹.

Alimentos:

Em sentido jurídico, alimentos consiste em uma prestação em favor de alguém que necessita, paga por quem tem possibilidade para tanto, desde que entre ambos exista um vínculo jurídico que enseje o surgimento da obrigação. Objetiva a satisfação das necessidades vitais de quem, por alguma circunstância, não está em condições de prover o próprio sustento².

Dano:

(...) lesão do interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator³.

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 55.

² SANTOS, Luiz Felipe Brasil. O cuidado como valor jurídico. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 2.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3. p. 40.

Dano direto e indireto:

(...) dano direto é o que é efeito imediato do fato lesivo, indireto é aquele em que o fato, não tendo provocado ele mesmo o dano⁴.

Dano emergente:

O *dano emergente*, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: *aquilo que efetivamente perdeu*⁵.

Dano moral:

O dano moral também pode ser chamado extrapatrimonial, é a lesão causada ao direito personalíssimo da vítima.

Educação:

A noção de educação é ampla. Inclui a educação escolar, moral, política, profissional, cívica e a formação que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho menor, como pessoa em desenvolvimento⁶.

Família:

Célula mater do Estado, responsável pela formação psicológica e física do ser humano; local do exercício pleno da afetividade. Juridicamente, origina-se das relações de parentesco, casamento e união estável.

Indenização:

Indenização significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo do dano por ela experimentado. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima⁷.

⁴ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 577.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4. p. 30.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI. p. 209.

⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 185.

Lucro cessante:

O lucro cessante, na maioria das vezes, coloca-se em termos de futuro, ou seja, é aquilo que a pessoa deixou de auferir em decorrência da lesão obstativa de lucro, o que dificulta estabelecer critérios seguros para sua determinação (...) ⁸

Poder familiar:

O poder familiar é um poder jurídico, delegado e fiscalizado pelo Estado, exercido pelo pai e pela mãe, que visa à formação dos filhos de forma integral, sendo que essa integralidade deve incluir criação, educação, companhia, guarda, afetividade e alimentos.

Responsabilidade:

Dever jurídico de recompor o dano sofrido, impondo ao seu causador direta ou indiretamente, a responsabilidade por certo evento futuro e seus efeitos, é uma relação obrigacional, cujo objeto é o ressarcimento ou reparação ⁹.

Responsabilidade civil:

É a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato praticado por ela mesma praticado, por pessoa ou por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal ¹⁰.

Responsabilidade objetiva:

A responsabilidade objetiva independe da culpa do agente causador do dano, ela pressupõe *risco* ¹¹.

⁸ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 138.

⁹ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2. p. 184.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7. p.34.

¹¹ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2. p. 195.

Responsabilidade subjetiva:

Ao contrário da responsabilidade objetiva, a subjetiva exige a prova da culpa do agente para haver indenização, quando esse praticar ato lesivo por ação ou omissão a determinada pessoa¹².

¹² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p. 116.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	VII
RESUMO	IX
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1.....	1
RESPONSABILIDADE CIVIL NO VIGENTE DIREITO BRASILEIRO: APORTES GENÉRICOS	1
1.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	1
1.2 CONCEITUAÇÃO ATUAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	6
1.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	9
1.3.1 OBJETIVA	9
1.3.2 SUBJETIVA.....	10
1.4 DO DANO	13
1.4.1 CONCEITUAÇÃO	13
1.4.2 Do DANO MATERIAL.....	14
1.4.2.1 Conceituação	14
1.4.2.2 Reparação do Dano Material.....	16
1.4.3 Do DANO MORAL.....	17
1.4.3.1 Conceituação	17
1.4.3.2 Dano Moral Direto e Indireto.....	20
1.4.3.3 Reparação do Dano Moral.....	21
1.4.3.4 Quantificação do Dano Moral	23
CAPÍTULO 2.....	28
O INSTITUTO DO PODER FAMILIAR NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO	28
2.1 APORTES HISTÓRICOS DO PODER FAMILIAR	28
2.2 CONCEITUAÇÃO DE PODER FAMILIAR	30
2.3 TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR	32
2.4 CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR.....	34
2.4.1 MÜNUS PÚBLICO	34
2.4.2 IRRENUNCIABILIDADE	35
2.4.3 INALIENABILIDADE	35
2.4.4 IMPRESCRITIBILIDADE	36

2.4.5 INCOMPATIBILIDADE.....	37
2.4.6 RELAÇÃO DE AUTORIDADE	37
2.5 DEVERES DOS PAIS QUANTO À PESSOA DOS FILHOS MENORES.....	38
2.5.1 CRIAÇÃO E EDUCAÇÃO.....	40
2.5.2 COMPANHIA E GUARDA	41
2.5.3 AFETIVIDADE.....	44
2.5.4 ALIMENTOS.....	47
CAPÍTULO 3.....	50
ABANDONO AFETIVO DO FILHO, DANO MORAL E POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO.....	50
3.1 FAMÍLIA LOCAL PRINCIPAL DO AFETO E FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE	50
3.2 A IMPORTÂNCIA DOS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS.....	53
3.3 CONVIVÊNCIA X COEXISTÊNCIA FAMILIAR.....	56
3.4 ABANDONO AFETIVO DO FILHO	59
3.4.1 CONCEITUAÇÃO	59
3.4.2 PAIS PRESENTES E POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO	61
3.4.3 PAIS SEPARADOS OU DIVORCIADOS E A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO	62
3.4.4 FILHOS RECONHECIDOS JUDICIALMENTE E A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO	63
3.5 PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR POR DANO MORAL CAUSADO POR ABANDONO AFETIVO DO FILHO	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	76

RESUMO

A presente pesquisa trata da indenização por danos morais nas relações de filiação na abordagem legal e doutrinária. A fim de analisar se o filho tem direito a indenização por ter sofrido abandono afetivo do pai na infância e adolescência, se fez analisar o instituto a responsabilidade civil, o instituto do poder familiar e a indenização por dano moral pelo abandono afetivo do filho. Para fins deste trabalho, se utilizou o método indutivo. O pai e a mãe têm o dever de dar afeto e participar do desenvolvimento do filho menor integralmente, não basta ser pai biológico, tem que ser pai integralmente, onde houver falha no desenvolvimento do filho devido ao abandono causado pelo pai, esse filho tem o direito de buscar a reparação do mal sofrido. Os Tribunais de Justiça pátrios têm decidido que o filho pode ser ressarcido, desde que provado o mal causado pelo pai, através da condenação ao pagamento de indenização.

INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto os institutos da Responsabilidade Civil e do Poder Familiar, segundo o vigente Direito Positivo Brasileiro, com ênfase no dano moral ocorrido pelo abandono afetivo do filho.

Os seus objetivos são: a) *institucional*: produzir uma monografia para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; b) *geral*: analisar legal e doutrinariamente, os institutos da responsabilidade civil e do poder familiar, averiguando a possibilidade de ocorrência de danos morais ao filho pelo abandono afetivo de seu genitor, e sua conseqüente indenização no Direito Brasileiro; c) *específicos*: identificar, conceituar e especificar a disciplina da responsabilidade Civil no ordenamento brasileiro; identificar, conceituar, caracterizar e relacionar o Instituto do Poder Familiar no Direito Brasileiro; analisar o direito ou não à indenização por danos morais causados ao filho que foi abandonado afetivamente pelo pai.

A opção pelo tema deu-se pela curiosidade da acadêmica em se aprofundar nas decisões dos Tribunais Pátrios nas ações de Indenizações por Danos Morais nas Relações de Filiação, ações essas inovadoras, pois até então não era levada em conta a afetividade como obrigação dos pais. Outra razão pelo tema escolhido foi a própria vivência da autora, que sofreu abandono afetivo e alimentar do pai, embora na época da separação de seus pais já tivesse vinte anos, o genitor para agredir a esposa deixou claro no formal de separação que se desobrigava financeira e afetivamente da filha, isso deixou algumas marcas e que hoje já estão superadas. E, finalmente a paixão da mesma pelo Direito de Família e a problemática do atual modelo de comportamento das relações.

Quanto à Metodologia¹³ empregada, registra-se que nas fases de Investigação e do Relatório dos Resultados, foi utilizado o Método Indutivo¹⁴, acionadas as Técnicas do Referente¹⁵, da Categoria¹⁶, do Conceito Operacional¹⁷ e da Pesquisa Bibliográfica.

A presente Monografia se encontra dividida em três Capítulos. Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, tratando da Responsabilidade Civil no Vigente Direito Brasileiro: aportes genéricos, abordando breve histórico, conceituação, espécies de Responsabilidade Civil, passando para o Dano, sua conceituação, espécies: material e moral.

O Capítulo 2 trata do instituto do poder familiar no atual direito brasileiro: aportes históricos, conceituação, titularidade e características do Poder Familiar e , por último os deveres dos pais quanto à criação dos filhos menores.

No Capítulo 3, estudar-se-á a Indenização por Dano Moral no Abandono Afetivo do Filho. Será apresentada a família *focus* principal do afeto e formação da personalidade, a importância dos pais na formação dos filhos, convivência x coexistência familiar, abandono afetivo do filho nas diversas situações dos pais e os pressupostos do dever de indenizar por abandono afetivo do filho.

¹³ “Na categoria metodologia estão implícitas duas Categorias diferentes entre si: Método e Técnica”. *In*: PASOLD, César Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica - Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 9. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 103. (destaque no original).

¹⁴ O referido método se consubstancia em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” *In*: PASOLD, César Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica - Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 104.

¹⁵ “REFERENTE é a explicitação prévia do (s) motivo (s), dos objetivo (s) e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” *In*: PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica - Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 62.

¹⁶ Categoria é “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia” *In*: PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica - Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito, p. 31.

¹⁷ “Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos”. *In*: PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica - Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito, p. 56.

Na presente monografia foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) Juridicamente, o instituto da responsabilidade civil é muito antigo. Na Idade Antiga há relatos de sua existência. Todavia, a responsabilidade civil por danos morais, no Direito Brasileiro, trata-se de algo recente.

b) Os pais de filhos menores, por deterem a titularidade do poder familiar, possuem vários deveres previstos na legislação que visam a garantir o pleno desenvolvimento físico e psicológico dos filhos.

c) Todo o genitor tem, nos moldes da vigente legislação pátria, deveres específicos para com os filhos menores. O não cumprimento destes deveres gerará, por parte do filho prejudicado, direito à indenização pelos danos que lhe forem causados, sejam eles morais ou materiais.

Devido ao elevado número de categorias fundamentais à compreensão deste trabalho monográfico, optou-se por listá-las em rol próprio, contendo seus respectivos conceitos operacionais.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, aduzindo-se sobre a confirmação ou não das hipóteses trabalhadas, seguido da estimulação à continuidade dos estudos e de reflexões sobre a Indenização por Danos Morais nas Relações de Filiação: Uma Abordagem Legal e Doutrinária.

A realização desta pesquisa foi dificultada devido ao fato de o assunto ser bastante inovador, pois há poucas referências bibliográficas sobre o mesmo. Valeu-se então, em muitos momentos de artigos em revistas e sites na Internet.

CAPÍTULO 1

RESPONSABILIDADE CIVIL NO VIGENTE DIREITO BRASILEIRO: APORTES GENÉRICOS

1.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, no Ocidente, tem sua origem no Direito Romano, como a maioria dos outros institutos do Direito Civil.

No começo das civilizações, a responsabilidade civil se consubstanciava em vingança, que tinha caráter coletivo, segundo entende Diniz¹⁸: “Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes”.

No século XI a.C., as penas que reparavam o dano atingiam o corpo do infrator e também sua família. A perda da paz, o banimento e a pena de morte eram as espécies de pena. Aduz Carvalho Neto¹⁹ sobre o assunto:

O Código de Manu, do século XI a.C., sob o fundamento de que a pena purifica o infrator, determina o corte de dedos de ladrões, evoluindo para os pés e mãos no caso de reincidência; o corte da língua para quem insultasse um homem de bem; a queima do adúltero em casa ardente; a entrega da adúltera para a cachorrada.

O homem sempre reagiu ao se sentir lesado injustamente em seu direito, após as civilizações pré-romanas, partiu-se para a idéia de vingança

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7. p.10.

¹⁹ CARVALHO NETO. Inácio de. Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes. p. 23.

privada, segundo a qual a justiça era feita com as próprias mãos (Lei do Talião), e a reparação do mal com o mal (olho por olho, dente por dente). Neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho²⁰ ensinam que:

É dessa visão do delito que parte o próprio Direito Romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade pra permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da Pena do Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas.

Na Tábua VII, Lei 11, da Lei das XII Tábuas, aparece a expressão: “*si membrum repsit, ni cume o pacit, tálío esto!*” (se alguém fere a outrem, que sofra a pena do Talião, salvo se existiu acordo), que consagra a responsabilidade civil. Antes, era regulamentada somente pelo *quantum* para a composição obrigatória no caso concreto, não havendo um princípio geral fixador da responsabilidade civil²¹.

A Lei das XII Tábuas, em sua evolução, permite ainda a possibilidade de acordo entre a vítima e o ofensor, evitando a aplicação da pena de Talião; o autor do dano não sofreria perdendo um membro de seu corpo, e pagaria o dano com dinheiro ou outros bens²².

O Direito Romano diferenciou a pena da reparação, classificando-a em pena punitiva ou distributiva, este direito distinguiu também os delitos de ordem pública e privada. Nesta fase é que surge a ação de indenização²³. Neste sentido, leciona Alonso²⁴: “O Estado passando a ser um

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3. p. 10.

²¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p.10.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. p. 11.

²³ CARVALHO NETO. Inácio de. Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes. p. 25.

²⁴ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 08.

interessado não só nas agressões por ele sofridas mas também nas contra o particular”.

A responsabilidade civil evolui historicamente da Lei das XII Tábuas para *A Lex Aquilia*, datada da época de Justiniano, século III a. C, tornando-se remédio jurídico nos casos em que se pune a culpa pelos danos provocados, independente das relações obrigacionais preexistentes, também chamada *responsabilidade aquiliana*²⁵.

Nesta senda, Diniz²⁶ ensina o significado de *Lex Aquilia*:

A Lex Aquilia de damno veio cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria como fundamento da responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente.

Na Lei Aquília, o Estado passa a intervir no direito privado, fazendo com que a vítima passe a aceitar a composição e não simplesmente a vingança, fazendo com que o caráter penal seja distinto do caráter civil²⁷.

Na Idade Média²⁸, tem-se a idéia de dolo e culpa e ocorre de vez a distinção da noção de responsabilidade civil e penal.²⁹ Nesta época, os canonistas dão sentido subjetivo à culpa, idéia que é seguida pelos humanistas renascentistas. Neste sentido, leciona Carvalho Neto³⁰: “(...) os canonistas

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. p. 11.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p.11.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p.11.

²⁸ Período de tempo do Século V ao XV. In: Idade Média: periodização. http://pt.wikipedia.org/wiki/Idade_m%C3%A9dia. 10 de setembro de 2006.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p.11.

³⁰ CARVALHO NETO. Inácio de. Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes. p. 27.

confundiram a noção de culpa com a de pecado e malefício, dando-lhe sentido subjetivo, que era desconhecido no direito romano”.

A Escola Laica do Direito Natural, nos séculos XIV e XV, afirma que o ato ilícito gera obrigação de ressarcimento do dano, independente do grau de culpa. A responsabilidade civil e penal é definitivamente reconhecida, e também é reconhecida a culpa contratual, aquela gerada pelo descumprimento de obrigações contratuais³¹.

Na França, a doutrina de Domat e Pothier, traz a teoria da culpa, teoria essa adotada na maioria dos países modernos. Aduz Alonso³² em relação à teoria da culpa: “Por essa teoria, quem causa dano a outrem, por violar um dever geral de se conduzir diligentemente para evitá-lo, é responsável pelo prejuízo causado”.

Assim, surge com Domat e Pothier, o dever de reparar o dano, pois aquele que age com culpa viola uma norma.

A teoria da responsabilidade civil foi estabelecida com a doutrina do jurista francês Domat, que criou o princípio geral da responsabilidade civil, princípio esse que foi adotado pelo Código Civil Francês³³, e estabeleceu que o causador de um dano, seja por não ter feito ou faltado com algum dever, será obrigado a reparar o mal que tenha feito³⁴.

Com a evolução, surge a responsabilidade contratual, pois até o surgimento da Teoria de Domat e Pothier, na Idade Moderna, só havia a responsabilidade extracontratual³⁵.

³¹ CARVALHO NETO, Inácio de. Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes. p. 28.

³² ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. p. 09.

³³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: **responsabilidade civil**. p.11-12.

³⁴ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. p. 09.

³⁵ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. p. 10.

O Código Civil Francês estabeleceu a distinção entre a pena e a reparação do dano, conforme ensina Alonso³⁶:

O Código Civil francês adotou esses princípios formadores da teoria da responsabilidade civil, estabelecendo a distinção entre pena e reparação civil do dano; que este deve ser reparado por quem culposamente o tenha provocado; e que, por conseqüência, a responsabilidade civil funda-se na culpa.

A responsabilidade civil também evoluiu em relação aos seus fundamentos, conforme leciona Diniz³⁷: “(...) baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa”.

Nos tempos modernos, com o crescimento de tecnologias em larga escala, como a indústria de alimentos, vestuário, automotiva, e com a transformação da sociedade de consumo, a responsabilidade civil foi reformulada, sofrendo, assim, um processo de humanização. Surge na responsabilidade civil a idéia do risco, ponto esse que traz muitas divergências entre os doutrinadores, como destaca Alonso³⁸: “(...) sustentando uns o risco proveito, pela existência do lucro, e outros o risco criado, pela atividade criadora do risco”.

Em momento posterior, a responsabilidade civil estende a sua área de incidência, aumentando o número de responsáveis e de beneficiários da indenização, conforme entende Alonso³⁹:

Evoluiu para estabelecer a solidariedade, como entre pais e filhos menores, comitentes e pressupostos, seguradores e terceiros culpados, estendendo-se a responsabilidade dessas pessoas, por

³⁶ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. p. 10.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: **responsabilidade civil**. p.12.

³⁸ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. p. 12.

³⁹ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. p. 12.

presunção de culpa, por fato de terceiros, pelos quais o imputado terá de responder no sentido de estabelecer tal solidariedade (...)

Em síntese, observou-se que primeiro surgiu a responsabilidade extracontratual, em seguida, a responsabilidade contratual. E, a responsabilidade subjetiva precedeu a responsabilidade objetiva.

1.2 CONCEITUAÇÃO ATUAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é tratada em dois capítulos do atual Código Civil Brasileiro, no capítulo Da Obrigação de Indenizar e Da Indenização, no Título IX, nos artigos 927 a 954⁴⁰.

A responsabilidade civil deve ser conceituada a partir da análise da palavra “responsabilidade”, originada do verbo latino *respondere*, que quer dizer: alguém garantidor de algo. Diniz⁴¹ ensina que:

Tal termo contém, portanto, a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais. Deveras, na era romana a *stipulatio* requeria o pronunciamento das palavras *dare mihi spondes? Spondeo*, para estabelecer uma obrigação a quem assim respondia (...) de que o responsável, ou melhor, o resultado da ação pela qual a pessoa age ante esse dever – será insuficiente para solucionar o problema e para conceituar a responsabilidade.

⁴⁰ MARTINS, Almir. Responsabilidade Civil. *In*: Compêndio Doutrinário de Direito. Organizadores: Juarez Bittencourt Junior e Patrícia Muller. Florianópolis: Voxlegem, 2004. p. 325.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p.39.

A noção de responsabilidade está na necessidade de responsabilizar o indivíduo que cometeu um ato danoso pelo prejuízo causado, como aduz Stoco⁴², trata-se de: “(...) imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de Justiça existente no grupo social estratificado”.

O termo responsabilidade também é definido por Venosa⁴³:

A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo (...) o pai pelos filhos menores (...)

A responsabilidade era destinada para aquele que não executou seu dever. Portando, pressupõe uma atividade danosa de alguém, essa é a noção jurídica de responsabilidade. Alguém que age ilicitamente, que viola uma norma jurídica preexistente, tanto legal ou contratual, sofrendo, assim, as conseqüências de seu ato.⁴⁴

Responsabilidade é o dever jurídico de recompor o dano sofrido, impondo ao seu causador direta ou indiretamente, a responsabilidade por certo evento futuro e seus efeitos, é uma relação obrigacional, cujo objeto é o ressarcimento ou reparação⁴⁵.

Noronha⁴⁶ aduz que: “A responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesse coletivos *stricto sensu*”.

⁴² STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 118.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4. p. 12.

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. p. 09.

⁴⁵ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito divil: obrigações e responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2. p. 184.

⁴⁶ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 429.

Venosa⁴⁷ ensina que: “responsabilidade civil pressupõe equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido”, pois onde não há dano ou prejuízo a ser ressarcido não há como falar dessa responsabilidade.

Sempre se deve pensar qual o prejuízo sofrido pela vítima, se cabe reparação ou não, e como será a feita essa reparação, isso é a proposta da responsabilidade civil⁴⁸.

Diniz⁴⁹ faz uma síntese deste instituto:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato praticado por ela mesma praticado, por pessoa ou por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Responsabilidade civil é reparação de dano causado por quem viola o ordenamento jurídico, como salienta Stoco⁵⁰: “(...) responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lecionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso em lei”.

A responsabilidade está sempre ligada a um dano, tanto culposos como dolosos a alguém ou alguma coisa, e também, a sua reparação.

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 21.

⁴⁸ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: responsabilidade civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 6.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p.34.

⁵⁰ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. p. 128.

1.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

1.3.1 Objetiva

A Responsabilidade Civil Objetiva está prevista no Código Civil⁵¹, em seu artigo 927, parágrafo único. Nesta, a obrigação da reparação do dano independe da culpa:

Art. 927: (...)

Parágrafo único:

Haverá obrigação de reparar o dano, independente 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.

A responsabilidade objetiva independe da culpa do agente causador do dano, ela pressupõe *risco*⁵².

O dolo ou a culpa da conduta do sujeito pouco importa, basta existir ligação entre o dano e a conduta para haver indenização, como lecionam Gagliano e Pamplona Filho⁵³:

(...) hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. (...) o dolo ou a culpa do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

Diniz⁵⁴ classifica esse tipo de responsabilidade em relação ao seu fundamento, bastando haver a existência do nexos causal entre o prejuízo sofrido pela vítima para que surja o dever de indenizar.

⁵¹ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 181.

⁵² LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. p. 195.

⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. p. 09.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p. 116.

Com relação à responsabilidade civil objetiva Venosa⁵⁵ salienta que é:

Todas as teorias e adjectivações na responsabilidade objetiva decorrem da mesma idéia. Qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é a sua essência: em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la.

Portanto, na configuração da responsabilidade civil objetiva basta ficarem comprovados somente o dano e “nexo causal”⁵⁶, para haver indenização, sem precisar a prova de dolo ou culpa.

1.3.2 Subjetiva

O Código Civil Brasileiro⁵⁷ em seu artigo 927, *caput*, trata da responsabilidade civil subjetiva, sendo esta regra geral no direito brasileiro: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, de acordo com Lisboa⁵⁸ são:

- Ação ou omissão do sujeito ativo (agente);
- O sujeito passivo (vítima);
- O dano à vítima ou ao seu patrimônio;
- O nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano verificado;
- A culpa (negligência, imperícia ou imprudência) ou dolo do agente.

⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 17.

⁵⁶ “NEXO CAUSAL prova da relação entre ação e omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima é sempre ofendido”. In: MARTINS, Almir. Responsabilidade Civil. In: Compêndio Doutrinário de Direito. Organizadores: Juarez Bittencourt Junior e Patrícia Muller. Florianópolis: Voxlegem, 2004. p. 332.

⁵⁷ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.180.

⁵⁸ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. p. 240.

A responsabilidade civil subjetiva é a mais antiga e se funda na teoria da culpa. Trata-se de responsabilidade aquiliana, devendo haver relação de causalidade entre a injuricidade de ação e o mal causado. Martins⁵⁹ leciona, ainda, que:

Na prática ao se verificar a existência do nexu causal, não se pode esquecer de verificar se há alguma excludente de responsabilidade, isto é, se está presente no liame de causalidade entre o ato praticado e o dano experimentado. O caso fortuito, a força maior são excludentes de responsabilidade.

Ao contrário da responsabilidade objetiva, a subjetiva exige a prova da culpa do agente para haver indenização, quando esse praticar ato lesivo por ação ou omissão a determinada pessoa⁶⁰.

A responsabilidade subjetiva também poderá ser chamada de culposa, como Noronha⁶¹ ensina:

(...) é obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões intencionais (ou, seja, dolosa), imperitas negligentes ou imprudentes (isto é, culposas), que violem direitos alheios. É ela que constitui o regime regra da responsabilidade civil, como está claro do art. 927, *caput*, do Código Civil.

A responsabilidade subjetiva decorre de atos ilícitos como ensina o autor citado acima⁶²: "(...) ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa de quem se possa afirmar ter procedido culposamente, ou mesmo de forma intencional". O agente que deverá demonstrar sua não intenção de prejudicar o lesado para se liberar da culpa, que agiu com cuidado, mas sem ter a necessidade de provar que o fato se deveu a caso fortuito ou força maior.

⁵⁹ MARTINS, Almir. Responsabilidade Civil. *In*: Compêndio Doutrinário de Direito. Organizadores: Juarez Bittencourt Junior e Patrícia Müller. p. 332.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p. 116.

⁶¹ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. p. 484-485.

⁶² NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. p. 485.

Com referência ao ato ilícito Farina⁶³ assim se manifesta: “(...) o ilícito desponta como norte da obrigação de reparar o dano e decorre da culpa do agente lesador, representando a inobservância de um dever jurídico.” A ilicitude deve estar presente para caracterizar a responsabilidade subjetiva.

Quando se fala em culpa do agente, Rodrigues⁶⁴ ensina que: “(...) a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito”.

Lisboa⁶⁵ faz referência aos princípios da responsabilidade subjetiva, que são:

1. A responsabilidade é individual;
2. A sanção decorrente do dano recai sobre o patrimônio do agente;
3. O patrimônio do agente é totalmente vinculado à integral reparação dos danos causados;
4. A responsabilidade subjetiva decorrente de desvio de conduta ou da violação do dever jurídico do agente;
5. A necessidade de participação culposa ou dolosa do agente para a ocorrência do resultado lesivo.

Na atual legislação brasileira, a regra geral é a responsabilidade subjetiva, pois quando não há lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito é subjetiva, sendo que deverá se buscar prova para haver indenização.

⁶³ FARINA, Rosemeri. A indenização do dano moral na dissolução do casamento motivada pela violação dos deveres conjugais: uma possibilidade à luz de ordenamento jurídico brasileiro. 2004. 107 f. Dissertação (Mestrado – Curso de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí).

⁶⁴ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 11.

⁶⁵ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. p. 239.

1.4 DO DANO

1.4.1 Conceituação

Dano quer dizer prejuízo causado a outro sendo ele patrimonial ou não. Como asseveram Gagliano e Pamplona Filho⁶⁶, dano é: “a lesão de interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, tanto contratual como extracontratual, pois só haverá ação de indenização se existir um prejuízo. Nesta senda, Diniz⁶⁷ salienta que:

Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano e 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, findados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica.

Quando não houver dano ou interesse violado, patrimonial ou moral, não tem porque haver indenização, o dano só se materializa quando se efetiva o prejuízo da vítima⁶⁸.

Assim sendo, dano é a transgressão do bem lícito, protegido por lei, que causa prejuízo a uma pessoa, podendo esse bem ser patrimonial como por exemplo, um acidente em que o automóvel de uma pessoa é destruído; ou moral, quando um pai ignora um filho, privando-o de amor, assistência e carinho.

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. p. 40.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p. 56.

⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 28.

1.4.2 Do Dano Material

1.4.2.1 Conceituação

Dano material ou patrimonial, é o prejuízo econômico sofrido pela vítima em seu acervo patrimonial, incidindo nos bens presentes e futuros⁶⁹.

Dano material está ligado a patrimônio; assim, Diniz⁷⁰ apresenta o conceito de patrimônio:

O patrimônio é uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível. (...) é a totalidade dos bens economicamente úteis que se encontram dentro do poder de disposição de uma pessoa.

O dano patrimonial é aquele que afeta o patrimônio da vítima, total ou parcialmente, é uma lesão concreta, estando sujeito a uma avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. São considerados danos patrimoniais a privação ao uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacidade do lesado para o trabalho, ofensa a sua reputação, isso quando houver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios⁷¹.

Um exemplo de dano material é quando se sofre um dano em nossa casa ou em nosso carro, sendo estes bens materiais, poderão se perder ou deteriorar. Como aduz Martins⁷²:

⁶⁹ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. p. 208.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p. 61.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p. 62.

⁷² MARTINS, Almir. Responsabilidade Civil. In: Compêndio Doutrinário de Direito. Organizadores: Juarez Bittencourt Junior e Patrícia Muller. p. 342.

O dano material é o dano concreto sobre bens materiais que resultam em uma perda ou deterioração, avaliada em dinheiro, que uma pessoa causa à outra, devendo indenizá-la, restabelecendo a situação normal anterior ao fato lesivo.

No dano material se devem levar em conta as perdas ou deteriorações sofridas pelas coisas, tanto no presente como no futuro, como ensina Alonso⁷³:

Em relação aos efeitos em que os danos materiais operam no patrimônio da vítima, deve-se levar em consideração aquilo que, efetivamente, se perdeu e o que se deixou de ganhar ou lucrar.

Dano material ou patrimonial é o dano causado à coisa, sendo sempre relacionado ao prejuízo que a vítima sofreu ou sofrerá, e que resultará em uma indenização. Neste sentido, leciona Stoco⁷⁴:

(...) para que um dano seja indenizável não basta que seja um dano econômico; é fundamental que traduza, ainda, um “dano jurídico”, quer dizer, um bem jurídico cuja integridade e sistema normativo o proteja, garantindo-o como um direito do indivíduo.

A lesão aos bens patrimoniais ou materiais vai resultar em prejuízo à vítima, o bem pode ser lesado total ou parcialmente, sendo que esse bem é palpável e juridicamente tutelado. E como uma lesão a um bem material causa prejuízo à pessoa lesada, essa deve ser ressarcida.

⁷³ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos de responsabilidade civil objetiva. p. 137.

⁷⁴ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. p. 1179.

1.4.2.2 Reparação do Dano Material

Quando se pretende falar em reparação de dano não se pode deixar de mencionar o conceito de indenização, pois por meio desta é que vai ser reparado o dano, como ensina Rodrigues⁷⁵: “Indenização significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo do dano por ela experimentado. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima”.

A reparação do dano material será realizada por indenização ou reparação, pois essa reparação sofrerá avaliação pecuniária, ou seja, reparação em dinheiro, forma usual de indenização⁷⁶.

Na obrigação de ressarcir, o causador do dano deverá buscar o estado em que a coisa estaria se não tivesse sofrido o dano. Diniz⁷⁷ aduz que a reparação do dano poderá se processar da seguinte maneira:

a) pela reparação natural, isto é, restauração do *statu quo*⁷⁸ alterado pela lesão, que poderá consistir na entrega da própria coisa, que, por ex., havia sido furtada, ou de objeto da mesma espécie, em troca do deteriorado; e b) pela indenização pecuniária quando for impossível restabelecer a situação anterior ao fato lesivo.

A indenização é decorrente da obrigação legal ou voluntária, ou seja, ressarcir as perdas e danos, *dano emergente*; e *lucro cessante*, aquilo que se deixou de ganhar.⁷⁹

⁷⁵ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 185.

⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 30.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p. 62.

⁷⁸ "STATU QUO. Locução latina. No estado; na situação". "STATU QUO ANTE. Expressão latina. Na situação em que se encontrava anteriormente". In: DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4. p. 428.

⁷⁹ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. p. 208-209.

O *dano emergente* são os prejuízos, a diminuição do patrimônio, aquilo que se perdeu efetivamente. Conceitua Venosa⁸⁰: “O *dano emergente*, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: *aquilo que efetivamente perdeu*”.

O *lucro cessante* é o que a vítima deixou de lucrar devido ao dano sofrido. Neste sentido leciona Alonso⁸¹:

O lucro cessante, na maioria das vezes, coloca-se em termos de futuro, ou seja, é aquilo que a pessoa deixou de auferir em decorrência da lesão obstativa de lucro, o que dificulta estabelecer critérios seguros para sua determinação (...)

A reparação do dano material irá acontecer pela indenização voluntária ou por obrigação legal, ressarcindo o dano emergente e o lucro cessante, se for o caso.

1.4.3 Do Dano Moral

1.4.3.1 Conceituação

O dano moral também pode ser chamado extrapatrimonial, é a lesão causada ao direito personalíssimo da vítima, sendo este dano tutelado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸², pois esta segura a indenização por ofensa à personalidade em seu artigo 5º, incisos V e X⁸³:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 30.

⁸¹ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos de responsabilidade civil objetiva. p. 138.

⁸² Doravante será denominada Constituição Federativa de 1988.

⁸³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5-6.

(...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O Código Civil Brasileiro⁸⁴, traz a preocupação com a questão da moralidade nas relações jurídicas, pois esta preocupação vai resultar nas ações de dano moral, como exemplifica o artigo que disciplina o poder familiar:

Art. 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

O dano moral afeta o estado emocional da vítima, provocando dor psíquica e desconforto emocional. Para Venosa⁸⁵:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável.

Quando se fala na recompensa do dano moral, se vê a dificuldade de quantificar o valor do dano, como salientam Gagliano e Pamplona Filho⁸⁶:

⁸⁴ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 361.

⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 33.

⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. p. 61-62.

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Juntamente com os direitos personalíssimos, o dano moral abrange as dores causadas ao próprio corpo da vítima, sendo estes direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, pois se destinam a resguardar a dignidade, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos⁸⁷.

O dano moral muitas vezes vem acompanhado pelo dano material, sendo que uma ofensa a um dano extrapatrimonial pode gerar um dano material, ou vice versa. Neste sentido, leciona Diniz⁸⁸:

(...) o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois do prejuízo causado a um bem jurídico econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material.

Se uma pessoa sofre uma injúria divulgada em um artigo de jornal, e essa ofensa provocou a queda do seu crédito e a diminuição de seu ganho comercial, o prejuízo é patrimonial e também moral, pois além de causar prejuízo financeiro, causa dor e tristeza⁸⁹.

A doutrina e a legislação atual admitem a reparação do dano moral, embora persistam muitas divergências quanto ao valor dessa indenização, pois, os bens em questão são de caráter personalíssimos, tornando difícil a quantificação.

⁸⁷ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. p. 1613.

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p. 82.

⁸⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 190.

1.4.3.2 *Dano Moral Direto e Indireto*

A classificação dano moral direto e indireto está relacionada ao requisito da causalidade entre o dano e o fato⁹⁰.

Noronha⁹¹ faz a distinção entre dano direto e indireto da seguinte forma: “(...) dano direto é o que é efeito imediato do fato lesivo, indireto é aquele em que o fato, não tendo provocado ele mesmo o dano”.

O dano moral direto se refere a uma lesão de direito especificamente extrapatrimonial, como os direitos de personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, ao decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem)⁹².

O dano moral indireto é o que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial decorrente de uma lesão patrimonial como exemplificam Gagliano e Pamplona Filho⁹³: “(...) do furto de um bem com valor afetivo ou, no âmbito do direito do trabalho, o rebaixamento funcional ilícito do empregado, que, além do prejuízo financeiro, traz efeitos morais lesivos ao trabalhador”.

O dano moral direto se dá quando os sentimentos afetivos são lesados. E o dano moral indireto é a perda da coisa de valor afetivo, como por exemplo: o furto de um anel de noivado, neste caso tem o valor material do anel, e também a perda pelo valor afetivo.

⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil. p. 75.

⁹¹ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. p. 577.

⁹² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p. 83.

⁹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. p. 75.

1.4.3.3 *Reparação do Dano Moral*

A reparação do dano moral até o ano de 1988 era amplamente discutida, mas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abriu-se espaço para as demandas referentes ao dano moral. A discussão era se o dano exclusivamente moral, sem repercussão patrimonial deveria ser indenizado, sendo que a doutrina dizia que deveria haver indenização, mas o Supremo Tribunal Federal negava essa possibilidade. Só com a nova Constituição de 1988 que os Tribunais se renderam à teoria dos doutrinadores⁹⁴.

Sobre o que dizem os doutrinadores acerca da reparação do dano moral, Alonso⁹⁵ ensina:

A maioria dos doutrinadores entende que a reparação do dano moral não difere do dano material, uma vez que ambos são espécies do gênero dano e, dessa forma, e reparação cumpre a sua função de ressarcimento.

Diniz⁹⁶ questiona a reparação dos danos extrapatrimoniais e enumera algumas objeções, embora conclua que são inconsistentes as contradições e, portanto, admite a reparação do dano moral, que são:

1. Efemeridade do dano moral;
2. Escândalo da discussão, em juízo, sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro;
3. Incerteza, nos danos morais, de um verdadeiro direito violado e de um dano real;
4. Dificuldade de descobrir-se a existência do dano;
5. Impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral;
6. Indeterminação do número de lesados;
7. Imoralidade da compensação da dor com o dinheiro;

⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. p. 203.

⁹⁵ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos de responsabilidade civil objetiva*. p. 142.

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. p. 83-88.

8. Perigo de inevitabilidade da interferência do arbítrio judicial conferindo ao magistrado poder ilimitado na apreciação dos danos morais, ao avaliar o montante compensador do prejuízo;
9. Enriquecimento sem causa;
10. Impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação.

Apesar de muita discussão, o Código Civil⁹⁷ de 2002 admitiu, expressamente, a reparação do dano moral em seu artigo 186:

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

Os princípios básicos para a reparação do dano moral são os seguintes⁹⁸:

1. Responsabilização pelo fato da simples transgressão;
2. Limitação da reparação devida;
3. Definição dos padrões para reparação;
4. Fixação do valor da indenização em quantidade para que não se realize de novas violações;
5. Possibilidade de adoção de penas pecuniárias;
6. Submissão do agente à satisfazer o dano;
7. Cumulação das indenizações por dano patrimonial e por dano moral.

A reparação do dano moral é representada por uma quantia em dinheiro, como ensina Cahali⁹⁹:

⁹⁷ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 50.

⁹⁸ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. p. 211.

⁹⁹ CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 812.

(...) a condenação com que se busca reparar o dano moral é representada, no principal, por uma quantia em dinheiro, a ser paga de imediato, sem prejuízo de outras cominações secundárias, nas hipóteses de ofensa à honra e à credibilidade da pessoa, conforme foi visto anteriormente.

O pagamento da reparação do dano moral será em dinheiro, podendo o patrimônio do agente responder pelos prejuízos causados à vítima, sendo função básica da reparação do dano a compensação da vítima e a sanção do agente¹⁰⁰.

O dano moral está ligado ao direito de personalidade do cidadão. Como salienta Stoco¹⁰¹: “(...) a proteção do direito a personalidade no Código Civil é digna de encômios e deve merecer nossa aprovação e elogio”.

A reparação do dano moral foi muito discutida no passado, antes da Constituição Federal de 1988 mas, depois da promulgação desta e do Código Civil de 2002, não há mais o que se discutir. É pacífico que o dano extrapatrimonial deve ser ressarcido, mas sempre seguindo seus pressupostos, ditados pela lei e doutrina.

1.4.3.4 Quantificação do Dano Moral

A quantificação da indenização do dano moral é um dos grandes desafios da ciência jurídica, pois determinar critérios e parâmetros para que o órgão julgante faça um julgamento justo e equilibrado é hoje um desafio¹⁰².

Os danos morais significam o mesmo que danos não patrimoniais, ou seja, implicam em alguma perda, devendo ser indenizados. Por

¹⁰⁰ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos de responsabilidade civil objetiva. p. 145.

¹⁰¹ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. p. 1617.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p. 90.

isso, são difíceis de serem valorados como aduz Venosa¹⁰³: “(...) são danos de difícil avaliação pecuniária. Por sua própria natureza, os danos psíquicos, da alma, de afeição, da personalidade são heterogêneos e não podem ser generalizados”.

O patrimônio do agente também poderá responder pelo pagamento do prejuízo causado à vítima, sendo que se esse não for suficiente poderá gerar obrigação de fazer e não fazer, como por exemplo: prestação de serviços, a abstenção de certas condutas, o cerceamento de certos direitos. E poderá usar a cumulação com o ressarcimento pecuniário, conforme o caso, desde que presentes os pressupostos do direito¹⁰⁴.

O juiz é que vai determinar por equidade o valor da indenização na reparação do dano moral, levando em conta o grau da lesão e as circunstâncias de cada caso, compensando a vítima pelo dano sofrido, atenuando assim as conseqüências sofridas pela lesão¹⁰⁵.

A avaliação da indenização ficará por conta do magistrado, pois há muita controvérsia quanto ao valor a ser aferido ao dano moral, como leciona Venosa¹⁰⁶:

(...) é evidente que nunca atingiremos a perfeita equivalência entre a lesão e a indenização, por mais apurada e justa que seja a avaliação do magistrado, não importando também que existam ou não artigos de lei apontando parâmetros. Em cada caso, deve ser aferido o conceito da razoabilidade. (...) A criação de parâmetros jurisprudenciais já vem sendo admitida no país, exercendo a jurisprudência, nesse campo, importante papel de fonte do direito.

¹⁰³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 205.

¹⁰⁴ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos de responsabilidade civil objetiva. p. 145.

¹⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. p. 87.

¹⁰⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 206-207.

Em princípio, a jurisprudência brasileira é que deve dar parâmetro para a avaliação da indenização do dano moral, só quando o caso concreto foge aos padrões deverá ser admitido o critério subjetivo do juiz¹⁰⁷.

Para Venosa¹⁰⁸, a indenização do dano moral tem as seguintes funções:

Não se trata, portanto, de mero ressarcimento de danos, como ocorre na esfera dos danos materiais. Esse aspecto punitivo da verba indenizatória é acentuado em muitas formas de índole civil e administrativa. (...) Há duplo sentido na indenização por dano moral: ressarcimento e prevenção. Acrescente-se ainda o cunho educativo que essas indenizações apresentam para a sociedade.

Na fixação do valor da indenização pelo dano moral os Tribunais de Justiça pátrios, muitas vezes, utilizam-se, por analogia, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) que estipula 5 a 100 salários mínimos, e da Lei de Imprensa (Lei nº 2.250/69) que determina de 5 a 200 salários mínimos, sendo esses os únicos diplomas que fazem referência à satisfação de danos morais¹⁰⁹.

O Código Civil¹¹⁰ de 1916, no seu artigo 948 dispõe que: “Nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado”, desta maneira a indenização não deverá ser irrisória e nem abusiva, não será irrisória, porque não ressarcirá a vítima e nem abusiva, pois se converterá em enriquecimento ilícito¹¹¹.

Em relação às formas de quantificação da indenização por dano moral, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o seu entendimento através

¹⁰⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 206-207.

¹⁰⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 208-209.

¹⁰⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 208-209.

¹¹⁰ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1828.

¹¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 209.

da Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” ¹¹².

Outra Súmula que se refere à quantificação do dano moral é a de número 490, do Supremo Tribunal Federal¹¹³: “A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil, deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.”

Ensina Rodrigues¹¹⁴ quanto à referida Súmula que:

A Súmula 490 do Supremo, embora anterior a algumas decisões, consagra a tese de que, em matéria de responsabilidade civil, a indenização deve ser fixada em escala móvel, representada pelo salário mínimo, de modo a acompanhar as variações da moeda.

Há no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 150/1999, que pretende limitar os valores da indenização por dano moral dentro de determinadas faixas¹¹⁵.

Quanto à avaliação quantitativa da indenização do dano moral se deve levar em conta a situação econômica do indenizante, como ensina Theodoro Júnior¹¹⁶: “(...) se o dano moral não é de fácil dimensionamento no plano econômico, é certo que não pode servir de pretexto para enriquecimento da vítima, nem a ruína do ofensor”.

¹¹² ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos de responsabilidade civil objetiva. p. 150.

¹¹³ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹¹⁴ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 206.

¹¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 209.

¹¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano moral. 4 ed. São Paulo: Editora Juarez Oliveira Ltda, 2001. p. 65.

Deve-se levar em consideração a idade da vítima para os critérios de avaliação dos danos morais, conforme ensina Venosa¹¹⁷:

(...) idade da vítima é fator importante a ser considerado, pois uma indenização muito vultuosa a quem já tem idade propecta poderá beneficiar, em tese seus herdeiros, não atingindo a finalidade; por outro lado, indenização ínfima a jovem, se vê traumatizado por intenso dano moral, também se mostrará deslocada.

Em relação à quantificação do dano moral, Diniz¹¹⁸ aduz que:

Na qualificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso *sub examine*.

Enfim, a valoração da indenização do dano moral ainda está em ampla discussão no meio jurídico brasileiro, pois não há uma legislação específica, sendo o bom senso do juiz o principal fundamento da decisão, levando-se em conta o caráter punitivo, corretivo e educativo da decisão.

O capítulo seguinte apresentará uma abordagem sobre o Instituto do Poder Familiar no atual direito brasileiro, trazendo aspectos históricos, conceituação, sujeitos, características e os deveres dos pais quanto à pessoa de seus filhos.

¹¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. p. 210.

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. p. 93.

CAPÍTULO 2

O INSTITUTO DO PODER FAMILIAR NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO

2.1 APORTES HISTÓRICOS DO PODER FAMILIAR

O Direito Antigo¹¹⁹ foi alicerçado no princípio da autoridade, no qual o poder familiar é rígido e severo, tendo influência religiosa, pois o pai era ao mesmo tempo autoridade e sacerdote¹²⁰.

No Direito Romano Clássico, a família não era embasada no nascimento, nem em laços de afeto. O poder estava centrado no homem, marido e pai, como leciona Coulanges¹²¹:

Os historiadores do direito, observando com acerto que nem o nascimento nem o afeto foram os alicerces da família romana, julgaram que tal fundamento deveria residir no poder paterno ou no marido. Fazem desse poder uma espécie de instituição primordial, mas não explicam como se constituiu, a não ser pela superioridade da força do marido sobre a mulher e do pai sobre os filhos.

O poder exercido pelo pai sobre os filhos era igual ao exercido sobre seus escravos, podendo assim rejeitá-los e abandoná-los, exceto matá-los, como regia a Lei das XII Tábuas. Aduz neste sentido, Cretella¹²²:

¹¹⁹ Idade Antiga, ou Antiguidade, foi o período que se estendeu desde a invenção da escrita (4000 a.C. a 3500 a.C.) até à queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e início da Idade Média (século V). Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Idade_antiga>. Acesso em 14 maio 2007.

¹²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. V. p. 237.

¹²¹ COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução de: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 45.

Tem (o pai) sobre os filhos o direito de vida e morte (*jus vitae necisque*), mas a medida extrema depende de consulta dos membros da família mais próximos (*concilium propinquorum*). Pode vende-los como escravos para além do Tigre (*trns Tiberium*), exercer a *manus* sobre a nora, casar os filhos com quem achar conveniente, exercer a *patria potestas* sobre os netos, obrigar os filhos ao divórcio (...).

Com o advento da República Romana houve um abrandamento da rigidez na função do *pater familias*. No século II é que houve uma mudança nos poderes do chefe de família que se limitava no simples direito de correção, graças a influência da filosofia estoica¹²³.

Na época de Justiniano, século VI, o pai deixou de ser senhor absoluto, o filho começa a ter independência patrimonial, ficando desumano o sistema de pertencer ao pai tudo aquilo que o filho adquire, então, determina-se somente o usufruto dos bens dos filhos ao pai. Nesta época só aos mais pobres cabe o direito de vender os filhos¹²⁴.

No período da Idade Média, há conflito entre orientação romana e a germânica, como leciona Rodrigues¹²⁵:

Na Idade Média se encontra o conflito entre, de um lado, a orientação romana, prevalecente nos países de direito escrito e manifestada na forma de legislação justinianéia; e, de outro, a orientação germânica, vigente nos países de direito costumeiro, esta muito mais branda que aquela e inspirada mais no interesse do filho que no do pai.

¹²² CRETELLA, J. Júnior. Curso de direito romano. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 113.

¹²³ MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2000. Tomo IX. p. 139.

¹²⁴ MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 156-157.

¹²⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. p. 397.

O direito romano antigo, quanto ao poder familiar, influencia até a Idade Moderna, pois o patriarcalismo vem até o Direito Português, e chegando ao Brasil, onde os senhores de engenho e os barões do café são exemplos de senhores absolutos dentro de suas famílias¹²⁶.

No período contemporâneo, o poder familiar se baseia no princípio da mútua compreensão, agora o pai e também a mãe têm obrigações de proteger os filhos menores e os deveres inerentes, são irrenunciáveis e inafastáveis. Como salienta Venosa¹²⁷:

O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, neste sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.

Enfim, a evolução do poder familiar foi muito lenta, e ainda há muito que evoluir, inclusive porque a palavra poder não caracteriza igualdade, e a família deve ser a base da formação da pessoa, local onde o diálogo e o afeto deve primordialmente prevalecer de forma natural.

2.2 CONCEITUAÇÃO DE PODER FAMILIAR

A denominação poder familiar não é a mais adequada, pois dá ênfase ao poder, porém é mais acertada do que a expressão pátrio poder, mantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), expressão essa que foi totalmente revogada pelo Código Civil Brasileiro de 2002. O que está em discussão não é o poder, e sim, a formação dos filhos como pessoas em desenvolvimento que deve estar alicerçada na afeição¹²⁸.

¹²⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 335.

¹²⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. p. 335.

¹²⁸ LÔBO, Luiz Netto. Do poder familiar in direito de família e o novo Código Civil. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 177-178-179.

O poder familiar é exercido pelos pais, servindo aos interesses dos filhos, não é um exercício de autoridade, mas um encargo imposto aos pais. Neste sentido, aduz Dias¹²⁹:

De objeto de direito, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou a modificação do conteúdo do poder familiar, em face ao interesse social que envolve. Não se trata de exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais

O poder familiar está fundamentalmente ligado à família, podendo ser exercido por ambos os pais, visando proteger o interesse dos filhos, sendo que esse poder gera direitos e obrigações. Diniz¹³⁰, quanto ao assunto, 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. Ambos têm, em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens de filho menor não emancipado.

O poder familiar está disciplinado no Código Civil Brasileiro¹³¹, no Capítulo V, sendo que o artigo 1.630 conceitua este instituto: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

O poder familiar é a autorização legal que atua para preservar a unidade familiar e o desenvolvimento biopsíquico dos integrantes da família¹³².

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 344.

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro: direito de família. 18 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. v. 5. p. 447.

¹³¹ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 359.

¹³² LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: direito de família e sucessões. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 5. p. 268.

Poder familiar não está ligado ao exercício de autoridade, mas sim a conjuntos de direitos e deveres designados aos pais em relação aos filhos menores. Leciona, neste sentido, Venosa¹³³:

(...) o poder familiar não é o exercício de autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente de lei. Neste sentido, entendemos o pátrio poder como conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e seus bens.

O poder familiar é um poder jurídico, delegado e fiscalizado pelo Estado, exercido pelo pai e pela mãe, que visa à formação dos filhos de forma integral, sendo que essa integralidade deve incluir criação, educação, companhia, guarda, afetividade e alimentos.

2.3 TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR

A titularidade do poder familiar engloba os sujeitos ativos e passivos da família. São sujeitos ativos o pai e a mãe em igualdade de condições, e o sujeitos passivos os filhos menores e não emancipados.

A Legislação Civil brasileira estabelece que ambos os pais exerçam o poder familiar, em âmbito de compreensão e entendimento, mas havendo alguma divergência acerca da educação dos filhos essa será definida pelos magistrados. Assim rege o artigo 1.631, do Código Civil Brasileiro de 2002¹³⁴:

Artigo 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade.

¹³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. p. 335.

¹³⁴ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 359.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar; é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo.

O poder familiar não está vinculado ao casamento e ao tipo de relação que existe entre os genitores. Como aduz Gonçalves¹³⁵, “Na realidade independentemente do vínculo entre os pais, desfeito ou jamais ocorrido, ambos os genitores exercem em conjunto o poder familiar”.

A titularidade do poder familiar se incumbe¹³⁶:

1. Aos cônjuges, na constância do casamento, em relação aos filhos menores ou portadores de alguma incapacidade;
2. Ao pai e à mãe, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, pouco importando quem se encontra na guarda do filho, até que esse último complete a sua maioridade;
3. Aos conviventes, na união estável, em relação aos filhos menores ou portadores de incapacidade;
4. Ao ascendente, na relação mono parenteral, em relação ao descendente menor de idade ou portador de incapacidade.

Cabe salientar aqui, que o poder familiar sempre será exercido pelos genitores, não devendo ser confundido com guarda ou tutela, pois esse poder não se interrompe nem com a separação, seja judicial ou não, e muito menos com o divórcio.

Os filhos menores incapazes e não emancipados estão sujeitos ao poder familiar, como ensina Venosa¹³⁷:

Todos os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar. Já não se distingue a ordem constitucional entre legítimos, ilegítimos

¹³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005. v. VI. p.361.

¹³⁶ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: direito de família e sucessões. p. 268.

¹³⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. p. 339.

ou adotivos. Lembre-se de que, atualmente, há ampla liberdade para o reconhecimento de filiação.

Enfim, o poder familiar é exercido unicamente pelos pais, e sujeitam-se a ele os filhos menores reconhecidos ou adotivos, portadores de alguma incapacidade e não emancipados, advindos ou não do matrimônio.

2.4 CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR

Aos pais cabe a responsabilidade de dirigir a educação dos filhos, amparando, protegendo, defendendo, sustentando, enfim, cuidando dos interesses destes. Encontra-se, portanto, o poder familiar tutelado pelo Estado. Como leciona Diniz¹³⁸:

Com o escopo de evitar o jogo paterno-materno, o Estado tem intervindo, submetendo o exercício do poder familiar à sua fiscalização e controle ao limitar, no tempo esse poder: ao restringir o seu uso e os direitos dos pais.

São características do poder familiar: *múnus público, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, incompatibilidade e relação de autoridade.*

2.4.1 Múnus Público

Para haver no poder familiar um bom desempenho das relações entre pais e filhos é o Estado quem fixa as normas para seu exercício¹³⁹. Portanto, *múnus público*, por estar esse poder tutelado pelo Estado.

O Estado através de vários instrumentos legais garante inúmeros direitos em favor da criança e do adolescente, direitos estes que devem ser observados no exercício do poder familiar: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, etc. Neste sentido,

¹³⁸ DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro: direito de família. p. 448.

¹³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. p.359.

aduz Rizzardo¹⁴⁰: “Em primeiro lugar, cuida-se de um *múnus* público. Ao Estado interessa o seu bom desempenho, tanto que existem normas sobre o seu exercício, ou sobre a atuação do poder dos pais na pessoa dos filhos. (...)”.

A autoridade dos pais não pode ser substituída pelo Estado, mas esse deve garantir que os pais consigam exercer sua autoridade de forma sadia e íntegra.

2.4.2 Irrenunciabilidade

A irrenunciabilidade, como característica do poder familiar quer dizer que o pai ou a mãe, jamais poderão negar sua paternidade ou maternidade os pais não poderão abrir mão da condição de protetores e provedores dos filhos, muito menos poderão transferir sua condição de pais.

Só pode acontecer a renúncia do poder familiar no caso de adoção, sendo uma exceção, que resulta em outro instituto admitido no direito positivo brasileiro¹⁴¹.

2.4.3 Inalienabilidade

Como os filhos não são títulos gratuitos ou onerosos, os pais jamais poderão dispô-los para outros, pois o poder familiar é indisponível. Mas, há uma exceção, a do artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴², quando o menor é colocado em família substituta, sendo esse procedimento feito em juízo, onde juiz determina se o procedimento é conveniente ou não¹⁴³.

¹⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 602.

¹⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. p. 603.

¹⁴² BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Secretária da Criança e do Adolescente: Itajaí, 2003. p. 55.

¹⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. p.359.

Artigo 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do pátrio poder, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes.

Parágrafo único. Na hipótese de concordância dos pais, eles serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tornando-se por termo as declarações.

Enfim, só será admitida a alienação e a disponibilidade do poder familiar perante consentimento judicial.

2.4.4 Imprescritibilidade

Quando os genitores não exercem o poder familiar ele não decai, não prescreve. Nenhum pai ou mãe deixará de ser pai ou mãe com o passar do tempo. Somente nos casos previstos em lei.

O artigo 206¹⁴⁴, do Código Civil prevê o tempo de prescrição da prestação dos alimentos, sendo que segundo este dispositivo o que prescreve é a prestação dos alimentos e não o direito aos alimentos, sendo que o seu exercício pode ser provisoriamente dispensado.

Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que venceram.

(...)

Como pôde se observado, o poder familiar é imprescritível, não se extingue pelo seu não exercício. O pode prescrever são as prestações alimentares anteriormente fixadas pelo magistrado, mas não o dever de alimentos.

¹⁴⁴ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56.

2.4.5 Incompatibilidade

O poder familiar é incompatível com a tutela, não podendo ser nomeado tutor quando ou pai ou mãe não foi suspenso ou destituído desse poder¹⁴⁵.

Sobre a tutela, o Tribunal do Rio Grande do Sul¹⁴⁶ apresenta o seguinte entendimento jurisprudencial:

ECA. PEDIDO DE TUTELA. CONCESSÃO DA GUARDA DA MENOR À REQUERENTE. DESNECESSIDADE DE DESTITUIR A MÃE BIOLÓGICA DO PODER FAMILIAR. Confirma-se a sentença que, ao invés de conceder a tutela da menor à autora da ação, deferiu apenas a guarda da menina, eis que não está caracterizado o abandono da criança por parte da genitora, que sofre de problemas mentais que a impedem de ter controle sobre os próprios atos. Apelo improvido.... (TJRS – Ap. Cível 70006949309, 29-10-2003, Rel. Dês. José Carlos Teixeira Giorgis).

Portanto, só poderá ser nomeado um tutor quando ambos os pais não estiverem em condições de exercerem o poder familiar, por isso, a incompatibilidade operacional do poder familiar com a tutela.

2.4.6 Relação de autoridade

Esta é uma característica que está prevista no Código Civil Brasileiro¹⁴⁷, dizendo que o filho deve obediência e respeito aos pais, e também deverá prestar serviços de acordo com sua idade e condição, participando assim da manutenção da família¹⁴⁸.

¹⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro: direito de família. p. 449.

¹⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. ECA. pedido de tutela. concessão da guarda da menor à requerente. desnecessidade de destituir a mãe biológica do poder familiar. Nº 70006949309. Relator: Rel. Dês. José Carlos Teixeira Giorgis, 29 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70006949309&num_processo=70006949309>. Acesso: 14 maio 2007.

¹⁴⁷ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 359-360.

¹⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1121.

Artigo 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

(...)

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Esse dispositivo legal citado apenas autoriza a aplicação em situações de colaboração com o serviço doméstico, sem fins econômicos e desde que não prejudique a formação e a educação dos filhos. Essa é que deve ser aplicação em conformidade com a constituição federativa, pois os filhos não devem ser transformados em trabalhadores domésticos¹⁴⁹.

Portanto, deve ficar clara a relação de autoridade entre pais e filhos, para que a família seja alicerçada numa relação de amor e equilíbrio.

2.5 DEVERES DOS PAIS QUANTO À PESSOA DOS FILHOS MENORES

O poder familiar está repleto de deveres, não só materiais como existenciais, devendo os pais satisfazer as necessidades de todas as áreas do ser, inclusive no campo afetivo, para poder assim chegar ao desenvolvimento pleno do filho, seja físico, mental, moral, espiritual ou social¹⁵⁰.

Salienta-se que sempre se deve levar em conta o interesse da criança e do adolescente, sendo que a temporalidade está inserida nestes interesses. Como ensina Lôbo¹⁵¹:

(...) os pais têm o direito de dirigir a educação dos filhos e, ao mesmo tempo, o dever de assegurá-las. Enquanto estreitamente funcionalizado ao interesse do menor e à formação de sua

¹⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI. p. 211.

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 345.

¹⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial. p. 208.

personalidade, o exercício do poder familiar evolui no curso da formação da personalidade. À medida que o menor desenvolve a sua capacidade de escolha, o poder familiar reduz-se proporcionalmente, findando quando atinge seu limite temporal.

A Constituição Federal de 1988¹⁵² em seu artigo 227, assegura a obrigação da família e do Estado em formar a criança e o adolescente de maneira digna:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-las a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)

O Código Civil Brasileiro de 2002¹⁵³ regulamenta o exercício do poder familiar, descrevendo os deveres dos pais:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I – dirigir-lhes a criação e educação;
- II – tê-los em sua companhia e guarda;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para o casamento;
- IV – nomeando-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhes sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios para sua idade e condição.

¹⁵² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 137.

¹⁵³ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 359-360.

Quando se menciona em deveres dos pais quanto à pessoa dos filhos vale mencionar também o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵⁴ que disciplina esse dever, no seu artigo 22:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Tendo em vista todas as normas citadas vale salientar quatro deveres dos pais que são de fundamental importância para a formação dos filhos: *criação e educação, companhia e guarda, afetividade e alimentos.*

2.5.1 Criação e educação

Cabe aos pais dirigir aos filhos menores a criação e educação, promovendo os meios materiais para sua formação e instrução de acordo com os recursos disponíveis e a posição social da família, preparando-os para vida. Neste sentido, Diniz¹⁵⁵ aduz:

Os pais deverão dirigir a criação e educação dos filhos menores, proporcionando-lhes meios materiais para sua subsistência e instrução, de acordo com suas posses econômicas e condição social, amoldando sua personalidade e dando-lhes boa formação moral e intelectual.

A educação é muito ampla, incluindo várias áreas de desenvolvimento da criança e do adolescente, sendo que desta educação é que vai surgir o cidadão de bom caráter e espiritualmente evoluído, apto a viver em sociedade. Neste sentido, leciona Lôbo¹⁵⁶:

¹⁵⁴ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Secretária da Criança e do Adolescente: Itajaí, 2003. p.12.

¹⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. p.1120.

¹⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial. p. 209.

A noção de educação é ampla. Inclui a educação escolar, moral, política, profissional, cívica e a formação que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho menor, como pessoa em desenvolvimento. Ela inclui, ainda, todas as medidas que permitam ao filho a viver em sociedade.(...)

A lei diz que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos, mas não fala em como isso deve ser realizado, cabendo a cada família em sua intimidade desenvolver uma disciplina interna, baseada no bom senso e em laços afetivos como deverá ser executada essa criação e educação. Podendo muitas vezes fazer uso moderado de castigo para corrigi-los em suas falhas¹⁵⁷.

O não cumprimento do dever legal de educar e criar os filhos acarretará aos pais a perda do poder familiar, sofrendo sanções previstas no Código Penal¹⁵⁸ no artigo 246, por crime de abandono material e intelectual.

Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: (...)

O ato de educar implica no empenho dos pais em formar emocional e intelectualmente os filhos, inculcando-lhes valores essenciais para uma vida saudável e pacífica na sociedade.

2.5.2 Companhia e guarda

Companhia e guarda é um poder-dever dos pais perante os filhos menores, pois quem cria guarda, vigia o comportamento do menor para que este não cometa nenhum dano à sociedade. Sendo que quem responde civilmente pelos atos lesivos do menor são os pais¹⁵⁹. Neste sentido Diniz¹⁶⁰ aduz:

¹⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro: direito de família. p. 452.

¹⁵⁸ BRASIL. Código Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 112.

¹⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. p.1120.

¹⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro: direito de família. p. 452.

(...) Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou com sua freqüência a determinados lugares, por julgar inconvenientes aos interesses dos menores. (...)

O dever de criar e guardar é tão sério que quando o pai ou mãe confia a guarda à pessoa com a qual sabe que os filhos ficam moral e materialmente em perigo, está cometendo um crime previsto do Código Penal¹⁶¹ em sua artigo 245, *caput*:

Art. 245. Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

O direito à companhia dos filhos, gera também o direito dos filhos à companhia de ambos os pais e à convivência familiar, os filhos somente serão retirados desta companhia em caso de necessidade fundamentado por lei¹⁶².

O direito à companhia não exclui o direito dos filhos menores manterem relações afetivas com os avós, pois isso constitui abuso do poder familiar, sendo que os avôs têm direito de visitar e estar com os netos¹⁶³.

Tal direito cabe a ambos os pais, nenhum terá mais direito que o outro, nos casos de separação de fato a tendência é que os filhos fiquem com quem se encontram, até que o juiz resolva definitivamente a situação no final da separação judicial, decidindo em favor de quem tiver melhores condições de exercer a guarda¹⁶⁴.

¹⁶¹ BRASIL. Código Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 111.

¹⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado: Direito de Família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial. p. 210.

¹⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado: Direito de Família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial. p. 210.

¹⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de família. p.364.

Na dissolução da união estável ou do casamento o ideal é que os pais estipulem a guarda e visitação do filho com bom senso e harmonia. Neste sentido Maciel¹⁶⁵ aduz:

(...) Nos casos de litígio na separação dos pais, a guarda do filho, com muita frequência, transforma-se em lide autônoma e complexa na qual a criança é exposta aos problemas conjugais dos pais e a situações constrangedoras de visitação. A ausência de culpa do pai ou da mãe, como é sabido, não é o melhor parâmetro para indicar o guardião. (...)

O direito de guarda não é da essência do poder familiar e sim sua natureza, como exemplifica Veronese, Gouvêa e Silva¹⁶⁶:

(...) O exemplo típico é o caso da separação na qual a guarda é deferida a apenas um dos pais, não perdendo o outro progenitor, contudo, o poder familiar sobre o filho. Inclusive, pode ser a guarda deferida à outra pessoa que não os pais, como um outro parente, ou mesmo um estranho, caso o juiz entenda ser essa a medida mais conveniente para a criança ou adolescentes em contato com a perda dos pais o poder familiar sobre os filhos.

A companhia e guarda são deveres que envolvem ambos os genitores, sendo que a atual legislação permite no caso de separação dos pais a guarda compartilhada, onde ambos os pais participam da educação dos filhos. Neste aspecto, Maciel¹⁶⁷ ensina: “(...) A essência da guarda compartilhada é a cooperação e o diálogo entre os pais, separando-se os papéis e funções de ex-cônjuges, mas, ao mesmo tempo, mantendo-se o poder familiar pleno.”

¹⁶⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. Do poder familiar. *In: O novo Direito Civil: Do direito de família*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S.A., 2002. v. IV. p. 293.

¹⁶⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem. SILVA, Marcelo Francisco da. Poder familiar e tutela: À luz do novo Código Civil do Estatuto da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005. p. 32.

¹⁶⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. Do poder familiar. *In: O novo Direito Civil: Do direito de família*. p. 294.

Os filhos devem ficar sob a guarda e responsabilidade de ambos os pais, pois eles exercem o poder familiar, tendo um papel fundamental na educação e formação dos filhos menores, respondendo pelos atos e atitudes da prole. Sendo os genitores os principais responsáveis pelo desenvolvimento integral da personalidade dos filhos.

2.5.3 Afetividade

O artigo 1.634 do Código Civil Brasileiro não prescreve um dos deveres mais importantes dos pais em relação aos filhos menores, que é o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. Neste sentido Dias¹⁶⁸ leciona:

(...) A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parenteral é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. (...)

O amor e o sentimento de união são emoções que devem estar presentes nas relações entre pais, mães e filhos, sendo essas formas de sentimentos essenciais para a sociedade organizada e para a vivência em sociedade. Mas, até a bem pouco tempo, o afeto não tinha relevância jurídica nenhuma, sendo só o patrimônio fator importante, mas quanto se fala em relações familiares e em Direito de Família a afetividade deve ser levada em conta. Nesta senda, Angeluci¹⁶⁹ aduz:

(...) o envolvimento familiar não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 348-349.

¹⁶⁹ ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Uberaba/MG, a. 4, nº 165. Disponível em: <<http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>> Acesso em: 4 abr. 2006.

Os juízes e Tribunais de Justiça pátrios têm se deparado, nos dias atuais, com demandas buscando atribuir valor venal para a negligência do desafeto, demandas essas fundadas no princípio da dignidade da pessoa humana e no valor supremo de uma paternidade responsável. Pois, é dever da família, da sociedade e do Estado colocar a criança e o adolescente livre de qualquer forma de negligência, crueldade ou opressão¹⁷⁰.

Os filhos só crescerão de forma saudável se tiverem seus vínculos sócioafetivos bem construídos, pouco importando as ligações, seja, de ordem genética, civil ou sócioafetiva. Madaleno¹⁷¹ salienta que:

(...) mostram a lógica e o bom senso que a criança e o adolescente precisam ser nutridos do afeto de seus pais, representado pela proximidade física e emocional, cujos valores são fundamentais para o suporte psíquico e para a futura inserção social dos filhos.

Toda a criança e adolescente deve ser tratada com afeto, carinho e respeito, pois esses sentimentos vão ajudá-la a suportar e enfrentar as dificuldades tendo, ao mesmo tempo ânimo para se relacionar pacífica e harmoniosamente com os que o cercam. Neste sentido, Pereira¹⁷² aduz: “(...) A falta de afeto faz crianças tristes e revoltadas; mostrando-se rebeldes, indisciplinadas, ou simplesmente incapazes de agir com segurança e serenidade.”

A estrutura psíquica da prole é construída através do amor e no cotidiano da família, onde os pais são unidos afetivamente. Quando a unidade familiar é rompida gera para os filhos mudanças dolorosas¹⁷³.

¹⁷⁰ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.151.

¹⁷¹ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.152.

¹⁷² PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 234.

¹⁷³ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.152.

Na separação dos pais, muitas vezes, um deles sai do lar, os irmãos são separados, acontece a mudança do local de moradia do filho, novas figuras assumem o lugar de um dos pais, o padrão de vida decai. Devido a todos esses fatores, pode surgir ainda, um falso sentimento de culpa: filho se responsabiliza pela separação dos pais¹⁷⁴.

Por conta das separações e da ruptura da sociedade conjugal, nas quais muitas vezes, os filhos são usados como moeda de troca, é que os pais se desviam de sua função parenteral, pouco se importando com os efeitos nefastos que causam à prole. Estes fatos causam baixa auto-estima e baixo amor próprio na criança e/ou adolescente, trazendo conseqüências para o resto de suas vidas¹⁷⁵.

Todo ser humano, desde a sua infância precisa ser tratado com afeto, pois assim responderá afetuosamente na idade adulta. Ensina Pereira¹⁷⁶:

Todo ser humano, desde sua infância, tem uma reserva afetiva o que faz relacionar-se com outras pessoas. Sobretudo a criança e o jovem precisam receber e dar afeto pra se tornarem seres humanos integrais. No seu processo de amadurecimento, seja na escola ou na família, ou mesmo seu grupo de amizade, apelar aos seus sentimentos é, muitas vezes, mais convincente que apelar para argumentos racionais. (...)

Enfim, as bases afetivas dos filhos na infância e adolescência devem ser sólidas, para que na vida adulta ele seja um ser completo. Assim a responsabilidade por essas bases é exclusiva dos pais, que dentro do lar solidificam o amor familiar, proporcionando segurança e equilíbrio.

¹⁷⁴ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.152.

¹⁷⁵ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.152-153.

¹⁷⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p. 234.

2.5.4 Alimentos

O dever de alimentos também é um dever do poder familiar, decorrente das relações entre pais e filhos menores, devendo ser cumprido incondicionalmente, subsiste independentemente do estado de necessidade, isto é, mesmo que o filho disponha de bens provenientes de herança ou doação¹⁷⁷.

O Código Civil¹⁷⁸ em seus artigos 1.566, inciso IV, artigo 1.634, inciso I, e artigo 1.696 expressam o dever de sustentar e alimentar os filhos menores:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

IV – sustento, guarda e educação dos filhos; (...)

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação; (...)

Art. 1.696. O direito a prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Os pais têm dever de sustentar os filhos menores não emancipados e de prestar alimentos aos filhos maiores necessitados, sejam eles capazes ou incapazes. Na falta dos pais ou impossibilidade de eles prestarem a obrigação o dever se estende aos ascendentes. Nesta senda, Diniz¹⁷⁹ ensina:

A obrigação de alimentar alcança todos os ascendentes, recaindo nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. De forma que quem necessitar de alimentos deverá pedi-los primeiramente, ao pai ou à mãe; na falta ou impossibilidade destes, aos avós paternos ou maternos; na ausência destes, aos bisavós paternos, e assim sucessivamente.

¹⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. p. 473-474.

¹⁷⁸ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 345-359-374.

¹⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. p.1166.

A obrigação alimentar representa a concretização do princípio da solidariedade familiar, princípio que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, que compreende reciprocidade, pois juridicamente as pessoas integrantes de uma família são credoras de devedoras de alimentos¹⁸⁰.

No sentido jurídico, os alimentos estão baseados no binômio necessidade/ possibilidade, necessidade de quem recebe e a possibilidade de quem paga. Salaria sobre este assunto Santos¹⁸¹:

Em sentido jurídico, alimentos consiste em uma prestação em favor de alguém que necessita, paga por quem tem possibilidade para tanto, desde que entre ambos exista um vínculo jurídico que enseje o surgimento da obrigação. Objetiva a satisfação das necessidades vitais de quem, por alguma circunstância, não está em condições de prover o próprio sustento. (...)

Em relação ao dever de alimentos os pais terão obrigação alimentar para com os filhos de acordo com as necessidades e condições destes e a possibilidade financeira daqueles. Essa obrigação surge antes mesmo do nascimento do filho, o nascituro poderá buscar essa obrigação.

No caso de separação, divórcio, anulação do casamento ou dissolução da união estável, permanece o dever de sustento dos pais em relação aos filhos. Ensina Dias¹⁸²:

(...) Assim, não só os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus ganhos, para o sustento da família e a educação dos filhos. A obrigação é idêntica em relação aos genitores que não foram sequer casados, pois o encargo alimentar decorre do poder familiar e não da condição matrimonial dos pais.

¹⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 56.

¹⁸¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. O cuidado como valor jurídico. *In*: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p. 2.

¹⁸² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 422.

O descumprimento do dever de alimentar pode até mesmo gerar a suspensão ou perda do poder familiar levando, muitas vezes, o alimentante a ser preso civilmente.

O dever alimentar é indispensável para garantir a subsistência dos filhos, como alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação, etc, e também manter a qualidade de vida da prole, preservando o padrão de vida e o *status social*¹⁸³.

Finalmente, cabe salientar que incumbe aos pais todo o amparo aos filhos, desde as esferas materiais, corporais, espirituais, morais, afetivas e profissionais, mantendo uma constante presença em suas vidas, de acompanhamento e orientação, para quando chegar na vida adulta enfrentá-la com dignidade e integridade¹⁸⁴.

O capítulo seguinte abordará a Indenização por Dano Moral no Abandono Afetivo do Filho, sendo este o tema mais relevante do presente trabalho monográfico.

¹⁸³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 407.

¹⁸⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. p. 753.

CAPÍTULO 3

ABANDONO AFETIVO DO FILHO, DANO MORAL E POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO

3.1 FAMÍLIA LOCAL PRINCIPAL DO AFETO E FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE

O ser humano precisa da convivência em um grupo social para ser aprovado e aceito, pois não tem aptidão para viver só, desta maneira é que construirá a sua personalidade. Um ser íntegro e com valores pessoais de acordo com os valores de uma sociedade construtiva é que fará um mundo melhor¹⁸⁵.

O amor é um elemento imprescindível para o enriquecimento pessoal, incluindo o amor próprio. Neste sentido, Angeluci¹⁸⁶ leciona:

O amor é o sentimento que preenche aquele vazio referido, aquela angústia gerada no íntimo da pessoa que está em processo de reconhecimento como ser racional, pertencente à Humanidade. É condição essencial para esse processo de formação e estruturação deste organismo vivo, tanto que, quando uma pessoa é incapaz de sentir os próprios sentimentos, precisa muitas vezes aprendê-lo (...)

Para o desenvolvimento e formação da criança e do adolescente é necessário o aprendizado sadio de experiências da vida, para garantir o direito à ampla e irrestrita dignidade da pessoa como fim em si. A

¹⁸⁵ ANGELUCI, Cleber. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.4, nº 165. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto/testo.asp?id=1068>>. Acesso em: 4 abr. 2006.

¹⁸⁶ ANGELUCI, Cleber. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.4, nº 165. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto/testo.asp?id=1068>>. Acesso em: 4 abr. 2006.

família é a primeira responsável por esse desenvolvimento e formação, baseada nas relações de afeto e solidariedade. Sobre o este assunto, Madaleno¹⁸⁷ ensina:

O ser humano está moldado para viver em agrupamentos sociais e familiares, tomando-se como ponto de partida o seu núcleo familiar, onde desenvolve a sua iniciação como pessoa e experimenta os mais diversificados sentimentos em suas principais fases de crescimento, até atingir a idade adulta, quando então procura formar a sua própria unidade familiar.

O afeto é o ingrediente básico da entidade familiar, sendo que laços de afeto e solidariedade vêm da convivência e não do fator sanguíneo. Nesta senda, Lôbo¹⁸⁸ aduz:

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.

O ser humano, quando nasce, não sabe se está em uma família constituída pelo casamento, união estável ou por uma relação sexual irresponsável. O que interessa para ele é que haja um ambiente de carinho, amor e afeto. Isso é o que realmente importa ao recém-nascido chegado ao mundo. Canezin¹⁸⁹ sobre esse tema ensina:

A concepção de afeto desdobra-se, dessa forma, na de solidariedade, companheirismo e respeito. Essa visão sociológica das relações familiares é de importância cabal, pois reflete o

¹⁸⁷ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In*: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.159.

¹⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico de afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em 28 abr. 2007.

¹⁸⁹ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 75, jun-jul 2006.

momento de transformação que atravessa o instituto familiar, importante e imprescindível à preservação da própria unidade e sobrevivência sociais.

A família possui várias funções, podendo serem destacadas três delas:

Construir adultos com auto-estima e sentido de si mesmo;
Preparar os filhos para que sejam capazes de encarar desafios, e assumir responsabilidades e compromissos que orientam os adultos na direção de uma extensão produtiva, cheia de realizações e projetos inseridos no meio social;
Promover a convivência entre gerações em que os adultos ampliam suas perspectivas vitais, formando uma ligação entre o passado (avós) e outra do futuro (filhos)¹⁹⁰.

A palavra afeto ou afetividade não consta na Constituição e, muito menos, no Código Civil, mas devido às transformações sociais que a família vem passando, segundo a qual todos os membros familiares estão em condições de igualdade, como na união estável, na filiação biológica e socioafetiva, na guarda do filho no caso de separação dos pais, e etc¹⁹¹.

Vale salientar ao se falar sobre o princípio da afetividade a frase de Lôbo¹⁹²: “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência e não do sangue”. E Dias¹⁹³ complementa a frase com o seguinte comentário:

Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente

¹⁹⁰ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 75, jun-jul 2006.

¹⁹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 60.

¹⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico de afetividade na filiação. Jus Navigandi, Teresina, PI, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em 28 abr. 2007.

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 60-61.

um laço que envolve os ingredientes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias (...)

Enfim, discute-se o afeto no seio da família, sentimento esse que está inclusive tutelado por princípios constitucionais, mas o mais importante é que tudo ser humano, desde o nascimento precisa de afeto para relacionar-se com outras pessoas. A criança e o adolescente necessitam, principalmente, receber em especial, de seus pais, e dar afeto para se tornarem seres integrais.

3.2 A IMPORTÂNCIA DOS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS

O ato de ser pai exige amor, cuidado, construção de vida, junto ao filho. Não é apenas um ato de procriação, exige mais que elos de sangue, é um ato de que se funda na liberdade de escolha, uma relação afetiva entre pai e filho fundada em laços de amor¹⁹⁴.

Toda pessoa tem o direito de saber quem é seu pai e conviver com ele, pois, precisa de uma referência masculina para se tornar um ser íntegro e digno. Nesta senda, Souza¹⁹⁵ leciona: “O pai é uma figura essencial na vida de que qualquer pessoa. Não é bom que se crie sem referência paterna (quem possa conhecer o seu pai)”.

Traçando um retrospecto histórico das relações entre pais e filhos do período romano antigo até os dias atuais, nota-se que o homem tem participado, consideravelmente, da educação dos filhos. Sobre o assunto cita-se Pereira¹⁹⁶:

¹⁹⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forence, 2006. p.237.

¹⁹⁵ SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade socioafetiva. *Prática Jurídica*, Brasília, DF, ano V, n. 54. p. 27, set. 2006.

¹⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste?. *Advocacia e Consultoria Rodrigo da Cunha Pereira*, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://rodrigo.dacunhapereira.com.br/artigos/pub03.html>>. Acesso: em 09 maio 2007.

Com as mudanças do sistema patriarcal, não se pode mais fazer o retrato de um pai típico. No patriarcado em Roma, o pai, além de encarnar a lei, a autoridade, era instituído de um poder quase divino. Por outro lado, pouca atenção foi dada ao outro lado desse sistema: as crianças eram abandonadas afetivamente pelo pai e eram criadas quase que exclusivamente pela mãe. O início da vida desenrolava-se sem a presença do pai. Hoje, com a revolução feminista, os homens tendem a uma participação mais afetiva e não se limitam a ser apenas a representação da Lei. O número de pais que educam sozinhos seus filhos está crescendo na maioria das sociedades.

O exercício da paternidade (incluindo a maternagem) engloba todas as funções que são: reprodução, relação educativa, transmissão de um nome e um sobrenome. Vale salientar que o genitor é quem possibilita ao filho o acesso à cultura. Um pai que exerça sua função possibilita a sua prole humanizar-se através da linguagem e tornar-se sujeito. Ele é quem, segundo Pereira¹⁹⁷, „que: “(...) empresta seu nome para interferir e interditar a simbiótica relação mãe-filho (...)”.

A ruptura da intimidade entre mãe-filho, a introdução do filho no mundo transpessoal dos irmãos, dos parentes e da sociedade, enfim mundo onde impera a ordem, a disciplina, a autoridade e os limites, é responsabilidade do pai¹⁹⁸.

A paternidade não é somente uma função exercida ou um lugar ocupado por alguém, que necessariamente não precisa ser o pai biológico, mas um fato cultural, devendo assim ser considerada pelo Direito a paternidade tanto biológica como a afetiva¹⁹⁹.

¹⁹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste?. Advocacia e Consultoria Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://rodrigo dacunhapereira.com.br/artigos pub03.html>>. Acesso: em 09 maio 2007.

¹⁹⁸ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 77, jun-jul 2006.

¹⁹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste?. Advocacia e Consultoria Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://rodrigo dacunhapereira.com.br/artigos pub03.html>>. Acesso: em 09 maio 2007.

A ausência ou conduta omissiva do pai origina uma série de danos ao filho. Neste sentido Santos²⁰⁰ aduz:

(...) a ausência injustificada do pai origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente não só da falta de afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, momento quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade (...)

Para que a criança desenvolva sua auto-estima, é fundamental o envolvimento dos pais no projeto de vida dos filhos, fazendo com que ela se sinta segura e capaz de realizar seus desejos²⁰¹.

Não basta uma criança ser amada incondicionalmente, é necessário e imprescindível que ela seja respeitada individualmente, aceita como ela é.

Além do mais, um filho deve ser concebido para possuir sua própria individualidade e não para realizar os desejos de seus pais²⁰². Nesta senda Canezin²⁰³ aduz:

As pessoas têm que trabalhar, realizar projetos e inventar o novo. Em razão disso, devem ter coragem, mostrar segurança e disposição para fazer sacrifícios. E o pai é a personificação dessas atitudes. É a ponte do mundo transpessoal e social. Nessa travessia, o filho se orienta e se espelha no pai que sabe, que pode, que faz.

²⁰⁰ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Indenização por abandono afetivo. Advocacia Juliana Gontigo e Fernando Gontigo Família, Sucessões, Biodireito e Reparação Civil, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://gontijo-familia.adv.br/tex252.htm>>. Acesso em: 01 maio 2007.

²⁰¹ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 77, jun-jul 2006.

²⁰² CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 77, jun-jul 2006.

²⁰³ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 77, jun-jul 2006.

A ausência da figura paterna desestrutura os filhos, enfraquecendo-lhes a vontade de assumir um projeto de vida, tornam-se pessoas inseguras, infelizes²⁰⁴. Leciona Madaleno²⁰⁵ sobre o assunto:

Os filhos têm o direito a convivência com os pais, e têm a necessidade inata do afeto do seu pai e da sua mãe, porque cada genitor tem uma função específica no desenvolvimento da estrutura psíquica dos seus filhos.

Ser pai, é uma questão de amor e de cuidado, mais do que uma concepção biológica. O afeto é que deve prevalecer nas relações familiares, sendo esse sentimento também um valor jurídico, pois ele é que deve ser elemento primordial dentro da família.

3.3 CONVIVÊNCIA X COEXISTÊNCIA FAMILIAR

A família deve ter como prioridade a proteção da criança e do adolescente em todos os sentidos, tanto material como psicológico, sendo o afeto e o respeito o referencial para um desenvolvimento saudável.

As relações entre pais e filhos são resultados da união afetiva. Neste sentido, Silva²⁰⁶ ensina que:

Ponto pacífico que, em todos os tempos e sob todas as roupagens, sempre foi sagrado o contato paterno-filial, posto que a filiação é, quase sempre, intuito dos pares e da solidificação das uniões.

²⁰⁴ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 77, jun-jul 2006.

²⁰⁵ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.159.

²⁰⁶ SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VI, n. 25. p. 132, agt- set 2004.

A dignidade da criança e a convivência familiar é um dever da família, onde o afeto de ambos os pais é fundamental, não importando o tipo de relação pessoal que os pais têm entre eles. No momento inicial da formação do ser, é essencial o convívio com ambos os pais²⁰⁷.

O Código Civil Brasileiro de 1916²⁰⁸, previa que o pai, na constância do casamento, tinha amplos poderes sobre os interesses dos filhos, sendo o poder familiar exercido quase que exclusivamente pelo pai. A mãe ficava com papel secundário. É o que se depreende da leitura do seu artigo 380:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

A convivência familiar já estava prevista no antigo Código Civil, embora isso fosse tratado na constância do casamento, no caso de filhos: legítimos, legitimados, legalmente reconhecidos e adotivos. A filiação sofria discriminação, com base na sua origem, pois os filhos vindos de fora do casamento não ficaram protegidos pelo pátrio poder²⁰⁹.

No transcorrer do século XX houve sérias transformações sociais e jurídicas na família, que acabaram com a discriminação entre os sujeitos do grupo familiar, conferindo caráter de igualdade aos filhos, não interessando se frutos de casamento ou não. Com isso, passou-se a valorizar a afetividade dentro dos grupos familiares, a prole passou a ter maior relevância. Leciona Silva²¹⁰:

²⁰⁷ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 79, jun-jul 2006.

²⁰⁸ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 87

²⁰⁹ SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VI, n. 25. p. 133, agt- set 2004.

²¹⁰ SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VI, n. 25. p. 134, agt- set 2004.

Do ponto de vista da filiação, deu-se maior relevância aos direitos e interesses da prole, passando a legislação a versar, com maior propriedade, sobre os institutos de assistência paterno-filial dentro do princípio igualitário, a começar pela supressão da predominância de um dos genitores. (...)

Com o advento Código Civil²¹¹ de 2002 o artigo 1.630 (“Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”) eliminou a expressão *pátrio poder*, substituindo-a pela expressão *poder familiar*, expressão essa que conserva ainda uma carga de supremacia e comando, pois os pais têm em relação aos filhos, um conjunto de deveres e não depoder²¹².

Os, pais durante o casamento ou união estável, devem ter em mente que conviver não é coexistir ou coabitar. Sobre o assunto, Silva²¹³ aduz:

É necessário que os genitores, na constância da união conjugal, tenham dimensão exata de real significado da convivência familiar que não se esgota na simples e diária coexistência, ou coabitação. Do contrario, seria convivência doméstica e não familiar, que se extingiria diante da dissolução do elo conjugal.

Desde que nasce, a criança tem direito ao afeto de ambos dos genitores, mas, em muitos casos, esses não se entendem, e acaba que somente um deles fica responsável pela formação e educação do filho.

Em muitos casos o pai se desencumbe de sua função no desenvolvimento do filho antes mesmo de começar a exercê-la, ficando somente com a obrigação de manutenção alimentar, achando, com isso, que vai suprir todas as necessidades do menor²¹⁴. Sobre este assunto Canezin²¹⁵ ensina:

²¹¹ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 359.

²¹² SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VI, n. 25. p. 134, agt-set 2004.

²¹³ SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VI, n. 25. p. 134, agt-set 2004.

²¹⁴ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 79, jun-jul 2006.

O afeto e o carinho negado pelo pai a seu filho não pode ser suprido pelo afeto de terceiros, muito menos pode o Estado suplantar a ausência paterna. Ficará eternamente um vazio no ser humano que não poderá ser preenchido por nenhum outro tipo de carinho, nem o maior amor ou paixão ser colocado neste vazio.

O pai tem o dever estar presente intimamente na verdadeira relação familiar, e não somente fisicamente. Ele deve conviver, coexistir, com ou sem coabitação. O genitor poderá não estar presente fisicamente, mas o filho deve saber que há quem se preocupe e o ame em tempo integral.

A legislação brasileira prevê que em que casos de falência da sociedade conjugal o direito de visitas do pai ou da mãe “não guardião” deve ser preservado, com o objetivo de garantir ao menor a convivência familiar. Convivência essa que envolve o filho receber carinho, afeto, atenção, educação, cuidados com a saúde, formação psíquica, moral e ética.

A convivência familiar é o que garante ao filho a formação plena de sua personalidade, onde há apenas coexistência familiar têm-se seres humanos carentes, frustrados e com desvios de personalidade, danos esses muitas vezes irreparáveis.

3.4 ABANDONO AFETIVO DO FILHO

3.4.1 Conceituação

Quando se fala de abandono afetivo busca-se o conceito nos dicionários jurídicos, e se encontram conceitos para vários tipos de abandono: da carga, da causa, da coisa, da herança, da posse, da servidão, de aeronave, de animais, de cargo público, de emprego, de família, de incapaz, de instância, de prole, do álveo, do estabelecimento, do imóvel locado, do lar conjugal, do prêmio,

²¹⁵ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 79, jun-jul 2006.

do produto, do recém-nascido, libertário, material, moral e sub-rogatório. Mas a definição que interessa, abandono afetivo, não está presente, por ser esse um tema muito novo no direito brasileiro.

Baseado no conceito de *abandono de prole* do Dicionário Jurídico²¹⁶ será construída uma definição de abandono afetivo:

Infração ao dever de a família assegurar, com prioridade, os direitos da prole à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à cultura, à profissionalização etc. (...) O inadimplemento desse dever legal e moral de velar pela formação da prole configura abandono do filho, que acarreta a sanção civil, responsabilidade civil, e também representada pela perda do pátrio poder.

O abandono afetivo se caracteriza pela omissão dos pais, ou de um deles no tratamento primordial à criança e ao adolescente. Hironaka²¹⁷ conceitua da seguinte maneira:

O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada pelo afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade.

Enfim, abandono afetivo dá-se quando os pais não cumprem os deveres básicos do poder familiar em relação aos filhos menores, deveres esses de amor, carinho, compreensão, solidariedade, atenção e cuidado. Abandono que deixará seqüelas na vida adulta de qualquer pessoa.

²¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 9.

²¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.136.

3.4.2 Pais presentes e possibilidade de ocorrência do abandono afetivo

Muitas vezes os pais estão presentes na vida dos filhos, apenas coexistindo e não convivendo de forma integral, transferindo a educação dos mesmos para terceiros. Nas últimas décadas é a escola o principal meio que os genitores encontram para fugir do dever de educar, esquecendo que a obrigação destas instituições de ensino é instruir e formar intelectualmente o menor²¹⁸.

A presença física dos pais no dia a dia dos filhos não basta. Como ensina Hironaka²¹⁹:

(...) Pode-se se dar, assim que o mau desempenho destas funções acarrete danos à formação sociopsicocultural da criança. Quer isso significar que há muitos casos em que os pais convivem com os filhos diuturnamente, mas delegam as suas funções de educadores e de encarnação da autoridade a terceiros, desobrigados destas funções ipso facto, na medida em que não sejam os genitores das crianças, mas que assumem de forma derivada uma parcela mais ou menos significativa desta responsabilidade em função de uma relação jurídica contratual, por exemplo.

Nesta senda, é possível ao filho de pais casados ou unidos estavelmente buscar a reparação indenizatória decorrente de abandono afetivo, caso se sinta prejudicado na sua formação, por não terem sido cumpridos de forma integral.

²¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.137.

²¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.137.

3.4.3 Pais separados ou divorciados e a possibilidade de ocorrência do abandono afetivo

Nos casos de separação, divórcio, dissolução de união estável, há uma forte tendência de ocorrer o abandono afetivo por parte do genitor não guardião. O pai ou mãe que se afasta acaba, muitas vezes, despreocupando-se da educação da prole, e se desobrigando dos deveres familiares²²⁰.

Quando o casamento ou união estável acaba o que costuma acontecer é que o genitor que não fica com os filhos não se sente obrigado a participar da sua vida, chegando muitas vezes a confessar: “Não sei ser pai sem ser marido”. Essa é uma prática muito comum entre os genitores separados. Há a configuração do abandono afetivo pela confusão dos papéis paternais com os conjugais.

Com a nova união de um dos genitores pode acontecer o afastamento dos filhos, gerando abandono, pois, algumas vezes, quando um dos pais assume novas obrigações conjugais acaba se esquecendo das obrigações do primeiro lar.

O guardião também pode impedir o direito de visitas do outro genitor por vários motivos, como inadimplemento alimentar e em razão da reconstrução da própria vida afetiva, colocando, neste caso, outra pessoa no lugar do genitor. Neste sentido, Hironaka²²¹ aduz:

(...) Também pode acontecer que o genitor guardião procure atrapalhar a relação do genitor não-guardião com os filhos, em razão da reconstrução de sua própria vida afetiva, crendo e prolatando que as crianças agora têm um novo pai ou uma nova mãe, melhor na exata medida em que esta pessoa se mostra

²²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.138.

²²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.138.

também um melhor companheiro amoroso do que fora o genitor não guardião.(...)

Outra hipótese de culpa pelo abandono afetivo dos filhos é quando ambos os genitores se afastam da prole, nos casos, por exemplo, em que depois da separação os pais vão trabalhar em lugares distantes, situação que dificulta a visitação e a manutenção do vínculo.

Nas separações traumáticas, alguns casais não conseguem superar as seqüelas, e ao se encontrarem travam verdadeiras batalhas de agressões entre si na frente de seus filhos. Estas cenas afastam o genitor não guardião, não permitindo a convivência plena com a prole.

Enfim, cabe salientar que as visitas entre genitor não guardião e a prole constituem poder-dever, pois garantem à criança o direito à convivência familiar e uma formação moral, psíquica e espiritual integral²²².

3.4.4 Filhos reconhecidos judicialmente e a possibilidade de ocorrência do abandono afetivo

Na hipótese do genitor que apenas participou do ato procriativo, sem ter conhecimento da sobrevivência do filho, pelo fato de a mãe não ter comunicado ao pai a existência do filho, não se caracteriza o abandono afetivo, pois nunca se estabeleceu nenhum vínculo.

No caso em que a mãe não dispuser de meios para localizar o pai, cabe a este somente pleitear a constituição do vínculo paterno-filial, não havendo ação de responsabilidade civil. Mas, se por outro lado a mãe pode

²²² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.138.

localizar o pai e não se esforça para isso, configura-se omissão da mãe, cabe ação para que os laços de afeto paterno-filial sejam estabelecidos²²³.

Cabe indenização ao filho que é reconhecido judicialmente, no caso de o pai negar afeto e assistência material, obrigações a que está ética e juridicamente obrigado, pois é responsável pelo ser que gerou. Neste caso, a indenização tem caráter de fazer cumprir o seu dever de genitor e, também, de punir e dissuadir²²⁴.

Quando acontece o reconhecimento judicial da paternidade, inicia-se um conflito biológico e afetivo, pois o pai biológico reconheceu o filho de maneira forçada. Neste sentido, Santos²²⁵ aduz:

(...) pai que, mesmo tendo reconhecido o filho, o abandona afetivamente, negando-lhe assistência não apenas material a que está ética e judicialmente obrigado, mas igualmente negando-lhe a sustentação emocional que essencial à sua formação como pessoa, pelo simples fato de que é responsável pelo ser que gerou.

Um exemplo significativo do reconhecimento judicial da paternidade é o do ex-jogador de futebol argentino Diego Maradona, cujo filho italiano o denunciou por falta de atenção familiar, difamação e danos morais. Sobre esse fato, Carbone²²⁶ relata:

²²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.140.

²²⁴ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Indenização por abandono afetivo. Advocacia Juliana Gontigo e Fernando Gontigo Família, Sucessões, Biodireito e Reparação Civil, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://gontijo-familia.adv.br/tex252.htm>>. Acesso em: 01 maio 2007.

²²⁵ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Indenização por abandono afetivo. Advocacia Juliana Gontigo e Fernando Gontigo Família, Sucessões, Biodireito e Reparação Civil, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://gontijo-familia.adv.br/tex252.htm>>. Acesso: em 01 maio 2007.

²²⁶ CARBONE, Angelo. O abandono afetivo e a justiça. Espaço Vital, Porto Alegre, RS, 2005. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/novo/noticia_imprimir.php?idnoticia=2486>. Acesso em 22 dez 2006.

Em edição de seu programa “A Noite do 10 exibido pela televisão Argentina, Maradona disse que um juiz o obrigou a dar dinheiro a seu filho. Enfatizou: “Mas não pode obrigar-me a sentir amor por ele”.

Enfim, pais que não sabem da existência de filhos ou nos casos em que a genitora não encontra o pai ou nega revelar ao mesmo a filiação, não é cabível a indenização por abandono afetivo. Mas, quando o pai reconhece judicialmente o filho e se nega a lhe dar afeto, educação, atenção entre outros cabe a indenização por abandono afetivo, pois gera conseqüências psicológicas no filho.

3.5 PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR POR DANO MORAL CAUSADO POR ABANDONO AFETIVO DO FILHO

Propiciar a afetividade é uma das atribuições da família, uma vez que forma a personalidade de seus membros, em especial a pessoa dos filhos. O abandono afetivo se configura como o descumprimento de uma das suas funções. Neste sentido, busca-se fazer a relação entre a responsabilidade civil e o dano causado pelo abandono em questão.

Sobre a responsabilidade civil Canezin²²⁷ ensina:

A responsabilidade civil é a obrigação da compensação de um ato ilícito, seja ele patrimonial ou moral. Preconizando a restauração do estado anterior que, caso não seja viável, será feita a compensação pecuniária do dano, sem prejuízo do responsável sofre as penalidades legais coerentes com o fato.

O artigo 186 do Código Civil²²⁸ salienta que ninguém deve causar dano a alguém, seja dano moral ou material, por ação ou omissão,

²²⁷ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 81, jun-jul 2006.

²²⁸ BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 50.

negligência ou imperícia. O artigo em questão conceitua o ato ilícito, ato esse que entra em questão quando se fala do abandono afetivo.

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

Para que se configure a responsabilidade civil é necessário que exista um dano, pois sem ele não se pode solicitar reparação ou indenização.

No caso do abandono afetivo, o dano é uma lesão causada à personalidade do indivíduo. Como a pessoa possui personalidade e essa se manifesta por meio do grupo familiar, sendo assim, a ausência injustificada do pai origina dor psíquica e prejuízo à formação da criança, decorrente da falta de afeto, de cuidado e proteção²²⁹.

A dor sofrida pelo filho devido ao abandono paterno, que não lhe possibilitou o direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta senda, Canezin²³⁰ leciona:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade civil possui fundamento jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.

²²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.141.

²³⁰ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 83-84, jun-jul 2006.

Quando estabelecido o vínculo afetivo, será fácil configurar o prejuízo decorrente da interrupção deste dano, na medida que a sensação de abandono foi nociva à criança, pois a prova que será feita por perícia técnica é que analisará o dano real e sua extensão²³¹.

Nos casos de pais separados com filhos recém-nascidos, em que o pai ou mãe não guardião se afasta do convívio com o filho, não se configura o abandono, a ausência não acarretará transtornos psíquicos na criança e nem prejudicará as suas relações sociais.

O descumprimento do dever de convivência familiar gera um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho. Fato condenável quanto repugnante que pode ocasionar de imediato, a perda do poder familiar e também indenização por abandono afetivo²³².

Para haver a configuração do dever de indenizar, deve ficar comprovada a culpa do genitor não-guardião, que deve ter se negado a conviver e a participar do desenvolvimento do filho. No caso do abandono afetivo e a inobservância de deveres de ordem imaterial ligada ao poder familiar, configura-se a culpa em sua modalidade omissiva²³³.

A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo é baseada na idéia de culpa, sendo assim difícil a sua configuração. Mas, o mais

²³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.141.

²³² SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho. *Revista brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, RS, ano VI, n. 25. p. 140, agt- set 2004.

²³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.143.

complexo, neste caso, é a configuração do nexó de causalidade²³⁴. Nesta senda, Hironaka²³⁵ aduz:

Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começam a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono, por exemplo, seja este abandono caracterizado pela ausência física do genitor, seja este abandono um abandono em modalidade presencial, com o mau exercício dos deveres decorrentes da paternidade, ainda que o convívio fosse diuturno.

No abandono afetivo a indenização tem função compensatória, punitiva e dissuasória, e não a função de fazer com que o pai cumpra os seus deveres. Pois, neste caso, trata-se de abandono de afastamento, de ausência de contato com o filho, e não a sonegação de bens materiais ou alimentos²³⁶.

Sobre a indenização Madaleno²³⁷ ensina:

(...) 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 seu crescimento, tendo a paga monetária a função exclusiva de permitir compensar o mal causado, preenchendo o espaço e o vazio deixados coma aquisição de qualquer outro bem material que o dinheiro da indenização comprar.(...)

²³⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.144.

²³⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.144.

²³⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Indenização por abandono afetivo. Advocacia Juliana Gontigo e Fernando Gontigo Família, Sucessões, Biodireito e Reparação Civil, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://gontijo-familia.adv.br/tex252.htm>>. Acesso em: 01 maio 2007.

²³⁷ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. p.164.

Hoje, as ações de indenização por abandono afetivo são uma realidade nos Tribunais de Justiça pátrios, pois a jurisprudência passou a impor ao pai o dever de pagar indenização, a título de danos morais, ao filho, pela falta de convívio, mesmo que venha pagando alimentos regularmente²³⁸.

Os Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, do Rio Grande do Sul e de São Paulo recepcionaram demandas de filhos privados da convivência com seus pais, julgando procedentes as mesmas.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio da Comarca de Capão da Canoa, condenou o pai a indenizar o filho devido ao abandono afetivo, sendo que o magistrado salientou em sua sentença²³⁹:

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar aos filhos. Pai que não ama ao filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal.

O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais também condenou o pai ao pagamento de indenização ao filho rejeitado. Sendo que a paternidade neste caso foi planejada, vivida durante a infância, enquanto o casamento dos genitores permaneceu. Após a separação dos pais a convivência do filho com o pai foi interrompida. Neste caso, o julgador dispôs²⁴⁰:

²³⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. p. 108.

²³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação de indenização. Processo nº 141/1030012032-0 da Comarca de Capão da Canoa. Autora: D. J. A. Réu: D. V. A. Juiz de Direito: M. R. M.. Capão da Canoa, 15 de set. 2003. Revista Brasileira de Direito de Família. Indenização ao filho. Porto Alegre, RS, ano VI, nº 25. p. 148. ago-set 2004.

²⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Indenização danos morais – relação paterno-filial – princípio da dignidade da pessoa humana – princípio da afetividade. Processo nº 2.0000.00.408550-5/000(1) de Belo Horizonte. Apelante: Alexandre Batista Fortes. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Unias Silva. Belo Horizonte, 29 de abr. de 2004.

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e onexo causal entre ambos.

A 31ª Vara Cível Central, da Comarca de São Paulo, julgou ação na qual a paternidade foi exercida e depois negada, evidenciando os danos sofridos à personalidade do filho. O Juiz, em sua sentença²⁴¹, salienta que:

Os autos não contêm apenas demonstração de problemas psicológicos de uma filha. Mostram, também, uma atitude de alheamento de um pai, com que o réu não está sendo condenado apenas porque sua filha tem problemas, e sim porque deliberadamente esqueceu da filha. O réu não foi paulatinamente excluído, contra a sua vontade, do convívio com a autora, e sim aproveitou as primeiras dificuldades para ter o pretexto para se afastar, voluntariamente, da requerente. Sustentar que o abandono alegado pela autora é mera distorção criada no imaginário da mãe frustrada é um argumento que não se sustenta, em face do comportamento do próprio requerido que se extrai destes autos, até porque o réu não faz nenhuma prova de que em “muitas situações” tenha sido impedido, por fatores alheios à sua própria vontade, de manter relacionamento afetivo com a autora.

Enfim, o que fica evidenciado nas várias decisões judiciais é a configuração do abandono voluntário do pai, que vira as costas ao filho, filho este que busca o convívio e o afeto paterno. Quando não encontra resposta do genitor, vai ao extremo pedir socorro, ao Poder Judiciário, requerendo assim, a reparação pelo mal sofrido, através de uma indenização pecuniária, que abrandará seu sofrimento.

Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/jt/inteiro teor.jsp?tipoTribunal= 2&comrCodigo=0&ano=0...](http://www.tjmg.gov.br/jt/inteiro%20teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0...)>. Acesso em: 16 de maio 2007.

²⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação de indenização. Processo nº 01.036747-0 da Comarca de São Paulo. Juiz de Direito Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 05 de jun. 2004. Revista Brasileira de Direito de Família. Indenização ao filho. Porto Alegre, RS, ano VI, nº 25. p. 159. ago-set 2004.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo os institutos da Responsabilidade Civil e do Poder Familiar, segundo o vigente Direito Positivo Brasileiro, com ênfase no dano moral ocorrido pelo abandono afetivo do filho.

Com o término deste trabalho, algumas considerações devem ser feitas acerca do tema alusivo à indenização por danos morais nas relações de filiação, destacando-se, no entanto, a complexidade e importância do assunto para a Ciência Jurídica, para a sociedade e para a própria família nos dias atuais.

Para se chegar ao tema proposto foi necessário fazer uma pesquisa sobre o instituto da Responsabilidade Civil. Ela teve origem no Direito Romano Antigo, no qual era tratada no sentido da vingança. Com o passar do tempo ela foi evoluindo, perdeu a idéia de vingança, passou a ser admitido o acordo entre vítima e ofensor. Mais tarde, na Idade Média surge a idéia de culpa e dolo, responsabilidade civil e penal. Chegando aos dias atuais com responsabilidade contratual, pois, antigamente, ela era extracontratual.

A responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos causados a alguém, podendo ser objetiva e subjetiva. Objetiva é aquela que independe da culpa do causador do dano, já a subjetiva, é necessária a prova da culpa do causador do dano. Normalmente, quando não há lei que expresse o tipo de lesão, onde se deve provar que houve dano para haver indenização, ela é subjetiva. No caso da indenização por abandono afetivo do filho, a responsabilidade é subjetiva.

O dano, o prejuízo causado a outro pode ser material ou moral. O dano material ou patrimonial, é aquele que atinge a vítima em seu acervo patrimonial, prejuízo econômico. O dano moral ou extrapatrimonial é o que afeta a vítima no seu estado emocional, provocando dor psíquica. No caso do abandono afetivo sofrido pelo filho menor, o dano é moral direto, e se houve gastos com tratamentos psicológicos, moral indireto.

Outra abordagem que teve que ser realizada dentro deste trabalho foi o instituto do poder familiar no atual direito brasileiro, pois sem esse não teria como abordar os danos afetivos causados ao filho pelo abandono do pai. O poder familiar, no Direito Antigo, era baseado no princípio da autoridade. No qual o pai era senhor absoluto, considerado um Deus, o filho lhe devia obediência. No século VI, o pai deixa de ser senhor absoluto, e o filho começa a ter independência patrimonial. Na Idade Média, a orientação germânica dá ênfase aos interesses do filho. E hoje, é vigente a proteção dos filhos menores, sendo a família baseada no afeto e solidariedade.

O poder familiar é exercido pelos pais, servindo aos interesses dos filhos, não é um exercício de autoridade, mas um encargo imposto aos pais. Este poder deve ser exercido pelos pais, onde os filhos estão sujeitos a ele, e é tutelado pelo Estado, se caracterizando pelo múnus público, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, incompatibilidade e relação de autoridade.

O exercício do poder familiar prevê o cumprimento de vários deveres, que visam o desenvolvimento do filho nos seguintes âmbitos: físico, mental, moral, afetivo, espiritual e social. Deveres estes que são criação e educação, companhia e guarda, afetividade, alimentos, dentre outros. No caso deste trabalho monográfico o dever de afetividade é o mais importante, pois é o que determina que os filhos devem receber amor, afeto e carinho. A estrutura psíquica da prole é construída através do amor cotidiano da família; a criança e o adolescente serão adultos completos quando receberem bases sólidas dentro do lar.

A família tem mudado seus conceitos, hoje ela está centrada no afeto como elemento unificador, exigindo dos pais o dever de criar e educar os filhos sem se negar a lhe dar amor e carinho para a sua formação completa. Com a valorização do estudo do psiquismo humano, passou a ter destaque a instituição familiar para o desenvolvimento sadio das pessoas em formação.

A paternidade e a maternidade devem ser encaradas de forma responsável, sendo que a convivência com os filhos é um dever e não um direito dos pais. Mesmo nos casos de separação ou divórcio dos pais, deve haver o convívio do pai ou mãe não guardião com os filhos, para que com isso se evitem seqüelas de ordem emocional como o sentimento da dor do abandono, que pode repercutir em toda a vida da pessoa.

Os pais são responsabilizados por lei a cuidar dos filhos, sendo que a ausência destes cuidados caracteriza o abandono moral baseado no princípio da dignidade humana, da solidariedade familiar e no princípio da afetividade familiar. Quando há a violação destes princípios, configura-se dano moral, e quem causa dano está obrigado a indenizar para que o filho possa amenizar as seqüelas psicológicas através de tratamento terapêutico.

A indenização, no acaso do abandono afetivo, tem caráter didático, pois a afetividade passou a ser um bem jurídico. O filho não pediu para nascer, e se ele nasceu foi com a convivência dos pais, e portanto, deverá ser amado e orientado.

Os Tribunais de Justiça Brasileiros têm se deparado com ações onde os filhos estão cobrando indenizações de seus pais, pois se sentem abandonados afetivamente. Já houve neste sentido, três sentenças favoráveis aos filhos, segundo as quais os pais foram penalizados pelos prejuízos morais causados aos filhos.

Finalmente, com relação às hipóteses levantadas e sua confirmação ou não no decorrer da pesquisa, o resultado a que se chega é este:

Primeira hipótese: Juridicamente, o instituto da responsabilidade civil é muito antigo. Na Idade Antiga há relatos de sua existência. Todavia, a responsabilidade civil por danos morais, no Direito Brasileiro, trata-se de algo recente.

Esta hipótese restou confirmada porque a responsabilidade civil tem sua origem no Direito Romano Antigo. Lá a responsabilidade tinha o sentido de vingança, onde o infrator era punido corporalmente e também sua família

sofria punição. Com a Lei das XII Tábuas começa a haver a possibilidade de acordo entre a vítima e o agressor. No século III a. C., surgiu a idéia de reparação pecuniária, o Estado passa a intervir no direito privado. Quando chega a Idade Média surge a idéia de dolo ou culpa. A teoria da Responsabilidade Civil surge com Domat e Pothier, na Idade Moderna, distingue-se a pena da reparação, e fundamenta-se na idéia de culpa.

Assim, só quando se estabelece a idéia de culpa, da responsabilidade subjetiva, é que surge a responsabilidade civil por danos morais.

Segunda hipótese: Os pais de filhos menores de idade, por deterem a titularidade do poder familiar, possuem vários deveres previstos na legislação que visam a garantir o pleno desenvolvimento físico e psicológico dos filhos.

Esta hipótese foi confirmada na sua íntegra, pois a legislação brasileira, através da Constituição Federal de 1988, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê os deveres dos pais em relação aos filhos menores. Deveres de criação e educação, companhia e guarda, afetividade e alimentos, entre outros. O cumprimento desses deveres é que propiciará pleno desenvolvimento do filho, seja, físico, mental, espiritual ou social.

Terceira hipótese: Todo o genitor tem, nos moldes da vigente legislação pátria, deveres específicos para com os filhos menores. O não cumprimento destes deveres gerará, por parte do filho prejudicado, direito à indenização pelos danos que lhe forem causados, sejam eles morais ou materiais.

Essa última hipótese também foi confirmada, pois como a legislação brasileira prevê os deveres dos pais, o não cumprimento destes dará direito ao prejudicado, no caso o filho, de buscar a reparação. No caso deste trabalho, a lesão é o abandono afetivo, os pais tem o dever de dar afeto ao filho menor, e o filho necessita desse para se desenvolver de forma saudável, quando há o descumprimento do dever afetivo, e o filho fica com problemas emocionais em sua vida adulta, ele poderá buscar a reparação de forma pecuniária, tanto a

reparação da dor moral como a material, se tiver gastos com tratamentos psicológicos para resolver as seqüelas de uma infância sofrida.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000. 179 p.

ANGELUCI, Cleber. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 165. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto/testo.asp?id=1068>>. Acesso em: 4 abr. 2006.

BRASIL. Código Civil. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 2032 p.

BRASIL. Código Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 719 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 349 p.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Secretária da Criança e do Adolescente: Itajaí, 2003. 128 p.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Indenização danos morais – relação paterno-filial – princípio da dignidade da pessoa humana – princípio da afetividade. Processo nº 2.0000.00.408550-5/000(1) de Belo Horizonte. Apelante: Alexandre Batista Fortes. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Unias Silva. Belo Horizonte, 29 de abr. de 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0...>. Acesso em: 16 de maio 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação de indenização. Processo nº 141/1030012032-0 da Comarca de Capão da Canoa. Autora: D. J. A. Réu: D. V. A. Juiz de Direito: M. R. M.. Capão da Canoa, 15 de set. 2003. Revista Brasileira de Direito de Família. Indenização ao filho. Porto Alegre, RS, ano VI, nº 25. 175 p. ago-set 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação de pedido de tutela. Concessão de guarda. Processo nº 70006949309. Desembargador: José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, 29 de out. 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70006949309&num_processo=70006949309>. Acesso: 14 maio 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação de indenização. Processo nº 01.036747-0 da Comarca de São Paulo. Juiz de Direito Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 05 de jun. 2004. Revista Brasileira de Direito de Família. Indenização ao filho. Porto Alegre, RS, ano VI, nº 25. 175 p. ago-set 2004.

CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 832 p.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, RS, ano VIII, n. 36. p. 75, jun-jul 2006. 175 p.

CARBONE, Angelo. O abandono afetivo e a justiça. Espaço Vital, Porto Alegre, RS, 2005. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/novo/noticia_imprimir.php?idnoticia=2486>. Acesso em 22 dez 2006.

CARVALHO NETO. Inácio de. Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes. São Paulo: Atlas, 2000. 195 p.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução de: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. 421 p.

CRETELLA, J. Júnior. Curso de Direito Romano. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 486 p.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 541 p.

DICIONÁRIO JURÍDICO. Organizador: Luiz Eduardo Alves de Siqueira; Coordenadora: Anne Joyce Angher. 6 ed. São Paulo: Riedel, 2002. 172 p..

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. 980 p.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4. 987 p.

DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 18 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. v. 5. 572 p.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7. 582 p.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1.608 p.

FARINA, Rosemeri. A indenização do dano moral na dissolução do casamento motivada pela violação dos deveres conjugais: uma possibilidade à luz de ordenamento jurídico brasileiro. 2004. 107 f. Dissertação (Mestrado – Curso de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí). 148 p..

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1838 p..

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3. 430 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005. v. VI. 649 p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Coordenadores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 591 p.

IDADE ANTIGA, OU ANTIGUIDADE. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Idade_antiga>. Acesso em: 14 maio 2007.

IDADE MÉDIA: PERIODIZAÇÃO. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Idade_m%C3%A9dia>. Acesso em: 10 de setembro de 2006.

LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2. p. 304.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 5. 304 p.

LÔBO, Luiz Netto. Do poder familiar in Direito de família e o novo Código Civil. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 340 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado: Direito de Família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16. 368 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico de afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em 28 abr. 2007.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. Do poder familiar. *In: O novo Direito Civil: Do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S.A., 2002. v. IV. 565 p.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 591 p.

MARKY, Thomas. Curso elementar de Direito Romano. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 209 p.

MARTINS, Almir. Responsabilidade Civil. *In: Compêndio Doutrinário de Direito*. Organizadores: Juarez Bittencourt Junior e Patrícia Muller. Florianópolis: Voxlegem, 2004. 936 p.

MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2000. Tomo IX. 548 p.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p.698.

PASOLD, César Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica - Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 9. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, 243 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5. 302 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Pai, porque me abandonaste?*. Advocacia e Consultoria Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://rodrigodacunhapereira.com.br/artigos/pub03.html>>. Acesso: em 09 maio 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 591 p.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Indenização ao filho. Porto Alegre, RS, ano VI, nº 25. 175 p. ago-set 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1032 p.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. 476 p.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. 274 p.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Indenização por abandono afetivo*. Advocacia Juliana Gontigo e Fernando Gontigo Família, Sucessões, Biodireito e Reparação Civil, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://gontijo-familia.adv.br/tex252.htm>>. Acesso em: 01 maio 2007.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. O cuidado como valor jurídico. *In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Colaboradores: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 591 p.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho. *Revista brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, RS, ano VI, n. 25. p. 132, ago- set 2004. 175 p.

SOUZA, Ionete de Magalhães. *Paternidade socioafetiva*. *Prática Jurídica*, Brasília, DF, ano V, n. 54. p. 27, set. 2006. 66 p.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 2203 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4 ed. São Paulo: Editora Juarez Oliveira Ltda, 2001. 369 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. 525 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4. 245 p.

VERONESE, Josiane Rose Petry. GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem. SILVA, Marcelo Francisco da. Poder familiar e tutela: À luz do novo Código Civil do Estatuto da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005. 283 p.