



A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL

Alana Chama Castanheira



AYA EDITORA
2023

A responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial

Alana Chama Castanheira

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autora

Alana Chama Castanheira

Capa

AYA Editora

Revisão

A Autora

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Direito

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pela autora para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas neste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de sua autora e não representam necessariamente a opinião desta editora.

C346 Castanheira, Alana Chama

A responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial [recurso eletrônico]. / Alana Chama Castanheira. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 66 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-192-3

DOI: 10.47573/aya.5379.1.104

1. Abandono afetivo. 2. Síndrome da alienação parental – Brasil. 3. Responsabilidade (Direito) – Brasil. I. Título

CDD: 346.81017

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora EIRELI**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL | 12 |
| Conceito de Filiação | 12 |
| A Família Romana | 12 |
| A Família na Idade Média | 13 |
| O Modelo Patriarcal Adotado no Brasil | 14 |
| A Família Contemporânea | 15 |
| A Família Eudemonista | 17 |
| A FAMÍLIA SOB A PERSPECTIVA LEGAL | 18 |
| Filiação Legítima | 18 |
| Filiação Ilegítima | 19 |
| A Constitucionalização da Família | 20 |
| Princípios Relativos à Filiação | 22 |
| Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente | 22 |
| Princípio da Dignidade da Pessoa Humana | 23 |
| Princípio da Igualdade, Respeito, Diferença e Liberdade | 23 |
| Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente | 24 |
| Princípio da Solidariedade Familiar | 25 |
| Princípio da Afetividade | 25 |
| Princípio da Paternidade Responsável | 25 |
| O ECA | 26 |
| O PODER FAMILIAR | 29 |
| Principais Considerações Filosóficas | 32 |
| A Visão Aristotélica..... | 32 |

| | |
|---|-----------|
| A Concepção Jusnaturalista de Família..... | 33 |
| A Concepção Contemporânea | 34 |
| DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 36 |
| Da Origem e do Conceito da Responsabilidade Civil Paterna | 36 |
| Espécies de Responsabilidade Civil | 37 |
| Dos Pressupostos da Responsabilidade Civil | 42 |
| Da Conduta Humana | 43 |
| Nexo de Causalidade..... | 43 |
| Dano | 44 |
| RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA | 46 |
| Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo | 46 |
| Pressupostos da Responsabilidade por Abandono | 46 |
| Responsabilidade Civil por Abandono e o Dever de Indenizar | 48 |
| Precedentes de Indenização por Abandono Afetivo | 51 |
| Novas Modalidades de Responsabilização por Abandono Afetivo | 55 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 58 |
| REFERÊNCIAS..... | 60 |
| SOBRE A AUTORA | 62 |
| ÍNDICE REMISSIVO | 63 |

Apresentação

O presente livro jurídico tem por escopo analisar as principais transformações que aconteceram no âmbito do Direito de Família a partir do advento da Constituição de 1988, visto que, enquanto norma suprema do ordenamento jurídico, toda a legislação hierarquicamente inferior deve ser lida sob o filtro interpretativo do piso normativo constitucional, impactando sobremaneira na regulamentação das relações familiares.

Neste contexto, percebe-se que, em razão da evolução histórica da sociedade, a família, outrora vinculada exclusivamente ao matrimônio, passou a ser reconhecida juridicamente pela formação de laços afetivos entre os seus membros, dando-se primazia ao afeto em detrimento de quaisquer outras formalidades no âmbito do Estado Constitucional-Fraternal Democrático.

É o afeto o grande norteador das relações humanas, corolário da dignidade enquanto valor central da Constituição, razão pela qual as múltiplas formas de família estão albergadas pela proteção jurídica constitucional, máxime porque é no seu bojo que o indivíduo, unicamente considerado, busca realizar-se plenamente e atingir sua felicidade pessoal.

Neste cenário, a fim de que seja alcançada a busca da plena felicidade no seio familiar, impõe-se também a seus membros uma série de obrigações que tangenciam o lar e, por tal motivo, caberá aos pais, independentemente do vínculo conjugal, cumprir suas responsabilidades individuais e conjuntas inerentes ao exercício da maternidade e paternidade. Com fulcro no princípio da responsabilidade parental e na doutrina da proteção integral, os genitores deverão zelar pela sadia convivência familiar e prestar toda assistência material e moral à prole, o que decorre do múnus inerente ao exercício do poder-familiar. Noutro viés, a ausência de previsão legal no que tange às sanções jurídicas aplicáveis aos pais pelo descumprimento das obrigações paterno-filiais, faz emergir, no cenário jurídico, a aplicação do instituto da responsabilidade civil para colmatação da lacuna legislativa, sobretudo nas situações em que a negligência paterna ou materna ocasionar lesões irreversíveis às crianças e adolescentes, o que impõe a responsabilização do genitor pelo dano extrapatrimonial abandono afetivo.

Alana Chama Castanheira

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988, trouxe, em seu diploma maior, importantes inovações no que concerne aos institutos compreendidos no âmbito do estudo do Direito de Família, sendo o enfoque do presente livro jurídico abordar a responsabilidade dos pais perante seus filhos e os deveres decorrentes do exercício do poder familiar, trazendo neste caso, mais especificamente, o dever da assistência não só material, mas também moral em relação à prole, a fim de propiciar-lhes condições ideais para o pleno desenvolvimento, enquanto seres em formação psíquica-biológica.

Frise-se que, à luz da filtro constitucional, todas as mudanças concebidas na Carta de 1988, obrigatoriamente deverão ser observadas pelas demais legislações infraconstitucionais de status hierárquico inferior, sob pena de a lei ser eivada de inconstitucionalidade na hipótese de verificar-se a incompatibilidade com o texto da Constituição.

Nesse sentido, destaca-se que, em sentido material, as previsões constitucionais afetas ao âmbito da criança e do adolescente lastreiam-se na doutrina da proteção integral e, alinhado ao texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, traz a previsão de uma série de direitos a serem assegurados aos infantes, destacando-se o Capítulo III, relacionado ao Direito à Convivência Familiar e Comunitária”, bem como a previsão no Código Civil de 2002, sobre a proteção dos direitos de personalidade (Capítulo II – Dos Direitos Da Personalidade), visto que tais dispositivos servirão de base para a responsabilização civil paterno-filial.

Neste contexto, deve-se considerar que a evolução histórica da sociedade e do Estado de Direito, impactaram diretamente na concepção sobre a família, outrora reconhecida exclusivamente sob a ótica do casamento, máxime porque a

Constituição de 1988 é fruto do movimento cunhado como Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Contemporâneo, que tem como um de seus pilares a centralidade dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana como o valor supremo do ordenamento.

Assim, o princípio da responsabilidade parental e a doutrina da proteção integral em conjunto com a garantia a uma sadia convivência familiar e o dever de assistência material e moral à prole, impõe ao pai negligente o devido sancionamento jurídico pelo descumprimento do seu múnus, sobretudo porque o Código Civil em seu art. 1638, inc. II, é expresso ao dispor sobre a perda do poder familiar pelo pai que deixar o filho em abandono.

Ocorre, porém, que, conforme já mencionado, apesar de existir previsão legal específica, o legislador falhou ao deixar de prever a sanção cabível no caso de descumprimento da obrigação legal, restando a jurisprudência e doutrina solucionar o vazio normativo.

Assim, com vistas a dirimir os litígios envolvendo à omissão dos genitores no que tange ao cumprimento de suas obrigações paterno-filiais, exsurge a responsabilização civil extrapatrimonial como solução jurídica para colmatar a lacuna legislativa, notadamente porque a negligência pode configurar ato ilícito quando causadora de intenso sofrimento (dano) no filho em virtude do abandono.

Há de ressaltar, que ao se tratar da “responsabilidade civil pelo abandono afetivo”, não se coloca em pauta a possibilidade do afeto ser substituído por pecúnia, tampouco visa impor o amor forçado entre abandonando e abandonado, mas sim, busca-se amenizar o dano decorrente da omissão paterno-filial, que tenha implicado, de forma concreta e direta, em severos prejuízos ao desenvolvimento saudável do infante devido à falta de assistência material e psicológica do genitor.

Diante deste cenário, vem crescendo o número de demandas em que o Poder Judiciário é instado a apreciar a conflitiva sob a ótica da existência, ou não, de direito à indenização por danos morais com fundamento na responsabilidade civil pelo abandono.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Conceito de Filiação

Na atualidade, o conceito da terminologia “filiação” é muito diferente da concepção do que era “ser filho” no passado. A história demonstra uma clara evolução sobre o instituto no decorrer dos anos, notadamente diante da proteção cada vez maior conferida pelo Estado, em especial, após a Constituição de 88, em clara superação ao modelo patriarcal fulcrado na ideia de que os filhos eram vistos como posse-propriedade de seus pais.

Na antiguidade, o conceito clássico de filiação estava intrinsecamente ligado à ideia de casamento. Não se dissociava o vínculo paterno-filial do vínculo matrimonial. No entanto, percebe-se a superação da noção clássica a partir do momento em que ordenamento jurídico passa a conferir igual proteção aos filhos havidos no casamento, bem como aqueles concebidos fora da relação matrimonial, sob o prisma da dignidade da pessoa humana enquanto valor central do ordenamento a partir do movimento do Constitucionalismo Contemporâneo.

Diante dessa breve abordagem, cumpre analisar as diversas feições que ganhou a família no decorrer do tempo.

A Família Romana

Na antiga Roma, a autoridade suprema da família era o *“pater”*, considerado este como o chefe do lar, com subjugação direta dos demais membros às suas ordens, evidenciando-se uma clara relação de hierarquia e comando do homem, varão e genitor, com base nas ideias de “respeito” e “subordinação” .

Assim sendo, a mulher, naquele tempo, era vista como mero meio de perpetuação da espécie, não possuindo autonomia para dispor sobre sua própria vida, nem autoridade para fazer valer suas vontades e opiniões.

Frise-se que, naquele tempo, o casamento não tinha como principal valor o afeto, na medida em que, o grande objetivo do matrimônio era firmar laços econômicos visando prosperidade financeira, notadamente no que tangia ao acréscimo de terras/propriedades e bens.

Inegável também era a influência da religião católica na era romana, sobretudo na formação das bases familiares, resultando em clara interferência na construção das regras e princípios adotados no grupo familiar.

Logo, pode-se dizer que, em Roma, o objetivo central da constituição de uma família era a manutenção do nível social, a continuidade religiosa e a exploração da sociedade, sendo o *'pater'* o líder absoluto do *'domus'* (casa), que exercia tanto o papel de autoridade religiosa, presidindo o culto aos antepassados, bem como o juiz que julgava seus subordinados, ou até mesmo administrador, comandando os negócios da família.

A Família na Idade Média

Na Idade Média, a sociedade era dividida em estamentos com base na existência de hierarquia entre grupos sociais e caracterizada pela ausência de possibilidade de mobilidade social e ascensão entre classes.

Assim, a mudança entre classes não fazia parte do sistema feudal medieval, surgindo, daí, a ideia expressa na frase “nasceu servo, morrerá servo”, visto que a posição do indivíduo era ligada à sua origem familiar, a ideia de berço de nascimento e o prestígio envolvendo o nome da família de acordo com a posse de bens.

Neste tempo, a sociedade feudal era dividida, basicamente, em quatro estamentos (Rei, Nobreza, Clero e Servos), sendo que a Igreja, representada pelo Alto Clero, exercia grande influência sobre aspectos culturais, sociais e políticos, com alta concentração de poder político e econômico em relação à última camada. Assim, cabia aos servos obediência e respeito irrestrito às ordens dos estamentos dominantes, sob pena de responderem com sua própria vida.

Nesse cenário, destaca-se que o Direito Canônico regia as relações familiares, de modo que o casamento religioso era o único existente na época, desvinculado de qualquer sentimento e afeto, com o único intuito de perpetuar a espécie e unir riquezas. Por tais motivos, predominava o casamento arranjado, onde a mulher era entregue ao homem, sem lhe caber qualquer opção de escolha.

Nota-se ainda que, na era medieval, existia em alguns feudos o chamado 'direito da primazia da primeira noite', em que os servos eram obrigados a ceder a sua esposa na primeira noite de núpcias em troca da permissão de seu senhor para se casar¹, o que é uma nota marcante da hierarquia entre classes daquela época.

O Modelo Patriarcal Adotado no Brasil

O modelo patriarcal familiar adotado no Brasil apenas começou a ser desconstituído com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu texto princípios e valores ligados à solidariedade familiar e afetividade, com base na ideia central da dignidade da pessoa humana.

Assim, desde o período da colonização portuguesa ("Brasil Colônia") até o advento da nova ordem constitucional em 1988, a sociedade brasileira, no que tange ao Direito de Família, foi construída com base na figura paterna no eixo central da entidade familiar, assumindo o pai a posição de chefe do clã e

¹ DILL, Michele Amaral. CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *Evolução histórica e legislativa da família e da filiação*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>

administrador das finanças de todo o grupo.

Neste tempo, o grupo familiar era formado não só pela mulher, marido e filhos, mas também pelos parentes, padrinhos, afilhados, amigos, agregados e ex-escravos, ou seja, por todos aqueles que, de uma forma ou outra, estavam interligados a um mesmo círculo societário.

Como autoridade suprema do clã, o pai era quem comandava todo o grupo familiar, com fulcro nas ideias de hierarquização entre homem e mulher, subordinação do mais novo ao mais velho e riqueza como fator de poder.

Como se vê, o modelo patriarcal interferiu diretamente na formação das bases e valores da unidade familiar daquele tempo, constituída com base na monogamia, exclusividade do instituto do casamento como origem da família, centralização do poder na figura do “*pater*” e primazia das relações patrimoniais com destaque para a atividade agrícola como principal fonte de renda.

Com a progressiva industrialização da economia, urbanização e aumento da população, o modelo patriarcal, fundado na ideia de procriação para fins de manutenção do domínio político e econômico de determinado clã, foi entrando em declínio, perdendo força com o advento da nova ordem constitucional.

A Família Contemporânea

As transformações político-econômicas no âmbito da sociedade brasileira encontram o seu auge a partir da década de 1930, notadamente com a queda da exportação cafeeira em razão da crise econômica de 1929 e o redirecionamento do investimento do capital para a atividade industrial em detrimento da atividade agrícola, o que culminou no processo de emigração da população das zonas rurais para as zonas urbanas.

No âmbito do Direito de Família, o fortalecimento da industrialização

e o conseqüente processo migratório para os centros urbanos impactaram, diretamente, no modelo patriarcal de família, visto que o aumento populacional inflacionou o tamanho dos grupos familiares, contribuindo para o enfraquecimento da ideia de uma figura paterna centralizadora de tomada de decisões.

A partir da CRFB/88, com o advento do Estado Democrático de Direito, fundado na ideia central da dignidade da pessoa humana, cada componente do grupo familiar passa a ser visto de maneira individualizada, merecendo todos proteção estatal, já que dotados igualmente de direitos fundamentais.

O casamento, que antes era sinônimo de contrato patrimonial, passa a ter como finalidade precípua, a união entre duas pessoas com base na atração pessoal, sexual e emocional, realizada de livre e espontânea vontade e motivada pelo amor.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias², o que distingue a família contemporânea das demais, não é a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual e, sim, o vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.

A construção dos afetos e das emoções humanas, segundo a doutrina de Maria Berenice Dias, é o que dá sentido a família moderna, sendo seu foco a busca da felicidade e realização pessoal de cada um dos membros individualmente considerados.

Desse modo, a família contemporânea tem como traço distintivo do modelo patriarcal a relação de afeto e o tratamento igualitário entre os componentes do grupo familiar, rompendo-se com a ideia de hierarquia entre pessoas, máxime porque todos são detentores de igual dignidade na nova ordem constitucional.

2ANAIS do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p.542.

A Família Eudemonista

Modernamente, o afeto pode ser traduzido como manifestação espontânea e pura dos sentimentos da pessoa humana, desprovido de qualquer obrigação imposta pelo Estado, afastando-se, em regra, a possibilidade de contraprestação juridicamente exigível de qualquer indivíduo.

Atualmente, fala-se em uma nova concepção de família, como elucida Maria Berenice Dias³:

“Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo processo de emancipação de seus membros”.

Assim, a ideia tradicional de família, fulcrada em um modelo único e predeterminado de entidade familiar, sobretudo ligada à noção de casamento heteronormativo, está sendo enfraquecida à luz da interpretação exemplificativa conferida ao rol do artigo 226 do texto constitucional, a fim de estender proteção jurídica a outros núcleos familiares, tudo isso com base na prevalência do afeto enquanto fator determinante para fins de reconhecimento de novas formas de constituição de família.

Dessa forma, tem-se entendido que, no âmbito da unidade familiar, cada pessoa materializa a sua própria dignidade, de sorte que a tendência atual é a promoção da tutela jurídica de múltiplos arranjos familiares a fim de que seja assegurado o direito subjetivo à plena felicidade de cada indivíduo enquanto titular de direitos da personalidade, exurgindo daí a família eudemonista.

3 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família. Livraria do Advogado, 2005, p. 52.*

A FAMÍLIA SOB A PERSPECTIVA LEGAL

A nossa Carta Magna, norteadada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de atender as particularidades de cada grupo social, sob o prisma da igualdade material, reconheceu diversas prerrogativas e deveres inerentes aos membros da entidade familiar, incumbindo a sociedade, ao Estado e a família, assegurar e zelar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e adolescente devido à sua maior vulnerabilidade enquanto pessoas em desenvolvimento.

Inicialmente, cumpre registrar que, anterior à promulgação da Constituição de 1988, a família matrimonial do início do século passado, regida pelo Código Civil de 1916, considerava apenas como entidade familiar as relações sedimentadas no matrimônio, demonstrando a nítida influência do cristianismo na sociedade da época.

Neste ínterim, o antigo Código Civil proibia a dissolução do casamento, uma vez que a existência de afeto não era prioridade das relações, sendo a principal finalidade do instituto a procriação, com base nas idéias defendidas pela Igreja.

Conforme já trabalhado neste livro, o modelo patriarcal adotado na época baseava-se numa relação de hierarquia entre homem e mulher, fundada no casamento, sendo traço característico dessa época a distinção de tratamento entre filhos.

Filiação Legítima

O Código Civil de 1916 manteve todas as características da filiação legítima adotada pelo Direito Romano.

Nesse diapasão, considerava-se família apenas as uniões oriundas

do matrimônio, vislumbrando o casamento como o único meio válido para que fossem concebidos filhos legítimos.

Aos legítimos incumbia a continuidade das tradições familiares, sendo conferidos a eles todos os direitos reconhecidos. Ademais eram protegidos pela presunção *pater is est*, o que permitia determinar a identidade do pai desde o nascimento, gerando, assim, o complexo de prerrogativas e deveres provenientes da relação entre pai e filho, possibilitando o exercício do pátrio poder.

Filiação Ilegítima

A concepção de filiação ilegítima exsurgiu dos valores religiosos ligados ao cristianismo e o sacramento do casamento sob a ótica da Igreja, uma vez que só eram válidas as relações baseadas no matrimônio.

Assim, apenas os filhos concebidos na constância da união eram considerados legítimos para perpetuar os ensinamentos e dogmas da religião no âmbito da família doméstica.

Nessa conjectura é que foi adotada a presunção *pater is est*, com o intuito de consagrar a ideia da família enraizada no matrimônio, considerando-se apenas filho aquele havido na constância do casamento, cabendo somente ao marido, por motivos previamente taxados, contestar a filiação, encurvando-se a concepção patriarcal e hierárquica da época.

Porém, Luiz Edson Fachin aduz que “esse sistema se mostrou incapaz de corrigir a falta de coincidência entre a paternidade jurídica e a paternidade real, a verdadeira do ponto de vista biológico.”⁴

Com o advento da Revolução Industrial e a necessidade crescente de mão-de-obra, a mulher foi inserida no mercado de trabalho, o que contribuiu para a quebra da concepção patriarcal, política, religiosa, procracional e econômica

4 FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992, p.33.

insculpida no conceito tradicional de família.

Desse modo, com a aproximação espontânea de homens e mulheres, notadamente na fase industrial, passou a ser desenvolvida a ideia de afetividade, que contribuiu para a mudança dos paradigmas com a introdução dessa nova visão nos atuais diplomas legais.

A partir disso, cumpre analisar o atual sistema vigente.

A Constitucionalização da Família

Com o advento da Constituição Federal de 1988, importantes alterações vieram a ocorrer no Direito de Família, com dois especiais destaques: o reconhecimento de outras formas de constituição familiar, ou seja, passaram a ser reconhecidas as chamadas famílias plurais, bem como a equiparação entre os filhos havidos na constância ou não do casamento, recebendo todos eles tratamento isonômico, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, surge uma nova maneira de enxergar a família, lançando mão da antiga concepção, abrindo-se espaço para as categorias até então excluídas, “com o reconhecimento das famílias naturais, assim chamadas por terem nascido da informalidade de uma relação afetiva, outrora denominada de concubinato e modernamente rebatizada com a denominação jurídica de união estável⁵”.

Conforme elucidado por Maria Berenice Dias, a jurisprudência foi a responsável pelo reconhecimento constitucional das famílias extramatrimoniais, na medida em que passou a tratar sob enfoque jurídico a união estável, que não se baseia na tríade casamento, sexo e reprodução.⁶

⁵ MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.16.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Álbum de família*. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?34,8>>. Acesso em: 31/março./2022.

Nesse diapasão, a família passa a ser vista sob uma nova perspectiva, deixando de ser encarada como mero núcleo econômico e de reprodução, sendo consolidada no afeto e no amor.

Atualmente, como prolata Maria Berenice Dias:

O que identifica a família não é nem a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo, a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.⁷

Diante deste novo cenário, torna-se irrelevante perquirir o modelo de família - monoparental, união estável, adoção, casamento ou outra forma de entidade familiar – já que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos será igual, independente do contexto familiar.

Justamente por esse motivo é que a nossa Carta Magna, em seu artigo 227 e 229, assegura às crianças e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, a dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O artigo 229 da Constituição Federal ainda impõe aos pais o dever de assistência, criação e educação dos filhos menores.

Assim, conforme anuncia Rolf Madaleno:

É mandamento constitucional imposto aos pais de todos os matizes, sejam eles de vínculos conjugais, conviventes, monoparentais, biológicos, adotivos ou socioafetivos, porque deles é o dever de assistir, criar e educar os filhos menores em todas as suas fases de desenvolvimento, até chegarem à idade adulta, quando devem estar preparados para assumirem as suas responsabilidades pessoais e sociais, tornando-se indivíduos produtivos e muito provavelmente também eles pais⁸:

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Novos tempos, novos termos*. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?23,8>>. Acesso em: 31/março/2022

⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 801.

Visto isso, importante se perfaz a análise dos mais relevantes princípios constitucionais que consubstanciam o Direito de Família.

Princípios Relativos à Filiação

A Constituição Federal é a principal fonte do ordenamento jurídico, devendo os demais diplomas normativos obediência aos seus dispositivos, na medida em que deverão estar sempre em consonância com a norma soberana, sob pena de serem declarados inconstitucionais.

Ademais, em razão da unicidade do ordenamento jurídico, todos os preceitos normativos devem ser interpretados sob a mesma ótica, cabendo aos julgadores do Direito aplicar os princípios que regem a Carta Magna como parâmetro para a solução da lide.

No que tange ao Direito de Família, cabe estudar alguns princípios trazidos na Constituição, bem como no principal diploma legal concernente à criança e ao adolescente: o ECA.

Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente

Os princípios atinentes às crianças e ao adolescente são considerados direitos fundamentais, em razão de serem tais indivíduos os que se encontram em maior estado de vulnerabilidade e fragilidade.

Assim, independente dos filhos serem gerados, ou não, na constância do casamento, ambos receberão o mesmo amparo constitucional.

Tal constatação é feita no § 6º do artigo 227, da Constituição Federal, que veda qualquer distinção discriminatória a qualquer das espécies de filiação, conforme afirma Maria Berenice Dias:

“Agora a palavra filho não comporta mais nenhum adjetivo. Não cabe

mais falar em filhos, legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente filho⁹.”

Nesse diapasão, em razão do reconhecimento das mais variadas formas de família (monoparental, extensa, substituta, matrimonial, eudemonista etc.) e o tratamento igualitário conferido aos filhos, todos os infantes receberão igual tutela jurídica a seus direitos fundamentais, nos termos do artigo 227 e seguintes da Constituição, cabendo inclusive, a inserção do incapaz, que está em situação de risco, em família substituta, visando garantir a sua proteção integral.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da Constituição Federal, é o grande norteador do Estado Democrático de Direito, trazendo à pessoa humana para o centro da proteção do direito, inclusive no que concerne ao direito de família.

É perceptível a atuação de tal princípio quando se passa a considerar que na Carta Magna de 1988, deixou de trazer a diferença entre as espécies de filiação, já que tal classificação não se coaduna com um tratamento digno a todos dispensado.

Princípio da Igualdade, Respeito, Diferença e Liberdade

No ambiente familiar, o exercício da liberdade e autonomia da vontade perpassa, inicialmente, pela opção de estabelecer o vínculo conjugal, bem como de ser possível, quando assim decidir o casal, pela desconstituição da união.

Infere-se também, que ao ser garantido pela Constituição, o direito à liberdade, assegura-se ao casal à decisão sobre o planejamento familiar e a opção por gerar filhos, não cabendo mais a Igreja impor o casamento destinado

9 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.64.

a procriação.

No que tange à igualdade, atualmente, dentro do ambiente familiar, não existe mais a hierarquização da relação conjugal, dispondo pai e mãe de direitos e deveres recíprocos em relação a seus filhos, independente de serem concebidos ou não na constância do casamento.

Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente reflete as alterações sofridas na estrutura familiar no decorrer dos anos.

Assim, a família formada em virtude dos laços afetivos, passa a priorizar dentro do ambiente familiar o filho menor, uma vez que este merece uma especial atenção pelo fato de não ser plenamente capaz, necessitando da orientação daqueles que já estão plenamente desenvolvidos. Tal princípio é subjetivo, cabendo ao aplicador do direito enquadrá-lo de acordo com a realidade fática de cada caso.

Como sendo um dos principais documentos internacionais no que tange às crianças, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, ratificado pelo Brasil, no Decreto-Lei n.99710/90 elencou em seu artigo 3º as idéias referentes a tal princípio, ao dispor que:

Art. 3º. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Em relação a sua aplicação, cumpre dizer que esse princípio deve ser observado principalmente no momento do estabelecimento da forma do exercício da guarda do filho, bem como para o reconhecimento da filiação em eventual ação negatória de paternidade, sobretudo com base na filiação socioafetiva, cabendo ao julgador analisar em cada caso concreto o que será mais vantajoso à criança.

Princípio da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade familiar gera deveres recíprocos entre os diversos integrantes do grupo familiar, incumbindo, em primeiro plano, à família e à sociedade zelar pelos direitos fundamentais do infante e, na falta desses, ao Estado.¹⁰

Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade é um dos vários que permeiam de forma implícita a Constituição, se justificando com a extinção do modelo familiar patriarcal, matrimonial, fundado na perpetuação do patrimônio e da religião para adoção de uma nova visão acerca da entidade familiar, qual seja, o vínculo estabelecido com base no afeto. Assim, conforme os dizeres de Rodrigo Cunha Pereira “a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e de princípio. Isso porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto¹¹.”

Princípio da Paternidade Responsável

O princípio da paternidade responsável traz em seu bojo a obrigatoriedade do exercício da paternidade de forma plena, isto é, ser pai não é somente dar apoio financeiro e material aos filhos, tornando-se imprescindível a assistência afetiva e psicológica à prole visando o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

Analisado os princípios inerentes à família e a filiação, cumpre discorrer brevemente sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que este é o diploma específico referente aos pupilos da sociedade.

10 CYSNE, Renata Nepomuceno e. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, In: LUZ Antônio Fernandes da e BASTOS, Ferreira Eliene (coords). *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.203.

11 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização da família*. Disponível em http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr + Rodrigo + da + Cunha.pdf. Acesso em 31/03/2022.

O ECA

Diante da necessidade de uma lei específica para proteger a criança e o adolescente, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente com vistas a possibilitar a integral proteção e o pleno desenvolvimento destes indivíduos que ainda não estão completamente preparados para gerirem sua própria vida de forma satisfatória.

Neste sentido, vem o artigo 3º do Estatuto para anunciar:

Art.3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Pode-se, assim, concluir que cabe aos responsáveis pela criança e adolescente proporcionar-lhes educação, alimentação, criação, como também, fornecer todos os meios necessários para permitir o seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, possibilitando que vivam de forma digna, sendo respeitadas as garantias fundamentais, conforme estabelece nossa Carta Magna.

Como bem elucida Maria Berenice Dias:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para tornar-se sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles¹².

Analisando o mencionado Estatuto, percebe-se que o legislador especificou diversos direitos a que fazem jus à criança e o adolescente, a fim de lhes possibilitar uma real proteção, inclusive estabelecendo um rol mais amplo do que aquele previsto para a sociedade em geral.

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família. Livraria do Advogado, 2005, p. 203.*

Neste contexto, é possível notar que o ECA dispõe ser direito da criança e do adolescente, desde o nascimento, viver com dignidade, a fim de lhes assegurarem o pleno desenvolvimento junto à sociedade, garantindo-os proteção à vida, a saúde, à liberdade, ao respeito, bem como anuncia que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de discriminação, exploração, violência, crueldade, negligência ou opressão.

O artigo 4º do Estatuto determina que estas proteções devem ser conferidas não só pela família, mas também pela sociedade em geral, bem como pelo Poder Público em face da nítida fragilidade que se encontram a criança e o adolescente nessa etapa da vida, necessitando para que seja efetiva tal proteção sê-la exercida em conjunto, com empenho de todos.

Assim, preceitua o artigo 4º:

Art.4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Ademais, o artigo 18 do Estatuto vem no mesmo sentido:

Art.18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Conclui-se, portanto, ser dever de todos promover a proteção integral da criança e do adolescente.

Nesse diapasão, o artigo 19 dispõe que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar, em ambiente que possibilita seu desenvolvimento de forma saudável.

Logo, percebe-se que, é direito da criança e do adolescente manter o convívio familiar com seus pais biológicos, sendo, no último caso, a opção pela

família substituta.

Diante disso, caberá aos pais, num primeiro momento, propiciar todos os meios necessários para o desenvolvimento e proteção integral de seus filhos, sendo, na verdade, dever dos genitores ampararem seus pupilos em face da fragilidade e vulnerabilidade em que se encontram, garantindo-lhes condições para uma vivência digna.

Visto isso, imperiosa a análise do poder familiar exercido pelos pais sobre os filhos.

O PODER FAMILIAR

Primeiramente, necessário se faz apresentar o conceito de poder familiar, que sofreu alterações com o passar dos anos.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves: “Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa aos bens dos filhos menores¹³.”

O poder familiar, chamado pelo Código Civil de 1916 de “pátrio-poder” em virtude de imperar naquela época a visão romanista, é na verdade, um poder-função ou um direito-dever, por atribuir aos pais mais deveres do que direitos.

Rolf Madaleno a fim de facilitar a compreensão do instituto, nos remonta à sua origem:

A origem do poder familiar está na razão natural de os filhos necessitarem da proteção e dos cuidados de seus pais, com absoluta dependência com o seu nascimento e reduzindo essa intensidade na medida de seu crescimento, desligando-se os filhos da potestade dos pais quando atingem a capacidade cronológica com a maioridade civil, ou através de sua emancipação pelos pais¹⁴.

Daí advém o fato de ser tal poder irrenunciável, indelegável e imprescritível. Constitui um *múnus público*, isto é, um encargo. Os pais não podem renunciá-lo, nem transferi-lo, salvo em situações excepcionais. Isso porque é dever do genitor propiciar, enquanto não atingida a plena capacidade, o ambiente ideal para se permitir o desenvolvimento completo e a proteção integral do infante, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Antigamente, o poder familiar era exercido exclusivamente pelo homem de forma unilateral, em vista do sistema patriarcal adotado, o que foi mudando ao longo do tempo, sobretudo diante da ascensão social da mulher e da luta pela igualdade dos sexos, até chegar a concepção atual, cabendo tanto ao marido

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 133.

¹⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 409.

quanto a esposa a direção do lar.

Contudo, insta salientar, que a denominação “poder familiar” ainda não é a mais adequada, uma vez que os pais possuem verdadeiras obrigações em relação aos filhos menores.

Ensina Paulo Lobo que:

Na realidade, não houve somente o deslocamento do poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), mas sim houve uma mudança na sua finalidade: o exercício passou a ser desenvolvido de acordo com as necessidades dos filhos, “ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação¹⁵.

A Constituição Federal, ao adotar em seu bojo o princípio da isonomia, corroborou a ideia de deslocamento do poder exercido antigamente só pelo pai para ser igualmente exercido no seio familiar pelo pai e pela mãe conjuntamente, deixando isso expresso no artigo 226, § 5º ao dispor que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Assim, o poder familiar será exercido por ambos os pais sobre seus filhos em comum, estando listados no artigo 227 da Carta Magna os principais deveres daqueles que detém tal poder, quais sejam, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à dignidade, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Além disto, deverá colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No que tange à legislação civil vigente, o poder familiar é tratado nos artigos 1630 a 1638. Nestes dispositivos foram mantidas basicamente as mesmas normas do Código de 1916, devendo, porém, com o advento da Constituição, ser interpretado à luz dos princípios constitucionais, isto é, deverá o julgador priorizar o que atende ao melhor interesse da criança e do adolescente, no intuito de ser mantida a integral proteção aos menores.

15 LOBÔ, Paulo Luiz Netto. *Do Poder Familiar*. In DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil*, 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 147-148.

O artigo 1634 do Código Civil de 2002 estabelece o modo como deve ser exercido o poder familiar, dispensando maior atenção os incisos que tratam sobre o dever dos pais de criar e educar seus filhos menores, bem como de tê-los em sua companhia e guarda.

O Estatuto da Criança e do Adolescente igualmente trata sobre o poder familiar nos artigos 21 a 24, vindo a dispor sobre o exercício do referido poder em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, determinando, no caso de discordância entre eles, que a questão seja resolvida no âmbito judicial. Impõe, também, caber aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, obrigando-os a cumprir as eventuais determinações judiciais.

No artigo 23 do Estatuto, o legislador determina que não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar a falta ou carência de recursos materiais, impondo através do artigo 24 que tanto a perda ou a suspensão do poder, serão decretadas pela via judicial, em procedimento contraditório, nos casos determinados pela lei civil (artigos 1637 e 1638), bem como nas hipóteses do artigo 22 do Estatuto, percebendo-se claramente que a omissão do genitor com relação à guarda, educação e sustento dos filhos poderá sacrificar o vínculo estabelecido pelos laços biológicos, no intuito de proporcionar à criança e ao adolescente o que é mais interessante para seu desenvolvimento, buscando sempre a tutela integral de tais indivíduos, na medida em que a sociedade e o Estado visa alcançar a plenitude de sua proteção, fazendo observar os direitos a eles inerentes.

Feito tais apontamentos, passa-se a abordar as principais concepções filosóficas no que tange à família e ao poder familiar.

Principais Considerações Filosóficas

A Visão Aristotélica

É através de Aristóteles que o tema família ganha real importância no mundo da filosofia.

Em sua obra *Política*, Aristóteles explica o conceito de polis (cidade), como sendo uma associação de várias associações menores, das quais a originária é a família.¹⁶ Apesar desta concepção aristotélica não ter prosseguido ao longo da história, é importante a lição que dela se retira: a família é uma associação natural humana. Além da família, há outros tipos de associações, como é o caso das cidades, porém, aquela se distingue desta no que tange a classificação. Diferente do que ocorre com a cidade, que pode ser classificada em relação ao poder, em monarquia, oligarquia, democracia, entre outros, no caso da família, o poder está sempre, a princípio, na mão dos pais.

Conforme elucidada Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Em outras palavras: em Aristóteles, assim como em toda a tradição grega, é um consenso entre os autores a idéia de que são os pais que têm autoridade sobre seus filhos, e que é o marido que tem autoridade sobre sua esposa (ou suas esposas)¹⁷.

Segundo Aristóteles, a autoridade do homem sobre os filhos e sobre sua mulher é uma autoridade natural, ou seja, a família antiga estruturada nos moldes do patriarcalismo advém do fato da natureza por si só clamar tal postura.

A visão aristotélica é importante para que se possa dela aferir a seguinte premissa, conforme ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Por isso mesmo, pressinto que a análise do tema a partir de Aristóteles seja relevante, na medida em que deixa claro o que sempre estará em questão, na composição da família: a família é uma associação na

¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*. *Responsabilidade Civil na relação paterno-filial*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=66> Acesso em: 25/março/2022.

¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*. *Responsabilidade Civil na relação paterno-filial*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=66> Acesso em: 25/março/2022

qual alguém tem poder sobre outrem, restando saber, primeiro a quem e por que se deve esse poder e, segundo, se a família não pode ser uma associação baseada em outra coisa que não a dominação ou a dependência¹⁸.

Vale por fim dizer que, antigamente, na concepção tradicional de família, o *pater*, tinha obrigações, mas tinha também poder suficiente para arbitrar quais seriam essas obrigações, já que era senhor de suas mulheres e de seus filhos.¹⁹ Diferentemente, nas concepções mais modernas de família – período moderno - os pais possuem deveres que independem da sua vontade, porque cabe ao Estado determiná-los.

A Concepção Jusnaturalista de Família

O mundo moderno foi o precursor das grandes transformações no que tange à família. De forma lenta, porém progressiva, passou a dar tratamento igualitário no espaço familiar a homens e mulheres.

Um dos grandes nomes do jus-naturalismo foi Alfred Dufour, que demonstrou em seu estudo a colaboração jusnaturalista na seara familiar, na medida em que mostrou a inovação de tal corrente em relação a concepção dos direitos entre os integrantes da família: seja a relação entre homem e mulher, bem como entre pais e filhos, porém com menor enfoque na segunda.

Argumenta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka sobre a correlação entre o jusnaturalismo versus responsabilidade civil paterno filial:

No que respeita à relação paterno-filial, por outra parte, nota-se que as mudanças serão também visíveis, embora se mostrem menores do que a relativa equalização de direitos ou de autoridade entre homem e mulher. Todavia, apesar do seu menor peso, dar-se-á igualmente, nesta circunstância relacional, uma mudança suficiente para caracterizar, enfim, a concepção da relação entre pais e filhos como uma relação na qual sempre haverá uma responsabilidade dos pais em relação às necessidades dos filhos, a ponto de se poder dizer que é aí que nasce,

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial. Responsabilidade Civil na relação paterno-filial*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=66> Acesso em: 25/março/2022

¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial. Responsabilidade Civil na relação paterno-filial*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=66> Acesso em: 25/março/2022

propriamente, uma concepção articulada de responsabilidade civil na relação paterno filial.

Esta interferência do jusnaturalismo moderno na reformulação da concepção em tela, ocorrida nos séculos XVII e XVIII, fez com que se realizasse, aos poucos, a noção propriamente jurídica de responsabilidade-que se desenvolve até se tornar responsabilidade civil, no início do século XIX- e também porque é aí, na modernidade, que a condição jurídica dos filhos dentro da família passa a ser apresentada segundo critérios que se pretendem racionais ou científicos, para além dos antigos critérios do costume²⁰.

Assim, se o filho nasceu por causa dos pais, que o procriaram, cabe aos pais a responsabilidade pelas necessidades de sua prole, não só sob o aspecto material, mas, sobretudo, na formação da sua personalidade.

A Concepção Contemporânea

Predomina na essência da pós-modernidade, em sociedades como a nossa que, “a própria criança ou jovem, sempre, que deve ter precedência na determinação do seu destino²¹”, independente de estar sob o poder familiar, ou até mesmo sob a dependência do Estado.

Cabe ainda anotar o entendimento de Andrade a respeito do tema:

Pais e Estado- assim como toda a sociedade, afinal – não podem, em momento nenhum, tratar a criança como coisa só pelo fato de ser ela sem experiência ou sem atividade produtiva, sem maturidade espiritual ou sem autonomia material. A criança, apesar de seu estado de extrema e concreta dependência, é um ser humano como qualquer outro, é um ser desejante e emotivo como qualquer outro, que sente dor diante da crueldade alheia e revolta por não lhe ser concedida a liberdade que é capaz de administrar sozinha. E é por ser dotada desse desejo e dessa necessidade que a criança, enfim, é dotada de dignidade e assim deve ser respeitada. Não respeitar essas necessidades e negar a relevância do desejo é tratar a criança como coisa, é efetivamente ser violento com ela, o que afasta, em definitivo, qualquer relação ética com a criança²².

Diante do exposto, conclui-se que, a responsabilidade dos pais perante

20 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*. *Responsabilidade Civil na relação paterno-filial*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=66> Acesso em: 25/março/2022

21 LOBÔ, Paulo Luiz Neto, cap. Referente ao Poder familiar, da obra coletiva coordenada por Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, denominada *Direito de família e o novo Código Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

22 ANDRADE, F. D. “Sobre ética e ética jurídica”, Disponível em: [http:// sites.uol.com.br/grus/eej.htm](http://sites.uol.com.br/grus/eej.htm) Acesso em: 25/março/2022.

seus filhos deve ser analisada não só numa perspectiva jurídica, mas também sob o prisma da ética.

Feitas tais considerações, cumpre analisar o instituto da responsabilidade civil.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Da Origem e do Conceito da Responsabilidade Civil Paterna

A ideia de responsabilidade paterna é recente. Não há que se falar na sua existência à época em que imperou a concepção patriarcal na seara familiar. Isso porque o mundo antigo concebeu deveres aos chefes de família; contudo, o *pater* também dispunha de poder suficiente para arbitrar quais seriam suas obrigações, já que era o senhor absoluto do lar. No cenário atual, ter responsabilidade independe da vontade e da disposição dos pais. É o Estado que determina, em razão das exigências sociais, o que deverão cumprir.

A palavra responsabilidade tem origem no vocábulo responsável, do latim *'respondere'*, que tem o significado de responsabilizar-se, garantir, assumir os atos praticados ou responder pelas ações de outrem. O termo civil é relativo às relações estabelecidas entre os cidadãos, das quais resultam em direitos e obrigações.

Assim pode-se definir responsabilidade civil como sendo, segundo Maria Helena Diniz:

Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal²³.

Desta forma, no que tange a responsabilidade civil, pode-se concluir que tal instituto é decorrência direta do princípio que estabelece que aquele que causar dano a outra pessoa, seja ele moral ou material deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano.

²³ DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.117.

Espécies de Responsabilidade Civil

O instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro sofreu algumas alterações em face das exigências sociais apresentadas ao experimentar a vivência das mais variadas situações.

O Código de 1916 explanou tal instituto no seu artigo 159, trazendo em seu bojo a chamada responsabilidade civil subjetiva que é inteiramente ligada à idéia de culpa, na medida em que a obrigação de indenizar surge com prática de uma conduta culposa pelo agente, causadora de dano à vítima.

Tal regra fora mantida pelo Código de 2002, ao trazer em seu artigo 186 estabelecendo que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Segundo o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves:

Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano. Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Essa teoria, também chamada teoria da culpa, ou ‘subjetiva’, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser ‘subjetiva’ a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa²⁴.

De acordo com a teoria da responsabilidade subjetiva, para que surja o dever de indenizar ao agente, é necessário que a vítima comprove ter este agido de forma voluntária, com imprudência, negligência ou imperícia.

A responsabilidade civil subjetiva possui como elementos fundamentais para a sua caracterização: a ação ou omissão do sujeito ativo; a vítima como sujeito passivo; a existência de um dano sofrido por essa vítima; bem como o

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p.21, 7ed., atual.e amp. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

nexo de causalidade entre o causador do dano e a vítima, desde que verificado culpa ou dolo do agente.

Ainda sobre o instituto, ensina Sílvio Rodrigues que:

Se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de “culpa” e que de acordo com o entendimento clássico “a concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente”. De modo 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”²⁵.

Contudo, ainda que subsista a ideia de responsabilidade em decorrência de culpa, atualmente essa não é a única regra existente no código brasileiro que adotou, também, a noção de responsabilidade objetiva.

A responsabilidade objetiva surgiu em decorrência das vivências experimentadas pela sociedade que não mais conseguia suprir todas as suas necessidades exprimidas apenas no conceito subjetivista da culpa.

Conforme elucida Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano:

Todavia, a teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da vida em comum, na imensa gama de casos concretos em que os danos se perpetuavam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento anímico. Assim, num fenômeno dialético, praticamente autopoietico, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado²⁶.

O Código Civil trouxe em seu artigo 927 a ideia de responsabilidade objetiva, dispondo que:

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

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

²⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil vol. IV p.11, 9. ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p.12.*

²⁶ *Ibidem*, p. 13.

Carlos Roberto Gonçalves a respeito da inovação trazida pelo referido artigo, aduz que:

A inovação constante no parágrafo único do art. 927 do Código Civil será significativa e representará, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para o direito de outrem, da forma genérica como consta no texto, possibilita ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável²⁷.

Assim, denota-se que a responsabilidade objetiva abstrai a idéia de culpa, bastando para que surja o dever de indenizar a correspondência causal entre o dano experimentado pela vítima e a conduta do agente. Em determinados casos, a culpa não prescinde de prova ou será presumida.

No que tange esta ideia, afirma Carlos Roberto Gonçalves que: “Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida”²⁸.

A responsabilidade objetiva veio para amenizar a diferença consubstanciada no poder de produzir provas entre as partes, na medida em que o cidadão comum se via extremamente vulnerável diante do Estado que, inegavelmente apresentava-se muito mais forte em relação aquele. Assim, com base na ‘equiparidade entre as armas’ é que surge a responsabilidade objetiva, devendo a entidade estatal provar sua inocência ao invés da vítima provar sua culpa.

Assim, para incorrer na responsabilidade objetiva, basta somente a existência denexo causal entre a conduta danosa e a lesão.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7.ed.atual.e amp. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

²⁸ *Ibidem*, p.18.

Conforme explica Sílvio de Salvo Venosa:

Na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano em detrimento do dolo ou da culpa. Desse modo, para o dever de indenizar, bastam o dano e o nexa causal, prescindindo-se da prova da culpa²⁹.

Dito isto, cabe ainda salientar que a teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se visivelmente interligada ao conceito da teoria do risco, uma vez que esta defende que todo aquele que desempenha atividade em que haja risco de causar dano a outrem, deverá repará-lo mesmo que o agente não tenha agido com culpa, bastando à comprovação da relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, surgindo com isto o dever de indenizar.

A respeito da teoria do risco, Sílvio Rodrigues explica que:

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito a ser indenizada por aquele³⁰.

Por meio de tal teoria, evidencia-se que o dever de reparar o dano advém do fato da atividade desempenhada pelo agente poder causar prejuízo a outrem, e diante disso, deverá então sustentar o risco e arcar com o dano que eventualmente ocorra, mesmo que esteja isento de culpa, pois a responsabilidade é fruto do risco criado pela atividade que desempenha e não da culpa.

Ademais, pode-se citar, também, como espécies de responsabilidade civil aquela decorrente de um contrato (contratual) ou não (extracontratual), bem como as chamadas responsabilidade direta e indireta.

A responsabilidade contratual decorre da celebração prévia de um contrato entre as partes, cabendo àquele que descumprir o que fora estipulado,

29 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil : Teoria das Obrigações e Teoria Geral*, 2003, p.18.

30 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil vol. IV*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.10.

ou seja, àquele que violar uma de suas cláusulas, a indenizar a vítima pelo dano ou prejuízo, conforme determina o artigo 389 do Código Civil ao dispor que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos [...]”. Sílvia Rodrigues afirma que:

A responsabilidade contratual cria obrigação de indenizar para aquele que não cumpriu sua parte no contrato, ocasionando prejuízo a outra parte, pois “na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção³¹”.

Assim, para haver responsabilidade contratual deverá existir anteriormente ao dano um contrato preestabelecido entre as partes, cabendo o ônus da prova a quem alega o seu inadimplemento. O dever de ressarcir é decorrente da existência de um dano causado à vítima, ou seja, advém do fato dela ter de suportar um determinado prejuízo em virtude de seu descumprimento e não só pelo descumprimento em si. Porém, no caso do inadimplente do contrato comprovar que não o cumpriu em razão da ocorrência de uma das excludentes da responsabilidade, ficará isento da obrigação de reparar o dano, conforme demonstra o artigo 393 do Código Civil ao determinar que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Já a responsabilidade extracontratual prescinde da existência de vínculo anterior ao fato gerador do dever de indenizar, bastando para tanto, que haja a inobservância de uma obrigação contida numa norma legal, causando tal violação um dano à vítima. Nomeia-se, também, essa responsabilidade de Aquiliana, pois é oriunda da *lex Aquilia*, sendo esse o diploma precursor da ideia de insurgir em responsabilidade aquele que comete dano a outrem mesmo sem contrato prévio.

Conforme ensinamento de Sílvia de Salvo Venosa:

³¹RODRIGUES, Sílvia. *Direito Civil vol. IV, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.09.*

[...] lex Aquilia é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a principio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação do Lex Aquilia o principio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem de responsabilidade extracontratual. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade³².

Pode-se ainda, a respeito do assunto, diferenciar responsabilidade direta e indireta. Diz que a responsabilidade é direta quando o ato gerador do dano é praticado pelo agente, devendo o próprio responder pelas consequências daquilo que deu causa. É também chamada de simples ou por fato próprio, já que deriva de fato causado diretamente pelo agente que gerou o dano. Maria Helena Diniz afirma que a responsabilidade será direta se “se proveniente da própria pessoa imputada – o agente responderá, então, por ato próprio [...]”³³.

No que tange a responsabilidade indireta, Maria Helena Diniz ensina que indireta ou complexa “se promana de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda.”³⁴

Desta forma, será indireta a responsabilidade quando o ato que provoca o dano é praticado por terceiro, não sendo contudo esse quem responde pelo dano que provocou, mas sim aquela pessoa considerada juridicamente responsável por ele ou por seus atos. Pode estar vinculado a pessoa ou coisa sob a guarda da pessoa responsabilizada.

Dos Pressupostos da Responsabilidade Civil

Em relação aos pressupostos da responsabilidade civil, há na doutrina divergência sobre quais são eles. Para Sílvio de Salvo Venosa, a culpa é

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria das Obrigações e Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 2003, p.18-19.

³³ DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.120.

³⁴ DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.120.

considerada como um quarto requisito para a incidência do referido instituto, diferentemente é a posição de Maria Helena Diniz que não a considera como pressuposto em virtude da adoção pelo Código Civil de 2002 ,em seu artigo 927 ,da denominada responsabilidade objetiva.

Dito isto, podem-se listar como elementos genéricos da responsabilidade civil: a conduta humana (ação ou omissão), o nexo causal, e o dano.

Da Conduta Humana

No que diz respeito à responsabilidade civil, pode-se definir como conduta humana, a ação ou omissão que causa dano ou prejuízo a outrem, sendo este ato gerador do dever de indenizar praticado pelo próprio agente ou por terceiro que está sob sua responsabilidade.

Maria Helena Diniz define conduta humana como sendo:

O ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, [...] que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”. Afirma ainda que a ação ou omissão que gera a responsabilidade civil pode ser ilícita ou lícita e que a “responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, [...] principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos”. E continua sua lição afirmando que o comportamento pode ser comissivo ou omissivo, sendo que a “comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.³⁵

A conduta humana danosa deve ser a causa eficiente da produção do dano, formando o nexo de causalidade, como se verá a seguir.

Nexo de Causalidade

Para que seja configurada a responsabilidade civil, é indispensável a presença de nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

35 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Vol.7. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.37.

É a relação de causalidade pressuposto fundamental para a caracterização do presente instituto, na medida em que só cabe falar em direito à indenização se o prejuízo suportado pela vítima foi ocasionado por ato do agente.

A respeito do assunto, Sílvio de Salvo Venosa ensina que:

O conceito de nexu causal, nexu etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexu causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexu causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida³⁶.

Assim, inexistindo nexu causal entre a conduta e o dano, não se configura a responsabilidade.

Dano

A conduta do agente para ensejar o direito à reparação deve ocasionar um dano, prejuízo a vítima. Não há que se falar em responsabilidade civil sem a ocorrência de tal pressuposto.

O direito a reparação do dano é contemplado na Constituição Federal de 1988 que dispõe em seu artigo 5º, inciso X, tal garantia fundamental:

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 igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

Conforme garante a Carta Magna, surge o dever de indenizar ao agente que pratica uma conduta lesiva, a qual acarreta certo prejuízo à vítima, seja no aspecto moral ou patrimonial.

36 VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 3.ed. São Paulo: Atlas. 2003, p. 39.

Sílvio de Salvo Venosa brilhantemente explica que:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima³⁷.

Assim, cumpre dizer que a responsabilidade civil somente se verificará caso seja demonstrada a ocorrência do dano injusto, certo e efetivo, uma vez que ninguém deverá ser responsabilizado por danos que supostamente teriam sido acarretados ou sequer concretizados.

Deve-se, assim, ficar evidenciada uma lesão a um bem ou direito, implicando numa perda ou redução do patrimônio material ou moral do lesado em virtude da prática de ato lesivo pelo agente, o que gera, desse modo, o direito daquele em ser ressarcido e, retorne, assim, a sua situação anterior à ocorrência do dano ou para que seja compensado caso não exista possibilidade de reparação.

Ademais, como se percebe, o dano pode ser material ou moral. Será material o dano que causa destruição ou diminuição a um bem de valor econômico e moral se o bem lesionado diz respeito a direitos da personalidade (vida, honra, integridade moral, intimidade), sendo difícil de ser mensurado, já que não pode ser quantificado com exatidão a real extensão do prejuízo à vítima, que não poderá com a simples indenização retornar ao seu estado anterior, mas servirá para amenizar o seu sofrimento.

Nesse diapasão, válida é a discussão da incidência da responsabilidade civil na seara familiar, em especial atenção a incidência do dano moral em virtude do abandono paterno-filial.

37 VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28.

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A responsabilidade civil extrapatrimonial tem como eixo central a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana e está prevista na parte geral do Codex, que por meio de normas gerais alcançam as mais variadas relações civis tratadas por tal diploma, respeitando sempre os preceitos da Constituição Federal.

Desta forma, inegável é a aplicação da responsabilização na seara familiar, principalmente no que tange às relações parentais em virtude das obrigações oriundas do exercício do poder familiar.

Assim, descumpridos os deveres impostos tanto pela Constituição em seus artigos referentes à família, bem como os trazidos em diploma específico, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, surge àquele que causou comprovadamente um dano injusto, a responsabilidade de arcar com as consequências, tratando nesse caso, mais especificamente, da responsabilidade civil pelo abandono afetivo.

Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo

Pressupostos da Responsabilidade por Abandono

Para que seja caracterizada a responsabilidade civil, indispensável se faz a presença de seus requisitos: conduta comissiva ou omissiva, nexo causal, dano e culpa.

No que tange a responsabilidade decorrente do abandono, o dano é moral, porque se refere a um direito de personalidade e não a um mero prejuízo patrimonial, ou seja, atributo pessoal da dignidade humana, devendo este ser

comprovado através de perícia técnica, merecendo todo o cuidado a fim de que não se torne uma medida arbitrária.

Ademais, é necessária a comprovação da culpa do genitor não-guardião, que é omissivo quanto ao seu dever de assistência imaterial originário do poder familiar, agindo, desse modo, de maneira negligente quando se nega a acompanhar o desenvolvimento da personalidade de seu filho, na medida em que lhes falta na sua criação e convívio. Com tal comportamento, o pai acaba por obstaculizar o crescimento saudável do menor.

Contudo, há que se ressaltar que, em alguns casos, não se deve falar em culpa propriamente dita, uma vez que estão presentes significativos impedimentos que obsta tal convivência.

Giselda Hironaka³⁸ cita alguns exemplos, tais como: a situação das famílias de baixa renda, onde os genitores possuem domicílios fixados em locais distantes (até outros estados, países); por motivo de doença do genitor, que para proteger os filhos e não colocá-los em risco, opta por se afastar ou; no caso bastante comum do genitor-guardião criar obstáculos para que o outro genitor conviva com a prole, distanciando os filhos do pai intencionalmente.

Em relação ao nexo de causalidade, é necessária a verificação de liame entre dano e culpa, tendo em vista que a teoria que permeia a responsabilidade por abandono afetivo é a subjetiva. Em razão disso, a perícia deverá indicar não somente a conduta omissiva do genitor não-guardião e os danos sofridos pelo abandono, mas também a fixação do momento em que se deu início tais sintomas. Isso porque o pai é isento de responsabilidade, isto é, não é culpado, quando é demonstrado que o dano é anterior ao abandono. Caracterizados os pressupostos, nítida é a responsabilidade originária do dever de indenizar.

38 HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes. *Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo*. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p 141.

Responsabilidade Civil por Abandono e o Dever de Indenizar

O abandono afetivo pode ser configurado quando há um comportamento omissivo, contraditório ou de ausência de quem deveria exercer a função afetiva na vida da criança e do adolescente³⁹, pois a missão dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais.⁴⁰

Em muitas ocasiões, percebe-se que o abandono dos pais para com seus filhos é resultado direto da confusão feita por aqueles entre as obrigações decorrentes do casamento, daquelas que se originam da paternidade/maternidade. Há, contudo, uma clara distinção entre as relações conjugais e parentais, uma vez que a dissolução do casamento não exime o dever do casal em relação a sua prole.

Maria Celina Bodin de Moraes, explica de forma memorável que:

De fato, há duas relevantíssimas diferenças entre relações conjugais e as relações parentais. A primeira é que as relações conjugais se dão entre pessoas presumidamente iguais, emancipadas, aptas para exercerem autonomamente a sua liberdade; as relações parentais, diversamente, ocorrem entre pessoas em situação essencialmente desigual, uma das quais é vulnerável e dependente. A segunda diferença é que a relação conjugal é dissolúvel, mediante a separação e o divórcio, enquanto na relação parental o vínculo é tendencialmente indissolúvel. Estas diferenças refletem-se na distinção de tratamento que se deu à responsabilidade civil nas relações familiares. Assim, na relação conjugal, os princípios da liberdade juntamente com o da igualdade se sobrepõem ao vínculo (esvaziado de conteúdo) de solidariedade familiar, garantindo a ausência de reparação – por não haver propriamente dano moral indenizável – nas hipóteses de infidelidade, abandono do lar, descumprimento de débito conjugal, e desassistências semelhantes, podendo-se contar apenas com a sanção específica da separação judicial ou do divórcio; já na relação parental, o princípio da solidariedade, juntamente com o princípio da integridade psicofísica das crianças e dos adolescentes, poderá dar azo ao dano moral quanto tiver havido abandono completo por parte do genitor biológico e ausência de figura parental substituta.⁴¹

³⁹ CYSNE, Renata Nepomuceno e. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, In: LUZ Antônio Fernandes da e BASTOS, Ferreira Eliene (coords). *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.70.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005, p. 70.

⁴¹ MORAES. Maria Celina Bodin de. *Danos Morais em Família? Conjugalidade, parentalidade*, In SILVA, Tânia da; PEREIRA, Rodrigo

Desta forma, claro está que o poder-dever familiar subsiste independente da dissolução do casamento, uma vez que a responsabilidade dos pais para com os filhos não surge do vínculo conjugal, mas sim com o advento da paternidade/maternidade.

Afirma Cláudia Stein Vieira acerca do assunto:

Devem os genitores, solteiros, casados, separados, divorciados ou viúvos, ter a exata consciência de seu mister como pais e educadores de cidadãos do futuro, sendo certo que atos por ele praticados poderão gerar graves prejuízos em face desses filhos. Nesse sentido, a tão debatida questão acerca dos genitores que não visitam seus filhos, a ele negando a mínima atenção. Há que se desvincular a imagem do douto genitor, por vezes fonte de dissabores, e ter ciência que as crianças e os adolescentes não podem padecer em virtude de sentimentos menores de adultos que têm a obrigação de estar preparados para exercer a paternidade/maternidade ou de encontrar meios para fazê-lo⁴².

Reforçando a ideia de que o dever dos pais vai muito além de assistir os filhos materialmente, advém a responsabilidade para com o desenvolvimento da personalidade da criança e preservação da sua dignidade como pessoa humana, uma vez que cabe aos seus responsáveis lhes propiciar o amparo afetivo, bem como dar a assistência moral e psíquica, em respeito à honra, a dignidade desses seres vulneráveis que devem ser plenamente protegidos.

Daí, pode-se concluir que, independente das novas escolhas amorosas, o vínculo da parentalidade se manterá indissociável, mantendo-se intacto todos os deveres oriundos do *múnus* resultante do poder-dever familiar.

Nesse contexto, na hipótese de inobservância das obrigações paterno-filiais com reflexos graves ao infante de ordem psíquico-moral em virtude da omissão/abandono, será possível falar em dano moral indenizável.

É o que ensina Maria Celina Bodin de Moraes:

da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p.200.

42 VIEIRA, Cláudia Stein. *Direito e Responsabilidade*, In HIRONAKA, Giselda. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p 47-48.

Como em todas as demais relações jurídicas, também nas relações familiares, onde ocorrer lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade familiar, terá ensejo o dano moral indenizável. Em havendo conflito entre os princípios mencionados, será imprescindível, como já se teve ocasião de afirmar, ponderar os interesses de cada uma das partes, para verificar que princípio concretamente, terá mais peso⁴³.

Conforme explana Eliene Ferreira Bastos em sua obra, a indenização pelo abandono afetivo tem função dissuasória:

Com efeito, a função da indenização do dano moral visa à compensação, à punição e à inibição, ou seja, a função dissuasória da prática do ato.

Não se trata de 'dar preço ao amor' - como defendem os que resistem ao tema em foco, tampouco de 'compensar a dor' propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e para outros, que esta conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave⁴⁴.

Ademais, a indenização por dano moral visa punir ou não incentivar, ou até mesmo impedir a negligência dos pais em relação às obrigações oriundas da maternidade/paternidade. Tem em seu bojo, inclusive, um papel pedagógico, servindo de lição e alerta àqueles que não possuem consciência da responsabilidade que é ter um filho. De acordo com Eliene Ferreira Bastos:

A dor do vazio é o dano indenizável. A ausência do exercício da parentalidade e os prejuízos que se desdobram a partir daí para a pessoa da criança e do adolescente devem ser reparados. Assim como a conduta de abandonar, tido como anti-social, deve ser punida⁴⁵.

Por fim, ressalta-se que é nítida a importância do papel dos pais como orientadores de seus filhos, sendo estes imprescindíveis na formação de sua personalidade, comprovando-se tal assertiva na medida em que se torna aparente e de fácil identificação a distinção, em muitas ocasiões, do indivíduo que cresceu sem afeto, apoio, respeito e cuidado de sua família, daquela criança

43 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos Morais em Família? Conjugalidade, parentalidade..in A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*, coord: Tânia da Silva e Rodrigo da Cunha Pereira, p.186.

44 BASTOS, Eliene Ferreira. *A responsabilidade civil pelo vazio do abandono. Família e Jurisdição II. Belo Horizonte: Del Rey/IBD-FAM, 2002 p.75.*

45 *Ibidem*, p.78.

amparada emocionalmente pelos seus genitores, pois como seres dotados de sentimentos e fragilidade, acabam por refletir em suas relações aquilo que lhes foi transmitido, ou melhor, passa a exteriorizar tudo aquilo que lhe faltou. Assim, é evidente que, ao crescer em um ambiente carente de manifestações de afeto, há grandes chances de se tornar um adulto frio e, provavelmente, transmitirá tal comportamento a seus descendentes, que poderão também sê-los, tornando-se um círculo sem fim, que só acabará quando as pessoas compreenderem o verdadeiro significado das suas atitudes e encarar o outro, ainda mais sendo seu filho, com amor.

Para aqueles mais legalistas, que não conseguem perceber o aspecto moral e social que tem a condenação dos pais pela atitude arbitrária e egoísta em negar afeto aos seus filhos, este direito tem como fundamento central o art. 227, da Constituição Federal, na qual determina que é dever da família, junto com a sociedade e o Estado, propiciar à criança e ao adolescente o convívio familiar, para assim se alcançar a tão esperada dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CF/88).

Neste propósito, afirma Edlla Pereira que “o pai que não exteriorizar o afeto em favor de seu filho desrespeita um dever de ordem moral, mas afronta, sobretudo, a ordem legal⁴⁶”.

Precedentes de Indenização por Abandono Afetivo

Em consequência do vasto entendimento doutrinário no sentido de ser possível o cabimento da indenização pelo dano moral sofrido nas relações de família, e no caso em específico, no que tangencia ao abandono por parte do ascendente de seu descendente, tem-se verificado manifestações jurisprudenciais nesta linha de entendimento.

46 GOMES, Edlla Karina. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>> Acesso em: 25/04/2022.

Cabe aqui transcrever um trecho do voto que serviu de inspiração para muitos outros julgamentos: o voto do juiz Unias Silva, que foi proferido ao julgar uma ação indenizatória por abandono moral e afetivo:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente 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 grave⁴⁷.

O argumento central das demandas que pleiteiam a reparação do dano por abandono afetivo diz respeito à violação do dever de assistência moral, afetiva e psíquica que têm os pais em relação a seus filhos. Assim, ao negligenciarem e deixarem de conviver com a prole, poderão desenvolver no menor um sentimento de intensa rejeição, causando grave prejuízo emocional a este, que poderá se tornar um adulto problemático no futuro em decorrência do abandono.

Neste sentido, afirma Rolf Madaleno:

A desconsideração da criança e do adolescente no âmbito de suas relações, ao lhes criar inegáveis carências afetivas, traumas e agravos morais, cuja gravidade se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim, padece com o injusto repúdio público que lhe faz o pai, deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental, privando o descendente de um espelho que deverá seguir e amar.⁴⁸

O pedido, que encontra subsídio em diversos diplomas legais, vem sendo geralmente fundamentado nas seguintes disposições legais: alega-se violação, na Constituição Federal, aos art. 226, §7º, 227 e 229; no Código Civil, ao art. 1.634, I e II; no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/900, art. 3º, 4º e 22), bem com aos princípios constitucionais da paternidade responsável e

47Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Ap. Cível n. 408.550-5, relator desembargador Unias Silva, 7ª Câmara Cível, TJMG, j. DJMG 29/04/04) (Reformada pelo STJ em 29.11.05 - Resp. nº 757411/MG).

48 MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 311-312.

da dignidade da pessoa humana.

Vale aqui observar que há entendimento contrário a esta posição, alegando aqueles que não vislumbram o direito à indenização por abandono afetivo à insuficiência de elementos caracterizadores da responsabilidade civil, uma vez que não há que se falar em dano por falta de amor, não cabendo impor a ninguém o dever de amar, sendo desprovido o afeto de valor monetário. Tal pensamento foi o pilar da modificação em segunda instância da decisão proferida na supracitada ação. O Superior Tribunal de Justiça, através do REsp nº 757.411, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, afastou a decisão do tribunal mineiro, “sob a alegação de que a punição para um pai abandonônico deve ser a destituição do poder familiar (deixar de ser pai), já que não se pode obrigar um pai a amar o seu filho.”

A respeito da desacertada modificação, cabe impor algumas reflexões. Primacialmente, é imprescindível lembrar que a condenação do genitor não-guardião pela ausência na formação e desenvolvimento do filho tem caráter reparatório e pedagógico, visando desincentivar que outros pais venham a proceder de modo semelhante. Não se fala em momento algum em vingança ou imposição ao pai em amar o filho.

Desse modo, o que se busca com a indenização, não é a reconstituição do laço afetivo entre o pai e o filho abandonado, muito menos que o Judiciário ao decidir vá lhe tornar afetuoso, zeloso. Busca-se fazer valer e conscientizar que esta postura do não-guardião fere a nossa Carta Magna, na medida em que se desrespeitam os deveres de guarda, educação, criação da prole, pois de nada adianta estar previsto esta obrigação, sem impor uma sanção a quem descumpri-la, devendo assim ser coibido e punido tal comportamento que destoa dos padrões éticos e morais enraizados na sociedade. A justiça não pode esquecer que é através dela que a sociedade vai dar uma resposta para os casos

de abandono moral e afetivo dos filhos, sob pena de tornar o direito apenas uma realidade abstrata.

Assim, Rodrigo Pereira da Cunha afirma que:

[...] não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafio devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas a sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente⁴⁹.

Afinal, “nem só de pão vive o homem”, na sua humanidade, que reclama, além da nutrição alimentar, respeito à sua dignidade, com envolvimento de afeto, cuidado e respeito.

No mais, convém ressaltar que o entendimento jurisprudencial mais recente do STJ é no sentido de reconhecer o direito indenizatório apenas quando evidenciado graves consequências psicológicas e problemas de saúde em razão do abrupto rompimento da relação paterno filial (<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21022022-Pai-e-condenado-a-pagar-R--30-mil-de-danos-morais-por-abandono-afetivo-da-filha.aspx>).

Outrossim, destaca-se o Enunciado Doutrinário do IBDFAM nº 8 sobre a temática (https://ibdfam.org.br/upload/ebook/ebook_enunciados.pdf):

“Enunciado 08 – O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado. O dever de convivência familiar é uma garantia constitucional. A tese do abandono afetivo foi idealizada por Rodrigo da Cunha Pereira, como forma de assegurar a efetivação deste direito consagrado no artigo 227 da CF e este Enunciado reforça o entendimento do IBDFAM sobre o tema. A tese de Rodrigo da Cunha Pereira foi recepcionada no Judiciário e o STJ chegou a firmar posicionamento favorável à atribuição de indenização por danos morais na hipótese de abandono afetivo, refluindo da decisão anterior, que chegou a afirmar que não seria possível monetizar o afeto. Contudo, importante atentar para o fato de que o abandono afetivo é passível de indenização pelo descumprimento de um dever jurídico, motivo pelo qual é perfeitamente cabível a atribuição de indenização.”

⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 28/abr./2012.

Novas Modalidades de Responsabilização por Abandono Afetivo

Ainda, importantes avanços tem-se notado sobre a ampliação da responsabilização pelo abandono em outras situações jurídicas familiares, ganhando destaque o entendimento acerca do chamado “abandono afetivo inverso”.

Sobre o tema, destaca-se o Enunciado nº 10 do IBDFAM:

Enunciado 10 – É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos. [...] Em um segundo momento, passou-se a aventar sobre a possibilidade do chamado abandono afetivo inverso, ou seja, o questionamento quanto ao abandono dos pais idosos pelos seus filhos. A necessidade de tutela do cuidado com os idosos vem sendo cada vez mais suscitada (na doutrina brasileira, o cuidado é bem delineado por, entre outros, Tânia da Silva Pereira). Essas matérias vêm ganhando relevância no âmbito doutrinário e aparecem, ainda que de forma embrionária, em pioneiras decisões judiciais. A preocupação com os idosos vem reforçada com a aprovação do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), o qual lança luz sobre a necessária proteção e atenção em relação às pessoas idosas. Nessa perspectiva, uma leitura do Direito brasileiro a partir da Constituição Federal, do Código Civil e do Estatuto do Idoso tem fomentado a complexa situação do abandono afetivo dos idosos. Imerso nesta perspectiva é que se encontra o referido Enunciado. Ainda se trata de um tema relativamente recente, o qual pode ser impactado pelo crescente número de idosos na sociedade brasileira, conforme demonstram os últimos dados censitários. Muitos desses idosos sofrem com uma vulnerabilidade social, financeira e até afetiva, o que justifica a preocupação com o chamado abandono afetivo inverso, externada no Enunciado.

Uma outra pauta que exsuge no debate acadêmico e foi consolidada no Enunciado nº 34 do IBDFAM diz respeito à possibilidade de relativizar a obrigatoriedade de os filhos prestarem alimentos aos pais na hipótese em que ficou constatado o abandono afetivo ao tempo em que era menor incapaz. Nesse sentido:

Enunciado 34 – É possível a relativização do princípio da reciprocidade, acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos, nos casos de abandono afetivo e material pelo genitor que pleiteia alimentos, fundada no princípio da solidariedade familiar, que o genitor nunca observou. O tema da obrigação alimentar retorna na preocupação contida no

Enunciado 34 acerca do dever de prestar alimentos em situações nas quais foi configurado abandono afetivo e material pelo genitor que pleiteia alimentos. O entendimento que foi acolhido quando da apreciação do Enunciado é no sentido de ser possível a relativização do princípio da reciprocidade, acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos, em situações nas quais o genitor nunca observou a solidariedade familiar. Dito de outro modo, a configuração de abandono afetivo e material durante o período que antecede a maioridade dos filhos, vale dizer, durante a fase de exercício da autoridade parental, autoriza, excepcionalmente, afastar o dever de prestar alimentos dos filhos em benefício do genitor

Há inclusive, recente jurisprudência do STJ envolvendo abandono afetivo no contexto da desistência da adoção:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO DEPOIS DE LONGO PERÍODO DE CONVIVÊNCIA. RUPTURA ABRUPTA DO VÍNCULO AFETIVO. DANO MORAL CONFIGURADO. REVISÃO DO “QUANTUM” COMPENSATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR QUE NÃO É EXORBITANTE. SÚMULA 07/STJ. 1. Controvérsia acerca do cabimento da responsabilização civil de casal de adotantes que desistiram da adoção no curso do estágio de convivência pelo dano moral causado ao adotando. 2. Fundamentação recursal deficiente em relação aos artigos 46, 47 199-A, da Lei n.º 8.069/90, por ausência de correlação destes dispositivos com os fundamentos desenvolvidos, atraindo o óbice do enunciado da Súmula 284/SSTF. 3. Questões submetidas ao Tribunal de origem que foram adequadamente apreciadas, não se evidenciando afronta aos artigos 489, § 1º, VI, e 1.022, II, do CPC. 4. Inviabilidade de reapreciação da alegação de incompetência absoluta do juízo, em razão da preclusão consumativa. Precedentes desta Corte. 5. Hipótese dos autos em que o adotando passou a conviver com os pretenso adotantes aos quatro anos de idade, permanecendo sob a guarda destes por quase oito anos, quando foi devolvido a uma instituição acolhedora. 6. Indubitável constituição, a partir do longo período de convivência, de sólido vínculo afetivo, há muito tempo reconhecido como valor jurídico pelo ordenamento. 7. Possibilidade de desistência da adoção durante o estágio de convivência, prevista no art. 46, da Lei n.º 8.069/90, que não exige os adotantes de agirem em conformidade com a finalidade social deste direito subjetivo, sob pena de restar configurado o abuso, uma vez que assumiram voluntariamente os riscos e as dificuldades inerentes à adoção. 8. Desistência tardia que causou ao adotando dor, angústia e sentimento de abandono, sobretudo porque já havia construído uma identidade em relação ao casal de adotantes e estava bem adaptado ao ambiente familiar, possuindo a legítima expectativa de que não haveria ruptura

da convivência com estes, como reconhecido no acórdão recorrido.
9. Conduta dos adotantes que faz substanciado o dano moral indenizável, com respaldo na orientação jurisprudencial desta Corte Superior, que tem reconhecido o direito a indenização nos casos de abandono afetivo.
10. Razoabilidade do montante indenizatório arbitrado em 50 salários mínimos, ante as peculiaridades da causa, que a diferenciam dos casos semelhantes que costumam ser julgados por esta Corte, notadamente em razão de o adolescente ter sido abandonado por ambos os pais socioafetivos.
11. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

Vê-se, portanto, que a tendência no cenário jurídico é o reconhecimento da possibilidade de responsabilização pelo abandono afetivo, o que vem ao encontro do novo modelo de Estado Democrático Constitucional Fraternal, alicerçado na centralidade dos direitos fundamentais e na dignidade humana enquanto vetor máximo interpretativo de todo o ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família passou a ser encarado sob uma nova perspectiva, em que foram reformuladas suas antigas concepções, adotando-se atualmente uma visão mais moderna acerca da entidade familiar, deixando-se para trás o conceito limitado e tradicionalista da família.

A família de antigamente era constituída na ideia de casamento, permeada sob moldes patriarcais, com nítido interesse na procriação, e na perpetuação do patrimônio familiar. Contudo, ao longo do tempo, com a mudança dos valores enraizados no meio social, cada membro do grupo familiar passou a ser tratado como se fosse único, em respeito à dignidade inerente a cada ser humano, sendo todos vistos de forma igualitária pelo ordenamento pátrio. Tal transformação pode ser notada a partir do momento em que a Constituição deixou de proteger apenas as famílias constituídas pelo casamento, vindo a amparar também outras formações familiares, como a união estável e monoparental, demonstrando, assim, que para ser família prescinde da existência de vínculo conjugal, pois quando duas pessoas decidem se unir, criar laços entre si, não o fazem em nome do casamento, mas sim em nome do amor que sentem um pelo outro.

Ademais, houve na seara familiar, a equiparação entre filhos biológicos e socioafetivos, colocando, assim, um ponto final nas distinções e discriminação sofridas por aqueles que não podem responder pelos erros cometidos pelos seus pais.

Insta salientar, que o antigo pátrio poder foi substituído pela expressão “poder familiar”, na medida em que as responsabilidades sobre os filhos devem ser compartilhadas igualmente entre os pais, fazendo assim valer a máxima constitucional da igualdade entre o homem e a mulher quanto aos direitos

e obrigações em relação à prole, que deve receber ampla proteção de seus responsáveis, a fim de que possam desenvolver-se plenamente. Diante deste novo contexto, representado por um direito de família baseado na dignidade da pessoa humana, igualdade, do melhor interesse do menor, afetividade, não há como fechar os olhos às situações de abandono ocorridas no seio familiar. Percebe-se, contudo, que é comum deparar-se com inúmeros casos em que os pais fogem de suas responsabilidades e insistem em descumprir com os deveres inerentes a sua condição. Assim, o instituto da responsabilidade civil apresenta-se como a melhor saída para tornar o direito puramente abstrato em concreto, na medida em que se torna eficaz e atento à realidade, suprimindo as lacunas legislativas geradas pela falta de previsão legal de sanção cabível no caso de descumprimento do dever de convivência familiar previsto constitucionalmente, sendo a melhor resposta dada pela sociedade através do Judiciário, para aqueles que se omitem quando deveriam agir, e assim, merecem a reprovação e repúdio social.

REFERÊNCIAS

ANAIS do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

ANDRADE, F. D. "Sobre ética e ética jurídica", Disponível em: <[http:// sites.uol.com.br/grus/eej.htm](http://sites.uol.com.br/grus/eej.htm)> Acesso em: 15/março/2022.

BASTOS, Eliene. A responsabilidade civil pelo vazio do abandono, In: LUZ, Antônio Fernandes da (coords.). Família e Jurisdição II. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CYSNE, Renata Nepomuceno e. Responsabilidade Civil no Direito de Família, In: LUZ Antônio Fernandes da e BASTOS, Ferreira Eliene (coords). Família e Jurisdição II. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 25. ed. .São Paulo: editora?, 2006

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Álbum de família. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?34,8>>. Acesso em: 31/março./2022.

_____. Novos tempos, novos termos. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?23,8>>. Acesso em: 31/março/2022.

FREIRE. Denise Dias. O preço do amor. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=162>> Acesso em: 31/março/2022.

FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992.

GOMES. Eddla Karina. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>> Acesso em: 12/abril/2022

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2002. vol.4.

HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Responsabilidade Civil na relação paterno-filial. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=66> Acesso em: 25/março/2022.

LOBÔ, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Direito de Família e o novo Código Civil. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MADALENO, Rolf. Novas perspectivas no Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. A multa afetiva. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=52>> Acesso em: 31/março/2012.

O preço do afeto. In MADALENO, Rolf. Repensando o Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Conjugalidade, parentalidade. In A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais, coords: Tânia da Silva Pereira; Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização da família. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr + Rodrigo + da + Cunha.pdf](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr+Rodrigo+da+Cunha.pdf). Acesso em 31/03/2022.

_____. Afeto, responsabilidade e STF. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=553>> Acesso em: 15/abril/2022.

_____. Nem só de pão vive o Homem. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>> Acesso em: 25/abril/2022.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEREJO, Lourival. O afeto que se encerra. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=140>>. Acesso em: 12/abril/2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Cláudia Stein. Direito e Responsabilidade. In HIRONAKA, Giselda (coord.). 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Sobre a Autora

Alana Chama Castanheira

Formada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL/PR. É Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo-MPSP.

Índice Remissivo

A

adolescente 9, 18, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 48, 50, 51, 52, 57
autoridade 12, 13, 15, 32, 33, 56

C

casamento 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 48, 49, 58
constitucional 8, 9, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 54, 58
constituição 13, 17, 20, 56
criança 9, 18, 22, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 34, 48, 49, 50, 51, 52

D

dignidade 8, 10, 12, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 23, 26, 27, 29, 30, 34, 46, 49, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 59
direitos 9, 10, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 33, 36, 38, 43, 45, 46, 52, 57, 58

E

ECA 22, 26, 27
econômicos 13
educação 21, 26, 27, 30, 31, 53
extrapatrimonial 8, 10, 46

F

família 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 31, 32, 33, 34, 36, 46, 50, 51, 58, 59, 60, 61
familiar 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 61
famílias 20, 23, 47, 48, 58
filhos 9, 12, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 58

H

homem 12, 14, 15, 18, 29, 30, 32, 33, 54, 58

J

jurídica 8, 10, 17, 19, 20, 23, 34, 35, 60
jurídico 8, 9, 10, 12, 20, 22, 41, 42, 52, 54, 56, 57

L

legislativas 59

litígios 10

M

maternidade 8, 48, 49, 50

N

negligência 8, 10, 21, 27, 30, 37, 50

O

ordenamento 8, 9, 10, 12, 22, 56, 57, 58

P

pais 8, 9, 12, 21, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59

parental 8, 10, 48, 52, 56

paterna 8, 14, 16, 36, 52

paternidade 8, 19, 24, 25, 48, 49, 50, 52, 60

paterno-filial 2, 9, 10, 12, 32, 33, 34, 45, 52, 60

patrimonial 16, 36, 44, 45, 46

princípio 8, 10, 18, 20, 23, 24, 25, 29, 30, 32, 36, 48, 50, 55, 56

princípios 13, 14, 22, 25, 30, 48, 50, 52

R

responsabilidade 2, 5, 8, 9, 10, 11, 21, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 59, 60, 61, 63

responsabilidade civil 2, 8, 10, 11, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 50, 53, 59, 60

responsável 20, 25, 36, 42, 44, 52

S

sociedade 8, 9, 13, 14, 15, 18, 25, 26, 27, 30, 31, 34, 38, 51, 53, 54, 55, 59

socioafetiva 24

socioafetivos 21, 57, 58

solidariedade 14, 16, 21, 25, 48, 50, 55, 56

V

violência 21, 27, 30

