

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TESE DE DOUTORAMENTO

KARINE MOURA PINHEIRO

ABANDONO PARENTAL: o conteúdo dos deveres parentais e o papel da responsabilidade civil preventiva como garantia da eficácia diagonal dos direitos fundamentais na relação paterno-filial.

BELÉM

2025

KARINE MOURA PINHEIRO

ABANDONO PARENTAL: o conteúdo dos deveres parentais e o papel da responsabilidade civil preventiva como garantia da eficácia diagonal dos direitos fundamentais na relação paterno-filial.

Tese apresentada ao Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA), para obtenção do título de Doutora em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), na área de concentração Direitos Fundamentais, Concretização e Garantias.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal

BELÉM
2025

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)**

M929a Moura Pinheiro, Karine.

Abandono parental : o conteúdo dos deveres parentais e o papel da responsabilidade civil preventiva como garantia da eficácia diagonal dos direitos fundamentais na relação paterno-filial / Karine Moura Pinheiro. — 2025.
191 f.

Orientador(a): Prof^a. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal
Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2025.

1. Responsabilidade Civil. 2. Direitos Fundamentais. 3. Abandono Parental. 4. Deveres Parentais. I. Título.

CDD 342.16

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

KARINE MOURA PINHEIRO

**ABANDONO PARENTAL: o conteúdo dos deveres parentais e o papel da
responsabilidade civil preventiva como garantia da eficácia diagonal dos
direitos fundamentais na relação paterno-filial.**

Tese apresentada ao Instituto de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Pará (UFPA), para obtenção do título
de Doutora em Direito no Programa de Pós-Graduação em
Direito (PPGD), na área de concentração Direitos
Fundamentais, Concretização e Garantias.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal

BANCA EXAMINADORA

Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal – Orientadora
Universidade Federal do Pará

Dra. Eliana Maria de Souza Franco Teixeira - Membro interno avaliador
Universidade Federal do Pará.

Dra. Gisele Santos Fernandes Góes - Membro interno avaliador
Universidade Federal do Pará

Dra. João Daniel Macedo Sá - Membro interno avaliador (Suplente)
Universidade Federal do Pará

Dr. Nelson Rosenvald – Membro externo avaliador
Instituto Brasiliense de Direito Público

Dra. Thaís Goveia Pascoaloto Venturi – Membro externo avaliador
Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná

Ao meu núcleo familiar: Ricardo, Eva e Jonas.

AGRADECIMENTOS

Neste momento, vivencio o resultado de um aconselhamento previsto no livro de Mateus, capítulo 6, versículo 33 da Bíblia Sagrada, que nos orienta a buscar, em primeiro lugar, o reino de Deus e a sua justiça e, como corolário, todas as coisas necessárias à nossa existência digna nos serão acrescentadas pelas mãos do nosso Criador. Ele é a razão, o meio e o fim de todas as coisas, e isso não é diferente na conclusão deste trabalho. A gratidão ao meu Deus é tudo, e muito pouco do que posso expressar.

Ele me concedeu uma família estruturada, fonte de paciência, amor, compreensão e apoio imensurável. Meu núcleo familiar é composto por um marido dedicado, sem o qual, na condição de mulher, mãe, profissional e serva de Deus, jamais teria condições de concluir esta tese. Ricardo, abaixo de Deus, precisa ter seu nome registrado neste momento. Meus filhos, Eva e Jonas, embora tenham sentido a dor de ter testemunhado a dedicação da mãe e a sua ausência em alguns momentos de sua fase de desenvolvimento, igualmente sentiram a alegria de ver seu estudo concluído. Eles merecem esta dedicação, pois o aprofundamento da tese sobre os deveres parentais e as consequências danosas de sua omissão, ao mesmo tempo que ceifou pontual e momentaneamente minha convivência com meus filhos, aumentou ainda mais a qualidade de nossos momentos juntos. E, como agente do Direito, sou responsável pela observância dos direitos fundamentais da minha prole e tenho o dever, como integrante da sociedade, de contribuir para que crianças e adolescentes possam ter seus direitos da personalidade protegidos.

Como mãe, meus deveres parentais puderam ser cumpridos pela colaboração contundente de duas pessoas. Em meu lar, merece meus sinceros agradecimentos e meu pleno reconhecimento pelo auxílio prestado por Antônia, chamada carinhosamente de “Táta” por minha prole. Antônia cuidou de mim e dos meus filhos como uma segunda mãe, a verdadeira prova de que a família vai além de laços sanguíneos. Como profissional liberal, pude contar com uma amiga-irmã, minha sócia, Dra. Milena. Essa mulher foi responsável por permitir que me ausentasse por períodos consideráveis de minhas atividades profissionais, assumindo o "manche" de nossas embarcações. O valor dessas mulheres jamais poderá ser simbolizado por algarismos.

Como acadêmica, registro meus agradecimentos a uma pessoa que, embora não mais presente fisicamente em minha vida, permanece em minha memória como fonte de inspiração. Dr. Reynaldo ainda me permite vislumbrar que parte dos frutos que colho no presente são

originários da semente no início de minha jornada. E, como toda jornada acadêmica perpassa pelo cumprimento de alguns requisitos institucionais, a colaboração de pessoas é imprescindível para alcançarmos essas metas. Dr. Edvaldo e Dra. Alana foram pessoas que seguraram em minha mão como genitores seguram na mão de sua filha. Eles tornaram minha jornada mais leve e segura, algo que só um acadêmico compreenderá o que isso representa.

Ainda no contexto acadêmico, registro, outrossim, meus agradecimentos a todo o apoio que recebi durante esse processo. Iniciei essa jornada ainda na condição de professora substituta do curso de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA) e concluí na condição de professora da Faculdade Adventista da Amazônia (FAAMA), duas instituições que me deram todo o suporte para que minha pesquisa pudesse se desenvolver e ser concluída. Gratidão aos colegas docentes e discentes dessas duas instituições. Contudo, não posso deixar de registrar que o último ano é sempre o mais intenso e o professor Marcelo, coordenador do curso de Direito da FAAMA, nunca mediu esforços para que eu pudesse dedicar-me à concretização desse projeto, motivo pelo qual faço esse apontamento.

No contexto de minha vida pessoal, sei que pude contar com o apoio direto e indireto de muitas pessoas. Minha mãe esteve na torcida e, juntamente com meus irmãos, minha sogra e meus amigos (que, com a graça de Deus, são inúmeros), oraram para que Deus pudesse me capacitar a equilibrar minha vida pessoal e profissional nessa empreitada. Citar nomes, neste contexto, seria um desmerecimento com aqueles que sabem que contribuíram, ainda que minimamente, com esse propósito.

Deixo, por derradeiro, um agradecimento muito especial à minha orientadora, Dra. Pastora Leal, não por questões hierárquicas de importância, mas pelo fato de que sua contribuição permeia todas as áreas de minha vida. Minha professora de graduação, de mestrado e de doutorado, faz parte da minha vida pessoal e acadêmica por mais de 20 anos. Como mulher, e, assim como eu, nada perfeita, se revelou como um verdadeiro porto, onde pude me ancorar para receber aconselhamentos que foram muito além do ensino. Minha tese, sem demagogia, foi abrilhantada por seus apontamentos, os quais me tiraram da zona de conforto e me levaram a conhecer caminhos que, sozinha, jamais iria desbravar. Grata, professora.

“Acaso, pode uma mulher esquecer-se do filho que ainda mama, de sorte que não se compadeça do filho do seu ventre? Mas ainda que esta viesse a se esquecer dele, eu, todavia, não me esquecerei de ti” (Isa. 49:15).

RESUMO

Esta tese de doutoramento investiga o complexo fenômeno do abandono parental no Brasil, buscando ressignificá-lo sob a ótica da responsabilidade civil preventiva e da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, com o objetivo de fortalecer a proteção integral da criança e do adolescente na relação paterno-filial. O estudo parte da constatação de que a discussão tradicional sobre o abandono afetivo, centrada na dicotomia entre o dever de amar e o dever de cuidar, é insuficiente para garantir a concretização dos direitos fundamentais da prole, especialmente em um contexto social marcado por assimetrias de poder e vulnerabilidades. O problema central de pesquisa reside na necessidade de reinterpretar o conteúdo dos deveres parentais e de operacionalizá-los de forma a prevenir a ocorrência de danos, em vez de apenas remediá-los *a posteriori*. A hipótese central da tese é que a responsabilidade civil preventiva, ao priorizar a proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, oferece um arcabouço teórico e instrumental mais adequado para lidar com o abandono parental, permitindo a construção de estratégias de intervenção que visem a mitigar os riscos e promover o desenvolvimento saudável da prole. Para sustentar essa hipótese, a tese estrutura-se em cinco seções principais. A primeira seção aborda a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, adaptando-a para a relação paterno-filial e demonstrando como essa abordagem permite superar a visão tradicional da eficácia horizontal, que pressupõe uma igualdade formal entre os sujeitos da relação. A segunda seção analisa a responsabilidade civil preventiva como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, contrapondo-a à visão tradicional repressiva e destacando a importância da prevenção como forma de proteger os direitos da personalidade da criança e do adolescente. A terceira seção avança para a análise da concepção de abandono afetivo, identificando suas limitações e propondo uma nova abordagem que se concentra no descumprimento dos deveres parentais objetivos, como a assistência material, a criação e a educação. A quarta seção investiga o conteúdo dos deveres parentais a partir dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, concebendo a conduta abandonônica como um ato ilícito objetivo, e não meramente afetivo, e propondo uma nova classificação das espécies de abandono parental (assistencial, convivencial e intelectual). A quinta seção, por fim, examina o abandono parental à luz dos fundamentos da responsabilidade civil preventiva, ampliando a aceção do dano para incluir o dano normativo e propondo instrumentos de prevenção, como o Plano de Parentalidade e a pena privada. A principal conclusão da tese é que a responsabilidade civil preventiva, ao priorizar a proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e ao instrumentalizar os deveres parentais, oferece um arcabouço mais adequado para lidar com o abandono parental, minimizando os danos e promovendo o desenvolvimento saudável da prole. A tese contribui para o campo do Direito de Família ao propor uma nova abordagem para o abandono parental, centrada na prevenção e na proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, em vez de apenas na compensação dos danos.

Palavras-chave: eficácia diagonal dos direitos fundamentais; abandono parental; deveres parentais; responsabilidade civil preventiva.

ABSTRACT

This doctoral thesis investigates the complex phenomenon of parental abandonment in Brazil, seeking to reframe it through the lens of preventive civil liability and the diagonal effectiveness of fundamental rights, with the primary objective of strengthening the comprehensive protection of children and adolescents in the parent-child relationship. The study stems from the observation that the traditional discussion on emotional abandonment, centered on the dichotomy between the duty to love and the duty to care, is insufficient to guarantee the realization of the fundamental rights of offspring, especially in a social context marked by power asymmetries and vulnerabilities. The central research problem lies in the need to reinterpret the content of parental duties and to operationalize them in order to prevent the occurrence of harm, rather than merely remedying them later. The central hypothesis of the thesis is that preventive civil liability, by prioritizing the protection of the fundamental rights of children and adolescents, offers a more adequate theoretical and instrumental framework to deal with parental abandonment, allowing for the construction of intervention strategies that aim to mitigate risks and promote the healthy development of offspring. To support this hypothesis, the thesis is structured into five main sections. The first section addresses the theory of the diagonal effectiveness of fundamental rights, adapting it to the parent-child relationship and demonstrating how this approach allows for overcoming the traditional view of horizontal effectiveness, which presupposes a formal equality between the subjects of the relationship. The second section analyzes preventive civil liability as an instrument for the protection of fundamental rights, contrasting it with the traditional repressive view and highlighting the importance of prevention as a way to protect the personality rights of children and adolescents. The third section advances to the analysis of the conception of emotional abandonment, identifying its limitations and proposing a new approach that focuses on the non-compliance with objective parental duties, such as material assistance, upbringing, and education. The fourth section investigates the content of parental duties based on the fundamental rights of children and adolescents, conceiving the abandonment conduct as an objective illicit act, and not merely affective, and proposing a new classification of the types of parental abandonment (assistance, conviviality, and intellectual). The fifth section, finally, examines parental abandonment in light of the foundations of preventive civil liability, expanding the meaning of harm to include normative harm and proposing prevention instruments, such as the Parenting Plan and private penalties. The main conclusion of the thesis is that preventive civil liability, by prioritizing the protection of the fundamental rights of children and adolescents and by instrumentalizing parental duties, offers a more adequate framework to deal with parental abandonment, minimizing harm and promoting the healthy development of offspring. The thesis contributes to the field of Family Law by proposing a new approach to parental abandonment, centered on prevention and on the protection of the fundamental rights of children and adolescents, rather than solely on the compensation of damages.

Keywords: diagonal effectiveness of fundamental rights; parental abandonment; parental duties; preventive civil liability.

RIASSUNTO

Questa tesi di dottorato indaga il complesso fenomeno dell'abbandono genitoriale in Brasile, cercando di riformularlo alla luce della responsabilità civile preventiva e dell'efficacia diagonale dei diritti fondamentali, con l'obiettivo primario di rafforzare la protezione integrale del bambino e dell'adolescente nella relazione genitore-figlio. Lo studio parte dalla constatazione che la discussione tradizionale sull'abbandono affettivo, incentrata sulla dicotomia tra il dovere di amare e il dovere di prendersi cura, è insufficiente a garantire la realizzazione dei diritti fondamentali della prole, specialmente in un contesto sociale segnato da asimmetrie di potere e vulnerabilità. Il problema centrale della ricerca risiede nella necessità di reinterpretare il contenuto dei doveri genitoriali e di renderli operativi al fine di prevenire il verificarsi di danni, piuttosto che limitarsi a porvi rimedio dopo. L'ipotesi centrale della tesi è che la responsabilità civile preventiva, dando priorità alla protezione dei diritti fondamentali del bambino e dell'adolescente, offre un quadro teorico e strumentale più adeguato per affrontare l'abbandono genitoriale, consentendo la costruzione di strategie di intervento che mirano a mitigare i rischi e promuovere lo sviluppo sano della prole. Per sostenere questa ipotesi, la tesi è strutturata in cinque sezioni principali. La prima sezione affronta la teoria dell'efficacia diagonale dei diritti fondamentali, adattandola alla relazione genitore-figlio e dimostrando come questo approccio permetta di superare la visione tradizionale dell'efficacia orizzontale, che presuppone una formale uguaglianza tra i soggetti della relazione. La seconda sezione analizza la responsabilità civile preventiva come strumento di tutela dei diritti fondamentali, contrapponendola alla tradizionale visione repressiva ed evidenziando l'importanza della prevenzione come modo per proteggere i diritti della personalità del bambino e dell'adolescente. La terza sezione avanza verso l'analisi della concezione di abbandono affettivo, identificandone i limiti e proponendo un nuovo approccio che si concentra sull'inadempimento dei doveri genitoriali oggettivi, come l'assistenza materiale, l'educazione e l'istruzione. La quarta sezione indaga il contenuto dei doveri genitoriali sulla base dei diritti fondamentali del bambino e dell'adolescente, concependo la condotta di abbandono come un atto illecito oggettivo, e non meramente affettivo, e proponendo una nuova classificazione dei tipi di abbandono genitoriale (assistenziale, di convivialità e intellettuale). La quinta sezione, infine, esamina l'abbandono genitoriale alla luce dei fondamenti della responsabilità civile preventiva, ampliando il significato del danno per includere il danno normativo e proponendo strumenti di prevenzione, come il Piano di Genitorialità e le sanzioni private. La principale conclusione della tesi è che la responsabilità civile preventiva, dando priorità alla protezione dei diritti fondamentali del bambino e dell'adolescente e rendendo operativi i doveri genitoriali, offre un quadro più adeguato per affrontare l'abbandono genitoriale, minimizzando i danni e promuovendo lo sviluppo sano della prole. La tesi contribuisce al campo del Diritto di Famiglia proponendo un nuovo approccio all'abbandono genitoriale, centrato sulla prevenzione e sulla protezione dei diritti fondamentali del bambino e dell'adolescente, piuttosto che unicamente sul risarcimento dei danni.

Parole chiave: efficacia diagonale dei diritti fondamentali; abbandono genitoriale; doveri genitoriali; responsabilità civile preventiva.

TABELA

Tabela 1 – Resumo dos principais julgados do STJ sobre a o enfrentamento da tese do abandono afetivo

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescentes
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
RGPTC	Regime Geral do Processo Tutelar Cível
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termos de Ajuste de Conduta
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 A TEORIA DA EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL	6
2.1 A RELAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM O DIREITO DE FAMÍLIA....	6
2.2 A TEORIA DA EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: FUNDAMENTOS	11
2.2.1 Critérios para a aplicação da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas	13
2.2.2 O diálogo entre fontes: a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais na relação paterno-filial	15
2.3 CONTRIBUIÇÕES DA EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL	21
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL... 26	26
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA: FUNDAMENTOS.....	26
3.2 A PREVENÇÃO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
3.3 A PREVENÇÃO DOS DANOS NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL	30
3.4 A CONCEPÇÃO DO ABANDONO AFETIVO E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A PREVENÇÃO DOS DANOS	33
3.4.1 A posição doutrinária sobre o abandono afetivo	33
3.4.2 A divergência entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça sobre o abandono afetivo.....	34
<i>3.4.2.1 O enfrentamento da tese do abandono afetivo pela Quarta Turma</i>	<i>35</i>
<i>3.4.2.2 O enfrentamento da tese do abandono afetivo pela Terceira Turma.....</i>	<i>43</i>
3.4.3 A aplicação do direito dos danos dos vulneráveis na relação paterno-filial: um sistema incoerente a partir da eficácia diagonal dos direitos fundamentais.....	54
4 OS DEVERES PARENTAIS A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA CONCEPÇÃO DA CONDUTA ABANDÔNICA.....	62
4.1 O DEVER JURÍDICO DE PROTEÇÃO	63

4.2 A CONCEPÇÃO DE DEVERES FUNDAMENTAIS (DEVERES REVERSOS DOS DIREITOS CORRESPONDENTES).....	67
4.3 OS DEVERES PARENTAIS A PARTIR DA CONCEPÇÃO DA CONDUTA ABANDÔNICA	69
4.3.1 Condutas abandonônicas tipificadas pelo Direito Penal.....	71
4.3.2 A conduta abandonônica civil.....	74
4.3.2.1 O conteúdo dos deveres parentais	76
4.3.2.1.1 O dever de assistir.....	82
4.3.2.1.2 <i>O dever de educar.....</i>	<i>84</i>
4.3.2.1.3 <i>O dever de criar.....</i>	<i>85</i>
4.4 O ABANDONO PARENTAL E SUAS ESPÉCIES: UMA CONDUTA OBJETIVA E NÃO AFETIVA	91
4.5 A AFETIVIDADE COMO POSTULADO PARA A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DEVERES PARENTAIS	93
5 O ABANDONO PARENTAL À LUZ DOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA	101
5.1 A AMPLIAÇÃO DA ACEPTÃO DO DANO PARA A EFICÁCIA DA TUTELA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS CASOS DE ABANDONO PARENTAL	102
5.1.1 O abandono parental e a concepção de dano normativo	103
5.1.2 O abandono parental e os danos extrapatrimoniais.....	106
5.1.2.1 <i>O dano existencial e os efeitos sobre o exercício da pretensão</i>	<i>109</i>
5.1.2.2 <i>O Dano moral em sentido estrito e seu caráter in re ipsa</i>	<i>117</i>
5.2 OS INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO DOS DANOS EM FACE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	123
5.2.1 A contribuição da inteligência dos institutos da guarda e convivência para o exercício da parentalidade	125
5.2.2 O Plano de Parentalidade: instrumento da responsabilidade civil preventiva.....	129
5.2.3 A pena privada: mecanismo inibidor de condutas potencialmente lesivas	138
5.2.4 A tutela inibitória: instrumento processual complementar à ação preventiva da responsabilidade civil	142
6 CONCLUSÃO.....	148
REFERÊNCIAS.....	156

1 INTRODUÇÃO

Quando uma criança olha para o céu ensolarado e vislumbra as nuvens fluindo de forma extremamente suave, é possível que ela tenha a impressão de que as nuvens sejam brancas e fofas, ao ponto de desejarem tocá-las e, quem sabe, ter a experiência de provar-lhes o sabor. Algumas podem até enxergar verdadeiros algodões-doces flutuando sobre seus olhares. Há, outrossim, aquelas que desejam voar de avião só para ter o privilégio de passar por entre as nuvens e, crendo ser possível, abrir a janela do veículo para sentir sua textura. Pena que a realidade é diferente daquilo que se enxerga de longe. A criança, cedo ou tarde, será frustrada pela compreensão de que a bela nuvem não é palpável e sequer tem sabor doce, devendo contentar-se com a imagem e expectativas da infância todas as vezes que for contemplar um céu ensolarado.

Do mesmo modo, quando contemplamos o ordenamento jurídico brasileiro sobre os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, vislumbramos um arcabouço de preceitos contundentes em prol desses indivíduos em formação. A Constituição Federal (CF) de 1988, fonte dos princípios norteadores e dos deveres de proteção, com maestria, conduz as normas infraconstitucionais em torno dos direitos fundamentais e protagoniza o papel de nivelar as assimetrias nas relações privadas. Entretanto, o panorama visual é belo, mas, do mesmo modo que as nuvens se apresentam de forma impalpável para a criança, o ordenamento jurídico parece esvaír-se por entre os dedos dos agentes do direito, frustrando a concretude dos direitos fundamentais dos seres em vulnerabilidade existencial¹, diante da aparente impossibilidade de se operacionalizar esses direitos na relação paterno-filial.

O cenário brasileiro nos apresenta expressivo número de pretensões de indenizações por danos morais decorrentes do que se chama “abandono afetivo”, ato considerado ilícito por grande parte dos doutrinadores da seara do Direito de Família², e que, portanto, legitimaria o pedido de compensação pelos danos (considerados de natureza moral) sofridos. Essas pretensões têm como causa de pedir a omissão parental durante o desenvolvimento da prole, evidenciando que os deveres parentais não se resumem à prestação alimentar de natureza material. No entanto, as discussões nos julgados das referidas demandas circundam a existência ou não de previsão legal de obrigação de dar afeto à prole. Muito embora seja de extrema

¹ Expressão utilizada por Konder (2023, p. 22), será estudada oportunamente.

² “O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”. (Enunciado nº. 8. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam#:~:text=Enunciado%2034%20%2D%20%C3%89%20poss%C3%ADvel%20a,que%20o%20genitor%20nunca%20observou>>. Acesso em: 09 jan. 2024.

importância identificar se há algum aspecto objetivo na relação de afeto, a centralização da discussão nesse viés acaba por obscurecer a problemática da identificação do verdadeiro conteúdo dos deveres parentais, algo que permitirá identificar se o afeto lhe é integrante.

Mais do que saber se a prole tem o direito de ser amada, é saber quais direitos ela verdadeiramente tem em face de seus genitores para que se possa aferir os deveres legalmente exigíveis. A perspectiva deve ser apresentada a partir da circunstância presente, a fim de garantir a concretude de direitos positivados, muito mais que garantir a compensação por direitos violados. A exemplo, temos que é cedo a possibilidade de se exigir a prestação de obrigação alimentícia, contudo, não haveria outros deveres parentais submissos à mesma exigibilidade? Do que adianta uma criança ter a sua paternidade reconhecida se sequer poderá ter a presença do genitor em sua vida? Afinal, o que integra o dever parental responsável pelo desenvolvimento da prole?

O ser humano em formação é objeto de tutela do Direito, e a relação paterno-filial é uma relação jurídica que ultrapassa os interesses privados, pois reflete diretamente na formação física, psicológica e intelectual do ser humano, fato que diz respeito à toda sociedade. Essa relação jurídica, embora contemple o afeto, a ele não está subordinada e, por muitos defenderem essa subordinação, os direitos fundamentais da criança e do adolescente estão sendo violados. Como mecanismo de tutela, parte da doutrina tem se concentrado em defender a possibilidade de intervenção repressiva da responsabilidade civil na relação paterno-filial, como mecanismo de proteção dos seres humanos em formação.

Ocorre que as consequências das lesões à integridade física, psíquica e intelectual da criança e do adolescente são de natureza existencial e seu reflexo é prospectivo, portanto, atuar repressivamente é coadunar com a concretização do dano, e este de ordem extrapatrimonial. Desse modo, quando os agentes do direito, conhecedores dos deveres de proteção decorrentes dos direitos fundamentais³, se tornam expectadores da lesão a um ser vulnerável, cuja reparação não é possível, assumem a mesma postura da criança que contempla uma bela nuvem em um dia ensolarado, quando vão tocá-la, na expectativa de tê-las em suas mãos e sentir sua textura, constataam que elas não serviram para nada além da contemplação.

Pior cenário ainda nos é revelado quando nos deparamos com aqueles expectadores que sequer vislumbram a lesão concretizada, que compreendem que a relação paterno-filial se resume a uma relação jurídica de obrigação de prestação alimentícia, conferindo ao afeto a subjetividade dissociada de um dever subjacente. Esses expectadores sequer contemplam a

³ Compreende-se que para todo direito fundamental existente, há um dever de proteção do bem jurídico por ele resguardado (Oliveira, 2012, p. 14).

nuvem em um dia ensolarado, eles vislumbram a tempestade, sentem seus efeitos, mas interpretam como vicissitude da vida.

A tutela dos direitos da personalidade da criança e do adolescente está umbilicalmente ligada à relação paterno-filial e os deveres parentais decorrentes dessa relação, pois ela é responsável pela formação física, psíquica e intelectual do ser humano em desenvolvimento. A inobservância desses deveres para alguns, como para os integrantes da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), configura abandono afetivo da prole, passível de indenização a depender dos critérios exaustivamente por eles estabelecidos; ao passo que, para outros, como para os integrantes da Quarta Turma do mesmo tribunal, o abandono afetivo não é reconhecido como ato ilícito passível de indenização. Os deveres parentais, nesse sentido, se revelam como uma incógnita que o Poder Judiciário sequer enfrentou antes de compreender os danos decorrentes de sua inobservância. Ademais, centraliza-se a discussão na existência ou não do dano e na conseguinte possibilidade de pretensão de compensação.

Quando o assunto envolve direitos fundamentais de seres humanos em formação - portanto, vulneráveis -, o foco da discussão não pode transpor a ocorrência da lesão, ele a precede. Nesse sentido, se a relação paterno-filial é responsável pelo desenvolvimento físico, psicológico e intelectual da criança e do adolescente, como podemos operacionalizar os deveres parentais a partir da função preventiva da responsabilidade civil? Ao enfrentarmos esse problema poderemos encontrar soluções mais apropriadas para concretizar a tutela desses indivíduos, que parte de medidas voltadas para evitar a lesão e, caso esta seja consumada, termos os fundamentos necessários para lançar mão da responsabilidade civil repressiva.

Propõe-se, inicialmente, a importação para o Direito de Família da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, originariamente chilena, e usualmente aplicada nas relações trabalhistas. O diálogo entre as fontes foi utilizado para aplicar a teoria nas relações paterno-filiais, a fim de nortear o enfrentamento da tese, que pautar-se-á na assimetria da relação jurídica estabelecida entre os genitores e a prole, exigindo-se que os direitos fundamentais da criança e do adolescente atuem como niveladores dessa relação.

Nesse sentido, como forma de nivelar essa relação e promover a proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, vislumbrou-se que a responsabilidade civil preventiva seria um instrumento importante, na medida em que preconiza a humanização da pessoa da vítima ao promover a prevenção do dano ao invés de sua compensação. A responsabilidade civil preventiva pressupõe a implementação de mecanismos predispostos a regular condutas humanas, em especial aquelas consideradas potencialmente causadoras de danos (Venturi, 2014, p. 99).

A prevenção dos danos na relação paterno-filial foi objeto de estudo não apenas em virtude da problemática da pesquisa, mas em face do papel precípua dos genitores na formação da personalidade da criança e do adolescente. Nesse sentido, procuramos fazer um levantamento bibliográfico e jurisprudencial sobre as ações ou omissões dos genitores consideradas ilícitas dentro dessa relação privada. O termo “abandono afetivo” foi identificado como a tradução do ato ilícito decorrente do descumprimento dos deveres parentais, amplamente utilizado pela doutrina e jurisprudência. A partir desse termo, foi realizada uma minuciosa análise histórica dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, e verificou-se que a Terceira Turma e a Quarta Turma possuem posicionamentos divergentes a respeito do tema, o que demonstra a inexistência de uma consolidação de entendimento acerca do conteúdo dos deveres parentais, dificultando a operacionalização desses deveres pelos titulares dos direitos a eles correlatos.

O estudo do conteúdo dos deveres parentais parte do pressuposto de que o direito material, fundamental, requer concretude, sob pena de não poder ser exigida a conduta humana desejada e esperada, conduta que traduz em dever de proteção. Os deveres parentais foram concebidos como deveres fundamentais reversos dos direitos correspondentes e, diante da omissão legislativa civil sobre o conteúdo dos deveres parentais, o diálogo com a fonte do Direito Penal foi proposto a fim de extrair o bem jurídico tutelado através da tipificação da conduta abandonica da prole.

O enfrentamento da conduta abandonica civil da prole requer a identificação do bem jurídico tutelado (ou dos bens jurídicos tutelados) e a análise do papel da afetividade dentro desse contexto, uma vez que grande parte das divergências jurisprudenciais e doutrinárias esbarram em fundamentações em torno da afetividade como integrante ou não dos deveres parentais. Essa discussão pode estar dificultando a identificação da conduta juridicamente exigível para promover a proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente na relação paterno-filial.

Uma vez identificados os bens jurídicos tutelados, buscamos analisar os danos decorrentes de sua violação, demonstrando-se a necessidade da ampliação da aceção do dano para a eficácia da tutela da criança e do adolescente nos casos de abandono parental, que requer a inclusão da concepção do dano normativo decorrente da inobservância do dever de proteção do ser em estado de vulnerabilidade. Esse caminho percorrido, viabilizou o estudo dos instrumentos de prevenção dos danos em face da prole na relação paterno-filial, que perpassa pela intelecção de institutos como guarda e convivência, pela implementação de instrumentos comumente utilizados em países estrangeiros, e por instrumentos que já existem em nosso

ordenamento jurídico, que, diante da concretude dos deveres parentais evidenciada, podem ser perfeitamente utilizados para garantir a eficácia diagonal dos direitos fundamentais na relação paterno-filial.

Nosso objetivo é poder voltar nossos olhos para as “nuvens” e, como crianças, constatar que, além de belas, elas podem ser palpáveis e experimentáveis, evitando-se a frustração de que estamos fadados à contemplação e à sensação do que poderíamos ter feito, mas não fizemos porque nos foi apresentado como impossível.

2 A TEORIA DA EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

A proteção dos direitos humanos deve ser perseguida em todas as circunstâncias, sobretudo pelos Estados, que possuem obrigações (positivas e negativas) de observar e implementar esses direitos. Segundo Cançado Trindade (2012, p. 26-27), o Estado existe para o ser humano e não o contrário. Para o autor, diferentemente da tradicional concepção, a norma internacional de direitos humanos, não significa a regulamentação de relações entre iguais, mas opera precisamente na defesa daqueles ostensivamente mais fracos e mais vulneráveis (as vítimas das violações dos direitos humanos). De acordo com o autor, na relação entre pessoas com diferenças, busca-se a defesa daqueles que mais precisam de proteção, o que não implica obtenção de um balanço abstrato entre as partes, mas aumento da remediação dos efeitos do desequilíbrio e disparidades, na medida em que elas afetam os direitos humanos.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais teve papel extremamente importante na implementação da proteção desses direitos na relação entre os particulares. No entanto, o reconhecimento de que algumas relações são assinaladas por condições de vulnerabilidade, de submissão e de poder podem abrir as portas para ampliar a eficácia da proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas mais sensíveis, as quais não podemos considerá-las como relações de horizontalidade, mas de diagonalidade, conforme passaremos a expor.

2.1 A RELAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM O DIREITO DE FAMÍLIA

Os tratados internacionais almejam a proteção dos direitos de seres humanos, cujo objeto é a “promoção do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais universalmente reconhecidas, assim como o estabelecimento de mecanismos de garantia e proteção de tais direitos” (Durán, 2002, p. 85 apud Ramos, 2012b, p. 49). Eide (2001, p. 19-20) assevera que as obrigações a que os Estados se submetem ao aderirem a Convenções internacionais, incluem uma tomada de planos com vista a realizar progressivamente os direitos, incluindo a adoção de medidas legais. Portanto, para o autor, os direitos humanos devem ser implementados, dando às pessoas a possibilidade de pleitearem ações sociais e medidas administrativas específicas, acrescentamos, ainda, medidas jurídicas.

Segundo Piovesan (2007, p. 24-25), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de institucionalizar a instauração de um regime político democrático no país,

introduziu indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. Informa a autora que, a partir da norma constitucional, os direitos humanos ganharam relevo extraordinário, pelo que é considerado o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. Dessa forma, a autora considera a Constituição de 1988 como um marco jurídico da transição ao regime democrático, ao alargar significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, e, nesse contexto, defende estar entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.

Não se pode olvidar que a promulgação da Constituição Brasileira teve como pano de fundo preceitos consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU de 1948, como o princípio da dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz (Miragem, 2002, p.114). Gregori (2010, p. 150) sustenta que a Constituição veio asseverar os valores da dignidade da pessoa humana como imperativo de justiça social ao institucionalizar os direitos humanos, consagrando as garantias e os direitos fundamentais e a proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. Ressalta, ainda, que proporcionou uma integração entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana, pois consagrou o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais.

Após a Constituição de 1988, o Brasil adotou importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, em virtude da ratificação de tratados de direitos humanos, tais como: o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Convenções contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; sobre os Direitos das Crianças, etc. (Gregori, 2010, p. 154).

Segundo Sarlet (2004, p. 555), atualmente, a íntima e indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais constitui um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional. Piovesan (2007, p. 27) defende que o valor da dignidade da pessoa humana se impõe como núcleo básico informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional. Assim, segundo a autora, a Constituição brasileira elegeu o valor da dignidade humana como valor essencial, a qual lhe confere unidade e sentido, dessa maneira, entende que ela é consagrada como verdadeiro superprincípio orientador, tanto do Direito Internacional como do Direito Interno.

Os direitos humanos foram consagrados como direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988⁴. A fim de que não paire qualquer dúvida a respeito, Barboza (2011, p. 268) nos remete ao artigo 5º, §2º que estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Desse modo, defende a autora que se pode concluir que os direitos fundamentais, garantidos nos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

O direito das famílias⁵ liga-se umbilicalmente aos direitos humanos, vez que alicerçados ao princípio da dignidade da pessoa humana (Dias, 2016, p. 48). De acordo com Carvalho (2019, p. 509), a família está inclusa na sistemática de que os direitos fundamentais se encontram arraizados na ideia de dignidade, a qual volta-se para a tutela do ser humano como fim em si mesmo, pois considera objeto de proteção a unidade da pessoa humana e as situações existenciais. Pereira (2016, p. 113) compreende que o direito das famílias está ligado a esse princípio de forma molecular, quando a Constituição deu ênfase à família como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

Tais normas, em que pese serem de direito público, vinculam não apenas as relações entre o Estado, mas as relações privadas também, cuja atuação deve se desenvolver no mesmo sentido das diretrizes constitucionalmente fixadas. Essa vinculação ocorre tanto de forma positiva, ao estabelecer parâmetros dentro dos quais deverão ser praticados os atos jurídicos respectivos, quanto de forma negativa, ao eivar de inconstitucionalidade as ações que lhes sejam contrárias (Almeida, 2006, p. 53-55).

Sarmiento (2004, p. 134-135) pugna por uma concepção objetiva dos direitos fundamentais, que se liga ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas

⁴ “El primer aspecto que es necesario analizar para entender el alcance de la afirmación de que los derechos humanos no pueden obligar a particulares está relacionado con la fuente privilegiada de la noción de derechos humanos, que es el derecho internacional. Mientras que en la tradición del derecho constitucional local los derechos que cuentan con un nivel especial de protección normativa se denominan habitualmente ‘derechos constitucionales’ o ‘derechos fundamentales’, la designación ‘derechos humanos’ há provenido mayormente del derecho internacional, al menos a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948” (Courtis, 2006, p. 406).

⁵ A expressão foi criada por Maria Berenice Dias e ganhou simpatia acadêmica, influenciando os agentes do direito. Acerca do uso da expressão, assim se manifestou: “Querida, já no título, evidenciar o desejo de abordar a família dentro de uma concepção atual, por isso preferi falar em famílias [...]. Claro que fui criticada, mas a expressão se popularizou e vários autores assim começaram a se referir a este ramo do Direito. Magistrados passaram a identificar as Varas como Vara das Famílias e alguns Cursos de Direito já assim nominam a disciplina como Direito das Famílias. Afinal, a família é mesmo plural” (Dias, 2016, p. 13).

prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo as bases da ordem jurídica coletiva, portanto, os direitos fundamentais não seriam apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade, ligando-se a uma perspectiva comunitária dos direitos humanos⁶. Desse modo, segundo o autor, a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado⁷.

Nesse contexto, a família é reconhecida pela Constituição Federal como base da sociedade, compreendendo o Estado que esta é merecedora de sua especial proteção⁸. Contudo, embora a especial proteção da família seja determinada pelo Estado em face de si próprio, ao ser vulnerável que a integra (criança, adolescente e jovem, por estarem em desenvolvimento) a obrigação de proteção é ampliada, incluindo-se os próprios particulares (família e sociedade), atribuindo-lhe o dever de assegurar, com absoluta prioridade, seus direitos fundamentais⁹. Desse modo, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se apresenta como elo à implementação dos deveres de proteção entre os particulares, algo que, para Oliveira (2013, p. 26) concede aos direitos fundamentais a concepção de direitos de defesa de um particular em face do outro, exigindo-se que se abstenham da prática de atos violadores, assim como se pode invocar tais direitos em face do Estado.

Isso ocorre, como ensina Novais (2007, p. 363), pelo fato de que as ameaças aos direitos fundamentais não vêm exclusivamente do Estado, mas também, e por vezes com maior

⁶ Explica Sarmiento (2004, p. 136) que a dimensão objetiva, por outro lado, permite a atribuição de efeitos jurídicos concretos mesmo às normas de direitos fundamentais, inclusive sobre aquelas que necessitam de edição de lei para a regulamentação para o exercício dos direitos subjetivos pelos seus titulares, pois produzirão efeito hermenêutico, condicionando a interpretação e integração do ordenamento, vincularão o legislador futuro e servirão de parâmetro para não recepção de preceitos legais anteriores, bem como para a decretação da inconstitucionalidade de normas supervenientes que com elas conflitem.

⁷ “Deveras, os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar este papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada teoria objetiva dos direitos fundamentais. [...] Assim, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa desprezo à sua dimensão subjetiva, mas reforço a ela. A dimensão objetiva complementa a subjetiva, e agrega a ela uma ‘mais valia’, conferindo proteção reforçada a tais direitos, através de esquemas que transcendem a estrutura relacional dos direitos subjetivos” (Sarmiento, 2004, p. 133 e 136).

⁸ Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de fev. 2023).

⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de fev. 2023).

gravidade, dos poderes privados e dos outros particulares. Sarmento (2004, p. 281) esclarece que a sociedade brasileira ainda é bastante injusta e assimétrica, o que justifica um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência, motivo pelo qual afirma que no ordenamento jurídico brasileiro a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada é direta e imediata. Sarlet (2000, p. 152-153) parte da mesma concepção, sustentando que o alto grau de desigualdade da sociedade brasileira é argumento relevante para a adoção da tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas¹⁰.

Nesse sentido, a eficácia vertical dos direitos fundamentais é compreendida como uma fonte de limitação do poder Estatal frente às liberdades do cidadão, ao passo que a eficácia horizontal seria a limitação da atuação dos particulares em suas relações privadas. Sarlet (2010, p. 235) ressalta que o artigo 5º, §1º da CF de 1988 não deixa dúvida quanto à recepção da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer expressamente que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹¹. Como afirma Sarmento (2004, p. 284), o legislador brasileiro priorizou a concretização dos direitos fundamentais, e isso justifica o fato de as normas jurídicas, dentre elas a de direito privado, gozarem de presunção de constitucionalidade.

O direito fundamental é norma a ser respeitada pelo Estado (eficácia vertical), mas também impõe valores a serem respeitados nas relações entre dois iguais, dois privados (eficácia horizontal). As cláusulas gerais, como normas abertas que são, necessitam de uma concreção utilizando os direitos fundamentais, daí que são vetores da aplicação dos direitos fundamentais. Assim, quando hoje se concretiza a boa-fé, não podemos deixar de considerar a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais (Marques, 2011, p. 256).

Ocorre que as relações privadas não são essencialmente caracterizadas por relações entre iguais, muitas são assinaladas por relações de poder e de submissão, paralelo ao que ocorre na relação entre o cidadão e o Estado. Por esse motivo, a expressão eficácia horizontal não traduziria a postura adequada a ser adotada frente à proteção dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares que são marcadas por diferenças¹². Novelino (2016, p. 275) cita

¹⁰ “Cumprir destacar, no entanto, que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado” (Ibid., p. 246).

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de fev. 2023.

¹² “[...] a desigualdade explícita entre os sujeitos da relação contratual não permite a aplicação da Eficácia Horizontal, pois esta, para além do pleonasma gramatical, não se faz eficiente na proteção aos direitos e na garantia do cumprimento dos deveres de cada parte”. (Meneses, Nascimento e Newton, 2021, p. 215).

como exemplo as relações trabalhistas e consumeristas, nas quais o princípio da igualdade requer justamente um tratamento diferenciado na medida em que há diferenças entre as pessoas.

Partindo dessa premissa, surge a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, aprofundada pelo professor chileno Sérgio Gamonal Contreras, que contribuiu para uma mudança de perspectiva na aplicação dos direitos fundamentais como limitadores do poder privado nas relações particulares. A teoria é originária de estudos no ramo do Direito do Trabalho, marcado por relações de subordinação, vulnerabilidade e hipossuficiência. Contudo, outras relações jurídicas de direito privado são assinaladas por características semelhantes, como as relações de consumo e a relação paterno-filial, esta última objeto de nosso estudo. Por essa razão, buscaremos verificar se é possível importar a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais para a relação paterno-filial que integra os estudos do Direito de Família, a fim de servir como plataforma para o sustento de medidas que visem a efetivação da proteção das crianças e adolescentes nessa relação privada.

2.2 A TEORIA DA EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: FUNDAMENTOS

A concepção da eficácia diagonal foi inicialmente sugerida por López, após estudar uma decisão do Tribunal Superior de Justiça da Comunidade Valenciana que reconheceu haver uma relação diagonal entre os direitos fundamentais do empregado e empregador (López, 2005, p. 80). Como orientador da pesquisa, Contreras aprofundou o assunto ao tratar das relações de poder nos contratos de trabalho, então fundamentadas na teoria da eficácia horizontal como limites aos poderes do empregador. Segundo Contreras (2011, p. 23), quanto maior a concentração de poder privado, maior deveria ser a atuação dos direitos fundamentais como limitadores desse poder particular.

A liberdade dada aos particulares, em uma relação na qual uma das partes é hipossuficiente, acaba por comprometer a autonomia privada da parte mais frágil dessa relação, e inevitavelmente esta se curvaria à vontade preponderante daquele que detém maior poder. Como afirma Sarmiento (2004, p. 283), “só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade”.

Fundamentada sob a égide do direito trabalhista, a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais busca equilibrar os dois polos da relação entre particulares, permitindo que a autonomia privada seja efetivamente preservada, sobretudo no que diz respeito à garantia de que os direitos fundamentais da parte mais vulnerável não sejam violados. Trata-se de aplicar

a presunção de desequilíbrio na relação em determinados casos particulares, como ocorre nas relações contratuais trabalhistas.

Destarte, a Eficácia Diagonal dos direitos fundamentais traduz-se como a incidência desses direitos humanos previstos constitucionalmente nas relações privadas marcadas pela desigualdade entre os particulares, especialmente no que se refere ao contraponto entre o poder econômico e a vulnerabilidade, jurídica ou econômica, existente (Meneses, Nascimento e Newton, 2021, p. 217).

Simm (2005, p. 1.293) reconhece que as peculiaridades das relações trabalhistas evidenciam a gênese da concepção de se buscar nos direitos fundamentais a neutralização das posições assimétricas nas relações contratuais, justamente por ser o ramo em que o desequilíbrio de poder das partes se mostra mais evidente. Embora a teoria da eficácia diagonal ainda não estivesse difundida quando da publicação de seus estudos, no Brasil, os ensinamentos de Simm já eram (e ainda são) utilizados pelo Tribunal Superior Trabalho (TST)¹³ como fundamento para reconhecer a necessidade de neutralização dos poderes do empregador nas relações consideradas desequilibradas e assimétricas, compreendendo-se que o trabalhador “renuncia a uma parte de suas liberdades individuais ao colocar-se num estado de subordinação ao empregador, que detém certos poderes sobre o empregado” (SIMM, 2005, p. 1.303).

Meneses, Nascimento e Newton (2021, p. 214) compreendem que a diferença na aplicação entre a teoria da eficácia horizontal e a da eficácia diagonal estaria nas intenções subjetivas das partes, havendo desequilíbrio quando, na relação jurídica de direitos e deveres, uma das partes esteja voltada para atender seus próprios interesses e não interesses comuns. Embora tenham partido dos ensinamentos de Contreras, este não atribuiu à subjetividade das partes o elemento diferenciador entre as duas teorias. Para Contreras (2018, p. 15-16), o que diferencia a aplicabilidade entre uma teoria e outra é a assimetria entre o poder que cada uma das partes tem sobre a relação jurídica, o elemento subjetivo, isto é, a intenção no uso do poder em favor de si ou de ambos, é apenas um dos efeitos que se pretende neutralizar com a aplicação da teoria.

¹³ “Dessa forma, nas relações de trabalho, a evidente desigualdade entre as partes torna imperiosa a aplicação da teoria da eficácia horizontal ou diagonal dos direitos fundamentais, consoante ensina o ilustre magistrado trabalhista Zeno Simm, professor, especialista e doutor pela Universidade de Castilla-La Mancha – Toledo/Espanha” (RR-1000938-80.2020.5.02.0006, 3ª Turma, Relator Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence, DEJT 07/06/2024), bem como em muitos outros julgados em que o Ministro José Roberto Freire Pimenta atuou como relator, a exemplo: EDCiv-RR-1000468-93.2021.5.02.0465; RR-1000979-79.2019.5.02.0039; RR - 88-62.2020.5.13.0030 e RR - 1000564-30.2020.5.02.0082. (BRASIL, 2024).

Oliveira, Souza e Moreira (2022, p. 443), igualmente partindo dos ensinamentos de Contreras, compreendem que o que diferencia a aplicabilidade entre uma teoria e outra é a proporcionalidade do desequilíbrio na relação privada: na eficácia diagonal, a desigualdade entre as partes seria absoluta, ao passo que na eficácia horizontal, a desigualdade seria moderada ou inexistente. Portanto, nas palavras de Contreras (2011, p. 25) “os direitos fundamentais devem operar como limites entre particulares, sobretudo frente aos desníveis de poder entre eles”.

Tendo como gênese da análise da relação jurídica o grau de desigualdade entre as partes, a postura do agente do direito para garantir a proteção dos direitos fundamentais dos sujeitos da relação privada já sofrerá envergadura para o lado mais vulnerável da relação, compreendendo que a tutela desse sujeito requer um tratamento com base na equidade. O estudo da aplicação da teoria da eficácia diagonal nas relações trabalhistas nos apresenta os elementos considerados necessários para se empregar os direitos fundamentais como niveladores da relação assimétrica, e são esses elementos que procuraremos identificar para averiguarmos se eles se fazem presentes na relação paterno-filial.

2.2.1 Critérios para a aplicação da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas

Segundo Meneses, Nascimento e Newton (2021, p. 214), a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais é aplicada para nivelar a força dos sujeitos integrantes da relação, a fim de garantir a equidade. Parte-se da concepção de que se não houver modulação dos direitos fundamentais pelo legislador ou pelos agentes do direito, a parte mais forte na relação jurídica, no caso trabalhista, o empregador, fará essa modulação, deixando o sujeito mais frágil da relação em situação de vulnerabilidade (Contreras, 2011, p. 34). Nesse sentido, a interferência do Estado será proporcional à desigualdade presente na relação jurídica (Oliveira, 2022, p. 449).

Partindo dos estudos de Contreras, é possível identificarmos o elemento fundamental que, quando presente na relação privada, se orienta preterir a aplicação da teoria da eficácia horizontal e aplicar a da eficácia diagonal. Esse elemento é a “concentração de poder” em apenas um dos polos da relação. Do mesmo modo como ocorre entre o cidadão e o Estado, em que este último concentra maior poder na relação jurídica, assim também pode ocorrer em algumas relações particulares, o que justificaria a atuação dos direitos fundamentais como limitadores desse poder particular (Contreras, 2011, p. 23). A Constituição Federal, através da consagração dos direitos fundamentais, protagonizaria o nivelamento das partes nas relações

privadas, na medida em que a legislação infraconstitucional não desenvolvesse o papel de equilibrar os polos da relação jurídica, seja porque não consegue prever as restrições ou limitações para todos os casos concretos, seja porque absorve as dificuldades de atualização pelo Poder Legislativo (Contreras, 2011, p. 25).

Na relação trabalhista, a concentração de poder opera em favor do empregador em detrimento do trabalhador que está subordinado, não apenas ao poder econômico daquele, mas igualmente jurídico, semelhante ao Estado, na medida em que possui potestades e poderes diretivos e sancionatórios. Contreras compreende que dessa relação de poder é possível extrair uma relação de subordinação do trabalhador, que chamou de posição de potestade do empregador, a qual lhe confere a prerrogativa de efetuar mudanças na relação jurídica em particular, atribuindo os efeitos jurídicos considerados desejados (Contreras, 2011, p. 29).

A intervenção externa se faz imprescindível, a fim de mitigar os efeitos decorrentes da concentração de poder em face de um dos polos da relação trabalhista, sob pena de haver modulação dos direitos fundamentais do trabalhador pelo empregador. É possível verificar que outros elementos encontrados nos estudos de Contreras são decorrentes da já destacada concentração de poder, como a identificação de sujeitos não iguais, poderes assimétricos e submissão de vontade (Contreras, 2018, p. 15).

Souza Júnior (2020, p. 214) compreende que os sujeitos da relação jurídica normalmente estão em situações sociais distintas, e chega a conclusão de que a vulnerabilidade é um dos critérios distintivos para a aplicação da teoria da eficácia diagonal e não a subordinação. A subordinação jurídica seria um critério identificador da relação de emprego e ela estaria contida na vulnerabilidade.

Para o autor, a vulnerabilidade pode se manifestar de três formas: vulnerabilidade técnica ou informacional, vulnerabilidade jurídica e a vulnerabilidade fática. Partindo da análise da relação de emprego, a vulnerabilidade técnica é decorrente da submissão do trabalhador em face da ausência de conhecimento científico para avaliar a sua situação correspondente; a vulnerabilidade jurídica seria o desconhecimento da legislação, e; a vulnerabilidade fática decorre da posição econômica inferior do trabalhador em relação ao empregador (Souza Júnior, 2020, p. 2015-2018).

Vislumbra-se que não é qualquer tipo de assimetria na relação jurídica privada que autoriza a aplicação da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, a presença da “concentração de poder” em uma das partes e a “vulnerabilidade” na outra parte, foram elementos considerados essenciais para que os direitos fundamentais fossem invocados como niveladores dos polos da relação jurídica. Como a relação de emprego é caracterizada por esses

elementos, a teoria encontrou solo fértil para crescer, sendo considerado pacífico esse tipo de assimetria na relação laboral¹⁴. No entanto, existem outros tipos de relação privada que são marcadas pela presença desses dois elementos e, muito embora possamos vislumbrar a relação de consumo como uma delas¹⁵, nosso objeto será verificar se a relação jurídica paterno-filial comporta a aplicação da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais.

2.2.2 O diálogo entre fontes: a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais na relação paterno-filial

A teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, conferindo concretude à norma constitucional nas relações privadas com poderes assimétricos, utilizando-se os direitos fundamentais como inibidores do abuso do poder. Embora essa função tenha sido reconhecida nas relações de contrato de trabalho (Contreras, 2018, p. 09), o estudo da aplicação da teoria nas relações laborais nos permite importá-la para a relação paterno-filial, que, igualmente encontra solo fértil para o seu crescimento. Muito embora possamos encontrar estudos que apontem para a aplicação da teoria da eficácia horizontal nas relações familiares¹⁶, acreditamos que ela deve ser preterida na relação paterno-filial em razão de suas peculiaridades que muito se assemelham à relação laboral.

Leal (2018, p. 244) compreende que normas e categorias jurídicas não se excluem por pertencerem a ramos jurídicos distintos, por essa razão sustenta que o diálogo entre fontes e entre categorias distintas, sobretudo quando possuem campos de aplicação convergentes, potencializam a busca da solução mais justa, efetiva e compatível com os vetores axiológicos e teleológicos do ordenamento jurídico. A situação de vulnerabilidade de uma das partes, para a autora, seria um exemplo para se estabelecer o diálogo entre fontes, justamente porque as relações privadas que a contemplam são marcadas por uma situação de risco iminente de ocorrência de danos.

¹⁴ “É pacífico que no âmbito da relação de emprego o empregador, dada a sua condição hierárquica superior em relação ao empregado e a subordinação deste [...] em sua função ordenadora, da prestação laboral, o poder de direção é um instrumento especialmente apropriado para, por ação ou omissão, ignorar ou lesar os direitos da pessoa do trabalhador. Por isso imperiosa se faz a adaptabilidade dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador no plano do contrato de trabalho” (Simm, 2005, p. 1.298).

¹⁵ No mesmo sentido Oliveira, Souza e Moreira (2022, p. 438).

¹⁶ Nesse sentido, entende Carvalho (2019, p. 88-89). O que pode ocorrer pelo fato de a teoria da eficácia diagonal ainda ser recente no meio acadêmico e se fazer preponderantemente presente no Direito do Trabalho.

Assim como a criança e o adolescente são titulares de direitos fundamentais, do mesmo modo os genitores¹⁷ o são, entretanto, não podemos afirmar que pais e filhos integram uma relação simétrica no vínculo jurídico estabelecido pelo poder familiar. Nessa relação jurídica, encontramos os elementos centrais que qualificam a assimetria das partes, proporcionando a aplicação dos direitos fundamentais como limitadores do poder parental, partindo do mesmo pressuposto que partem os estudiosos do direito laboral, quando advogam a aplicabilidade da eficácia diagonal dos direitos fundamentais para evitar que o poder do empregador seja utilizado como uma arma de opressão aos direitos da personalidade do empregado (Alvarenga, Cunha e Amaral, 2020, p. 260).

Segundo assinalamos anteriormente, a concentração de poder em uma das partes e a identificação da vulnerabilidade na outra parte da relação jurídica, são os elementos que, quando presentes, revelam que há uma assimetria que apontam a presença de riscos aos direitos fundamentais da parte mais frágil. Esses elementos se fazem presentes na relação paterno-filial. Conquanto ainda se utilize a expressão “poder familiar”¹⁸ para designar o conjunto de direitos e deveres que os genitores possuem em relação aos filhos¹⁹, o termo “poder”, que nesse momento estamos empregando, não está sendo extraído da expressão “poder familiar”, pois, a referida expressão está relacionada às responsabilidades que são atribuídas aos pais durante a fase de desenvolvimento psicofísico da criança e do adolescente²⁰.

Ao afirmarmos que os genitores têm uma concentração de poder em relação aos filhos, estamos atribuindo ao termo “poder” o mesmo sentido empregado por Contreras (2011, p. 23), quando afirma que os direitos fundamentais “atuam como barreiras frente a qualquer tipo de concentração de poder, independentemente de sua origem ou denominação: estatal ou privada”. Assim como na relação trabalhista, os pais possuem poderes diretivos e sancionatórios em face

¹⁷ Embora o termo “genitores” possa entoar o sentido daqueles que geraram a criança, o sentido jurídico atribuído à palavra se refere ao ascendente em grau de uma pessoa, àquele que é pai ou mãe de um indivíduo (Houaiss, 2009, p. 946). Desse modo, justificamos que o uso do termo ao longo do estudo não está adstrito àqueles que geraram a criança ou o adolescente, mas àqueles que assumiram os deveres inerentes à parentalidade, seja ela de origem genética, jurídica ou socioafetiva.

¹⁸ Compreendemos que a expressão “dever parental” designaria com mais precisão a conduta que se espera daqueles que recebem a incumbência de cuidar de uma criança ou adolescente.

¹⁹ “A expressão que goza de ampla da simpatia da doutrina é autoridade parental. Melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens (CF 227). Destaca que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. Mas já surge movimento indicando como mais apropriado o termo responsabilidade parental” (Dias, 2016, p. 457).

²⁰ A legislação civilista portuguesa, em seu artigo 1878º, utiliza a expressão responsabilidade parental para designar o dever dos pais de, no interesse dos filhos, velar por sua segurança e saúde, prover o seu sustento, dirigir-lhes a educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens (Portugal, 2024). A legislação portuguesa substituiu, em 2008, a expressão poder parental por responsabilidade parental com o intuito de centralizar o filho como o verdadeiro titular do direito tutelado e não como objeto do direito dos pais (Amaral, 2018, p. 239).

de seus filhos, tais poderes são revelados pela lei civil, que concede aos pais a prerrogativa de dirigir a criação e educação de seus filhos (art. 1.634, I), podendo exigir-lhes que lhe prestem obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição (art. 1.634, IX), autorizando o uso de sanção, ainda que de forma moderada (art. 1.638, I).

Vislumbra-se que aos pais a lei concedeu poderes similares ao que Contreras (2011, p. 28-29) chamou de potestade jurídica atribuída ao empregador. De acordo com o autor, a potestade possui conteúdo variado e indeterminado, uma vez que absorve as faculdades necessárias para dirigir seus subordinados, lhes atribuindo uma posição de sujeição, que lhe permite efetuar mudanças na relação jurídica privada, que refletirá na possibilidade de conferir os efeitos que desejar. Semelhantemente ocorre na relação entre os pais e os filhos. Os pais dirigem a vida de seus filhos, na condição de seus representantes ou assistentes (a depender da capacidade civil), deliberam sobre sua forma de viver, sua escolaridade, sua religião, o local em que irão viver, sob quais condições irão se desenvolver, a forma como irão se alimentar, as comunidades que irão frequentar, o conteúdo que terão como lazer, a forma como serão disciplinadas, enfim, muito mais do que na relação laboral, a potestade conferida aos pais é mais ampla, atingindo a formação psicofísica do ser humano.

Segundo Groeninga (2011, p. 80-81) há uma certa aplicação de potência no conteúdo do poder conferido aos pais, no tocante ao exercício de uma função na relação paterno-filial naturalmente assimétrica, de natureza material e afetiva dos filhos em relação aos pais. De acordo com a autora, justamente em razão da assimetria dessa relação, o poder representaria mais que uma possibilidade e uma autoridade, assumindo um caráter de obrigação, de mandato, uma potência de um dever que perpassa pelo exercício de autoridade em razão da vulnerabilidade e necessidade de proteção dos filhos.

Contreras (2018, p. 16-17) reconhece que há uma concentração de poder na relação entre os pais e os filhos, a qual considera inevitável, tal qual na relação laboral, justificando que não é vedado uma pessoa trabalhar para outra, do mesmo modo que não é proibido aos pais criarem seus filhos. No entanto, o autor compreende que, na maioria dos casos do direito de família, a doutrina civilista aceita a horizontalidade dos direitos fundamentais, presumindo-se que, diferentemente da relação laboral, os pais não usam seus poderes em benefícios próprios, mas de seus filhos, de sua educação e crescimento.

Essa afirmação pode trazer sérios prejuízos ao direito de família, sobretudo à proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Não podemos presumir que o poder concedido aos pais sempre será usado em favor dos filhos, partir dessa premissa seria abrir as portas para o risco da violação dos direitos fundamentais dos seres humanos que estão em

desenvolvimento. Quando uma relação de poder se faz presente e esse poder está concentrado em apenas um dos polos, já estamos apontando a existência de um desequilíbrio na relação jurídica, portanto, a análise não deve parar por aí.

Antes de preterir a aplicação da teoria da eficácia diagonal, há outro elemento que, se estiver presente, importará aplicar os direitos fundamentais como limitadores desse poder e niveladores da assimetria da relação privada, esse elemento, como estudamos anteriormente, é a vulnerabilidade do polo oposto. E é justamente a vulnerabilidade da criança e do adolescente que fundamenta a sua proteção e evidencia a importância do diálogo entre as fontes, ante a relevância da tutela do direito da personalidade que corresponde a um direito fundamental no plano constitucional (Leal, 2018, p. 246). Leal (2018, p. 245) sustenta que o diálogo entre fontes, além do plano formal²¹, podem ocorrer no plano material, quando são convergentes as razões relativas ao conteúdo das normas relacionadas entre si.

Nesse ponto, importa perquirir as “razões” que justificam a adoção pelo intérprete da comunicação das fontes dos institutos jurídicos, o que deve ocorrer quando as normas utilizadas tenham conteúdo regulatório semelhante ou equiparável, segundo critérios de identidade, de semelhança ou de equiparação, tais como: bem ou interesse jurídico tutelado, relação ou situação regulada, sujeitos de direito envolvidos, grau ou intensidade na distribuição da autonomia dos poderes das partes, dentre outros (Leal, 2018, p. 245).

Na relação paterno-filial, muito mais grave do que na relação laboral, o polo oposto à concentração de poder (dos pais) é ocupado pela criança e pelo adolescente, seres humanos presumidamente vulneráveis, são seres considerados civilmente incapazes (absoluta ou relativamente). A vulnerabilidade deles se manifesta nas três formas: vulnerabilidade técnica ou informacional, vulnerabilidade jurídica e vulnerabilidade fática. Sua vulnerabilidade técnica ou informacional decorre de sua submissão aos pais, bem como pelo fato de não terem conhecimento específico para avaliar a sua situação vivenciada ou que lhe está sendo imposta; a vulnerabilidade jurídica decorre do desconhecimento do conteúdo da lei, do que contempla seus direitos e do que norteia os limites do exercício do poder familiar, e, por fim; a vulnerabilidade fática decorre não só da posição econômica inferior em relação aos pais, como também é somada a condição física e psicológica mais frágil, pois se trata de um ser em desenvolvimento (Souza Júnior, 2020, p. 2014-2017).

²¹ Com relação ao plano formal, Leal (2018, p. 245) informa que a coerência sistemática, a complementariedade, a subsidiariedade ou a coordenação entre as normas originárias de categorias jurídicas distintas, mas com conteúdos afins, possibilitam o diálogo entre elas.

Como o desenvolvimento do conceito de vulnerabilidade ocorreu no contexto das relações de consumo, Cruz (2023, p. 431) compreende que a tripartição de sua manifestação em vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica estaria vinculada mais fortemente às relações consumeristas, sendo difícil a sua transposição para as situações jurídicas essencialmente existenciais. Nesse sentido, sugere que, quando aplicada à crianças e adolescentes, a vulnerabilidade decorre da maior dependência ou fragilidade delas em comparação com o grupo de adultos, isso por razões sociais, políticas, econômicas ou mesmo biológicas.

A análise desses dois elementos (poder e vulnerabilidade) para a relação paterno-filial contribui para uma postura que parte da prevenção da violação dos direitos fundamentais do sujeito mais vulnerável da relação entre os particulares. A presunção da horizontalidade contribuiria para uma postura repressiva, incentivando os agentes do direito a atuarem quando o poder dos pais estiver sendo exercido em benefício próprio e não dos filhos. Isso geraria uma passividade, agentes do direito meramente expectadores da relação paterno-filial, postura contrária às normas constitucionais, que expressamente convocam o Estado, os pais e a sociedade a tutelarem, como prioridade, os direitos dos seres em desenvolvimento (art. 227).

Como a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais ainda está sendo difundida no Brasil, seus fundamentos ainda não adentraram de forma mais contundente nas outras áreas do direito, mas é possível verificar que seus pressupostos são aplicados quando se lança mão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais mesmo em relações privadas que não estão em condições de horizontalidade. Carvalho (2019, p. 91), partindo da eficácia horizontal, compreende não haver conflito de direitos fundamentais entre o interesse personalíssimo do filho em busca de sua paternidade jurídica, biológica ou socioafetiva, com todos os efeitos que dela resultam (direito ao nome, alimentos, sucessão, proteção da entidade familiar), com o direito à liberdade do pai de não querer reconhecer o vínculo.

Quando reconhece que sequer se deve aplicar a ponderação dos direitos fundamentais no caso relatado, se está partindo da premissa de que a relação jurídica posta é tão assimétrica que se faz necessário aplicar os direitos fundamentais da parte mais frágil para nivelar o desequilíbrio da relação privada. Essa conduta é o fundamento da aplicação da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, uma vez que não há horizontalidade nessa relação. Reconheceu-se a premente necessidade de se tutelar o ser vulnerável da relação em detrimento daquele que tem o “poder” de escolher a forma como quer viver e se relacionar com a criança, ainda que seja partindo da liberdade de não produzir a prova de sua paternidade e não criar vínculos com ela.

Argumenta-se, por outro lado, que os conflitos civis partem de uma horizontalidade na relação, quando há apenas dois interesses em litígio, o do demandante e do demandado, o que não ocorre na relação trabalhista, cujos conflitos costumam ser policêntricos, envolvendo interesses sindicais, patronais, empregados e empregador, tornando a atuação do juiz muito mais complexa (Contreras, 2018, p. 17). Esse argumento não tem o condão de afastar a aplicação da teoria da eficácia diagonal na relação paterno-filial, do mesmo modo que não é afastada nos conflitos laborais menos complexos.

A concepção da relação de diagonalidade não está restrita à litígios policêntricos, e isso é observado nos próprios conflitos judiciais trabalhistas, quando a eficácia diagonal é invocada em litígios que envolvem apenas dois interesses²², pois o que caracteriza a diagonalidade dos direitos fundamentais é a assimetria na relação jurídica, configurada pela concentração de poder em um dos polos e a vulnerabilidade no polo oposto, logo, ela não está vinculada à complexidade de sujeitos em uma relação litigiosa.

Por outro lado, embora as ações cíveis envolvam dois interesses, nas ações de direito de família, na qual um dos polos é composto por uma criança ou adolescente, há interesse público envolvido, o que justifica a atuação do Ministério Público como fiscal da lei²³, uma vez que a Constituição Federal considera a família como base da sociedade (art. 226) e o Estado empenha-se (ou deveria) na tutela processual dos seres humanos em desenvolvimento que compõem o núcleo familiar.

Incluir dentro de um mesmo predicado as demais relações privadas a fim de distingui-las das relações laborais pode ser um equívoco, pois nem todas as relações privadas partem da horizontalidade dos polos. A exemplo temos as relações de consumo, cuja lei presume a vulnerabilidade do consumidor²⁴ e muitos contratos são celebrados por adesão, observando preponderantemente os interesses do fornecedor do produto ou do serviço. Essa realidade é o que motiva a atuação do Estado na adoção de medidas de proteção dos direitos do consumidor, considerado, inclusive, um direito fundamental pela Constituição Federal (art. 5º, XXXII), bem como um dos princípios da ordem econômica brasileira (art. 170, V).

Desse modo, não podemos afirmar que a eficácia diagonal é aplicada com exclusividade nas relações de trabalho. O perigo da aplicação da eficácia horizontal de forma indevida nas

²² RRAg-1001331-74.2020.5.02.0468; RR-10316-19.2018.5.15.0125; RRAg-1001112-69.2019.5.02.0606 (BRASIL, 2024)

²³ O artigo 698 do Código de Processo Civil determina a intervenção do Ministério Público quando houver interesse de incapaz, estabelecendo que ele deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo (BRASIL, 2015).

²⁴ O artigo 4º, I do Código de Defesa do Consumidor, estabelece a presunção da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (BRASIL, 1990).

relações privadas assimétricas pode não neutralizar a concentração de poder e a vulnerabilidade que se fazem presentes em algumas delas, contribuindo para o desequilíbrio da relação jurídica e a violação de direitos fundamentais, justamente o que Contreras (2018, p. 19) quer evitar em matéria laboral.

Na relação paterno-filial identificamos os elementos que permitem o diálogo entre as fontes do direito laboral e do direito de família concernentes à relação paterno-filial, que viabilizam a aplicação da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, garantindo à criança e ao adolescente a possibilidade de neutralizar a concentração de poder paternal, levando-se em consideração a sua vulnerabilidade, e, assim, partir da premissa de que os genitores devem usar o seu poder em favor dos interesses da criança e do adolescente, não podendo partir da presunção de que os pais assim já fazem. Encontramos solo fértil para a teoria, e por essa razão passaremos a demonstrar as contribuições que ela pode trazer para a relação paterno-filial.

2.3 CONTRIBUIÇÕES DA EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Uma edificação para sustentar-se precisa de fundações, elas não servem apenas de base, mas conferem o norte para a forma que a estrutura edilícia poderá assumir, sob pena do seu desmoronamento. Do mesmo modo, estamos buscando os fundamentos, a base que pode sustentar da melhor maneira possível a relação paterno-filial, a fim de orientar a forma adequada de sua edificação, sob pena de ocorrer o seu desmoronamento, caracterizado pela violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. A teoria da eficácia diagonal tem papel fundamental no alicerce dessa relação privada, na medida em que preventivamente norteia o olhar dos agentes do direito para aplicar os direitos fundamentais como limitadores do abuso do poder parental.

A premissa, portanto, decorre da concepção de que, diante da concentração de poder e da vulnerabilidade presente nessa relação, os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal trarão os fundamentos sólidos à qualquer relação privada, sobretudo à paterno-filial, norteando os agentes do direito no nivelamento das diferenças entre as partes. Meneses, Nascimento e Newton (2021, p. 219) usam a expressão “eficácia trilateral diagonal”, que impõe à toda relação privada à submissão aos fundamentos e valores previstos na Constituição, os

quais culminarão na igualdade material no âmbito das relações privadas, na medida em que salvaguardam os direitos fundamentais das partes.

Nesse sentido, a intervenção dos agentes do direito será diretamente proporcional ao nível de assimetria presente na relação privada, conseqüentemente, quanto maior a concentração de poder parental e maior o grau de vulnerabilidade da criança e do adolescente, maior deverá ser a intervenção do Estado e dos agentes de direito nessa relação. Portanto, servirá como balizador da ação interventiva para conservar a condição da pessoa diante da situação desnivelada de poder (Alvarenga, Cunha e Amaral, 2020, p. 06-09). Essa intervenção fomenta a proteção da pessoa humana, a sua dignidade e o desenvolvimento da sua personalidade, estabelecendo uma comunicação direta com a Constituição, algo que, assim como contribui para as relações trabalhistas, igualmente contribuirá para as relações familiares (Simm, 2005, p. 1.296).

Segundo Oliveira, Souza e Moreira (2022, p. 19), a aplicabilidade da eficácia diagonal irradia em três dimensões: a primeira, alcançando o Poder Legislativo, orientando-o na elaboração e aprovação de leis que busquem restaurar o equilíbrio da relação privada, observando-se a incidência direta dos direitos fundamentais; a segunda, alcançando o sujeito da relação, que tem o poder em seu favor, orientando-o a usar de forma adequada a sua potestade em respeito aos direitos fundamentais da outra parte, e; terceira, alcançando o Poder Judiciário, aplicando-se a ponderação dos direitos fundamentais a partir da premissa de que há uma relação assimétrica que precisa ter seu equilíbrio restaurado.

Contreras (2018, p. 16) parte do pressuposto de que o poder é legítimo, motivo pelo qual não caberia uma neutralidade absoluta, isso seria uma supressão do poder não prevista em lei, deve-se, então, buscar uma neutralização moderada do poder, estabelecendo regras e padrões de condutas que devem ser avaliados com certo grau de discricionariedade pelos juízes. Simm (2005, p. 1.303), sob o enfoque da relação trabalhista, compreende que há necessidade da existência de mecanismos e instrumentos judiciais adequados, que assegurem ao sujeito mais frágil da relação privada o acesso ao Judiciário e a um processo justo imparcial e célere.

Embora a eficácia diagonal alcance o Poder Judiciário e nos permite vislumbrarmos a importância do seu papel na restauração do equilíbrio da relação nos litígios instaurados²⁵, o

²⁵ “Es decir: ¿quién será más competente para modular los derechos fundamentales del trabajador dentro del contrato de trabajo, un juez o su empleador? La respuesta es obvia, el juez. Por cierto que podría ocurrir que el juez tuviera criterios pro empleador en vez de pro trabajador. La evidencia no nos permite suponer ex ante que el juez siempre tendrá simpatía por los débiles y por lo mismo la tutela más efectiva es la sindical. A falta de esta última, los jueces representan una opción mejor que el empleador, aunque pueda haber casos de jueces insensibles al drama social de los trabajadores” (Contreras, 2018, p. 18).

alcance da teoria na relação paterno-filial precisa ser estudado sob uma perspectiva preventiva de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, pois, mitigaríamos a eficácia diagonal dos direitos fundamentais quando esses direitos já se apresentam violados pelos particulares. Essa é uma das grandes contribuições que a eficácia diagonal apresenta na relação paterno-filial, as medidas precisam ser estabelecidas para alcançar a simetria na relação entre os pais e os filhos, buscando-se evitar que os direitos fundamentais destes sejam violados, e que o poder concentrado na figura dos pais seja empregado em favor dos vulneráveis da relação.

Na relação laboral Contreras (2018, p. 19) entende que o fortalecimento dos sindicatos conferiria empoderamento dos trabalhadores na relação contratual de trabalho, o que não exclui o papel desempenhado pelos juízes na restauração do equilíbrio da relação através de decisões que partem da premissa da eficácia diagonal dos direitos fundamentais. É possível notar que o autor adota uma postura preventiva ao atribuir a devida importância ao papel dos sindicatos, que contribuiria para prevenir a violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores pelos empregadores, buscando mitigar a concentração de poder presente no direito laboral. Essa visão preventiva igualmente deve ser estabelecida na relação paterno-filial, e a atuação conjunta dos agentes do direito será imprescindível para esse fim.

De acordo com Sarmiento (2004, p. 299-300), a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas nem sempre se dará através do reconhecimento de um direito subjetivo específico de um particular em face do outro, mas os direitos individuais podem e devem ser aplicados diretamente na interpretação de cláusulas contratuais ou de outras declarações de vontade, de sentido duvidoso, independentemente da invocação de qualquer conceito jurídico indeterminado formulado pelo legislador privado. Para o autor, trata-se de uma consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e da constatação de que eles valem não apenas como direitos subjetivos, mas também como valores, cuja plasticidade permite que influenciem, através de diversas formas, a resolução das questões jurídicas envolvendo os bens jurídicos por eles protegidos.

Embora existam mecanismos de proteção aos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, muitos não são utilizados ou são subutilizados pelos agentes do direito, sobretudo por aqueles que ainda estão vinculados ao pensamento exclusivamente patrimonialista do direito privado que predominava antes da promulgação da Constituição de 1988. Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, seus reflexos foram sentidos nos demais ramos do Direito, pois a proteção do ser humano passou a ser o objetivo central do ordenamento jurídico e não mais o patrimônio por ele constituído (Fachin, 2003, p. 17).

O direito de família foi diretamente atingido com a visão antropológica constitucional, pois, o sujeito integrante da entidade familiar passou a ser o objeto de proteção e de garantia de seus direitos fundamentais, corolário lógico teria a eficácia diagonal dos direitos fundamentais nas relações familiares, que, como explicado anteriormente, tem especial proteção constitucional, prevendo aos próprios particulares uma obrigação de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais dos seus sujeitos vulneráveis.

Esse é o corolário do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que parte da vulnerabilidade desses sujeitos em face do seu estado de desenvolvimento para lhe conferir um tratamento especial e prioritário (Dias, 2016, p. 53). De acordo com Rossato, Lépure e Cunha (2019, p. 67) “toda intervenção deve atender prioritariamente aos interesses das pessoas em desenvolvimento, sem prejuízo a outros interesses no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”. Madaleno (2022, p. 42) compreende que o princípio da proteção integral confere aos direitos fundamentais da criança e do adolescente como de primeira linha de interesse, por considerá-las pessoas indefesas e em importante fase de crescimento e desenvolvimento de sua personalidade. Trata-se de um grau especial de vulnerabilidade que lhes conferem a prerrogativa de serem objetos de diretriz dominante em suas relações (Almeida, 2020, p 58), não somente quando estiverem em situação de risco²⁶ (Kreuz, 2012, p. 69).

O instituto da responsabilidade civil é um desses mecanismos que pode perfeitamente ser utilizado para promoção da proteção dos direitos fundamentais dos sujeitos vulneráveis das relações familiares, entretanto, se não partirmos da repersonalização do direito civil²⁷, tal mecanismo não consegue a proteção, uma vez que compensação de dano decorre de um direito fundamental já violado²⁸. Gomes (1980, p. 293) já afirmava, ser completamente incoerente um sistema que preconiza a adequada proteção e humanização da pessoa da vítima, admitir o dano para, depois de aferir a sua configuração, buscar compensar sua vítima.

Portanto, partindo da premissa de que a relação paterno-filial é marcada pela concentração de poder na figura dos pais, e que há uma vulnerabilidade presumida na figura

²⁶ “Trata-se de opção legislativa em favor da criança e do adolescente. Não se trata, porém, de qualquer prioridade, mas de *prioridade absoluta*, o que significa que sobrepõe a outras prioridades estabelecidas pelo legislador, como é o caso daquela conferida às pessoas idosas ou aos cidadãos portadores de necessidades especiais, entre outras” (Kreuz, 2012, p. 70).

²⁷ Expressão adotada por Rosenvald e Farias (2015, p. 27), ao enfatizarem que “vivenciamos tempos de despatrimonialização do direito privado ou da repersonalização do direito civil, em que o ser humano ocupa papel de centralidade no sistema civil-constitucional”.

²⁸ “No paradigma liberal qualquer tentativa de se conceder uma função acautelatória à responsabilidade civil, independentemente do desiderato reparatório, seria facilmente expurgada sob o argumento de que o desestímulo à prática de ilícitos seria uma consequência inexorável da obrigação de indenizar os danos” (Rosenvald, 2017, p. 104).

dos filhos, teremos como base a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais para prosseguir no estudo dos meios necessários para que os direitos fundamentais da criança e do adolescente sejam utilizados como meios de inibir o abuso do poder parental. Revela-se, dessa forma, uma premente necessidade de estabelecermos medidas preventivas, voltadas para evitar a violação do direito fundamental e garantir o equilíbrio da relação privada paterno-filial.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

A compreensão de que o ser humano é sujeito de direitos natos, os quais precisam ser efetivamente protegidos parece estar solidificada entre os estudiosos, no entanto, proteção parte da premissa de salvaguardar o sujeito e não de permitir que seu direito seja violado para depois ampará-lo. Nesse sentido, buscaremos situar o papel da responsabilidade civil preventiva como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, a partir do estudo da relação desses direitos com o direito de família e a premente necessidade de estabelecer a coerência do sistema que preconiza a adequada proteção e humanização da pessoa em desenvolvimento.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA: FUNDAMENTOS

O direito privado, por sua vez, precisa se adequar à tutela dos direitos fundamentais, a fim de garantir a sua eficácia horizontal ou diagonal – como explicado anteriormente, sobretudo diante de seu caráter preponderantemente extrapatrimonial, motivo pelo qual se faz necessário voltar-se para adoção de mecanismos de proteção integral, que preconizam a prevenção de sua violação e não a compensação de um direito fundamental já violado. Venturi (2014, p. 94) compreende que o direito privado possui o compromisso com a realização dos direitos fundamentais, pois estão ameaçados e atualmente sendo violados não apenas por atuações ou omissões do Estado, mas pelos próprios particulares.

A proteção dos direitos fundamentais pelo direito privado não pode ter como protagonista mecanismos de repressão, que se preocupa com o dano causado ou com a figura do agressor, sob pena de não se falar em proteção, mas em compensação. Nesse cenário, o instituto da responsabilidade civil se apresenta como um dos mecanismos capazes de cumprir esse papel de concretização de direitos fundamentais, contudo, quando sua premissa parte da vítima e não do ofensor, quando se volta para o direito material e não para sua violação, quando seu foco é futuro e não pretérito.

Buscar a efetividade da proteção dos direitos essenciais do ser humano perpassa pela revitalização do direito da responsabilidade civil, algo que ocorre quando se reconhece que a pessoa da vítima é quem deve ser o centro das atenções e o compromisso com a proteção dos seus direitos subjetivos (Venturi, 2014, p. 93). A operacionalização do direito privado sob o prisma da prevenção nas relações familiares é ainda mais importante, pois esse ramo do direito regulamenta diretamente os seres humanos em suas relações jurídicas mais íntimas, em especial

quando a tutela do direito material tem como protagonista a criança e o adolescente, seres vulneráveis em plena formação psicossocial.

A proteção desses sujeitos de direito em formação jamais pode ser concebida através de mecanismos de compensação, quando o dano já está configurado e seus efeitos já se enraizaram em sua personalidade. Nesse contexto, não se pode admitir que o instituto da responsabilidade civil continue sendo compreendido através da análise da imprescindível presença de elementos concomitantes como: ato ilícito, culpa, dano e nexos causal. Essa concepção parte da premissa de que a responsabilidade civil constitui instrumento de concretização de justiça social, cujo objetivo principal seria o de reparar prejuízos de atividades antijurídicas, visão sistêmica comprometida em reparar danos decorrentes dos direitos violados (Venturi, 2014, p. 42).

A Constituição Federal de 1988 voltou-se para a tutela do ser humano, funcionalizando a concepção patrimonialista sofrida pela influência do Código Napoleônico, e seus reflexos foram sentidos nas demais esferas do direito. Braga Netto, Farias e Rosenvald (2017, p. 32) explicam que foi o deslocamento do ser humano e sua especial dignidade para o protagonismo do sistema jurídico que influenciou a filtragem dos dispositivos do Código Civil (CC) de 2002 e seus microsistemas, e isso refletiu no arcabouço protetivo da personalidade humana, tendo como consequência a revisão da teoria da incapacidade, para a boa-fé objetiva, como vetor de confiança nas relações obrigacionais, bem como a despatrimonialização da família e a sua conversão em instrumento de construção do afeto e de sua privacidade²⁹.

Segundo Rosenvald (2017, p. 31) o conceito contemporâneo de responsabilidade civil foi reconstruído a partir de uma concepção de moralidade, em que a responsabilidade é por outro ser humano, tornando-o objeto de cuidado, deslocando-se a procura de responsáveis capazes de reparar danos para uma posição mais elevada que é a ação e seus efeitos danosos, em direção às necessárias medidas de precaução e de prudência, capazes de prevenir o dano³⁰.

²⁹ “A Constituição Federal, ao elencar em seu art. 1º, III a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, reconhece a obrigatoriedade da máxima tutela à pessoa, valendo-se do sistema jurídico-positivo, especialmente dos direitos fundamentais. Com isso, assegura-se o respeito ao indivíduo, garantindo-lhe uma existência digna e salvaguardando-o de ofensas e violações injustas, quer praticadas por particulares, quer pelo Estado.” (Fonseca, 2019, p. 36).

³⁰ “Trata-se de uma transferência de objeto da responsabilidade: no plano moral, a responsabilidade é por outro ser humano, outrem. Tornando-se fonte de moralidade, o outro é promovido à posição de objeto do cuidado. O impacto desse deslocamento do objeto no plano moral é sentido no plano jurídico da responsabilidade: alguém se torna responsável pelo dano, porque, de início, é responsável por outrem. Essa ampliação do alcance da responsabilidade se torna ilimitado caso entendamos que a própria vulnerabilidade futura do homem e de seu meio ambiente seja ponto focal do cuidado responsável. A orientação retrospectiva que a ideia moral de responsabilidade tinha em comum com a ideia jurídica, orientação em virtude da qual somos eminentemente responsáveis pelo que fizemos, deveria ser substituída por uma orientação mais deliberadamente prospectiva, em função da qual a ideia de prevenção se soma à ideia de reparação de danos já cometidos. Com base nisso, tornar-se-ia possível reconstruir um conceito contemporâneo de responsabilidade.” (Rosenvald, 2017, p. 31).

O autor compreende que a responsabilidade civil possui a prevenção como princípio, que contém plasticidade e abertura semântica, capaz de albergar as funções reparatória, punitiva e precaucional, o que não a impediria de se manifestar de forma autônoma, uma vez que, sendo o objetivo primordial da responsabilidade civil contemporânea, seria uma verdadeira consequência das três funções (Rosenvald, 2017, p. 95).

O autor nos ensina que não devemos apenas reagir ativamente ao dano consumado, o que é feito através da indenização ou da compensação, mas conservar e proteger bens existenciais e patrimoniais, uma vez que toda pessoa ostentaria o dever de evitar causar um dano injusto, ou que se evite o seu agravamento. Pauta-se em pensadores que defendem a responsabilidade civil como uma ferramenta poderosa de condutas humanas e garantia de coesão social (Rosenvald, 2017, p. 97). Venturi (2014, p. 99) sustenta que a prevenção é muito mais que uma função da responsabilidade civil, sendo o verdadeiro fundamento do instituto, não podendo ser considerada uma simples função acessória, eventual ou circunstancial, o que equivocadamente se faz quando se trata como um reflexo da função reparatória, motivo pelo qual pugna pela implementação de mecanismos predispostos a regular as condutas humanas através de vias de inibição, em especial de comportamentos potencialmente causadores de danos graves e irreversível, cujos efeitos danosos são irreparáveis.

3.2 A PREVENÇÃO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A tutela da pessoa humana é considerada uma cláusula geral, investida de força e eficácia, desse modo, seu reflexo alcança o instituto da responsabilidade civil, que, por sua vez, deve buscar a salvaguarda da pessoa humana, algo que obviamente não está limitado à sua tutela patrimonial, albergando, sobretudo, sua dignidade, que inclui situações existenciais (Fonseca, 2019, p. 37). Desse modo, a responsabilidade civil, através de seu viés preventivo, deve operar no sentido de evitar que os direitos fundamentais sejam violados, o que inclui a proteção aos direitos da personalidade que os integra. O sentido do termo proteção³¹ já expressa a necessidade de se evitar a lesão a esses direitos fundamentais, objetivo esse positivado no artigo 12 do CC, quando prioriza a prevenção do dano, ao permitir o exercício da pretensão de cessar

³¹ Quando associado aos deveres acessórios de conduta que se impõe nas relações jurídicas, os quais estão desvinculados da vontade dos particulares e são conduzidos pela boa-fé objetiva (Farias; Rosenvald, 2015, p. 15). Portanto, diferentemente da prestação, que se refere ao dever estabelecido pelo negócio jurídico, o dever de proteção integra uma norma de conduta que incide sobre todos os sujeitos em suas mais diversas relações jurídicas.

a ameaça ao direito, antes mesmo de dispor sobre a pretensão de interromper a lesão ou requerer a indenização dos danos dela decorrentes³².

Marques e Martins (2021, p. 21) partem do pressuposto de que a Constituição deu significativa projeção à responsabilidade civil como um instituto jurídico de proteção à pessoa humana, assim, advertem que podem ser atingidos pelo instituto todos os atentados a direitos fundamentais, independentemente da forma paralela positivada de acesso às consequências indenizatórias ou assemelhadas, denominando de ilícito constitucional a violação a deveres fundamentais, o qual entendem que deve ser evitado, além de se buscar meios de inibi-lo, removê-lo ou ter seus efeitos cessados.

Ao assegurar, em seu artigo 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, Marques e Martins (2021, p. 24) defendem que a Constituição Federal estabeleceu a função preventiva da responsabilidade civil, não apenas como meio inibitório, mas também sancionatório diante de um dano de magnitude constitucional, defendendo uma atuação *ex ante* lesão, sobretudo quando o objeto é a tutela dos direitos individuais - em especial dos vulneráveis, como crianças e pessoas com deficiência – e coletivos. Embora os autores compreendam que a compensação dos danos desempenha papel essencial e valorativo aos direitos fundamentais - ao dar concretude às consequências necessárias quando das violações das disposições magnas, sob o fundamento de que, no âmbito da responsabilidade civil, a norma de proteção de direitos fundamentais precisará valer-se das disposições infraconstitucionais, as quais, dispõem de critérios estruturais funcionais do instituto, como apuração da conduta, dano, nexos de causalidade, etc.-, defendem que a legislação deverá ser aplicada de forma a dialogar de forma coerente, complementar e adaptada aos princípios constitucionais³³.

A responsabilidade preventiva volta-se para a proteção do ser humano, no sentido de buscar mecanismos de evitar que seus direitos fundamentais sejam violados, ao invés de atuar após a sua lesão, de forma a garantir a eficácia normativa que compreende a dignidade da pessoa humana³⁴ como fundamento da República Federativa. Farias, Braga Netto e Rosenvald (2017,

³² “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. (BRASIL, 2002).

³³ “Aqui, com especial atenção, percebe-se com ampla utilidade da teoria do diálogo das fontes que permite em três níveis: i) *diálogo de coerência*, visto que a legislação infraconstitucional terá em foco os valores constitucionais não podendo mitigá-lo (*interpretativo pro homine*); ii) *diálogo de complementariedade*, aplicação complementar entre Constituição e leis infraconstitucionais, com preenchimento de lacunas e afirmação dos direitos prioritários; iii) *diálogo de adaptação*, alinhando leis novas e leis protetivas, conforme efeito útil constitucional.” (Marques e Martins, 2021, p. 24).

³⁴ “A dignidade não é apenas um valor, um *a priori*, mas um princípio que não pode ser conceituado de maneira rígida, algo que não se harmoniza com a pluralidade e diversidade de valores que se manifestam nas sociedades

p. 45) compreendem que, o Estado Democrático de Direito assume o compromisso de promover mecanismos de indenidade da pessoa humana, através da aplicação da dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana no âmbito da responsabilidade civil. A prevenção passa a ser o cerne da responsabilidade civil contemporânea, a qual, ao invés de agir reativamente ao dano consumado, busca a proteção de bens existenciais e patrimoniais, parte-se de boa-fé objetiva que deve permear as relações entre os particulares, que devem agir com moderação de forma a evitar causar dano a outrem, ou mitigar seus efeitos através da adoção de comportamentos prudentes (Farias; Braga Netto e Rosenvald, 2017, p. 50).

Venturi (2014, p. 251) considera a tutela preventiva imprescindível para a proteção de direitos fundamentais, justamente pelo fato de que grande parte deles possuem natureza extrapatrimonial, que não comportam apropriada compensação. Mecanismos de prevenção dos danos devem ser buscados pelos operadores do direito, sobretudo para evitar lesões àqueles considerados vulneráveis, isso pode ocorrer através da orientação do legislador, através da implementação de normas protetivas, seja doutrinária, seja através de pesquisas científicas voltadas para a concepção de direitos materiais ou processuais que tenham como fundamento a prevenção dos danos. O importante é adoção de princípios e condutas que “apresentam como renovados fundamentos aptos a ampliar e aprofundar o direito de responsabilidade civil, passando a conformá-lo e operacionalizá-lo não apenas com vistas ao passado, mas também vislumbrando o futuro” (Venturi, 2014, p. 252).

3.3 A PREVENÇÃO DOS DANOS NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

A família possui especial proteção do Estado, e isso é assegurado pelo artigo 226 da Constituição Federal, mas essa proteção especial nos remete a ações voltadas para uma tutela efetiva, que pretende evitar que os atos ilícitos sejam praticados contra os seus membros, sobretudo contra os mais vulneráveis. Conviver em comunidade é um desafio e tanto para qualquer indivíduo, quanto mais para aqueles que estão em plena transformação física e psicológica. De acordo com Silva, Viana e Carneiro (2020, p. 3), o desenvolvimento mental tem relação com a interação do organismo com o meio. Baseiam-se na teoria de Piaget³⁵, cujo

democráticas contemporâneas. Portanto, trata-se de conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento” (Farias, Braga Netto, Rosenvald, 2017, p. 45).

³⁵ “Um primeiro aspecto geral que merece ser explicitado refere-se à concepção de conhecimento proposta por Piaget. Um dos pontos fundamentais desta concepção diz respeito ao sentido atribuído por Piaget à palavra “conhecer”: organizar, estruturar e explicar o mundo em que vivemos — incluindo o meio físico, as ideias, os valores, as relações humanas, a cultura de um modo mais amplo — a partir do vivido ou experienciado. Se, para Piaget, o conhecimento se produz a partir da ação do sujeito sobre o meio em que vive, só se constitui com a

objetivo é mostrar como o indivíduo vai evoluindo, desde os primeiros meses da vida, até adquirir uma solidez e uma consistência própria, que acaba distinguindo-o do resto do meio onde está contido. Os estudiosos explicam que a criança vai se ajustando à realidade circundante à medida que evolui, aumentando a eficácia de superação das inúmeras situações com que se confronta.

Portanto, o meio em que a criança se desenvolve é fator determinante para a formação da sua personalidade. O termo “meio” não se refere ao *locus*³⁶, mas ao grupo em que está inserida e nele se desenvolve, ganhando maior sentido o termo “família”, dentro daquilo que representa a entidade familiar formada por relações de afeto entre os indivíduos que a compõe e não para a instituição em si, pois a família deixa de ser tratada como o objeto do direito, mas sim os sujeitos da relação que ela representa³⁷.

Nesse sentido, a família, nas suas diversas concepções, observada a sua pluralidade³⁸, passa a ser considerada o meio em que a criança irá se desenvolver e formar a sua personalidade. Cada membro da família desempenha papel importante na formação desse ser humano, sobretudo os genitores³⁹, principais referências de uma criança quando, efetivamente, convivem com ela.

A função preventiva da responsabilidade civil do ilícito extrapatrimonial reside na tutela inibitória da violação aos direitos da personalidade, cujo fundamento advém do fato de que a ameaça a direito não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário e, sob essa premissa, Braga Neto, Farias e Rosenvald (2021, p. 361-362) compreendem que a tutela inibitória seria

estruturação da experiência que lhe permite atribuir significação. A significação é o resultado da possibilidade de assimilação. Conhecer significa, pois, inserir o objeto num sistema de relações, a partir de ações executadas sobre esse objeto. [...] Para Piaget o conhecimento é fruto das trocas entre o organismo e o meio. Essas trocas são responsáveis pela construção da própria capacidade de conhecer. Produzem estruturas mentais que, sendo orgânicas não estão, entretanto, programadas no genoma, mas aparecem como resultado das solicitações do meio ao organismo” (Cavicchia, 2010, p. 01-02).

³⁶ No sentido de espaço, local.

³⁷ “O indivíduo passou a ser o centro da família e, por conseguinte, da sociedade e não mais apenas o elemento de força produtiva. Em outras palavras, passou-se a valorizar o sujeito das relações e não mais o seu objeto. Ocorreram, pois, a personificação e a despatrimonialização da família e, a partir dessas vertentes, surgiu a necessidade de uma nova concepção pública, impondo limites à atuação do Estado nessa esfera relacional” (Pereira, 2016, p. 186).

³⁸ “Ao reverso, as normas que têm a sua *ratio* vinculada às relações familiares devem ser estendidas a toda e qualquer entidade familiar, nos termos constitucionais, independentemente da origem da família; tenha sido ela constituída por ato jurídico solene ou por relação de fato; seja ela composta por dois cônjuges ou apenas por um dos genitores, juntamente com seus descendentes” (Tepedino, 2001, p. 406).

³⁹ “Assim, o grupo familiar se desenvolve de duas formas: a princípio, com relação à extensão da estrutura de personalidade da criança, que depende de processos de crescimento. A segunda depende da mãe, ou de quem ocupa este lugar, e de sua atitude em relação a esta criança específica ou, ainda, de outras pessoas que possam estar disponíveis como figura materna. Depende também da atitude da mãe com relação a quem também ocupa do lugar de maternagem, bem como do equilíbrio dos dois aspectos presentes ao lugar de pai” (Winnicott, 1993, p. 104 apud Groeninga, 2011, p. 51).

um poderoso instrumento com o fim de se obter uma ordem de cessação do comportamento antijurídico, cuja verdadeira perspectiva é o combate ao próprio ilícito, já verificado pela prática de um ato de agressão ao sistema jurídico.

Partindo dessa percepção, podemos compreender que o foco da tutela preventiva é o ilícito e não o dano, estabelecendo-se o ato ilícito como verdadeiro objeto da antijuridicidade, e não necessariamente o dano dele decorrente. O que o ordenamento jurídico compreende como proteção (em seu caráter preventivo) não é dirimir os efeitos danosos ou mesmo analisar a sua ocorrência, é estabelecer normas de condutas objetivas de modo a evitar o evento danoso. Prevenção diverge de uma concepção monetizada da responsabilidade civil, que se volta para análise da sua extensão e grau de culpabilidade, a fim de, com base no poder aquisitivo do agressor e da vítima, estabelecer o valor da indenização. Venturi (2014, p. 198), outrossim, compreende que o sentido atual da responsabilidade civil parte de um sistema legal voltado para a regulamentação de comportamentos humanos⁴⁰, sejam eles comissivos ou omissivos, cujo corolário lógico seria evitar danos e não somente garantir o ressarcimento do prejuízo decorrente de atos ilícitos.

Há um interesse jurídico⁴¹ nas ações e omissões dos seres humanos, maior que nos danos que delas possam advir – afinal, muitos desses danos são de difícil previsão, comprovação ou reparação, como o são os de caráter extrapatrimoniais -, o papel central da proteção é buscar mecanismos que possam orientar as condutas dos seres humanos de forma a evitar os atos antijurídicos⁴². Nesse sentido, imprescindível será a identificação do ato antijurídico, a fim de buscarmos a análise dos mecanismos necessários a inibir o ilícito, e, conseqüentemente, vislumbrarmos a função preventiva da responsabilidade civil.

Como a relação paterno-filial é marcada pela assimetria das partes, configurada pela concentração de poder na figura dos pais e pela presunção de vulnerabilidade da figura dos

⁴⁰ “Propondo a redução da ciência do direito à ciência demonstrativa, os jusnaturalistas defendem, pela primeira vez com tal ímpeto na história da jurisprudência, a ideia de que a tarefa do jurista não é o de interpretar regras já dadas, que enquanto tais não podem deixar de se ressentir das condições históricas na qual foram emitidas, mas é aquela – bem mais nobre – de descobrir as regras universais da conduta, através do estudo da natureza do homem [...]” (Bobbio, 1992, p. 22).

⁴¹ O interesse jurídico, nesse contexto, se refere ao interesse do ordenamento jurídico nas condutas objetivamente esperadas, que passam a ser objeto de proteção da norma e interesse juridicamente tutelado do sujeito de direito. Parte-se da *teoria do interesse*, que identifica o próprio interesse da vítima como objeto de lesão pelo ofensor. Desse modo, o objeto de proteção da norma não estaria associado à consequência reparatória (que compreende o interesse na reparação patrimonial, objeto da *teoria da diferença*), mas na proteção do interesse do sujeito de direito (Steiner, 2016, p.23-49).

⁴² “A própria concepção do dano gradativamente vem sofrendo relevantes alterações, diante da necessidade iminente de proteção dos valores essenciais das pessoas. Assim, a noção jurídica de dano passa a ser concebida como a violação a um interesse tanto relativo ao patrimônio da pessoa como àqueles valores que se referem à sua própria personalidade, e que importam um desequilíbrio das próprias relações jurídicas, visto que tanto o patrimônio como a pessoa são protegidos pelo Direito” (Venturi, 2014, p. 69).

filhos, o estudo de meios de prevenção dos danos aos direitos fundamentais do polo mais frágil terá como norte a análise do que se compreende por ilícito dentro dessa relação privada. Nossos estudos vão partir do que a doutrina e a jurisprudência consideram como condutas parentais contrárias ao ordenamento jurídico, a fim de identificar o que se considera por dever parental condizente com a eficácia diagonal dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

3.4 A CONCEPÇÃO DO ABANDONO AFETIVO E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A PREVENÇÃO DOS DANOS

O quadro brasileiro acerca do tratamento dado à assimetria entre os sujeitos integrantes da relação paterno-filial nos é revelado através do estudo do posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o abandono afetivo, pois parte de discussões sobre o conteúdo dos deveres parentais e os danos decorrentes do descumprimento desses deveres. O estudo dessas discussões nos apresenta diversidade de posicionamentos, emprego de sentidos distintos para os mesmos termos e caminhos opostos para a proteção dos direitos fundamentais dos seres vulneráveis.

Não temos a pretensão de esgotar o estudo sobre a tese do que ficou conhecido como “abandono afetivo”, nosso objetivo é, inicialmente, apresentar a compreensão doutrinária sobre alguns aspectos da temática, a fim de viabilizar uma base comparativa para a forma como o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado a respeito, viabilizando os fundamentos para, posteriormente, identificarmos os deveres parentais previstos no ordenamento jurídico e, por derradeiro, a identificação do ato antijurídico.

3.4.1 A posição doutrinária sobre o abandono afetivo

Importante ressaltar que, nesse momento, apresentaremos apenas as manifestações doutrinárias sobre a identificação do abandono afetivo como ato ilícito, sem, contudo, aprofundarmos em seus fundamentos. Esse debate será travado em momento oportuno, quando da análise da conduta antijurídica, a fim de aferirmos o conteúdo dos deveres parentais.

Alguns doutrinadores nos apresentam a sua compreensão sobre o que poderia representar o abandono afetivo, no intuito de demonstrar que o ordenamento jurídico o recepciona como ato ilícito, contendo as consequências decorrentes de tal ato. Madaleno (2018, p. 238) compreende como a desconsideração da criança e do adolescente no campo de suas

relações que criam deficiências afetivas, traumas e agravos morais, algo que repercute no desenvolvimento mental, físico e social do filho.

Rizzardo (2005, p. 692) parte do pressuposto de que a criança possui um impulso natural de sentir a presença dos pais e de se fortalecer com o seu acompanhamento, configurando dano moral o impedimento, por um dos genitores, da efetivação desse impulso, uma vez que sofreria tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos.

O abandono afetivo seria "a dor do vazio da ausência do pai da mãe, da falta do apoio daqueles que tinham a obrigação de cuidar do filho que causa dano moral indenizável" (Bastos, 2011, p. 74). Para Hironaka (2005, p. 03) trata-se da omissão dos pais, ou de um deles, quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeado de fato, carinho, atenção. Nesse contexto, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) publicou o enunciado de número oito, compreendendo o abandono afetivo como ato ilícito, e por esse motivo concluiu pela possibilidade de gerar direito à indenização pelo dano causado⁴³.

Muitas afirmações são encontradas para se justificar a identificação do ilícito, alguns sustentam tratar-se de um desinteresse evidenciado de criar, educar, orientar e formar os filhos (Carvalho, 2019, p. 769-768), ou mesmo que se trataria de um ato ilícito omissivo, pelo não cumprimento dos encargos decorrentes do poder familiar (Dias, 2016, p. 101), o que caracterizaria um descumprimento da norma (Pereira, 2016, p. 262), que para alguns não está associado ao descumprimento da obrigação de amar, mas de cuidado e assistência (Almeida, 2020, p. 97).

3.4.2 A divergência entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça sobre o abandono afetivo

Alguns julgamentos do STJ parecem convergentes com a doutrina, no entanto, maior parte deles estão dissonantes com os entendimentos doutrinários acima apontados. Nesse sentido, considerando ser o STJ responsável pela unificação da interpretação das leis federais dentro do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁴, propomos um estudo minucioso dos seus

⁴³ “O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”. (Enunciado n.º 8. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam#:~:text=Enunciado%2034%20%2D%20%C3%89%20poss%C3%ADvel%20a,que%20o%20genitor%20nunca%20observou](https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam#:~:text=Enunciado%2034%20%2D%20%C3%89%20poss%C3%ADvel%20a,que%20o%20genitor%20nunca%20observou>)>. Acesso em: 09 jan. 2024.

⁴⁴ Competência estabelecida na alínea “c”, inciso II do artigo 105 da Constituição Federal do Brasil.

precedentes, para compreendermos como o órgão se posiciona acerca da tese do abandono afetivo. O levantamento histórico dos precedentes nos permitirá acompanharmos o caminho que o tribunal percorreu e identificarmos os pressupostos utilizados pelo tribunal para considerar ou não o abandono afetivo como ato antijurídico. Para tanto, utilizamos duas palavras como fontes para a pesquisa nas jurisprudências do tribunal superior, “abandono” e “afetivo”, o resultado nos apresentou julgamentos não só divergentes da posição doutrinária, como conflitantes entre suas próprias turmas.

Carvalho (2019, p. 155), como base em um precedente do STJ, afirma que “são devidos danos morais pelo abandono afetivo do filho, violando o dever de cuidado”. Cassettari (2018, p. 449), por sua vez, afirma que o STJ reconhece que o dano moral decorrente do abandono afetivo é *in re ipsa*⁴⁵, entretanto, o estudo dos precedentes do tribunal nos revelou exatamente o oposto. Como apresentaremos a seguir, o STJ está dividido, entre a Terceira Turma, que compreende a possibilidade de alguém ser indenizado por ter sofrido abandono afetivo, e a Quarta Turma, que sequer aceita a tese do abandono afetivo como ato ilícito.

No intuito de tornar a exposição mais didática, apresentaremos cronologicamente os entendimentos expostos de forma individualizada em cada turma, o que contribuirá para melhor compreensão da conclusão que cada uma das turmas chegou, bem como para demonstrar duas conclusões as quais chegamos: a primeira, que não podemos afirmar que o STJ recepcionou a tese do abandono afetivo como ato ilícito, e; a segunda, que o STJ tão somente aplica o instituto da responsabilidade civil como mecanismo de compensação de danos, não aproveitando a oportunidade para enfrentar a tese sob a concepção preventiva da responsabilidade civil.

3.4.2.1 O enfrentamento da tese do abandono afetivo pela Quarta Turma

A primeira pretensão de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo foi enfrentada pela Quarta Turma do STJ no ano de 2005. Embora a relatoria do acórdão do Recurso Especial 757.411 de Minas Gerais⁴⁶ tenha tido o cuidado de pesquisar pretensões semelhantes em instâncias inferiores, compreendeu o exercício do poder familiar como relação

⁴⁵ “Um ponto fundamental, foi o STJ ter colocado o dano moral oriundo do abandono afetivo no rol do dano moral *in re ipsa*. O dano moral *in re ipsa*, também chamado de presumido, é aquele que não precisa ser provado” (Cassettari, 2018, p. 444).

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (MENOR). Relator: Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em: 29 nov. 2005. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2114211&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 06 de out. 2019.

pautada no afeto, algo considerado subjetivo, e, portanto, não passível de reparação civil em caso de inobservância.

De acordo com o Ministro Fernando Gonçalves, relator do julgado, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada, pelo que pugnou pela impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação⁴⁷. O cerne da discussão envolvia a análise do pedido de reparação civil, cujo objeto era a existência ou não de ato ilícito, algo considerado indispensável para a configuração da responsabilidade civil, afinal, não se considerava ilícito civil a ausência paterna na vida de um filho.

No ano de 2009, outra pretensão de danos morais decorrentes de alegação de abandono afetivo foi julgada pela Quarta Turma. Nos autos do Recurso Especial 514.350, originário de São Paulo⁴⁸, um filho alegou ter sido abandonado afetivamente após mover uma ação de investigação de paternidade e a ter declarada em face de seu genitor. Sem adentrar no mérito do pleito, ou nas razões recursais, o relator do Recurso Especial simplesmente transcreveu a íntegra do julgado no ano de 2005, qual seja, recurso especial 757.411 de Minas Gerais, ratificando a linha de pensamento da Quarta Turma, afastando qualquer possibilidade de se aplicar a tese do abandono afetivo como ato ilícito.

Em 2012, a pretensão de um filho, contando cinquenta e um anos de idade quando do ajuizamento da ação, que pleiteava compensação por danos morais decorrentes de abandono afetivo quando o autor ainda era menor de idade, teve seu mérito prejudicado em face da prescrição, compreendendo a Quarta Turma que o prazo para o exercício da pretensão indenizatória se exaure depois de três anos, a contar do momento em que o filho completa a

⁴⁷ “Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (MENOR). Relator: Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em: 29 nov. 2005. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2114211&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 06 de out. 2019).

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 514.350 - SP (2003/0020955-3)**. Recorrente: R A DA S. Recorrido: J L N DE B. Relator: Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em: 28 abr. 2009. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300209553&dt_publicacao=25/05/2009>. Acesso em: 06 de out. 2019.

maior idade civil⁴⁹, tese esta ratificada, em 2018, pelo Ministro Luis Felipe Salomão⁵⁰, também integrante da Quarta Turma.

Superada a questão da prescrição, um caso emblemático alçou o julgamento da Quarta Turma em junho de 2017. Nos autos do Recurso Especial 1.087.561, originário do Rio Grande do Sul⁵¹, um filho pretendeu receber indenização por danos materiais e morais pelo fato de ter sido abandonado materialmente e afetivamente por seu genitor desde os seis anos de idade, sustentando não receber visitas do pai, nem auxílio material após a mãe ter recebido a sua guarda. Ao relatar o caso e proferir o seu voto, o Ministro Relator, Raul Araújo, compreendeu que o ato ilícito estaria configurado no descumprimento voluntário do dever de prestar assistência material, direito fundamental da criança e do adolescente, o que teria afetado a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho, em prejuízo do desenvolvimento sadio de sua personalidade e atentando contra a sua dignidade.

Na oportunidade, ratificando que não aderiria à tese da Terceira Turma, já manifestada no ano de 2012 (que apresentaremos posteriormente), deixou claro que o dano moral aplicado no caso analisado decorreria do descumprimento do dever jurídico de adequado amparo material e não pela falta de afeto, pois não a considerava um ato ilícito. Após o proferimento do voto do relator, a sessão foi adiada, e, iniciada nova sessão, a Ministra Maria Isabel Gallotti pediu vista dos autos. Após expor a análise da controvérsia, Gallotti concluiu que o genitor impugnou somente o pleito de indenização por dano moral, restando transitado em julgado o pleito de danos materiais.

Nesse sentido, em sede de voto-vista, resumiu que o julgamento trataria de definir se o ordenamento jurídico estabelece o dever de "cuidar afetuosamente" (em crítica ao entendimento da Terceira Turma, que posteriormente iremos expor), cujo descumprimento dê causa à postulada indenização por abandono afetivo. Na oportunidade, transcreveu todos os julgados

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.298.576 - RJ (2011/0306174-0)**. Recorrente: Manoel Lima dos Santos Cunha. Recorrido: Antonio Lopes Da Silva Cunha. Relator: Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 21 ago. 2012. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1722405&num_registro=201800726051&data=20180615&formato=PDF>. Acesso em: 06 de out. 2019.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial Nº 1.270.784 - SP (2018/0072605-1)**. Recorrente: Andre Franca da Silva. Recorrido: Jose Ribeiro de Mendonça. Relator: Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 21 ago. 2012. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1170622&num_registro=201103061740&data=20120906&formato=PDF>. Acesso em: 06 de out. 2019.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.087.561 - RS (2008/0201328-0)**. Recorrente: R A DE M. Recorrido: P A A DA S. Relator: Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 17 jun. 2017. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802013280&dt_publicacao=18/08/2017>. Acesso em: 06 de out. 2019

da Quarta Turma a respeito, que concluía pela improcedência do pleito, bem como transcreveu o entendimento da Terceira Turma, e, assim, justificou que a detalhada transcrição dos precedentes lhe permitia extrair o resumo de que a Quarta Turma entendeu que não cabe indenizar o abandono afetivo, por maior que tenha sido o sofrimento do filho, pois, segundo a Ministra, afetividade não se traduz em dever de cuidado, e, portanto, a falta de cuidado afetuoso não seria comportamento que gerasse dano indenizável com base no art. 186 do CC.

No entanto, no julgamento analisado, Gallotti compreendeu que o caso não se apresentava como pleito de danos morais decorrentes de abandono afetivo, mas decorrentes da situação de penúria à qual ficou submetido o filho causada por ato voluntário do genitor, que não tomou providência alguma para lhe oferecer condições dignas de sobrevivência, mesmo dispondo de recursos para tanto, e, por essa exclusiva razão, que nada teria que ver com ausência de afeto, votou pela procedência do pedido de indenização por danos morais. Desse modo, mesmo que o objeto da pretensão recursal tenha sido o inconformismo por ter sido condenado, em segunda instância, a pagar indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo, a Ministra justificou que o STJ poderia perfeitamente aplicar o direito aos fatos reconhecidos pelo acórdão recorrido, sendo perfeitamente possível verificar a presença da violação ao dever de sustento da prole, configurada pelo abandono material e não afetivo, atribuindo-lhes, desse modo, as consequências jurídicas próprias, que estariam dentro da causa de pedir.

Aproveitando a oportunidade em seu voto-vista, a Ministra expôs ser contrária a exigibilidade do cuidado do pai por um filho ao introduzir o conceito do “cuidado afetuoso” como obrigação não passível de execução, pois, segundo ela, não há nenhuma regra, em nosso ordenamento, do qual se extraia o dever jurídico de cuidado, no sentido de convivência e amparo afetivo e psicológico. De acordo com a Ministra, o Direito de Família é regido por princípios próprios, que afastam a responsabilidade civil extracontratual decorrente de ato ilícito.

Segundo meu entendimento, o dever de cuidado estabelecido em lei diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. A convivência familiar é garantida pela Constituição, dentro das circunstâncias de cada família, como um ideal. As vicissitudes da vida real, com vários modelos de família e características peculiares à personalidade e ao contexto social cada um de seus membros, justificam a previsão em lei da guarda unilateral ou compartilhada, da guarda por terceiros ou tutela, quando, pelos mais diversos motivos, nenhum dos pais tiver condições de permanecer com o menor⁵².

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.087.561 - RS (2008/0201328-0)**. Recorrente: R A DE M. Recorrido: P A A DA S. Relator: Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 17 jun. 2017. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802013280&dt_publicacao=18/08/2017>. Acesso em: 06 de out. 2019, p. 30.

Em seu voto ressaltou que, em muitos casos, há inclusive prejudicialidade na convivência familiar, decorrentes de características psicológicas, causadas por diferenças de personalidade, contingências, traumas e circunstâncias da vida, que tornariam a convivência familiar - talvez forçada pela necessidade de defender-se de futura acusação de abandono afetivo - flagrantemente nociva, ou, pior, inconscientemente prejudicial ao desenvolvimento psicológico da criança. Advertiu que a incapacidade de amar, de cuidar afetivamente, muitas vezes é decorrente das circunstâncias da criação, personalidade, traumas vividos pelo genitor - e também pelo filho em função do outro genitor - ao longo de sua vida.

Nesse sentido, justificou que a convivência e o afeto devem corresponder a sentimentos naturais, espontâneos, genuínos, com todas as características positivas e negativas de cada indivíduo e de cada família, motivo pelo qual pugnou pela não configuração de um cumprimento de dever jurídico, imposto pelo Estado. Em seu voto-vista, sustentou que não se extrai do ordenamento jurídico essa possibilidade de imposição do Estado em nome do dever de convivência. No intuito de sustentar a sua tese, lembrou os comentários feitos por Miguel Reale Júnior, em artigo intitulado "O Afeto e a bolsa", publicado no *Jornal o Estado de São Paulo* em crítica ao voto paradigmático da Ministra Nanci Andriahi.

Ora, se o dever não decorre da lei, mas de juízo moral, inexistente pretensão juridicamente assegurada, pois não há direito subjetivo ao afeto, transformando-se o amor em dever jurídico. Se era incabível requerer judicialmente, quando criança, que o pai lhe dedicasse afeto, como depois transformar a ausência desse afeto em indenização monetária? Mistura-se o moralmente reprovável com o juridicamente exigível, quando apenas cabe indenização por descumprimento de dever jurídico. Pode ser censurável não ter afeto pelo filho, mas tal não constitui falta de cuidado legalmente estatuído e a lei jamais poderia impor a efetividade de carinho paterno. A frase de efeito, repetida na imprensa, "amar é uma faculdade, cuidar é dever" incide em equívocos, pois faculdade consiste na possibilidade de exercício de um direito. Amar não é uma faculdade, é sentimento espontâneo de bem-querer que não deriva da lei. Cuidar de criança ou adolescente é um dever, mas dentro de quais limites legais?⁵³

Como se pode observar, o dano moral foi reconhecido pela Quarta Turma, não pelo fato de o genitor ter deixado de conviver com o filho, mas por ter desamparado o menor materialmente, mesmo se tendo prova de que os alimentos foram prestados, ainda que de forma impontual. Nos atentaremos a continuar expondo os julgados, sem fazer uma análise crítica

⁵³ REALE JÚNIOR, Miguel. **O Afeto e a bolsa**. *Jornal o Estado de São Paulo*, edição de 2.6.2012, *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.579.021 - RS (2016/0011196-8)**. Recorrente: D C P C. Recorrido: O A C. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgado em: 19 out. 2017. Brasília. DF. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613362&num_registro=201600111968&data=20171129&formato=PDF. Acesso em: 08 de out. 2019.

nesse momento, guardando para ocasião oportuna nossas conclusões. Por hora, deixemos registrado que o Recurso Especial foi julgado improvido, mantendo a condenação do genitor a indenizar o filho pelos danos morais sofridos, não por decorrência de abandono afetivo, como assim condenado em segunda instância, mas por desamparar o filho materialmente.

Quatro meses depois do julgamento do caso acima relatado, em outubro de 2017, a Ministra Maria Isabel Gallotti, integrante da Quarta Turma, teve a oportunidade de ser relatora do Recurso Especial 1.579.021, originário do Estado do Rio Grande do Sul⁵⁴, cujo objeto era a pretensão de indenização por abandono afetivo, sem, contudo, alegar privação de meios de sustento, guarda ou educação, pois a filha reconheceu que o pai, após a declaração judicial de paternidade, cumpriu a obrigação alimentar estipulada, sem contudo, conviver com a filha. A ausência de desamparo material e de não ter a filha sido submetida a qualquer espécie de risco ou suportado condições precárias de sobrevivência, no aspecto material, foi o suficiente para que a Ministra Relatora mantivesse o entendimento exposto meses atrás, aproveitando a oportunidade para transcrever a íntegra do seu voto-vista nos autos do Recurso Especial 1.087.561-RS.

Ocorre que, logo após o proferimento do voto da Relatora, negando provimento ao recurso especial, o Ministro Marco Buzzi pediu vista, e, em seu voto, acompanhou a Relatora no sentido de negar provimento ao recurso, mas por fundamentação diversa, ao verificar que, quando do ajuizamento da ação, já havia transcorrido o prazo trienal após a filha ter completado a maior idade, motivo pelo qual considerou a pretensão prescrita. Entretanto, Buzzi não deixou de registrar sua total discordância com o posicionamento da Ministra Relatora sobre a impossibilidade de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo.

Segundo o Ministro Marco Buzzi, há plena possibilidade de haver compensação dos danos extrapatrimoniais decorrentes do abandono afetivo, pois, segundo ele, embora alguns confundam com obrigação de amar, há um dever jurídico, em diversos preceitos, desde os constitucionais até aqueles das leis complementares, que inserem no seio familiar determinados cuidados, zelos e providências, voltadas ao interesse e bem-estar da prole. Superando a tese patrimonialista exposta pela relatoria, afirmou que “criar e educar, como está expresso na lei, exige mais do que exclusivamente aportar recursos financeiros, uma vez que a conjugação dos aludidos verbos traduz o zelo, a preocupação com a educação, o crescimento em condições

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.579.021 - RS (2016/0011196-8)**. Recorrente: D C P C. Recorrido: O A C. Relator: Ministro Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgado em: 19 out. 2017. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613362&num_registro=201600111968&data=20171129&formato=PDF>. Acesso em: 08 de out. 2019.

saudáveis, a atenção indispensável (...)"⁵⁵. Desse modo, constata-se que um integrante da Quarta Turma possui entendimento dissonante dos demais.

Após o proferimento do voto-vista do Ministro Marcos Buzzi, foi a vez do Ministro Antônio Carlos Ferreira pedir vista dos autos. Em seu voto, compreendeu que o prazo trienal prescricional se iniciou quando a filha completara 16 anos de idade, não podendo exercer pretensão em face de danos sofridos a fatos anteriores a esse período. No entanto, compreendeu que havia alegações de eventos danosos posteriores a esse período, quando a autora já havia atingido a maior idade, o que, ao seu ver, impediria de se aplicar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei Federal n. 8.069/1990 - e, conseqüentemente, obstaría o conhecimento do recurso.

Não podemos deixar de apontar que o entendimento exposto no voto do Ministro Antônio Carlos Ferreira entrou em contradição com o entendimento da Quarta Turma no julgamento do Recurso Especial 1.298.576 (acima analisado), ao concluir, na ocasião, que a prescrição trienal da pretensão à indenização por abandono afetivo tem seu prazo iniciado a partir da maioridade civil e não aos 16 anos, idade em que ainda vigora o poder familiar.

Após as manifestações expostas pelos Ministros, a Ministra Relatora, a princípio, acreditou não ter encontrado a melhor solução para o caso, diante dos enfrentamentos das teses de prescrições pelos demais componentes da Turma, assim sustentando: “encarei a relação entre as partes como um todo incidível, mas agora, diante do voto-vista de Vossa Excelência, penso que encontrou a melhor solução”⁵⁶. Entretanto, na medida em que foi tecendo seus argumentos, concluiu pela ratificação de seu voto, pois compreendeu que “nos termos em que deduzida a pretensão, e como o direito de ação é um direito abstrato, o que ela sustenta é esse dever de afetividade em qualquer idade mesmo após a maioridade”⁵⁷, motivo pelo qual teve a percepção que a análise não se atería à prescrição da pretensão, mas à existência ou não do dever de

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.579.021 - RS (2016/0011196-8)**. Recorrente: D C P C. Recorrido: O A C. Relator: Ministro Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgado em: 19 out. 2017. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613362&num_registro=201600111968&data=20171129&formato=PDF>. Acesso em: 08 de out. 2019, p. 32.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.579.021 - RS (2016/0011196-8)**. Recorrente: D C P C. Recorrido: O A C. Relator: Ministro Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgado em: 19 out. 2017. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613362&num_registro=201600111968&data=20171129&formato=PDF>. Acesso em: 08 de out. 2019, p. 43.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.579.021 - RS (2016/0011196-8)**. Recorrente: D C P C. Recorrido: O A C. Relator: Ministro Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgado em: 19 out. 2017. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613362&num_registro=201600111968&data=20171129&formato=PDF>. Acesso em: 08 de out. 2019, p. 44.

cuidado afetuoso, em qualquer idade, correndo-se o risco de, declarada a prescrição, subentender que se estaria reconhecendo o direito de requerer a pretensão indenizatória em face do abandono afetivo. Reconheceu, desse modo, a improcedência da pretensão, compreendendo que o afeto não é um dever jurídico. E, assim, o Recurso Especial foi julgado improvido.

Em 2018, novo pleito foi enfrentado pela Quarta Turma, dessa vez sob a relatoria do Ministro Marcos Buzzi, nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 492.243⁵⁸ originário de São Paulo. Embora tenha compreendido que a compensação pecuniária não restitui as coisas ao *status quo ante* e tenha defendido que um litígio nesse sentido apenas impediria qualquer tipo de restauração de relacionamento familiar, manteve seu posicionamento sobre a possibilidade de cabimento de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo, assim como já defendido em julgamento anterior, contudo, no caso analisado, não vislumbrou a presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil. O Relator entendeu que o dano moral decorrente do abandono psicológico exige a demonstração do ilícito civil, “cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor”, algo que, de acordo com o acórdão analisado, não restou demonstrado.

Em 2019, foi proferido um voto com fundamentação extremamente contraditória nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.286.242 originário de Minas Gerais⁵⁹. O Ministro Relator, Luis Felipe Salomão, ao negar provimento ao recurso, compreendeu que o tribunal de origem havia enfrentado a análise dos elementos configuradores da responsabilidade civil, ratificando que não havia comprovação de abandono afetivo ou material dos pais em relação à filha, de modo a configurar um ilícito ensejador de dano moral. Ao assim fundamentar, nos levou a compreender haver possibilidade de se pleitear indenização por danos decorrentes de abandono afetivo, desde que comprovados os elementos que configuram a responsabilidade civil. No entanto, julgou o recurso improvido, sustentando que o acórdão recorrido não destoava do entendimento exposto pela Quarta Turma nos autos do Recurso Especial 1.579.021 de Relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, justamente o julgado que rejeitou a tese do abandono afetivo, compreendendo que não havia previsão legal de

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 492.243 - SP (2014/0065381-8)**. Agravante: T C G B. Agravado: R B R. Relator: Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em: 05 jun. 2018. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400653818&dt_publicacao=12/06/2018>. Acesso em: 08 de out. 2019.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 1.286.242 - MG (2018/0100313-0)**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: J B DE R e N P DE S. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 08 out. 2019. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801003130&dt_publicacao=15/10/2019>. Acesso em: 20 de set. 2022.

cuidado em nosso ordenamento jurídico, portanto, não haveria que se falar em ilícito civil, o que impediria a aplicação da responsabilidade civil.

Finalizamos a análise dos julgamentos da Quarta Turma do STJ com o acórdão proferido nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2.294.581, originário de São Paulo⁶⁰, de relatoria do Ministro Raul Araújo. O caso tratava da pretensão de indenização por danos morais sofridos decorrente de abandono afetivo praticado pelo pai, alegando-se que a criança sofrera inúmeras privações afetivas, tendo sido reconhecida apenas aos 12 anos de idade, após ação de investigação de paternidade. Sucede-se que o mérito recursal não foi enfrentado, sustentando o Relator que o apelo não indicou de forma clara os dispositivos de lei federal tidos por violados, o que o teria deixado deficiente em sua fundamentação recursal, negando-lhe provimento.

Como se pode observar através dos casos enfrentados pela Quarta Turma do STJ, apenas um recurso teve êxito na pretensão de danos morais decorrentes de abandono afetivo, contudo, sua fundamentação deixou bem claro que, embora a pretensão fosse em face da alegação de ter sofrido abandono afetivo, os danos morais foram reconhecidos em decorrência da ausência de assistência material que deveria ter sido prestada ao filho e não por não ter sido abandonado afetivamente. O que nos permite concluir que a Quarta Turma do STJ não reconhece o abandono afetivo como ato ilícito, não havendo que se falar em dano indenizável.

Para a Quarta turma, a ausência de amparo material é considerada ato ilícito que pode causar danos morais à prole, desde que devidamente provados os danos e o nexo de causalidade. Entretanto, a análise das teses expostas nos acórdãos, nos permite identificar o Ministro Marcos Buzzi como o único integrante da Quarta Turma a manifestar-se pelo reconhecimento do abandono afetivo como ato ilícito, capaz de gerar danos morais à vítima, porém, por ser entendimento isolado, não prevalece nas decisões da turma.

3.4.2.2 O enfrentamento da tese do abandono afetivo pela Terceira Turma

A Terceira Turma teve trajetória bem distinta da Quarta Turma, e o enfrentamento da tese de abandono afetivo iniciou em 2004, com um caso jamais enfrentado antes, o qual permitiu que aquela Turma primeiro debatesse o conceito de abandono civil, preparando os

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 2.294.581- SP (2023/0023867-7)**. Agravante: A DE L A P (MENOR). Agravados: R DE A P. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 26 jun. 2023. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801003130&dt_publicacao=15/10/2019>. Acesso em: 26 de nov. 2023.

julgados posteriores para o enfrentamento da tese de abandono afetivo. O caso não trazia a pretensão de danos morais decorrentes do abandono, mas de destituição do poder familiar materno. Nos autos do Recurso Especial 275.568 originário do Rio de Janeiro⁶¹, analisou-se a possibilidade de a mãe perder o poder familiar (no julgado ainda se falava em pátrio poder) pelo fato de ter abandonado o filho (do cantor conhecido por “Renato Russo”) aos cuidados do pai ainda na maternidade. Após o falecimento do pai, a criança ficou aos cuidados dos avós paternos, que precisaram regulamentar a situação da criança para fins sucessórios. Desse modo, poder-se-ia considerar abandono o fato de a mãe ter deixado a criança aos cuidados do pai e, depois, dos avós, dos quais recebera todo amparo material e emocional?

Segundo o Ministério Público Federal, cujo Parecer foi emitido pelo então Subprocurador-Geral da República, Henrique Fagundes Filho, o vocábulo abandono deveria ser concebido em seu sentido lato, compreendendo todas as formas de sua manifestação, configurando, no caso sob análise, a situação de abandono afetivo. O Ministro Relator, Humberto Gomes de Barros, deu provimento ao recurso, compreendendo que a situação enfrentada pela criança fora de verdadeiro abandono afetivo, destituindo o poder familiar da mãe.

O presidente do julgamento, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, advertiu que o sentido de abandono deveria ser interpretado à luz do texto constitucional, não se limitando a abandono material, porém, possuindo sentido mais amplo, abrangendo especialmente o aspecto da afetividade, dos cuidados devidos pelos pais aos filhos. Com esse julgamento, percebe-se que dentro do conceito de abandono civil, a Terceira Turma do STJ compreendeu que se albergaria a concepção de abandono material, intelectual e afetivo.

Surge, então, no STJ, a figura do abandono afetivo, suficientemente capaz de justificar a destituição do poder familiar, tese essa que foi firmemente ratificada nos autos do Agravo Regimental em Recurso Especial 1.099.959 originário do Distrito Federal⁶², permitindo a adoção unilateral de uma criança por seu padrasto, a despeito da alegação do genitor de que deixar a criança aos cuidados da mãe não seria abandono de seu filho, motivo pelo qual não

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 275.568 - RJ (2000/0088886-9)**. Recorrente: R M e Cônjuge. Recorrida: R M B. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Julgado em: 18 mai. 2004. Brasília. DF. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000888869&dt_publicacao=09/08/2004. Acesso em: 08 de out. 2019.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº. 1.099.959 - DF (2008/0234034-0)**. Agravante: F U M. Agravado: L M DE S V P. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em: 15 mai. 2012. Brasília. DF. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802340340&dt_publicacao=21/05/2012. Acesso em: 08 de out. 2019.

dava sua anuência à adoção. No entanto, a Terceira Turma compreendeu que o abandono afetivo configurava verdadeiro descumprimento das obrigações decorrentes do poder familiar.

Em 2012, nos autos do Recurso Especial 1.159.242 originário de São Paulo⁶³, cujo objeto era a pretensão indenizatória em face de abandono material e afetivo sofrido durante a infância e juventude da recorrida, de seu julgamento é possível aferir que a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, integrante da Terceira Turma do STJ, ao dar maior elasticidade ao conteúdo obrigacional decorrente do poder familiar, imprimiu um caráter preventivo ao instituto da responsabilidade civil e o enquadrou nas relações familiares, pois defendeu que haveria um elo obrigacional entre o genitor e o filho, cuja obrigação de fazer estaria revestida por elementos objetivos. Sua tese foi sustentada pela compreensão de que o cuidado seria considerado um dever e, diferentemente da concepção de amar, estaria revestido por elementos objetivos, o que permitiria avaliação de ações concretas e voluntárias em favor da prole, como a presença, o contato presencial ou não, tratamento isonômico entre filhos. Surgiu, então, a expressão que ficou amplamente conhecida como “dever de cuidado”⁶⁴, originária do referido voto da Ministra Nancy Andrighi.

Durante o julgamento do referido recurso, o Ministro Massami Uyeda, abrindo divergência, assim se manifestou: “se abirmos essa tese aqui, olha, como diria o pessoal, sai de baixo. Este Tribunal irá cuidar de mágoas”. Segundo o Ministro, há um “dever ser” que impõe a obrigação de uma paternidade, de uma maternidade responsável, e contra o descumprimento de tal obrigação a punição civil seria a perda do pátrio poder, ao passo que a criminal seria o crime de abandono material previsto no artigo 344 do Código Penal. Em sede de voto-vista, o Ministro Sidei Beneti, concluiu que a perda do poder familiar ensejaria ao genitor dupla vantagem, “com o despojamento de responsabilidades familiares e

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 24 abr. 2012. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 06 de out. 2019.

⁶⁴ “Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 24 abr. 2012. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 06 de out. 2019).

indenizabilidade de dano moral”, outrossim, não haveria no ordenamento jurídico previsão legal de que os atos ilícitos ensejadores de danos morais estariam excluídos quando fundados em relação familiar.

Após a exposição do voto-vista do Ministro Sidei Beneti, nova vista dos autos foi solicitada, desta vez pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que reconheceu a possibilidade de haver a prática de ato ilícito ensejador de dano moral dentro das relações familiares, contudo, apenas em situações excepcionalíssimas, em que se caracterizariam o abandono completo da prole, sendo “imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comezinhas obrigações para com seu filho”. Desse modo, como resultado do julgamento, temos a primeira decisão do STJ, proferida pela Terceira Turma, que reconheceu a possibilidade de pretensão de indenização por danos morais em decorrência do que se já havia conceituado em julgamento anterior, abandono afetivo.

Embora o Ministro Massami Uyeda tenha se posicionado veementemente em sentido contrário, o voto da Ministra Nancy Andrichi ganhou destaque, e, acompanhada dos demais componentes da turma, rompeu com os julgamentos paradigmáticos já então proferidos pela Quarta Turma. Nesse sentido, os pleitos ganharam força e alçaram ao STJ, na tentativa de responsabilização dos genitores pelo não cumprimento do que ficou conhecido como “dever de cuidado”, assim compreendido a partir do novo julgamento. Todavia, os acórdãos posteriores da Terceira Turma, enfraqueceram a tese, a cada julgamento se acrescentavam novos requisitos imprescindíveis para que se reconhecesse a possibilidade de responsabilização civil naquela instância superior, no nítido receio de permitir uma irrestrita entrada do instituto da responsabilidade civil da seara do direito de família.

O primeiro requisito criado foi a necessidade de reconhecimento da paternidade, seja através de ato voluntário, seja através de ação investigatória própria, quando ainda em vigor o exercício do poder familiar. Nos autos do Recurso Especial 1.374.778 do Rio Grande do Sul⁶⁵, o autor teve sua paternidade declarada após o ajuizamento de investigação própria, quando já havia completado a maior idade civil. Assim, a Terceira Turma entendeu que não se poderia exigir que uma pessoa, após ser indagada acerca da possibilidade de ser pai de um bebê ainda dentro do útero, investigasse, com base na moralidade, se era de fato pai do nascituro.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.374.778 - RS (2013/0039924-3)**. Recorrente: R O. Recorrido: R A M. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em: 18 jun. 2015. Brasília. DF. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1416569&num_registro=201300399243&data=20150701&formato=PDF. Acesso em: 06 de out. 2019

Nesse sentido, o pedido foi julgado improcedente alicerçado na tese de Karow (2012, p.23) de não poder responder por abandono afetivo aquele sujeito que sequer tinha ciência da existência do filho, exigindo-se, antes, o reconhecimento da paternidade. Partindo da estrita observância da existência ou não de ato ilícito, entendeu-se que, aquele que sabe ser pai, porém não registra o filho, dificilmente poderá ser alvo da demanda, pois ninguém pode ser condenado por ato ilícito, quando não se tem consciência da potencialidade de tal ato, a não ser que reconheça publicamente a paternidade através de atos inerentes a sua função. Essa tese foi ratificada nos autos do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 766.159 do Mato Grosso do Sul, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro⁶⁶.

Em 2015, nos autos do Recurso Especial 1.557.978, originário do Distrito Federal⁶⁷, foi alegado que o pai, após a paternidade ter sido declarada mediante ação de investigação própria, nunca amparou a filha, seja material ou afetivamente, constituindo nova família e protegendo seu considerável patrimônio em face da filha que rejeitara. Nesse julgamento, não se compreendeu que o conteúdo obrigacional inadimplido seria o dever de cuidado, mas o dever de convivência familiar, assim expressamente manifestado pelo Ministro Relator, Moura Ribeiro. Entretanto, embora tenha reconhecido a obrigação, afirmou que seu inadimplemento somente configuraria dano após análise criteriosa dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, pois, não almejava correr o risco de transformar o Poder Judiciário em uma indústria indenizatória.

De seu voto, extrai-se o segundo requisito imposto pela Terceira Turma para que, de fato, pudesse ser afirmado que a vítima teria o sentimento de abandono: ruptura da convivência familiar⁶⁸. No caso analisado, o pai somente iniciou o contato com a filha após o resultado do

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 766.159 - MS (2015/0209174-1)**. Recorrente: J P N (MENOR). Recorrido: E L DE D. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em: 18 jun. 2015. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1516725&num_registro=201502091741&data=20160609&formato=PDF>. Acesso em: 08 de out. 2019.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.557.978 - DF (2015/0187900-4)**. Recorrente: R A F D. Recorrido: Á F D. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em: 03 nov. 2015. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 08 de out. 2019.

⁶⁸ “A primeira que destaco, é a de que não existia, desde o nascimento, uma relação paterno-filial, ou seja, não houve rompimento do convívio entre o recorrido e a recorrente. É que somente quando a criança completou dez anos de idade, ou seja após a procedência do pedido da ação de investigação de paternidade, é que se operou o dever de convivência. Registra-se, por oportuno, a olímpica demora no ajuizamento da ação de investigação de paternidade. Ademais, por ocasião do relacionamento com a genitora da recorrente, o recorrido era casado e tinha dois filhos, ou seja, ela nunca residiu com o pai e até os dez anos não tinha nenhum contato com ele. Dessa forma, não existia, até o reconhecimento da paternidade, uma efetiva relação paterno-filial. [...] Esta peculiaridade dificulta ainda mais a tarefa de aferir a existência de ato ilícito praticado pelo recorrido, pois não há se falar em ruptura ou abandono antes da criança ter sido reconhecida como filha” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.557.978 - DF (2015/0187900-4)**. Recorrente: R A F D. Recorrido: Á F D. Relator: Ministro

exame de DNA, pelo que se entendeu que os laços afetivos não chegaram a se firmar ou estreitar. Outrossim, ressaltou-se uma peculiaridade do caso, que o demandado era agente político, sendo Senador da República, e já havia sido Deputado Federal e Governador de Estado, mas que não morava em Brasília, o que teria dificultado a convivência com a filha. Desse modo, compreendeu-se que não havia abandonado a filha completamente, sobretudo diante do fato de não lhe faltar com o amparo material após a confirmação da paternidade.

No mesmo julgamento, acrescentou-se o terceiro requisito imprescindível para que se configurasse o abandono afetivo: “estudo psicossocial que aponte a existência de um dano psicológico e o vincule a ausência de cuidado por parte de um dos pais”. Como se observa, não se pode afirmar que o STJ compreende o dano moral decorrente de abandono afetivo como *in re ipsa*, entendendo ser imprescindível uma perícia técnica que aponte, com segurança, tanto a existência de abalos morais sofridos, como a relação direta deles com o abandono, a fim de aferir o ofensor e a extensão do dano a ser indenizado, uma vez que o tribunal adota a Teoria do Dano Direto e Imediato para aferição do nexa causal⁶⁹. Partindo das referidas premissas, o recurso teve seu provimento negado e o abandono afetivo não reconhecido.

Em 2016, nos autos do Recurso Especial 1.493.125, originário de São Paulo⁷⁰, a recorrente teve reconhecida a paternidade somente após os 36 anos de idade, quando ajuizou ação de investigação própria, e, desse modo, requereu danos morais decorrentes do abandono afetivo paterno. Nesse caso específico, o STJ já havia estabelecido parâmetros em precedentes que inviabilizariam a análise do mérito recursal: a prescrição, pois a pretensão foi exercida após os 36 anos de idade, quando já ultrapassado, e muito, o triênio após a maioridade civil, e; o não conhecimento da paternidade quando em vigor o poder familiar, pois o pai somente teve conhecimento da paternidade quando a filha já contava com mais de 36 anos de idade após a realização do exame de DNA.

Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em: 03 nov. 2015. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 08 de out. 2019.

⁶⁹ “Os precedentes supracitados, como visto, dão destaque à teoria do dano direto e imediato, segundo a qual, para aferição do nexa causal deve existir entre a conduta e o dano uma relação de causa e efeito direta e imediata, devendo o dano necessariamente ser obra da ação ou omissão do agente. Numa palavra: o dever de indenizar emerge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.557.978 - DF (2015/0187900-4)**. Recorrente: R A F D. Recorrido: Á F D. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em: 03 nov. 2015. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 08 de out. 2019.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.493.125 - SP (2014/0131352-4)**. Recorrente: Maria Augusta Gallassi. Recorrido: Arivaldo Germano Galassi. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em: 23 fev. 2016. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1488493&num_registro=201401313524&data=20160301&formato=PDF>. Acesso em: 08 de out. 2019

No entanto, os precedentes foram ignorados, e o mérito recursal foi enfrentado, e, entrando em plena contradição com os fundamentos já expostos em outros precedentes, o Ministro Relator, Ricardo Villas Bôas Cueva, expôs que a um pai pode ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente um filho, mas não de amá-lo, pois não haveria tal previsão no ordenamento jurídico, não havendo a possibilidade de se mensurar materialmente o afeto⁷¹. Entretanto, de forma extremamente contraditória, destacou a inexistência de um dos requisitos estabelecidos em precedentes que reconheceram o abandono afetivo como dano moral passível de indenização, qual seja, o rompimento do vínculo de convivência, e acrescentou o quarto requisito por ele considerado imprescindível, detalhada demonstração do ilícito civil cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor. Nota-se que sequer foi reconhecida a obrigação originária pela relatoria, mas o pleito teve seu mérito improvido por ausência da prova do dano e sua extensão, análise que pressupõe a prévia existência de uma obrigação inadimplida.

Tais precedentes já nos permitem vislumbrar que, o abandono afetivo foi caracterizado como um ato ilícito civil, do qual o dano moral pode ser uma consequência, pois a Terceira Turma não considera esse dano *in re ipsa*, ao contrário, a prova desse dano se tornou demasiadamente dificultosa para a vítima, e os casos, que há anos percorriam as instâncias inferiores, quando chegaram ao STJ, encontraram mais e mais requisitos para que a pretensão de compensação pecuniária fosse julgada provida. Os fundamentos das decisões não se revelam uníssonos com os precedentes da própria Turma, e a insegurança jurídica acerca da interpretação da lei, que deveria ser unificada pelo órgão constitucionalmente competente, foi se revelando mais substanciada.

No ano de 2021, nos autos do Recurso Especial 1.698.728, originário do Mato Grosso do Sul⁷², uma filha que havia sido adotada por um casal aos nove anos de idade, requereu, além

⁷¹ “O afeto é de fundamental importância nas relações de família, mas não deve ser incentivada, na sua ausência, a compensação material, sob pena de se mercantilizar os sentimentos e instigar ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro. Aliás, a discussão encontra-se delimitada pelos sentimentos individuais do ser humano. A afetividade, por vezes, é incontrolável pela razão, devendo ser livre para corresponder à verdade manifestada, o que, por vezes, refoge ao papel do Poder Judiciário”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.493.125 - SP (2014/0131352-4)**. Recorrente: Maria Augusta Gallassi. Recorrido: Arivaldo Germano Galassi. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em: 23 fev. 2016. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1488493&num_registro=201401313524&data=20160301&formato=PDF>. Acesso em: 08 de out. 2019).

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.698.728 - MS (2017/0155097-5)**. Recorrente: A C DA R (MENOR). Recorrido: E C DE S e A C DA R. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em: 04 mai. 2021. Brasília. DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1698728_3738a.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1704836045&Signature=G1HYuchmixv2e0XkuZ2xQNkIXvs%3D>. Acesso em: 20 de nov. 2023.

de alimentos e destituição do poder familiar, reparação por danos morais decorrentes de abandono afetivo pelos maus tratos que sofrera durante a convivência familiar. Nosso objeto de análise será tão somente o pleito de indenização decorrente do abandono afetivo. O Ministro Relator, Moura Ribeiro, em seu voto, não rechaçou a possibilidade de se pleitear danos morais decorrentes do abandono afetivo, contudo, compreendeu que no caso analisado, este não restava configurado pelo fato de não haver qualquer prova dos maus tratos supostamente sofridos, fossem físicos ou psicológicos, por parte dos pais adotivos. No entanto, para dar subsídio a sua fundamentação, apresentou ementas de julgados da Quarta Turma e da Terceira Turma que são oponentes um ao outro em seus entendimentos acerca da tese do abandono afetivo, não mencionando qual argumento estaria utilizando como subsídio para seu voto.

Em sede de voto-vista, a Ministra Nancy Andrichi, não se conteve diante do caso tão singular e, superando o argumento insculpido na súmula de número 7 do STJ⁷³, tão utilizado pelos Ministros integrantes do STJ para o não conhecimento de Recursos Especiais, conferiu nova valoração às provas já examinadas, destacando que as provas produzidas e destacadas nas próprias decisões das instâncias inferiores foram valoradas de forma inadequada, e, ao destacar pontos que a Ministra considerou terem sido ignorados, partiu da percepção de que os pais adotivos haviam provocado artificialmente a destituição do poder familiar, a fim de devolver a filha adotiva que, segundo seu entendimento, não servia aos propósitos e aos desígnios dos pais. Desse modo, deu provimento ao recurso, condenando os pais adotivos ao pagamento de indenização pelos danos morais causados em decorrência do abandono afetivo praticado, no que foi acompanhada pela maioria da turma.

Não podemos deixar de mencionar esse julgamento, pois ele demonstra que uma cautela maior na análise dos autos, seja para imprimir nova valoração das provas, tangenciando um obstáculo tremendo criado através da mencionada súmula 7, nos permite vislumbrar que o Poder Judiciário tem a força e compromisso suficiente com a justiça quando lhe convém assim atuar. Não estamos, nessa oportunidade, tecendo juízo de valor acerca do voto do Ministro Relator e dos demais Ministros que lhe acompanharam, mas apenas objetivamos ressaltar que a manobra utilizada pela Ministra Nancy Andrichi imprime a sensação de um Poder Judiciário apto a promover a prestação jurisdicional de forma efetiva, fundamentando sua decisão de forma a justificar o resultado do julgado, e isso requer compromisso com o ofício que lhe foi designado.

⁷³ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. (Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf. Acesso em: 27 de dez. 2023.

Seguindo a análise dos julgados do STJ acerca do abandono afetivo, chegou a vez de a Terceira Turma se manifestar acerca da prescrição da pretensão indenizatória. Nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.769.440, originário de São Paulo⁷⁴, o recorrente alegava que os danos decorrentes do abandono afetivo são de natureza imprescritível, atribuindo-lhes o caráter de danos permanentes, relativos a direito de personalidade e a atos continuados, como são os danos psicológicos. Em seu voto, o Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, utilizou-se dos precedentes da Quarta Turma para afirmar que o STJ já havia se posicionado a respeito, apresentando entendimento que o considerou como dominante, no sentido de que se tratava de ação de natureza indenizatória em face do genitor, cujo prazo prescricional trienal fluiria a partir da maioridade, portanto, sujeito a prescrição.

Ocorre que, como já analisado anteriormente, a Quarta Turma não possui entendimento dominante, e os próprios precedentes citados pelo Ministro Relator revelam isso. Dois precedentes citados, Recurso Especial 1.298.576 e Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.270.784, ambos de Relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, de fato, reconhecem que se trata de ação de natureza indenizatória em face do genitor, cujo prazo prescricional trienal fluiria a parte da maioridade, entretanto, os demais precedentes não apresentam unanimidade nos julgamentos.

No Recurso Especial 1.579.021, de relatoria da Ministra Isabel Gallotti, utilizado pelo Ministro Relator como fundamento, a Relatora não enfrentou a tese da prescrição, pois, segundo a Ministra, reconhecer a prescrição seria reconhecer a existência do dano do qual decorre a pretensão indenizatória, o que para ela não existe. Lado outro, no mesmo recurso, se apresentaram dois entendimentos divergentes acerca da prescrição, o primeiro, do Ministro Marcos Buzzi, que compreendeu que o prazo prescricional trienal teria início com a maior idade civil, ao passo que o Ministro Antônio Carlos Ferreira defendeu que o prazo prescricional trienal se inicia aos dezesseis anos de idade, com o término da incapacidade civil absoluta e o início da capacidade civil relativa.

Por fim, o último precedente utilizado foi o julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.380.002 originário de Mato Grosso do Sul, cujo Relator foi o Ministro Raul Araújo e a ação havia sido ajuizada ainda na vigência do Código Civil de 1916, portanto, o voto tratou da prescrição vintenária por aplicação do artigo 177 do código em vigor. Dessa

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1769440 - SP (2020/0258964-5)**. Agravante: M H O. Agravado: A A M C. Relatora: Ministra Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em: 17 mai. 2021. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002589645&dt_publicacao=20/05/2021>. Acesso em: 20 de nov. 2023.

forma, não podemos afirmar que o STJ possui entendimento dominante sobre a prescrição da pretensão de indenização por danos decorrentes de abandono afetivo, como afirmou o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, perdendo a oportunidade de levar o enfrentamento da tese aos integrantes da Terceira Turma daquela instância superior.

Passados onze anos da decisão paradigmática da Terceira Turma, que reconheceu o abandono afetivo como dano passível de indenização, reconhecendo o cuidado com o dever jurídico inerente aos genitores, em abril de 2021, a Ministra Nancy Andrighi, recebeu a relatoria do Recurso Especial 1.887.697, originário do Estado do Rio de Janeiro⁷⁵. O caso relatava que o pai deixara de conviver com a filha após a ruptura da união estável com a genitora, o que teria causado danos de ordem extrapatrimonial quando ainda vulnerável. O dano moral não foi reconhecido na instância inferior, com base no entendimento da Quarta Turma do STJ, contudo, para a sorte da recorrente, seu Recurso Especial foi distribuído para a Terceira Turma, tendo a própria Ministra Nancy Andrighi como relatora. Aqui, cabe a observação de que a referida Ministra não havia mais recebido a relatoria de outro recurso com o mesmo objeto, salvo nos autos do Recurso Especial 1.698.728 acima analisado, quando assumiu o compromisso de redigir o Acórdão após proferir o seu minucioso voto-vista divergente que conduziu o voto da maioria da turma.

Nesse sentido, a Relatora enfatizou que o abandono afetivo não se resolveria sob a ótica da obrigação de prestar alimentos ou na perda do poder familiar, podendo ser plenamente possível aplicar as regras da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, uma vez que os dispositivos legais civilistas atinentes ao tema não restringem sua aplicação, exigindo-se, tão somente, a demonstração da existência dos pressupostos da responsabilidade civil⁷⁶. Dessa forma, respeitando todos os requisitos já apresentados pela Terceira Turma em seus precedentes, a Relatora identificou cada um deles no caso concreto. Uma vez que o recorrido já havia reconhecido a paternidade voluntariamente quando do nascimento da recorrente, restou

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.887.697 - RJ (2019/0290679-8)**. Recorrente: A M B P DE M. Recorrido: M G P DE M. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 21 set. 2021. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902906798&dt_publicacao=23/09/2021>. Acesso em: 23 de mai. 2022.

⁷⁶ “Desse modo, é correto concluir que a reparação de danos em virtude do abandono afetivo possui fundamento jurídico próprio, bem como causa específica e autônoma que não se confunde com alimentos ou poder familiar, que é o descumprimento, pelos pais, do dever jurídico de exercer a parentalidade de maneira responsável”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.887.697 - RJ (2019/0290679-8)**. Recorrente: A M B P DE M. Recorrido: M G P DE M. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 21 set. 2021. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902906798&dt_publicacao=23/09/2021>. Acesso em: 23 de mai. 2022).

provada a ruptura da convivência após a dissolução da união estável com a genitora, momento em que, segundo a Relatora, todos vínculos afetivos já se encontravam plenamente estabelecidos.

Por outro lado, demonstrou que o caso comportava o requisito da detalhada demonstração do ilícito civil cujas especificidades ultrapassavam, sobremaneira, o mero dissabor, contendo, inclusive o exigido laudo do estudo psicossocial realizado no âmbito do Poder Judiciário, o qual, segundo a Relatora, comprovou a correlação necessária entre o fato danoso e as ações e omissões do pai, portanto, apontou que sequer estaria diante da alegação de dano moral presumido, mas devidamente provado, motivo pelo qual, ratificou o que já havia mencionado no julgado de 2012: “amar é faculdade, mas cuidar é dever”.

Em sede de voto-vista, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, apresentou novo entendimento acerca da tese do abandono afetivo - diferentemente do que sustentara nos autos do Recurso Especial 1.493.125, acima analisado, quando compreendia não haver no ordenamento jurídico brasileiro a obrigação de amar -, nessa oportunidade, afirmou que o exercício da parentalidade responsável é um dever previsto no ordenamento jurídico, cuja inobservância, em casos excepcionais, poderia gerar danos e, conseqüentemente, a imputação ao dever de indenizá-los. Segundo o Ministro, a negligência parental com comprovadas repercussões danosas ao direito de personalidade de um filho, representa o abuso do direito parental, considerado ato ilícito nos termos do artigo 186 e 187 do Código Civil de 2002.

Ainda no ano final do ano de 2023, foram julgados providos os Embargos de Declaração em Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2.308.209 originário da Bahia⁷⁷, através do qual a Terceira Turma do STJ terá outra oportunidade para se posicionar acerca da tese do abandono afetivo. No entanto, os julgados analisados já nos permitem depreender que a Terceira Turma do STJ reconhece o abandono afetivo como ato ilícito civil, capaz de gerar danos, se devidamente comprovados os requisitos autorizadores da responsabilidade civil, bem como a presença dos requisitos por ela exigidos ao longo dos seus julgados: reconhecimento da paternidade quando em vigor o poder familiar; ruptura da convivência entre genitor e a prole; detalhada demonstração do ilícito civil, cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor; e perícia técnica realizada no judiciário.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 2.308.209 - BA (2023/0063234-5)**. Embargante: Edson da Silva Pereira. Embargado: V E DE O M P (MENOR). Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em: 10 out. 2023. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300632345&dt_publicacao=11/10/2023>. Acesso em: 20 de nov. 2023.

O único registro de tese contrária à conclusão a que chegara a Terceira Turma, seria a exposta pelo Ministro Massami Uyeda, nos autos do Recurso Especial nº. 1.159.242, julgado em abril de 2012, no entanto, com a aposentadoria do referido Ministro em novembro daquele mesmo ano, e, com a mudança de entendimento do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva nos autos do Recurso Especial 1.887.697, podemos, então, afirmar, que o entendimento da Terceira Turma se mostra consolidado⁷⁸.

3.4.3 A aplicação do direito dos danos dos vulneráveis na relação paterno-filial: um sistema incoerente a partir da eficácia diagonal dos direitos fundamentais

O levantamento dos precedentes do STJ acerca da tese de abandono afetivo nos revela duas turmas com entendimentos completamente opostos. A Terceira Turma, que reconhece o abandono afetivo como ato ilícito, passível de compensação pecuniária, desde que observados os inúmeros requisitos por ela impostos através de seus precedentes, que comprovem a existência dos elementos configuradores da responsabilidade civil; e a Quarta Turma, que não recepciona a tese do abandono afetivo como ilícito civil e, conseqüentemente, não aplica a responsabilidade civil por ausência de seus elementos configuradores.

Dos votos analisados, é possível vislumbrar o receio de se aplicar o instituto da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, seja quando se fundamenta o não reconhecimento do ato ilícito, seja quando, ao reconhecer o ilícito civil, inúmeros requisitos são estabelecidos para que a responsabilidade civil seja configurada e a indenização fixada. Para efeitos didáticos, apresentamos um quadro resumo e comparativo dos principais julgados das duas turmas do STJ que já analisamos acima.

Tabela 1 – Resumo dos principais julgados do STJ sobre a o enfrentamento da tese do abandono afetivo

QUARTA TURMA DO STJ			TERCEIRA TURMA DO STJ		
Data do Julgamento	Tese levantada	Resultado da pretensão compensatória pelo abandono afetivo	Data do Julgamento	Tese levantada	Resultado da pretensão compensatória pelo abandono afetivo
Outubro 2005	Afeto é sentimento e não obrigação	Improvemento	Mai 2004	Construção do conceito “abandono afetivo”	Ausente a pretensão

⁷⁸ Embora ainda não enfrentada de maneira contundente a tese da prescrição da pretensão indenizatória.

QUARTA TURMA DO STJ			TERCEIRA TURMA DO STJ		
Data do Julgamento	Tese levantada	Resultado da pretensão compensatória pelo abandono afetivo	Data do Julgamento	Tese levantada	Resultado da pretensão compensatória pelo abandono afetivo
Agosto 2012	Prescrição trienal a contar da maior idade civil	Improvemento	Abril 2012	Concepção do dever parental de cuidado	Provimento*
Junho 2017	O dano moral decorre da falta de amparo material	Provimento	Junho 2015	1º Requisito: prévia ciência da paternidade pelo genitor	Improvemento
Outubro 2017	Convivência e afeto devem corresponder a sentimento naturais	Improvemento	Novembro 2015	2º Requisito: ruptura da convivência com o genitor 3º Requisito: necessidade de prova pericial do dano moral	Improvemento
Junho 2023	Fundamentação recursal deve ser suficiente para enfrentar a tese	Improvemento	Fevereiro 2016	4º Requisito: o dano deve ultrapassar o mero aborrecimento	Improvemento
			Abril 2021	Apreciação dos 4 requisitos e reiteração da concepção do dever parental de cuidado	Provimento*

* Ambos de relatoria da Ministra Nancy Andriighi

(Elaborado pela autora)

Muitos foram os debates, e, embora os acórdãos publicados apresentassem o provimento ou improvemento da tese do abandono afetivo, o estudo do inteiro teor dos acórdãos nos revela que os fundamentos são completamente dissonantes entre os Ministros. Temas importantes foram abordados sem o aprofundamento teórico necessário, e as conclusões que as turmas chegaram nos permitem concluir que não há fundamentos sólidos para a identificação do conteúdo dos deveres parentais.

As duas turmas, em dois julgamentos emblemáticos, apresentam uma concepção do dano moral completamente dissociada da personalidade humana e, por sua vez, de sua dignidade. De um lado, temos o resultado do julgamento do Recurso Especial 1.087.561,

proferido pela Quarta turma, em que se concluiu ser devido o dano moral não pelo abandono afetivo, mas pelo estado de penúria que teria ficado o filho em decorrência da ausência de amparo material paterno. De outro lado, temos a orientação que vem sendo consolidada pela Terceira Turma, oriunda dos autos do Recurso Especial 1.557.978, originário do Distrito Federal, que se exigiu a comprovação, através de perícia técnica, do abalo moral decorrente do abandono paterno.

O Tribunal Superior confunde o dano moral com as suas consequências. De acordo com Moares (2003, p. 130-131) o dano moral decorre da violação de uma cláusula de proteção humana; a dor, o sofrimento, constrangimento são consequências do dano, são as sensações negativas que dele decorrem, é justamente a ferida que é causada na dignidade da pessoa humana. Portanto, como trataremos em momento oportuno, exigir a prova da dor, do sofrimento, do constrangimento... é exigir que se prove sensações experimentadas pela injusta violação ao seu direito de personalidade. Por esse motivo, o centro da questão não deve estar na comprovação das sensações do dano, mas na conduta violadora do direito fundamental, essa é objetiva, sendo subjetiva a sensação da conduta dela decorrente, uma vez que os seres humanos experenciam as consequências do dano de forma diferente, mas, nem por isso, deixam de sofrer o dano.

Nos autos do Recurso Especial 1.087.561, originário do Rio Grande do Sul, afirmou-se não haver no ordenamento jurídico um dever de convivência, embora haja previsão expressa na Constituição Federal o direito da criança à convivência familiar. Uma visão completamente distorcida sobre a proteção integral da criança e do adolescente, compreendendo tratar-se de uma faculdade dos genitores a convivência com a sua prole. Afirmações foram feitas no sentido de ter a destituição do poder familiar como única consequência para o ato de abandonar a prole, não implicando na possibilidade de aplicar o instituto da responsabilidade civil para compensação dos danos decorrentes do abandono⁷⁹.

Emergiu a concepção do “dever de cuidado”⁸⁰, que para Ministra Nancy Andrighi revestiria a obrigação parental de elementos objetivos, contudo, no mesmo julgamento, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, compreendeu que somente consideraria ilícito civil o descumprimento “total” do dever de cuidado, que considerou ser a “violação das mais mezinhas obrigações para com seu filho”. Embora o intuito tenha sido revestir os deveres parentais de objetividade, o conteúdo desses deveres não foi analisado, de forma a identificar

⁷⁹ Como nos autos do Agravo Regimental em Recurso Especial 1.099.959, originário do Distrito Federal e nos autos do Recurso Especial 1.159.242, originário de São Paulo.

⁸⁰ Recurso Especial 1.159.242 originário de São Paulo.

qual exatamente o dever parental que, quando descumprido, configura estado de abandono da prole.

Outrossim, mesmo quando reconhecido o abandono da prole como ato ilícito, como o fez a Terceira Turma, exigiu-se provas robustas do dano moral sofrido, considerando imprescindível uma perícia técnica para comprovar o dano imaterial existente, bem como seu nexos de causalidade com atos omissivos do genitor. A postura adotada pelo STJ é completamente ofensiva aos direitos da personalidade da criança e do adolescente, tutelando, em verdade, os direitos do ofensor em detrimento da vítima.

Os julgados revelam que o instituto da responsabilidade civil se reduz à análise da teoria do dano direto e imediato⁸¹ para aferição do nexos causal e, por essa razão, o foco acaba sendo a possibilidade de indenizações pecuniárias decorrentes da ausência de relação afetiva entre genitores e filhos, e, conseqüentemente, ganham relevância conclusões como a de que a compensação pecuniária somente deve ser admitida de forma subsidiária, quando não mais possível recompor o dano sofrido com tratamento terapêutico⁸².

Todo esse receio apontado é apenas a demonstração de que a responsabilidade civil é utilizada como um mecanismo de reparação de danos no âmbito das relações familiares, cujo olhar está voltado para a figura do agressor e não da vítima. O tempo de atuação dos agentes do direito estão restritos ao pretérito⁸³, pois são chamados para atuar diante do dano já configurado, quando a vítima já sofreu lesão extrapatrimonial que nunca será reparada, mas tão somente compensada, perpetuando a sensação de indignação diante de atos lesivos aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

⁸¹ “Também conhecida como teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexos causal, é a única que encontra guarida no Código Civil. De acordo com o art. 403, ‘*ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual*’. [...] Se interpretarmos literalmente o mencionado dispositivo, encontraremos uma noção singela e bem-acabada de nexos causal sob o ponto de vista pragmático. Qual seja: de todas as condições presentes, só será considerada causa eficiente para o dano aquela que com ele tiver um liame direto e imediato da conduta do agente. Todos os eventos subsequentes são danos remotos, insuscetíveis de reparação.” (Braga Netto, Farias e Rosenvald, 2017, p. 477).

⁸² COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Ano VII, nº 32, 2005, p. 37.

⁸³ “No ideário liberal, a melhor forma de demarcar a tensão entre os polos em oposição seria a mínima intervenção na atividade econômica e a resolução *a posteriori* dos conflitos mediante a obrigação de reparar danos, objetivo da justiça comutativa, aristotélica e tomística. O ressarcimento será de consequência negativa (sanção) do acerto da responsabilidade. A ideia da lesão está no centro da responsabilidade civil e a sua função, conseqüentemente, o restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico desfeito por ocasião do fato danoso. Volta-se para o passado, o fato ocorrido, seja pela forma da reparação pecuniária ou pela reintegração em forma específica, ou seja, pela ripristinação da situação existente, como pela demolição de uma construção, entrega de um novo bem em substituição ao destruído, ou, na hipótese de ofensa a situações existenciais, por um direito de resposta ou destruição do material pelo qual se perpetua a lesão à imagem ou privacidade.” (Rosenvald, 2017, p. 101).

Estão submersos nos clássicos referenciais repressivos em que a responsabilidade civil é compreendida como um direito de danos⁸⁴, e, partindo desse pressuposto, Venturi (2014, p. 29 e 34) evidencia a insatisfatoriedade do sistema de justiça civil, que se deseja constitucionalizado, reduzir o direito da responsabilidade civil à mera regulação dos danos decorrentes da violação dos direitos, apresentando-se como um sistema incoerente com a eficácia diagonal dos direitos fundamentais, pois, ao mesmo tempo que preconiza a adequada proteção e a humanização da pessoa da vítima, admite justamente o que considera inadmissível, a ocorrência da violação aos direitos e, por, consequência, os danos, contribuindo, desse modo, para o desnivelamento da relação paterno-filial.

Como sustenta Rosenvald (2017, p. 105), não se preordena tutelar o fundamento ético do ordenamento jurídico com o pagamento de uma quantia à vítima, que somente poderá reconstituir um valor material, por essa razão entende que a tutela ressarcitória intervém para reparar consequências e efeitos de comportamentos ilícitos, mas jamais poderemos compreendê-la como um instrumento de recomposição da ordem jurídica violada.

Não se deve referendar de forma exclusiva a função reparatória da responsabilidade civil diante de bens jurídicos de caráter extrapatrimonial, sobretudo quando seus titulares são pessoas vulneráveis como crianças e adolescentes. Essa incoerência do sistema pode ser perfeitamente identificada quando da análise dos julgados do STJ. Podemos perfeitamente compreender que grande parte dos debates expostos através dos votos dos Ministros permeiam o receio de se reconhecer direitos, cujo ato ilícito decorreria de sua violação, algo que desencadearia a procedência de inúmeras pretensões indenizatórias ajuizadas nas instâncias inferiores.

Em nenhum momento partiram do pressuposto de que o reconhecimento de um direito material poderia abrir vários nortes para que os agentes do direito trabalhassem em prol de sua preservação. Não se atentaram para o fato de que a relação paterno-filial é diagonal, estando a figura paterna em condição extremamente mais vantajosa que a do filho. Com os olhos voltados apenas para as possíveis pretensões que poderiam adentrar na seara do Direito de Família, ignoraram a conduta que efetivamente violava os direitos da criança e do adolescente e, enquanto alguns preferiram simplesmente ignorar o direito material, outros, sem identificar o

⁸⁴ “As mudanças vivenciadas pela sociedade contemporânea em razão das relações de massa, pautadas no dinamismo, na impessoalidade e na efemeridade, revelaram-se especialmente nocivas quanto extraordinário incremento de danos causados à coletividade, passando a se afirmar que a expressão mais adequada para caracterizar o atual momento da regulação da responsabilidade civil seria *direito de danos*” (Venturi, 2014, p. 43).

conteúdo dos deveres parentais, criaram uma série de requisitos para que o causador do dano, quando exaustivamente provado, fosse punido monetariamente⁸⁵.

Bem verdade que a uniformização do entendimento do STJ seria algo importante, no entanto, compreendemos que a tese ainda não está sendo debatida com o viés da proteção e da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, que requer uma atuação proativa, tanto do Estado como dos próprios particulares, em suas relações jurídicas, no sentido de zelar preventivamente pelos direitos fundamentais dos indivíduos⁸⁶. Desse modo, uma uniformização nesse momento, com os fundamentos que foram apresentados, nos parece precipitar uma tese ainda não amadurecida, ou, com fundamentos repressivos e não preventivos.

Afinal, a tutela ressarcitória não se afirma como instrumento de recomposição da ordem jurídica violada, intervindo tão somente para sanar os efeitos decorrentes dos comportamentos ilícitos, pois o pagamento de uma quantia à vítima não tem o condão de tutelar o fundamento ético do ordenamento jurídico (Rosenvald, 2017, p. 105). Por essa razão, Rosenvald (2017, p. 29) critica a concepção que muitos possuem sobre o conceito de responsabilidade civil, pautada em um instrumento de reparação de danos causados em decorrência da culpa e, em certos casos, determinados pela lei⁸⁷.

Mas qual seria, então, precisamente, o objeto do direito da responsabilidade civil? O que significa ser “responsável civilmente”? Constituiria a responsabilidade tão somente a imputação de alguém para fins de responder patrimonialmente pelos danos causados injustamente a outrem, por ações ou omissões antijurídicas? Seria papel único e exclusivo a elaboração de mecanismos que propiciem uma ótima repressão dos danos para atender a um objetivo de plena indenização das vítimas, não se olvidando a necessidade de se enxergar os infratores sob uma ótica “humanizante”? (Venturi, 2014, p. 195).

⁸⁵ “É importante observar que, na medida em que se associa necessariamente o ilícito ao fato danoso, ignora-se que a conduta ilícita, por si só, independentemente de se produzir danos, representa a violação ao Direito que igual e automaticamente merece tutela, sobretudo nos sensíveis campos dos direitos extrapatrimoniais e fundamentais. Trata-se de compreender que inibir a conduta ilícita não é o mesmo que inibir o evento danoso” (Venturi, 2016, p. 210).

⁸⁶ “Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados” (Sarlet, 2010, p. 148-149).

⁸⁷ “A crítica surge pelo fato de o conceito ter origem recente – sem inscrição marcada na tradição filosófica –, mas possuir um sentido tão estável desde o século XIX, sempre portando a estrita ideia de uma obrigação. O adjetivo responsável arrasta em seu séquito uma diversidade de complementos: alguém é responsável pelas consequências de seus atos, mas também é responsável pelos outros, na medida em que estes são postos sob seu encargo ou seus cuidados e, eventualmente, bem além dessa medida. Em última instância, somos responsáveis por tudo e por todos. Nesses empregos difusos, a referência à obrigação não desapareceu; tornou-se obrigação de cumprir certos deveres, de assumir certos encargos, de atender a certos compromissos. Em suma, é uma obrigação de fazer que extrapola a reparação.” (Rosenvald, 2017, p. 29-30).

As respostas a essas indagações perpassam por uma ressignificação do instituto da responsabilidade civil, que requer uma compreensão voltada para a efetiva tutela dos direitos fundamentais, que parte da proteção da vítima e não do ofensor. Seu fundamento inclui o direito de exigir proteção e não somente indenização ou compensação.

Venturi (2014, p. 195) pugna pelo afastamento da visão distorcida do sistema de responsabilidade civil, que o enxerga como mecanismo de reparação de danos, atuante somente após a violação do direito, o que significaria dizer que o próprio direito subjetivo só surgiria a partir da violação da norma. Nesse sentido, imprescindível se faz compreender a responsabilidade civil como mecanismo de prevenção de danos, que pode ser utilizado pelo sujeito que exige sua proteção, que não pode estar condicionado à expectativa de ter seu direito violado para buscar compensação ou indenização.

Rosenvald (2017, p. 104) compreende que a série de eventos desencadeada pelo comportamento ilícito é irreversível e o ressarcimento apenas alocará uma parte da riqueza monetária do ofensor ao ofendido. Significa dizer que, quando se fala em violação de direitos fundamentais, a política compensatória atribuída à responsabilidade civil não alcança o objetivo maior do ordenamento jurídico, que é justamente a sua proteção. No âmbito das relações familiares a concepção preventiva alcança maior relevo, pois a Constituição atribuiu ao próprio Estado a obrigação de conceder especial proteção às crianças e adolescentes, estabelecendo também aos particulares (família e sociedade) a função de assegurar os seus direitos fundamentais.

A Constituição estabelece como essencial à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária⁸⁸, e exige que também os particulares assegurem tais direitos. Trata-se da assunção do discurso antropocêntrico assumido pela Constituição Federal em 1988, que justamente deslocou o ser humano e sua especial dignidade para o protagonismo do sistema normativo, que refletiu especialmente nas relações familiares, reconhecendo a instituição como um instrumento de construção do afeto (Braga Netto; Farias; Rosenvald, 2017, p. 32).

Se a sociedade se transforma, e junto consigo as formas de regulamentar e tutelar suas relações jurídicas, os juristas precisam estar predispostos a aceitar a revisão de conceitos e premissas que acabam se perpetuando por estarem tão profundamente enraizados (Venturi,

⁸⁸ Previstos no artigo 227.

2014, p. 202). Essa concepção deve partir dos agentes do direito, sobretudo dos tribunais brasileiros.

Cumpra, em primeiro lugar, lutar com coragem pela efetivação da Constituição e dos direitos humanos também no campo das relações privadas. Para este mister, é importante o trabalho do operador do Direito, comprometido com os valores democráticos da Constituição de 1988, que deve atuar corajosamente nos tribunais e fora deles, difundindo teses e lutando contra o senso comum teórico do liberalismo positivista, ainda enraizado em nossa cultura jurídica, apesar da sua franca incompatibilidade com o paradigma vigente do Estado Democrático de Direito. A contribuição da doutrina e do ensino jurídico também são vitais, na construção de novas e mais arejadas bases para o Direito, e na formação de operadores mais conscientes da sua missão, e das potencialidades emancipatórias da ordem constitucional (Sarmiento, 2004, p. 130).

A visão antropocêntrica da Constituição emergiu em 1988, entretanto, a dificuldade de garantir sua eficácia no campo das relações particulares permanece nos dias contemporâneos, sobretudo na aplicação do instituto da responsabilidade civil, e os operadores do direito precisam dialogar com novas concepções teóricas que procuram interpretar e aplicar a norma despida de um aspecto que Braga Netto, Farias e Rosenvald (2017, p. 32) denominaram de individualista, reativa e patrimonialista.

Nas relações familiares essa dificuldade é ainda maior, pois os agentes do direito, reticentes em aplicar a política da indenização por danos dentro das relações familiares, simplesmente ignoram a possibilidade de repensar o instituto da responsabilidade civil como mecanismo de prevenção de danos, e restringem a interpretação e aplicação da norma à monetização dos danos já causados, contribuindo para a ineficácia dos direitos fundamentais nas relações preponderantemente assimétricas como a paterno-filial.

4 OS DEVERES PARENTAIS A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA CONCEPÇÃO DA CONDUTA ABANDÔNICA

A forma como o Superior Tribunal de Justiça se posicionou sobre as pretensões de indenizações decorrentes do que se considerou abandono afetivo nos revelou a ausência de definição sobre o conteúdo do dever jurídico presente na relação paterno-filial. Essa indefinição tem contribuído para a divergência jurisprudencial e doutrinária acerca do conteúdo e forma de cumprimento dos deveres parentais e, como consequência, fomenta a assimetria dessa relação particular. O foco das discussões está na aplicabilidade ou não da função repressiva da responsabilidade civil, sem, contudo, se partir da compreensão do dever jurídico que se tem ou não por inobservado, ou identificar o bem e o interesse jurídico que se tem por tutelado.

Se o objeto das pretensões permeia argumentos que envolvem o desenvolvimento da personalidade do ser humano e sua integridade psicofísica, é porque questões de direito da personalidade estão sendo levantadas, conseqüentemente, há direitos fundamentais que precisam ser levados em consideração. Necessário, pois, compreender quais condutas parentais são objetivamente prescritas na norma, cuja inobservância atinja diretamente os direitos fundamentais dos seres em desenvolvimento, e, partindo da tutela desses direitos, buscarmos a prevenção dos danos, nivelarmos a diagonalidade da relação e, conseqüentemente, prestigiarmos a função preventiva da responsabilidade civil.

Nader (2023, p. 87) ensina que umas das características da norma jurídica é a sua coercibilidade, que nos permite aferir um conteúdo psicológico e outro material, sendo o primeiro atrelado ao aspecto intimidatório que a norma confere, ao prever punições em caso de descumprimento, ao passo que o segundo seria a aplicação própria da medida punitiva. Um estudo sobre o conteúdo dessas normas chamadas por alguns estudiosos de primárias⁸⁹, pode trazer segurança jurídica para as relações sociais. Na visão de Antunes (2019, p. 136), as normas primárias seriam responsáveis por estabelecer bolhas de direitos com fronteiras bem definidas,

⁸⁹ Hart (1994, p. 33-41) compreende que as normas primárias contêm regras de conduta, prescrevendo obrigações, ao passo que as normas secundárias atuam como corretivas das normas primárias, pois conferem poderes públicos e privados através das normas de reconhecimento, de alteração e de julgamento. Kelsen (1998, p. 16-18) defende que as normas primárias albergam o conteúdo cogente da norma, quando prescreve as sanções decorrentes do descumprimento da lei, contemplando as normas secundárias as orientações das condutas humanas, as quais são reguladas em um sentido positivo, que compõe ação ou omissão, poder ou competência. “A terminologia: *primárias e secundárias*, em face da carga valorativa dessas expressões, é preterida por alguns autores. Há quem prefira falar em normas de competência (as que estabelece poderes e procedimentos) e normas de conduta (as que estabelecem obrigações), como é o caso de Ross (1970:32). Outros preferem falar em normas de organização e normas de conduta (cf. Reale, 1974:105). De qualquer forma, a distinção não é rigorosa, e mereceu de Bobbio (1977) um ensaio, ao qual remetemos o leitor” (Ferraz Junior, 2003, p. 125).

o que atribuirá a sensação de segurança para atuar dentro de sua bolha privada, sem o constrangimento de interferências de terceiros. A ruptura dessa bolha por terceiros, seria considerada o ato ilícito, pois seria a usurpação da autonomia privada, que geraria as consequências legalmente definidas. A não ruptura da bolha, portanto, deveria ser incentivada, através de mecanismos de incentivo⁹⁰ ao cumprimento das obrigações⁹¹, algo que propomos abordar em momento oportuno, no entanto, imprescindível será primeiro compreender o conteúdo desses deveres, a fim de se estabelecer as fronteiras da bolha que não se quer ter por rompidas.

4.1 O DEVER JURÍDICO DE PROTEÇÃO

De acordo com Hart (1994, p. 47), conquanto as sanções possam ser consideradas um motivo para que se obedeçam às regras, estas são necessárias para o estabelecimento de deveres, e os membros da sociedade devem descobrir seu conteúdo, a fim de pautar seus comportamentos por elas. O Direito, então, confere objetividade aos comportamentos, atribuindo significação jurídica aos atos praticados, pois, muito embora o sujeito tenha a intenção de portar-se de tal maneira, seus atos podem ter significação jurídica diferente do intencionado. Kelsen (1998, p. 04) explica que a norma se encarregará de atribuir o sentido jurídico ao ato, através de sua contemplação em seu conteúdo, “isso quer dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida” (Kelsen, 1998, p. 05).

Desse modo, o Direito se responsabiliza pela regulação do comportamento humano, através do seu sistema de normas que comandam ou permitem atos, bem como conferem competência ou o poder de agir de certa maneira, possuindo a Constituição papel fundamental

⁹⁰ O Direito de Família positivou algumas obrigações na relação estabelecida entre os cônjuges e conviventes, como os deveres de lealdade, respeito, assistência e consideração mútuos que norteiam as relações entre os consortes. Trata-se de previsão de condutas diretamente associadas ao conceito de boa-fé objetiva, que permitem aos consortes vislumbrarem os deveres decorrentes da relação jurídica que escolheram estabelecer através da união, serve de norte para a sociedade e agentes do direito buscarem mecanismos de incentivo ao cumprimento desses deveres, e contribui para a identificação da violação ao ordenamento jurídico. Nesse ponto, é possível vislumbrar que existem formas de se incentivar deveres de conduta que não necessariamente perpassam pelo uso da coerção, ou de uma consequência previamente definida, como a previsão normativa da prisão civil para os casos de inadimplemento de obrigação de prestar alimentos, embora igualmente importante para o cumprimento da prestação, dada a sua natureza de urgência.

⁹¹ “A esse respeito, anote-se que a concepção jurídica de relação obrigacional foi sendo modificada gradativamente, diante da percepção da insuficiência ou da insatisfatoriedade da perspectiva formal e abstrata como se a concebia – vale dizer, como um vínculo correlacional estático que retratava basicamente seu aspecto externo, desconsiderando a multiplicidade de deveres que sempre lhe foram inerentes, mas só perceptíveis a partir da verificação de sua estrutura interna” (Venturi, 2014, p. 222).

para conferir objetividade ao dever-ser, estabelecendo os fundamentos da norma (KELSEN, 1998, p. 05-09). Quando a norma estabelece um direito subjetivo, correlaciona à esse direito um dever objetivo de comportamento, que pode ser oponível a todos ou aos sujeitos por ela determinados, originando-se uma relação jurídica (COL, 2002, p. 04).

Nesse sentido, o dever jurídico possui um direito a ele correlato e, segundo Salles (2023, p. 62-65) o exercício do poder familiar dos pais perante os filhos seria um exemplo de dever que ordena o exercício de funções ou poderes em prol de terceiros. De acordo com o autor, os deveres em seu sentido amplo estão associados ao comando de fazer, não fazer e dar, o que significa que pode ser utilizado como sinônimo de obrigação, quando as condutas positivas ou negativas previstas no ordenamento estão correlatas a um direito subjetivo, portanto, a conduta resulta, não necessariamente da consciência moral, mas da obediência à norma.

Embora, o dever em sentido amplo possa ser utilizado como sinônimo de obrigação, é importante ressaltar que não queremos associá-lo à pretensão, como bem assevera Miranda (1983, p. 438): “para que haja dever, há de haver, pelo menos, direito de alguém, ainda que do Estado, a que esse dever corresponda, - não é o mesmo dizer-se que ao direito há de corresponder obrigação de alguém ao titular do direito, ou, *a fortiori*, pretensão desse ou ação”. Lobo (2024, p. 32-33) explica que a pretensão seria o exercício da exigibilidade do direito, assim sendo, o dever existe sem a pretensão, mas isso não ocorre com a obrigação, pois esta é a submissão ao adimplemento da prestação.

Assim ocorre com os direitos da personalidade⁹², os seus titulares, os seres humanos, simplesmente os possuem, e são oponíveis a todos, portanto, todos têm o dever de respeitar os direitos da personalidade uns dos outros, a pretensão estaria na possibilidade de se exigir respeito aos bens jurídicos tutelados, como a integridade física, psicológica, o nome, imagem etc. (Tepedino, 1999, p. 31). Miranda (1983, p. 433), a esse respeito, compreende como um dever geral de não causar danos, quando relacionado aos deveres das pessoas em geral.

Lobo (2024, p. 72) afirma que os direitos da personalidade integram o rol do que considera direitos absolutos, por serem oponíveis a todas as pessoas que estejam submetidas à ordem jurídica brasileira, nesse sentido, a indeterminação do sujeito seria cessada, a partir do momento em que ocorre a violação ou ameaça desta. Para o autor, esses direitos não são suscetíveis de relação jurídica obrigacional voluntária, e a pretensão surge justamente da violação ou da lesão ao direito absoluto, identificando-se o titular da pretensão e o seu ofensor,

⁹² Lobo (2024, p. 72) compreende como absolutos os direitos: à vida, à liberdade, à intimidade à vida privada, à honra, à imagem, à identificação pessoal, à integridade física, à integridade psíquica, ao sigilo, aos direitos morais de autor, de que tratam os artigos. 11 a 21 do Código Civil.

os quais denominou de credor e devedor determinados, cuja obrigação nasceu justamente da violação.

Nesse sentido, a norma cumpre o papel de moldar os comportamentos dos seres humanos. Ao prever direitos subjetivos⁹³, contempla, por outro lado, o dever de se respeitar esses direitos, de não os violar ou ameaçá-los, e essa ação ou abstenção ocorre de forma intuitiva quando se compreende o outro como ser titular de direitos. Alguns doutrinadores inferem que essa ação ou abstenção intuitiva decorre da solidariedade insculpida na coexistência humana e na percepção de que há interesses comuns que precisam ser tutelados.

Moraes (2003, p. 111-115), por exemplo, compreende que do princípio da solidariedade, previsto expressamente no inciso I do artigo 5º da CF, é possível conceber a solidariedade fática e a solidariedade como valor, a primeira, decorreria da necessidade imprescindível da coexistência humana, ao passo que a segunda deriva da consciência racional de interesses comum, da qual implica, para cada membro, a obrigação moral de não fazer com os outros o que não se deseja que seja feito consigo. Seria a partir desse projeto solidarista que a autora defende que se pode exigir comportamentos e não sentimentos de uns pelos outros. Nesse sentido, a solidariedade seria o fundamento das lesões decorrentes do descumprimento de deveres fundados na boa-fé.

Parte-se da compreensão de que a boa-fé imprime deveres de proteção, que devem influenciar na conduta dos seres humanos, permeando todas as relações jurídicas por eles travadas, não apenas nas relações com conteúdo econômico. De acordo com Farias (2015, p.55), há uma tendência do direito civil contemporâneo de funcionalização das situações jurídicas patrimoniais ao cumprimento de deveres extrapatrimoniais, como ocorre nas relações que envolvem os direitos da personalidade. Em Portugal, por exemplo, se exige apenas que a pretensão corresponda a um interesse digno de proteção, ainda que a prestação não esteja revestida de conteúdo pecuniário⁹⁴.

Esses deveres de proteção, então, estão relacionados com a exigência de que as partes devem evitar causar danos mútuos às suas esferas jurídicas, o que implica na imposição ou abstenção de comportamentos determinados (Ehrhardt Júnior, 2012, p. 148). Lôbo (2011, p. 74) os reconhece como deveres gerais de conduta, que não estão limitados às relações jurídicas

⁹³ Moncada (1995, p. 63) conceitua como “poder concreto de exigir dos outros o respeito das situações jurídicas que, quanto a nós, de qualquer modo se subjetivaram definitivamente por um acto da nossa vontade, manifestada ao abrigo da lei, e ainda o respeito de todas as consequências jurídicas que deste acto resultaram, sob a forma de deveres e obrigações para os outros”.

⁹⁴PORTUGAL. **Diário da República**, 1966. Decreto-Lei nº. 47344. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em 11 set. 2024.

obrigacionais, derivam dos princípios normativos e independem da manifestação de vontade das partes, ganhando concretude em cada relação jurídica.

A identificação de sua fonte é fator determinante para que se verifique a diferença existente entre o dever de proteção e o de prestação. O dever de proteção não nasce de uma relação jurídica obrigacional, ele decorre da lei, do princípio da boa-fé objetiva que norteia qualquer relação jurídica, e, mesmo quando há uma relação jurídica obrigacional, esse dever não se restringe às partes envolvidas, alcançando terceiros, o mesmo não ocorre com o dever de prestação, que possui um conteúdo predeterminado, visto que está ancorado na relação obrigacional estabelecida e na determinação do seu objeto (Ehrhardt Júnior, 2012, p. 148).

Farias (2015, p. 98) é enfático ao afirmar que a boa-fé objetiva é uma fonte das obrigações, configurando-se como um verdadeiro dever desvinculado da vontade das partes, traduzindo-se em deveres de conduta, de proteção e de tutela. Isso não significa dizer que todos os deveres emanam atualmente do princípio da boa-fé, Farias (2015, p. 114) explica que existem deveres que resultam exclusivamente da vontade das partes, mas a incidência do princípio da boa-fé faz emergir deveres de proteção jurídica de interesses que vão além dessa vontade.

A compreensão de que existem deveres de proteção a despeito dos deveres de prestação é de extrema importância para a percepção dos efeitos decorrentes de sua inobservância. Quando se parte da concepção de que as condutas devem ser pautadas pelos deveres de proteção, torna-se mais evidente a lesão ou a ameaça ao direito subjetivo tutelado. Como afirma Leal (2018, p. 244-247), as normas que criam deveres de proteção contribuem para o equilíbrio da relação jurídica, sobretudo quando uma das partes está em situação de vulnerabilidade, por essa razão defende que os danos decorrentes de sua inobservância são de natureza normativa, que se difere da noção de dano vinculada ao viés naturalístico, contribuindo para o desempenho do papel preventivo da responsabilidade civil, algo que aprofundaremos em momento oportuno.

Nesse momento, para fins didáticos, entendemos que apenas se faz relevante destacar que a concepção dos deveres de proteção é de extrema importância para as relações de natureza paterno-filial, as quais são marcadas pela vulnerabilidade e relação de poder. Desse modo, partindo da concepção de Leal (2025, p. 246), de que as normas de proteção levam em consideração o grau de relevância ou de fragilidade do bem jurídico, o contexto de vulnerabilidade das pessoas vinculadas à relação jurídica, bem como a proporção na distribuição de poderes privados (autonomia) entre elas, verifica-se a necessidade de analisar como esses deveres parentais são concebidos quando associados a direitos fundamentais da criança e do adolescente.

4.2 A CONCEPÇÃO DE DEVERES FUNDAMENTAIS (DEVERES REVERSOS DOS DIREITOS CORRESPONDENTES)

Muito se exige do Estado quando se fala em proteção dos direitos fundamentais, e, junto com ele, da obrigação que os agentes dos direitos possuem de buscar e implementar mecanismos de tutela desses direitos tão preciosos para os seres humanos. De fato, há muitos deveres públicos em face de seus cidadãos e da efetivação de seus direitos fundamentais, no entanto, os cidadãos, outrossim, possuem deveres em face de seus pares (o que não quer dizer de seus iguais). O dever de proteção dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal não é exclusivo do Estado, ele alcança também os particulares, sob o risco de isentar a sociedade dos danos decorrentes de seus atos antijurídicos em face desses direitos salvaguardados.

Na realidade, é indispensável considerar os limites materiais e jurídicos da actividade estadual, incluindo, além das possibilidades financeiras, a garantia da liberdade geral e a ponderação dos direitos das outras pessoas, bem como a divisão de poderes que assegure uma certa liberdade constitutiva ao legislador – sob pena de, afinal, estarmos a metamorfosear o Estado protector num Estado totalitário ou a transformar os tribunais, em especial o Tribunal Constitucional, num “Guardião da Constituição”, no mau sentido de proporcionar a consolidação de um desequilibrado “Estado Judicial” (ANDRADE, 2001, p. 153).

O risco de cairmos na inércia é contundente, quando negligentemente compreendemos que o Estado detém guarda exclusiva da tutela e implementação desses direitos, atribuindo aos cidadãos apenas o direito e, ao Estado, os deveres. Andrade (2001, p. 156) explica que o homem não existe isoladamente, nem a sua liberdade é absoluta, sendo os indivíduos responsáveis no campo político, econômico, social e cultural, pela segurança, pela justiça e pelo progresso da comunidade, e é justamente esse entendimento que reveste a concepção dos deveres fundamentais.

Preis (2020, p. 230) compreende os deveres fundamentais como o instituto jurídico-constitucional com relativa autonomia em relação aos direitos, que exige juridicamente de todas as pessoas determinados comportamentos, umas perante as outras, e todas perante a comunidade politicamente organizada de que fazem parte (Estado), voltadas a proporcionar as bases materiais para existência e funcionamento da sociedade e para a concretização dos direitos fundamentais de todos.

Andrade (2001, p. 156-164) divide os deveres fundamentais em duas categorias: a primeira, considerados deveres fundamentais autônomos; e a segunda, deveres fundamentais associados a direitos. Os autônomos seriam os deveres fundamentais impostos pela

Constituição a todos, independentemente de qualquer direito subjetivo de um particular, são os que decorrem da própria ideia de Estado como comunidade política e que, por essa razão, não podem deixar de ser considerados fundamentais, independentemente da sua consagração expressa com esse nome. Dimoulis e Martins (2011, p. 329) apontam o dever de prestação de serviço militar, o de preservação do meio ambiente e o de segurança pública como exemplos de deveres fundamentais autônomos.

Os deveres associados com direitos fundamentais são decorrentes da concepção antropológica⁹⁵ da pessoa que atingem a natureza dos seus próprios direitos, os quais passam a ser configurados como verdadeiros direitos-deveres ou poderes-deveres, com dupla natureza. Esses deveres fundamentais dizem respeito às obrigações, pois estas são relacionais, condicionadas, significam dizer que os deveres pressupõem a existência de um direito fundamental a ele correlato (SIQUEIRA, 2017, p. 07). Andrade (2001, p. 165) chama esses deveres de “deveres reversos dos direitos correspondentes”, que justificará uma interpretação limitativa do próprio direito fundamental, interferindo, desse modo, diretamente na determinação do seu conteúdo.

Um exemplo de dever reverso do direito correspondente seria justamente os deveres parentais. Andrade (2001, p. 164) cita como exemplo os direitos dos pais de educação dos filhos, que não se trata de mera liberdade em face do Estado, constituindo verdadeiro direito acoplado com deveres quando tem a natureza de poderes de pessoas sobre as outras pessoas, mas que são exercidos no interesse dessas últimas e não dos seus titulares. Ademais, de acordo com o autor, a família é um elemento fundamental da sociedade, representando o prolongamento natural dos indivíduos que a formam e que se apresentam como uma unidade pessoal.

Nesse sentido, o direito fundamental à convivência familiar, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, ao mesmo tempo que prevê o direito fundamental dos pais conviverem com os filhos, prevê um dever reverso ao direito fundamental correspondente, de assegurar a convivência da criança e do adolescente com seus pais, constituindo exatamente o que Andrade

⁹⁵ “Desde logo, a imagem antropológica de uma pessoa não se compreende sem deveres – pode dizer-se até que a capacidade para ser titular de deveres, assumidos enquanto deveres morais ou de outra ordem corresponde à *natureza humana*, sendo tal capacidade, como é, exclusiva da pessoa. Só o homem é capaz de superar impulsos instintivos ou interesses egoísticos e transcender-se na aceitação livre de um valor espiritual que o limita, pois que dever não é igual a sujeição nem a programação. [...] Deve entender-se que há deveres fundamentais dos cidadãos, ainda que não escritos, que decorrem da aceitação de todos os homens, pelo facto de o serem, de um conjunto de princípios axiológicos e deontológicos que regem as suas relações com os outros e com a sociedade em que necessariamente vivem” (Andrade, 2001, p. 263).

chamou de direito acoplado com deveres quando tem a natureza de poderes de pessoas sobre as outras pessoas, mas que são exercidos no interesse dessas últimas e não dos seus titulares.

Siqueira (2017, p. 09-11) entende que os deveres da família compõem o núcleo das obrigações jurídicas expressas na Constituição, compreendendo se tratar de um conjunto de deveres em sentido amplo, no entanto, restrito a relações intrafamiliares e cita como exemplo as obrigações dos pais para com os filhos, o que configura deveres não autônomos, uma vez que decorrentes de direitos que os próprios descendentes têm em relação aos ascendentes.

4.3 OS DEVERES PARENTAIS A PARTIR DA CONCEPÇÃO DA CONDUTA ABANDÔNICA

Segundo Pereira (2016, p. 74), a necessidade precede a vontade e dela pode estar dissociada, devendo ser satisfeita como imperativo, pois não se pode fugir da necessidade ou mesmo dispensá-la. No entanto, pondera o autor, que a vontade é o elemento determinante das relações jurídicas obrigacionais, revelando a manifestação exterior do desejo. Sucede-se que nas relações familiares o vínculo obrigacional estabelecido entre as partes nem sempre decorrem exclusivamente da vontade das partes, e por essa razão, a satisfação da necessidade torna-se um imperativo da norma. A relação jurídica matrimonial decorre da vontade das partes, e alguns de seus efeitos jurídicos até podem ser modulados por elas, mas, quando se está diante da relação parental, a tutela da necessidade da parte vulnerável encontra o imperativo da norma e, embora o princípio da dignidade da pessoa humana fundamente a ação protetiva, ele reverbera-se através do princípio da solidariedade familiar para consolidar o dever jurídico.

Dias (2016, p. 458) compreende que os deveres decorrentes da autoridade parental são principalmente de natureza existencial, embora também sejam dotados de natureza material, e o princípio da solidariedade familiar revela “o que cada um deve ao outro” (Dias, 2016, p. 51). Ele nos remete ao contexto de reciprocidade, de suporte mútuo, trazendo-nos justamente a concepção de obrigação que outrora comentamos, pois estabelece um dever decorrente de um direito subjetivo a ele correlato, que nem sempre será de natureza patrimonial.

Carvalho (2019, p. 116) relembra que a solidariedade é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecido no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal, a qual ganha maior ênfase nas relações familiares, ao garantir efetividade à proteção de seus membros através do auxílio mútuo, tanto de ordem moral quanto material, expressamente previsto nas normas constitucionais que regem o Direito de Família. Madaleno (2022, p. 38) considera o princípio da solidariedade como oxigênio de todas as relações familiares e afetivas,

pois essas relações, para se desenvolverem e se sustentarem, necessitam de um ambiente que contenha compreensão e cooperação recíproca, com ajuda mútua.

De acordo com Lôbo (2007, p. 05), é possível identificar duas dimensões para o princípio da solidariedade no plano das famílias, sendo a primeira dimensão relacionada às relações intrafamiliares, decorrentes dos deveres recíprocos de respeito e cooperação, ao passo que a segunda estaria relacionada às relações extrafamiliares, fruto da interação de seus membros com a comunidade. Nosso objeto de estudo será justamente a primeira dimensão do princípio acima mencionado, de onde se extrai o dever de assistência aos filhos imposto aos pais (Dias, 2016, p. 52), que, para Pereira (2016, p. 232-233) traduz a ideia de reciprocidade, cooperação e amparo, decorrente do dever (direito reverso) dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, o que não se limitaria apenas ao plano do auxílio material, mas também do afetivo, considerado pelo autor como obrigação jurídica.

A doutrina portuguesa, do mesmo modo, compreende que as responsabilidades parentais não se limitam ao aspecto material, incluindo o asseguramento do bem-estar moral e a manutenção de relações pessoais com os filhos (Amaral, 2018, p. 240). Pinheiro (2015, p. 380) acentua que a legislação portuguesa contempla, por exemplo, a obrigação dos pais de respeitarem os filhos, o que inclui levar em conta a sua opinião e reconhecer-lhe a autonomia na organização da própria vida.

O dever de assistência, portanto, nos é apresentado como um dever jurídico de ordem material e imaterial, e o seu descumprimento foi conceituado por Pereira (2023, p. 401) como “conduta abandonica”. Aqui, pois, conseguimos identificar o ato ilícito “abandonar”, decorrente da inobservância do dever de assistência aos filhos imposto aos pais. O Direito Penal apresenta conceitos bem definidos sobre a composição do núcleo das ações que são tipificadas como abandono, e nesse ponto, encontramos categoria jurídica afim com Direito Civil. Por essa razão, considerando que a norma civil ainda não nos apresenta essa categoria de forma evidente, bem como que a norma penal tem por finalidade a proteção da criança em face de sua vulnerabilidade, seguindo as orientações de Leal (2018, p. 246), o diálogo entre as fontes pode nos trazer grande contribuição para a identificação do que compõe o núcleo do “tipo”⁹⁶ abandonar no Direito Civil.

⁹⁶ “É a descrição abstrata de uma conduta, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que permite concretizar o princípio da reserva legal (não há crime sem lei anterior que o defina). A existência dos tipos penais incriminadores (modelos de condutas vedadas pelo direito penal, sob ameaça de pena) tem a função de delimitar o que é penalmente ilícito e o que é penalmente irrelevante, tem, ainda, o objetivo de dar garantia aos destinatários da norma, pois ninguém será punido senão pelo que o legislador considerou delíto, bem como tem a finalidade de conferir fundamento à ilicitude penal” (Nucci, 2008, p. 162).

4.3.1 Condutas abandônicas tipificadas pelo Direito Penal

Kreuz (2012, p. 18) explica que o abandono dos filhos sempre acompanhou a história da família e da criança. Ao longo da história, o abandono se apresentava sob diversas facetas. Nos séculos XV e XVI, as crianças, aos sete anos, já eram enviadas para outras famílias para aprenderem algum ofício ou mesmo receber a educação que se julgava adequada, ao passo que no século XVII, as crianças oriundas de lares com mais recursos eram enviadas para orfanatos, que recebiam a incumbência de educá-las (Kreuz, 2012, p. 19-20). No Brasil Colonial, as crianças abandonadas eram reconhecidas como enjeitadas, muitas eram deixadas em hospitais, igrejas, instituições que acabaram criando o que ficou conhecido como “roda dos expostos”, que permitia o abandono da criança e a preservação da identidade de quem praticou⁹⁷ a conduta abandônica (Kreuz, 2012, p. 21). O direito de a criança ser educada pelos seus pais somente foi expressamente reconhecido em 1956, com a Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Organizações Unidas (Kreuz, 2012, p. 19)⁹⁸.

Atualmente, nosso ordenamento jurídico não deixa margem para dúvidas acerca da possibilidade de um ascendente responder criminalmente pela conduta de abandonar um descendente em formação. Nesse sentido, o ato de abandonar está associado ao não cumprimento de um dever jurídico previsto, tanto o é, que o ordenamento jurídico impõe uma consequência, uma sanção, para o caso de descumprimento da norma.

O Direito Penal nos apresenta a conduta abandônica relacionada aos genitores e seus filhos em dois títulos: o título I, que prevê os crimes contra a vida, especificamente em seu capítulo III, que trata dos crimes de periclitação da vida e da saúde; e no título VII, que prevê os crimes contra a família, especificamente em seu capítulo III, que trata dos crimes contra a assistência familiar.

Gonzaga (1966, p. 01) acredita que a intenção do legislador foi contribuir para a complementação das medidas civis, por se revelarem insuficientes para a proteção da família: “são normas que se opõem sobretudo à violação dos deveres jurídicos de assistência que a consciência jurídica universal considera como o assento básico do *status familiae*” (Gonzaga,

⁹⁷ “Grande parte das crianças deixadas nas rodas era de filhos ilegítimos, também conhecidos como *filhos do pecado*, crianças de famílias pobres, mas principalmente, de crianças filhas de escravas, que ali as deixavam por coação ou opção, o que foi estimulado pelo Alvará de 1975, que conferia às crianças deixadas na roda a condição de livres. A roda, portanto, passou a ser uma forma de livrar os filhos da escravidão” (Kreuz, 2012, p. 23).

⁹⁸ “Observa-se, pelo retrospecto histórico, que o abandono, o afastamento de crianças e adolescentes de suas famílias, não é um fenômeno contemporâneo, muitas vezes atribuído à modernidade, à desestrutura familiar, aos novos modelos familiares, à pobreza, às drogas, enfim, aos problemas de ordem social dos tempos atuais” (Kreuz, 2012, p. 45).

1966, p. 01). De acordo com Busato (2016, p. 57) os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal são de ordem constitucional, previstos no artigo 227 que consagra o direito à educação e à dignidade das crianças e dos adolescentes.

O âmbito criminal nos permite aferir a conduta abandonônica em quatro espécies: abandono de incapaz (e aqui estamos incluindo o de recém-nascido), abandono material, abandono intelectual e abandono moral. A primeira, tipificada nos artigos 133 e 134 do Código Penal (CP), que prevê, respectivamente, pena de detenção de três a seis meses àquele que “abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono”, bem como pena de detenção, de seis meses a dois anos, para quem praticar o ato de “expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria”.

Nucci (2008, p. 645-646) destaca que o abandono, neste caso, não é imaterial, mas físico. Segundo o autor, o objeto jurídico é a proteção à vida e à saúde da pessoa humana, compreendendo como sujeito ativo do ato aquele que tem o dever de cuidado, traduzido por condutas que demandam atenção, zelo e cautela, considerando a guarda um nível mais intenso desse dever, pois somaria a exigência de proteção e vigilância, e por esse motivo o crime se tornaria mais grave. Para Busato (2017, p. 176) o ato de “abandonar” seria exatamente o núcleo do tipo, compreendendo o ato de deixar a vítima sem assistência e, por essa razão, sustenta que o crime se consuma através de uma conduta que o autor entende ser omissiva.

A segunda espécie já tipificada é o abandono material, descrita no artigo 244 do CP, que prevê detenção, de um a quatro anos e multa para quem deixar de prover a subsistência de filho menor de 18 anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada⁹⁹. Gonzaga (1966, p. 02) entende que há um dever de prestar recursos aos filhos, prevendo o legislador o que chamou de cerrada proteção aos carecedores de assistência. Para o autor, devido ao caráter urgente dos alimentos, a norma do Direito Penal se estabelece como um reforço de proteção, por esse motivo a prisão é considerada por ele uma medida coercitiva, de natureza civil, para constranger o devedor a cumprir a obrigação, e assim defende: “o que faz a lei penal aqui, é sancionar a sonegação de atos humanamente exigíveis e cuja ausência representa deplorável

⁹⁹ “Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário-mínimo vigente no País.” (BRASIL. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 09 abr. 2024).

formação moral, especialmente encarado pelo prisma dos deveres familiares” (Gonzaga, 1966, p. 03).

A terceira espécie tipificada como crime é a do abandono intelectual, descrita no 246 do CP, que prevê pena de detenção de quinze dias a um mês, ou multa, para aquele que “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária em idade escolar”. De acordo com Nucci (2008, p. 946-947), o objeto jurídico é a educação e a instrução de menores de 14 anos, que o Estado tem por finalidade preservar, pois é na educação básica que a criança irá ser alfabetizada e aprenderá conceitos básicos e fundamentais para sua formação intelectual.

Busato (2016, p. 53) critica parte da doutrina que sustenta que o bem jurídico afligido é o interesse do Estado na instrução primária, pois, o Estado não seria o maior prejudicado com a omissão, sendo, inclusive seu dever, constitucionalmente previsto, de prover a assistência intelectual básica aos menores. Desse modo, de acordo com o autor, o bem jurídico é o desenvolvimento intelectual e moral do filho em idade escolar, esse sim, seria atribuído aos pais.

Por fim, a quarta espécie de abandono tipificada no ordenamento jurídico é o que ficou conhecido doutrinariamente por abandono moral, prevista no artigo 247 do CP que prevê pena de detenção, de um a três meses, ou multa para quem permitir alguém que, menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância, frequente casa de jogo ou mal afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; resida ou trabalhe em casa de prostituição; ou mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública. É possível vislumbramos, um tipo penal fechado, em que a exposição aos riscos seria considerada conduta abandônica.

Busato (2016, p. 56-57) ressalta que o abandono moral não levou o *nomem juris* como as demais figuras típicas de abandono, contudo, embora esteja previsto dentro da figura marginal do abandono intelectual, aquele se difere deste pelo interesse do legislador ser de ordem unicamente moral, algo que deveria transcender o Direito Penal por gerar uma grave insegurança jurídica em face da indeterminação dos conceitos morais nos dias atuais, o que fere o princípio da legalidade e da intervenção mínima inerente às normas penais. Desse modo, o autor defende que as questões de abandono moral deveriam ser tratadas pela vara da infância e da juventude como situações de risco, deixando de compor o tipo de ação penal.

O estudo das normas que integram o Direito Penal nos permite concluir que pratica conduta abandônica o genitor que descumpra o dever fundamental de assistência ao filho, desse modo, temos a figura do abandono como gênero, da qual extraímos quatro espécies previstas

na esfera penal: abandono de incapaz, abandono material, abandono intelectual e abandono moral, restando, nessa oportunidade, identificar qual ou quais espécies de abandono poderíamos identificar na esfera cível.

4.3.2 A conduta abandônica civil

A norma civil também nos apresenta uma sanção àquele que pratica uma conduta abandônica, ao prever, no artigo 1.638, II do Código Civil, a possibilidade de se perder o poder familiar caso os genitores deixem o filho em abandono. A expressão contida na norma é “deixar o filho em abandono”, nos permitindo notar que a norma não faz qualquer remissão aos tipos penais previstos e acima apontados, o que não significa dizer que os não incluem¹⁰⁰, outrossim, não podemos dizer que não incluem outros tipos de abandono.

As normas penais apontadas, são, em sua essência, de tipo fechado, isto é, não permitem maior discricionariedade ao juiz no momento de sua aplicação, descrevendo em detalhes o núcleo do tipo que o autor da ação ilícita incidiu. Por outro lado, Nader (2023, p. 91) explica que a adoção das normas de tipo aberto é uma das características do Código Civil de 2002, que permitem ao magistrado contribuir de forma mais ampla para a aplicação da justiça, uma vez que contém conceitos vagos, amplos, o que permite ao juiz decidir com equidade. Desse modo, ciente de que a norma civil contém a previsão de conduta abandônica como ato ilícito, uma vez que atribuiu expressamente uma sanção decorrente do ato praticado, ainda precisamos identificar qual seria o núcleo do seu “tipo”.

A doutrina do Direito Civil associa a conduta abandônica civil com o que ficou conhecido como abandono afetivo. Parte da doutrina compreende que “deixar o filho em abandono inclui não apenas deixá-lo sem lar ou assistência material, mas também privá-lo de condições imprescindíveis à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória” (Carvalho, 2019, p. 769). Pereira (2016, p. 262) identifica o abandono afetivo como descumprimento da norma que regulamenta a relação paterno-filial.

O abandono afetivo é uma expressão usada pelo Direito de Família para designar o abandono de quem tem a responsabilidade e o dever de cuidado para com um outro parente. É o descuido, a conduta omissiva, especialmente dos pais em relação aos filhos menores, e também dos filhos maiores em relação aos pais. É o não exercício

¹⁰⁰ “A ausência de recursos para fornecer sustento adequado aos filhos não é motivo para perda do poder familiar (art. 23 do ECA), cabendo ao Estado a inclusão da família em programas oficiais de assistência. O mesmo ocorre com a imaturidade dos pais, especialmente mães adolescentes que engravidam precocemente e possuem dificuldades em sustentar e cuidar do filho, cabendo ao Estado proporcionar-lhe condições de exercer maternidade, inclusive com orientação e acompanhamento pelos conselhos tutelares” (Carvalho, 2019, p. 769).

da função de pai ou mãe ou de filho em relação aos seus pais. Tal assistência para com o outro é uma imposição jurídica e o seu descumprimento caracteriza ato ilícito, podendo ser fato gerador de reparação civil (Pereira, 2023, p. 395).

Da afirmação do autor, é possível aferir duas assertivas: a primeira, que a conduta abandônica seria um ato omissivo, portanto, o descumprimento de uma obrigação jurídica de fazer; a segunda, que o autor relacionou o exercício da função dos genitores à imposição jurídica de assistência, logo, o dever de cuidado nele contido está associado ao dever de assistência, exatamente como a esfera penal associou a figura típica do abandono.

Dias (2016, p. 101), da mesma forma, compreende o abandono afetivo como decorrente de uma conduta omissiva do genitor, quando descumpre os encargos inerentes ao poder familiar, mas sustenta que o dano afetivo decorre da falta de convívio com os genitores, com a ruptura do elo de afetividade. Percebe-se que, a princípio, a conduta abandônica também estaria associada ao não cumprimento da obrigação jurídica de fazer, cumprir os encargos parentais, entretanto, como a expressão “abandono afetivo” traz consigo a palavra afeto, a autora associa o dano à ruptura do elo de afetividade. Essa afirmação pode ser utilizada como subterfúgio para consignar que somente sofrerá dano aquele que padeceu a ruptura de laços de convívio, como outrora defendido pelo próprio STJ, que afastou a responsabilidade civil daquele que nunca conviveu com a prole¹⁰¹.

Para Madaleno (2022, p. 277), quando o legislador civil usou a expressão “deixar o filho em abandono”, associou ao descumprimento do dever de convivência e cuidados assistenciais, de ordem material e moral, que inclui as persecuções criminais decorrentes da conduta abandônica. Diante dos conceitos apresentados, não conseguimos vislumbrar que o núcleo da conduta abandônica estaria associado à omissão de afeto, mas é possível compreender que a “afetividade tem de fato estreita correlação com a convivência familiar, pois é no exercício desta que se gerará o afeto” (VIEIRA, 2020, p. 129).

Grande parte da discussão acaba residindo na subjetividade que foi reservada à conduta abandônica civil por associá-la à omissão do afeto, o que acaba sendo o principal alvo das discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Alguns, tentam dar suporte jurídico para que o afeto, em seu sentido objetivo, seja configurado como uma conduta juridicamente exigível e, conseqüentemente, passível de sancionar aquele que não a cumpre¹⁰²; outros, compreendem

¹⁰¹ Posicionamento exposto nos autos do Recurso Especial 1.557.978, originário do Distrito Federal, outrora comentado.

¹⁰² “A afetividade como dever jurídico, não se confunde com a existência real de afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles” (Dias, 2016, p. 536-536).

não se tratar de obrigação jurídica¹⁰³. Já demonstramos que foi justamente essas discussões em torno do sentido da palavra afeto que desencadeou os posicionamentos conflitantes entre a Terceira e Quarta Turma do STJ.

Desse modo, depreende-se que a discussão da conduta abandônica civil gira em torno de uma palavra: afeto; justamente porque a conduta abandônica civil é amplamente conhecida como “abandono afetivo”. No entanto, a expressão usada pelo legislador civilista não foi abandono afetivo, mas “deixar o filho em abandono”, cujo ato pode levar o sujeito ativo à perda do poder familiar. Significa dizer que o sujeito ativo está sendo sancionado por não estar cumprindo com os deveres jurídicos decorrentes do poder familiar, tanto que a consequência é a perda desse poder. Logo, necessário compreender se a expressão “abandono afetivo” é a que melhor traduz a concepção da conduta abandônica civil e, para tanto, precisamos compreender qual o conteúdo dos deveres parentais.

4.3.2.1 O conteúdo dos deveres parentais

A conduta abandônica civil, legalmente falando, está associada à perda do que a norma denominou de poder familiar. Madaleno (2022, p. 266) explica que há uma interação no conjunto de direitos e deveres com o propósito de bem administrarem a pessoa e os bens da prole, cujo objetivo é o alcance de sua integral e estável formação. Afirma que “o conteúdo do poder familiar encontra sua gênese no artigo 229 da CF, ao prescrever como deveres inerentes aos pais os de assistirem, criarem e educarem os filhos menores” (Madaleno, 2022, p. 268).

Considerando o caminho percorrido até aqui, necessário partirmos de algumas premissas já apresentadas e que servirão de base para a análise do estudo do conteúdo dos deveres parentais. A Constituição expressamente compreendeu como dever parental: a assistência, a criação e a educação dos filhos menores. Necessário relembrarmos que, embora tais deveres sejam considerados igualmente um direito dos pais, os enquadrámos outrora como “deveres reversos dos direitos correspondentes”, e por essa razão os concebemos como deveres associados a direitos fundamentais, isto é, direitos acoplados com deveres quando tem a natureza de poderes de pessoas sobre as outras pessoas, mas que são exercidos no interesse dessas últimas e não dos seus titulares.

¹⁰³ “Realmente, não se pode introduzir no raciocínio jurídico o afeto enquanto um sentimento humano ambivalente que, na ‘linguagem comum, é sinônimo de carinho, simpatia, amizade, ternura, amor’. Uma vez que no sentido filosófico-científico ‘afeto’ tem consonância com ‘sentimento’, o Direito não pode ser chamado a protegê-lo incondicionalmente [...]” (Farias e Rosa, 2023, p. 167).

Confirma-se, outrossim, a concepção de que há um dever de assistência expressamente previsto, decorrente do princípio da solidariedade, e, uma vez que a norma constitucional compreende que criar e educar integra o dever parental, é possível afirmar que o dever jurídico não está restrito ao aspecto patrimonial, mas também extrapatrimonial, algo que já vai de encontro com a afirmação exposta pela Quarta Turma do STJ, nos autos do Recurso Especial 1.087.561, originário do Rio Grande do Sul¹⁰⁴, quando se afirmou que a conduta abandônica civil decorre da ausência de amparo material e não imaterial.

Sucedese que, a concepção de que há deveres fundamentais, considerados deveres reversos dos direitos correspondentes, amplia os deveres parentais para garantia de direitos fundamentais da prole expressamente reconhecidos pelo artigo 227 da Constituição, que prevê ser também dever da família - e nela integra os genitores – assegurar: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Carvalho (2019, p. 114-115) compreende que os deveres descritos na norma constitucional são decorrentes do princípio da paternidade responsável, que traduz o dever de criação adequada dos filhos, observando o melhor interesse da criança. Segundo o autor, seria responsabilidade dos pais o sustento, guarda, educação e manutenção da convivência familiar, algo que ultrapassa o aspecto de uma obrigação de natureza patrimonial. Pereira (2016, p. 252) igualmente compreende que as normas constitucionais acima mencionadas traduzem o princípio da paternidade responsável, que expressam o conjunto de deveres para atender o melhor interesse do filho, que inclui a convivência e a responsabilização pela educação e criação deles.

Embora a doutrina reconheça que os deveres jurídicos constitucionalmente expressos traduzam o princípio da paternidade responsável, entendemos que a nomenclatura ainda se encontra inadequada, uma vez que o termo “paternidade” está fazendo alusão apenas à figura paterna, ao passo que os deveres também alcançam a figura “materna”, motivo pelo qual defendemos que a expressão deveria ser substituída por princípio da “parentalidade responsável”. O princípio assim denominado alcançaria, outrossim, aqueles que assumiram a função familiar em face de alguma circunstância fática ou jurídica específica, pois sabemos que

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.087.561 - RS (2008/0201328-0)**. Recorrente: R A DE M. Recorrido: P A A DA S. Relator: Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 17 jun. 2017. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802013280&dt_publicacao=18/08/2017>. Acesso em: 06 de out. 2019.

nem sempre o poder familiar é exercício pelos genitores, podendo ser exercido por terceiros, como avós ou tutores judicialmente nomeados, por exemplo.

A norma constitucional, contida nos mencionados artigos 227 e 229, serviram de norte para que o Código Civil elencasse os deveres que integrariam o exercício do poder familiar. Embora o artigo 1.630 do CC determine uma sujeição dos filhos aos pais, quando prescreve que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”¹⁰⁵, é entendimento solidificado que o filho não pode ser visto como o objeto do poder, mas como o sujeito de direito, portanto, “poder” jamais deve ser interpretado como uma autoridade, mas como um encargo legal imposto aos pais (Venosa, 2014, p. 367).

Nesse sentido, o artigo 1.634 atribui expressamente aos pais o encargo legal de exercer o poder familiar, concluindo Dias (2016, p. 458) tratar-se de um dever de ordem personalíssima, irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, podendo o seu exercício ser delegado a terceiros em circunstâncias específicas, mas nunca ser renunciado pelos genitores. Diniz (2007, p. 515-516), do mesmo modo, entende que esse encargo legal constitui um múnus público outorgado pelo Estado aos pais, e por essa razão dele não podem abrir mão, muito menos, por sua vontade, transferir para outra pessoa, ou mesmo decair pelo não exercício dele, salvo se decorrente de decisão judicial por incorrer em algum caso que os levem a perder o encargo por ato ilícito no exercício da função.

A norma civil lista algumas incumbências que não são exaustivas, uma vez que, como vimos, a Constituição igualmente arrola os deveres jurídicos fundamentais dos genitores. De acordo com o Código Civil, o poder familiar exercido pelos pais consiste em: primeiro, criar e educar os filhos; segundo, exercer guarda, seja ela unilateral ou compartilhada; terceiro, conceder ou negar consentimento para casarem, para viajarem para o exterior ou para mudarem sua residência permanente para outro Município; quarto, nomear pessoa idônea para assumir o poder familiar, em caso de falecimento de ambos os genitores; quinto, suprir a incapacidade civil, seja ela absoluta ou relativa; sexto, reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha, e; sétimo, poder exigir dos filhos obediência e respeito, bem como serviços próprios de sua idade e condição.

O ECA, por sua vez, reitera os deveres fundamentais expressos no artigo 226 da CF, acrescentando apenas o dever de assegurar a efetivação do direito ao esporte¹⁰⁶, mas, em seu

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 abr. 2024.

¹⁰⁶ 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.

artigo 22, expressamente compreende como integrante do dever parental “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”.

Resta evidente que são inúmeros os deveres jurídicos dos genitores, e é possível que alguns possam afirmar que a extensividade do rol seria algo positivo para a proteção da criança e do adolescente, afinal, maior quantidade de deveres, significa maior quantidade de direitos subjetivos a eles correlatos. No entanto, não podemos ignorar que há um grande risco de se cair na abstração, na generalização¹⁰⁷, pois a ausência de um núcleo permite que a indefinição seja tratada de forma descompromissada com o conteúdo do dever jurídico¹⁰⁸, como é o que se enfrenta nos casos de pedido de indenização decorrentes de abandono afetivo, os quais, quando não foram julgados improcedentes por não se identificar a obrigação de dar afeto, o foram por não haver prova da existência dos elementos integrantes da responsabilidade civil, sobretudo do dano imaterial apontado.

Desse modo, após a exposição dos deveres parentais expressamente previstos nas normas do direito brasileiro, compreendemos ser imprescindível encontrar o núcleo desses deveres, que pressupõe identificar quais são os bens e interesses jurídicos tutelados, viabilizando o estudo das consequências decorrentes de sua violação, e, como resultado, otimizar o estudo dos meios necessários para evitar os danos decorrentes do não cumprimento da norma.

Lobo (2024, p. 153) explica que o conteúdo da obrigação definirá o grau de pessoalidade que o credor tenha desejado. Quando se trata de obrigação de fazer, a relação jurídica é estabelecida em face das particularidades do devedor da prestação, podendo considerá-la de natureza personalíssima ou não, a depender da possibilidade de ser prestada por outra pessoa sem prejuízo dos interesses do credor. Com os deveres parentais, o raciocínio estabelecido pelo legislador brasileiro foi semelhante. O legislador contemplou a criança e o adolescente com direitos considerados fundamentais, correspondendo tais direitos à deveres impostos diretamente à família, à sociedade e ao Estado. No entanto, alguns desses deveres foram

(BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 abr. 2024).

¹⁰⁷ A título de exemplo de generalização, citamos as palavras de Carvalho (2019, p. 15): “A paternidade responsável importa no dever de cuidados, que não se resume à assistência material (pagamento de alimentos), mas também conviver, educar, orientar, participar da vida e do crescimento dos filhos”.

¹⁰⁸ “Não é possível definir com precisão a margem de discricionariedade outorgada aos pais, no exercício da autoridade parental, mesmo porque se houvesse tal definição não se trataria mais de discricionariedade. E é nessa órbita que o abuso do direito encontra terreno propício para sua manifestação, especialmente, por ser o tipo de relação jurídica em que a sujeição de uma das partes em relação à outra é notória” (Silva, 2002, p. 120).

expressamente dirigidos de forma exclusiva aos pais, em razão do grau de pessoalidade que o legislador presumiu como desejado pelo titular do direito¹⁰⁹.

Através do artigo 229 da Constituição, é possível identificar que o legislador considerou personalíssimos os deveres de assistência, criação e educação dos filhos, pois não os contemplou de maneira expressa no rol de deveres atribuídos à família, à sociedade ou ao Estado, como elucidado pelo artigo 227. O Código Civil, por sua vez, dirigiu aos pais os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos (artigo 1.566, IV), compreendendo como integrantes do poder familiar, o dever de criação e educação (artigo 1.634, I). Já o ECA, atribuiu aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (artigo 22).

Analisando as três normas, é possível aferir que a norma Constitucional nos apresenta de forma mais apropriada o núcleo dos deveres parentais que considerou de natureza personalíssima: assistência, criação e educação. Imprescindível, no entanto, explicarmos o motivo que nos levou a essa conclusão. O Código Civil não traz de forma expressa o dever de assistência, embora discrimine o dever de sustento no artigo 1.566, IV. Contudo, o dever de sustento está contido no de assistência. Os demais deveres previstos no artigo 1.634 do CC não tratam de deveres de natureza personalíssima, conquanto alguns doutrinadores possam discordar¹¹⁰, compreendemos que exercício da guarda pode ser realizado de forma unilateral ou delegado a terceiros, sem, contudo, retirar do genitor ou genitora não guardiões os deveres de assistência, criação e educação, nos termos do artigo 1.589¹¹¹, do mesmo modo os demais deveres-direitos elencados nos incisos VI a IX do artigo 1.634.

Com relação aos deveres que destacamos estarem expressamente previstos no artigo 22 do ECA, o dever de sustento e guarda não nos parece integrar o rol daqueles que consideramos personalíssimos. Uma vez exposta nossas razões sobre o dever de guarda não ser de natureza personalíssima, apresentaremos três razões que afastam o caráter personalíssimo do dever de sustento: a primeira, pelo fato de que o dever de assistência previsto na Constituição ser mais abrangente que o de sustento, e naquele estar contido; segunda, porque o dever de sustento pode ser transferido, por decisão judicial, para outro parente, nos termos dos artigos 1.696¹¹² e

¹⁰⁹ “Ao contrário das concepções mais recentes de família - e que remontam, no máximo, ao início do período moderno – os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado” (Hironaka, 2002, p. 12).

¹¹⁰ Dias (2016, p. 458) compreende que todas as obrigações que defluem do poder familiar são de natureza personalíssima.

¹¹¹ “Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação” (BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 abr. 2024).

¹¹² “Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais” (BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

1.697¹¹³ do CC, sem prejuízo do menor, e ainda assim não ser excluído daquele que, circunstancialmente, não tenha condições de prestar, e; terceira, pelo fato de que o não cumprimento do dever de sustento não ser motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar, nos termos do artigo 23 do ECA. Desse modo, o inadimplente pode responder criminalmente por abandono material, mas não necessariamente teria abandonado a prole no contexto civil.

Nesse sentido, assistir, criar e educar a prole foi considerado pela Constituição como deveres personalíssimos dos pais, pois o Constituinte os desagregou dos demais deveres impostos à família, à sociedade e ao Estado e elegeu os pais em dispositivo normativo específico como alvos exclusivos de tais deveres. Muito embora se afirme que tais deveres possam ser exercidos por terceiros e isso justificaria não os classificar como personalíssimos, a personalidade está nas qualidades pessoais que se presumem serem de interesse do titular do direito, isto é, a prole. A prole tem interesse de ser assistida, criada e educada por seus genitores, e não simplesmente que tais deveres sejam cumpridos por qualquer um, ainda que mais qualificado. Trata-se do cumprimento de um dever estabelecido através do elo jurídico que surgiu com o nascimento da prole.

Semelhante acontece na relação jurídica estabelecida entre um pintor famoso, dotado de personalidade e forma peculiar de pintar um quadro, e a pessoa que o designou para cumprir o seu ofício. Se esse pintor se omite, seja não iniciando a sua obra de arte ou a deixando incompleta, ninguém poderá iniciar ou completar a sua obra sem que haja prejuízo para o credor. Assim deve ser compreendido o caráter da personalíssimo do dever parental, embora outros possam contribuir para a assistência, criação e educação de um sujeito em formação, esse dever decorre da relação que se estabelece com a filiação, a omissão do genitor ou genitora em exercer suas funções personalíssimas, nunca poderá ser suprida por um terceiro sem prejuízo do sujeito de direito.

Pinheiro (2015, p. 209) elucida que em Portugal as responsabilidades parentais são reconhecidas como de natureza personalíssimas, ao consagrar constitucional (artigo 36, nº. 5 da constituição Portuguesa) e infra constitucionalmente (artigo 1878, nº 1 do Código Civil

Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 abr. 2024).

¹¹³ “Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide” (BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 abr. 2024).

Português) que os verdadeiros responsáveis pela criação dos filhos são os pais. Segundo o autor português, “por vezes se considera que é melhor a criança estar com um mau pai do que estar numa boa instituição, a não ser que aquela se encontre numa situação de perigo” (Pinheiro, 2015, p. 210). A afirmação do autor corrobora para a compreensão de que a personalidade do dever parental é fator de interesse da prole, salvo quando os genitores apresentarem riscos à integridade psicofísica dela, são os pais que devem cumprir os deveres que lhes foram designados constitucionalmente.

Neste caso, nem se quer caberia discutir se o terceiro poderá desempenhar o ofício da melhor forma, é a idiossincrasia do “devedor” originário que torna a relação jurídica de natureza personalíssima, afinal, se voltássemos para o exemplo anterior, ninguém entenderia como ausência de prejuízo ao credor o fato de o pintor contratado designar outro artista, ainda mais talentoso, para concluir a sua obra, pois esta não seria “sua”, e o titular do direito, de acompanhar e ver o desenvolvimento da obra, nunca a receberia de quem esperava receber.

Quando o legislador constitucional estabeleceu que assistir, criar e educar a prole é dever dos pais, o fez não somente porque foram eles que colocaram os filhos no mundo, mas porque é de extrema importância que esse dever seja pessoalmente cumprido pelos genitores, sob pena de violação dos bens jurídico que o Estado buscou tutelar, interesses jurídicos que ultrapassam o aspecto patrimonial da criança e do adolescente, os quais passaremos a analisar.

4.3.2.1.1 O dever de assistir

A assistência é associada por alguns doutrinadores como dever de sustento decorrente do princípio da solidariedade familiar e, por essa razão, Dias (2016, p. 52) afirma que “os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos”. A Constituição não fala em dever de sustento, mas de assistência, justamente porque o termo é mais abrangente que o sustento, retirando-lhe o caráter exclusivamente material do termo.

Pereira (206, p. 233) leciona que o amparo decorrente do princípio da solidariedade familiar engloba o auxílio material e afetivo, compreendendo que “os pais são responsáveis pela criação, educação e sustento material e afetivo de seus filhos” (Pereira 2016, p. 243). É exatamente por afirmações como essas que se exige uma identificação criteriosa dos deveres parentais, pois a norma brasileira em nenhum momento usou o termo assistência afetiva para

designar o dever dos pais. Corre-se o risco de misturar sentimentos com dever, e esse não é o sentido da norma, ainda que se justifique que há um aspecto objetivo no “amar”¹¹⁴.

Carvalho (2019, p. 117 e 548) afirma que a assistência engloba o auxílio mútuo material e moral e considera o fornecimento de alimentos uma das obrigações intrínsecas à criação, associando o conteúdo do artigo 1.634, I do CC com o caput do artigo 22 do ECA. Ocorre que o aspecto moral do dever de assistir não está relacionado com a criação da criança, mas com o conteúdo da obrigação alimentícia que nada tem que ver com obrigação de afeto, mas ao fato de que os alimentos não se resumem a prestação pecuniária, não é uma mera obrigação jurídica de pagar, mas de fazer.

Rodrigues (2004, p. 375) afirma que a obrigação alimentar busca atender as necessidades vitais de uma pessoa que não pode prover à sua própria subsistência, algo que engloba o aspecto físico, intelectual e psíquico, por essa razão, explica Dias (2016, p. 549), que a expressão “alimentos” alcança uma dimensão mais abrangente, para albergar tudo que for necessário para alguém viver com dignidade. Nesse sentido, a autora identifica duas espécies de alimentos: os naturais e os civis, sendo os primeiros relacionados com a subsistência do alimentando, como vestuário, saúde, habitação, educação¹¹⁵... ao passo que os civis, estão relacionados com a manutenção do padrão de vida do alimentando, que seria a preservação da qualidade de vida, que deve ser proporcional à possibilidade do alimentante.

Compreende-se, pois, que o dever parental de assistência está relacionado com o sustento e o amparo da prole, suprimindo suas necessidades básicas de subsistência ou manutenção do padrão de vida para os casos de possibilidade. Algo que envolve prover os alimentos em sua ampla dimensão, seja custeando, seja provendo os meios necessários para a dignidade da prole, sendo as necessidades vitais o interesse e bem jurídico tutelado.

Significa dizer que alguns pais, podendo, deverão custear supermercado, luz, energia, habitação, escola, vestuário, esporte, viagens, dentre outros, ou, não podendo, deverão prover os meios necessários para isso, seja matriculando em escolas públicas, levando às consultas médicas ou procurando assistentes sociais, psicólogos na rede pública, buscando amparo em organizações assistencialistas, enfim, não se trata de simples obrigação de pagar, mas de fazer

¹¹⁴ “O princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e a alma. Embora o direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes desses sentimentos. Afeição, segundo o *Dicionário Aurélio*, significa também instruir, educar, formar, dar feição, forma ou figura” (Pereira, 2016, p. 253).

¹¹⁵ No sentido de provimento das despesas com educação.

em prol da dignidade e subsistência da prole¹¹⁶, pois, diferentemente da manutenção do padrão de vida, a necessidade da criança se presume, não depende da possibilidade dos pais, por esse motivo o dever parental de assistência é considerado um dever fundamental.

4.3.2.1.2 *O dever de educar*

Enquanto o dever de assistir tutela a subsistência da criança e do adolescente, o dever de educar volta-se para a tutela do seu intelecto. Vieira (2020, p. 143) faz uma pertinente separação entre o que se considera educação formal e educação não formal, sendo a primeira associada ao dever de educar, no sentido de matricular em escola própria, seja ela pública ou privada, seja confessional ou não, bem como de acompanhar o desenvolvimento escolar dessa criança ou adolescente, ao passo que a educação não formal está relacionada com o dever de criar, que posteriormente será tratado.

Mais uma vez identificamos uma obrigação de fazer, pois, como destaca Madaleno (2022, p. 269), “o dever de educar importa em preparar o filho para o exercício futuro da sua independência pessoal, qualificando-o para a vida profissional, com conhecimentos teóricos, práticos, formais e informais”. Portanto, não é o simples dever de escolher a instituição de ensino e realizar a matrícula da prole, envolve o acompanhamento do desempenho, da evolução cognitiva, o incentivo à frequência e pontualidade escolar, participação das reuniões regulares, devolutivas de conceitos etc. A omissão dos genitores indubitavelmente trará sérios prejuízos para o desenvolvimento cognitivo, social e profissional futuro dessa criança ou adolescente, tanto que a instituição de ensino pode buscar apoio do Conselho Tutelar no caso de pais omissos¹¹⁷.

O ECA, em seu artigo 53, informa que o direito à educação da criança e do adolescente está relacionado com o seu pleno desenvolvimento e preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, devendo ter acesso à escola pública gratuita com tratamento

¹¹⁶ “A ação dos pais em prol da saúde da criança tanto pode ser directa (traduzida por exemplo, nos cuidados de higiene que eles prestam ao bebê) como indirecta (correspondente, nomeadamente, à marcação de consultas e exames médicos para o filho)” (Pinheiro, 2015, p. 379).

¹¹⁷ Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

I - maus-tratos envolvendo seus alunos;

II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;

III - elevados níveis de repetência.

(BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 abr. 2024).

respeitoso e isonômico no meio educacional, concedendo aos pais o direito de terem ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais¹¹⁸.

Veja que a lei não associa o dever de educar à convivência, mas ao acompanhamento da educação formal da prole, “compreendendo o desenvolvimento intelectual, pessoal e o ensino escolar” (Madaleno, 2022, p. 269). O ensino, segundo Dias (2016, p. 462) é reconhecido como um direito subjetivo público, revertendo o direito dos pais, de receberem as informações pedagógicas de seus filhos das instituições de ensino, em verdadeiro dever reverso do direito subjetivo a ele correlato, não podendo ser confundido com troca de valores decorrentes da convivência familiar.

De acordo com Lima (2004, p. 624), “a simples presença do menor em escola não tem o condão de esgotar o dever dos pais, pois as instituições não substituem (nem devem substituir) a presença constante e ativa dos pais no desenvolvimento moral e intelectual das crianças e dos jovens”. Portanto, o dever de educar, como integrante do núcleo dos deveres parentais, não está relacionado com a educação não formal, mas com o desenvolvimento intelectual, social e profissional da criança e do adolescente.

4.3.2.1.3 O dever de criar

A ordem de estudo do núcleo do conteúdo dos deveres parentais foi intencional, deixamos para analisar o dever de criar por último, justamente em face das distintas interpretações doutrinárias acerca do dever de educar, bem como para identificarmos se é possível aferir se seu conteúdo perpassa pela obrigação de dar afeto.

Quando a Constituição estabelece como núcleo dos deveres parentais personalíssimos os deveres de assistir, criar e educar os filhos menores (artigo 229), Lôbo (2007, p. 7), parafraseando, relacionou-os com os direitos subjetivos da prole de ser “mantida, instruída e educada para sua plena formação social”. Percebe-se que o dever de assistir foi relacionado com o direito de ser mantida, o dever de educar, com o direito de ser educada, e o dever de criar foi associado ao direito de ser instruída. A instrução, nesse sentido, integra a educação não formal da criança e do adolescente e, por essa razão, quando a doutrina relaciona o termo

¹¹⁸ “Sob o aspecto educativo merece realce a Lei 12.013, de 6 de agosto de 2009, que altera o artigo 12 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para determinar às instituições de ensino a obrigatoriedade no envio de informações escolares aos pais, conviventes ou não com seus filhos, porquanto, só dessa forma podem os pais não guardiães exercer firme fiscalização acerca da educação da prole comum que ficou sob a custódia do outro genitor” (Madaleno, 2022, p. 269).

“educar” com relacionamento, convivência, o dever parental em questão é de criar (educação não formal) e não de educar (educação formal).

Pereira (2023, p. 400) menciona o dever de educar dentro da assistência de ordem não material dos filhos, associando-o aos deveres de participar, interferir e colocar limites à prole. Madaleno (2022, p. 269), outrossim, compreende que o aprendizado da criança não está desassociado da função de educarem seus filhos para o enfrentamento da vida, “repassando seus ideários de vida, de ética, valores morais, sociais e afetivos, com as correções de desvios porventura surgidos durante a caminhada para a maturidade e boa formação humana”. A instrução, educação não formal, ou seja, a criação é fruto da interação com a prole, que proporciona a troca de experiência, de vivências, de admoestações etc., dever esse que somente pode advir do convívio. No mesmo sentido entende Vieira (2020, p. 143), para quem a criação é fruto do convívio e revela uma relação diagonal com a prole, nela contendo deveres de disciplinar e impor limites aos filhos, o que é considerado de extrema importância para o desenvolvimento da personalidade infantojuvenil.

Muitos associam o dever de criar com obrigação de dar afeto, no sentido de conduta afetiva, entretanto, o dever de criar decorre do relacionamento, da convivência, do direito que a própria Constituição Federal expressamente reconheceu à criança e ao adolescente, de conviver com seus familiares (artigo 227). Afirmar que a convivência pode contribuir para a troca de afeto entre os genitores e a prole, não é o mesmo que dizer que os pais têm o dever de dar afeto. O dever de criar, decorrente da interação que ocorre entre pais e filhos é o dever de participar da formação da personalidade da prole, de fiscalizar o seu desenvolvimento enquanto ser humano em processo de formação, e é apenas com o convívio que os genitores poderão exercer a fiscalização do exercício da guarda quando não forem os guardiões, no entanto, isso não lhes retira o dever de ter os filhos em sua companhia.

É dever dos pais ter os filhos sob sua companhia e guarda, pois eles dependem da presença, vigília, proteção e contínua orientação dos genitores, porque exsurge dessa diuturna convivência a natural troca de experiências, sentimentos, informações e, sobretudo, a partilha de afeto, não sendo apenas suficiente a presença física dos pais, mas essencial que bem desempenhem suas funções parentais, logrando proporcionar aos filhos sua proteção e integral formação, sempre com mira nos melhores interesses da criança e do adolescente, elegendo consecutivamente aquilo que resultar mais conveniente a prole (Madaleno, 2022, p. 269-270).

É do dever de criar que decorre o direito-dever à convivência, seja do ponto de vista parental, seja do ponto de vista do filho¹¹⁹, pois o genitor somente poderá exercer seu direito-dever de vigilância sobre a prole, orientando seus comportamentos, retendo-os e impondo limites se o tiver em sua companhia (Carvalho, 2019, p. 757). Portanto, criar requer convivência, e a convivência não está condicionada ao afeto dos genitores para com seus filhos. O dever de criar não decorre do dever de amar, ou do que Dias (2019, p. 461) chamou de “afetividade responsável”, uma relação de convivência familiar não necessariamente contém afeto, há conflitos também, eles integram as relações do ser humano em sociedade, o que não significa dizer que se está fazendo apologia à permissão de maus tratos, de maneira alguma. Nossa intenção é apontar que a norma prevê uma obrigação jurídica de criar e não de amar, a criação, sim, pauta-se em condutas objetivas, como já apontamos, o afeto não.

O que a norma exige, ao prever o dever de criar, são comportamentos que, de alguma maneira, até possam contribuir para o fortalecimento de vínculos afetivos (Angelini Neta, 2016, p. 87), mas não o de exigir o afeto como dever jurídico, como conduta de criar. Não se trata de tentar enquadrar a concepção de afeto como conduta, a norma constitucional foi expressa ao compreender como dever dos pais criar os seus filhos, trata-se de impor determinadas condutas objetivas que contribuam para o desenvolvimento de sua personalidade, intimamente relacionado com a convivência familiar, e, nas palavras de Angelini Neta (2016, p. 88), “não se pode negar que, ao exigir tais condutas, o objetivo do Direito é, de fato, sempre que possível, estreitar os laços entre sujeitos, e possibilitar a melhor formação/desenvolvimento da parte mais vulnerável desta relação, ou seja, os filhos”.

Santos (2011, p. 116) compreende que afeto é compreendido pelas ciências psicológicas, cuja manifestação é algo espontâneo, independe da vontade humana, o que difere da conduta legalmente exigíveis. Nesse sentido, embora não haja vontade de criar a prole, há um dever jurídico de assim o fazer, que requer instruir, conviver, se relacionar, trocar experiência, pois se trata de uma obrigação de fazer de natureza personalíssima, o ser em formação precisa dessa inter-relação com seus pais, sendo imprescindível para o seu sadio desenvolvimento. Obviamente que essa afirmação está partindo da premissa de que os genitores não estão na condição de oferecer risco à prole, portanto, parte-se do pressuposto de que convivência com os genitores estará em harmonia com o princípio da proteção integral da

¹¹⁹ “O direito à visitação deve ser encarado como direito infantojuvenil, e não como um direito dos adultos, tanto que pode ser suprimido se mostrar-se desfavorável ao desenvolvimento da criança. Os pais, principalmente, também devem manter o convívio com as crianças e/ou com os adolescentes, porém são os interesses destes que têm que ser atendidos, sob pena de o visitante ser impedido de continuar convivendo com o visitado” (Vieira, 2020, p. 186).

criança e do adolescente, caso contrário, não se recomenda a convivência com alguém que apresente risco à integridade física ou psicológica da criança, como no caso de pais viciados em tóxicos ou abusadores, por exemplo.

Como explica Amaral (2018, p. 239), o dever dos pais deve coincidir com o interesse dos filhos, uma vez que os filhos não são objeto de direito dos pais, mas os próprios titulares do direito. Segundo o autor português, os pais se sentirão realizados sempre que proporcionarem aos filhos um desenvolvimento harmonioso e a melhor preparação para a vida, de acordo com a capacidade de cada pai. Entendemos que essa capacidade pode ser traduzida como condição financeira ou afetiva, o ser humano irá desenvolver-se conforme a capacidade financeira e afetiva de cada genitor, e a consequência positiva ou negativa exigirá o maior empenho possível nessa convivência¹²⁰.

O direito à convivência familiar, embora positivado em nosso ordenamento jurídico interno (artigo 227 da CF e artigo 4º do ECA), foi internacionalmente reconhecido pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, quando ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança, com vigência no país em 23 de outubro de 1990, em que se reconheceu como princípio proclamado na Carta das Nações Unidas a dignidade de todos os membros da família humana, sustentando que a criança deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão¹²¹.

Crescer no seio da família não significa necessariamente conceder à criança o direito a um local de convivência com a família, vai além, concede ao vulnerável o direito a relacionar-se com sua família, reconhecendo que o relacionamento familiar é importante para a formação do ser humano e o desenvolvimento de sua personalidade. De acordo com as Nações Unidas, a família é concebida como meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, sobretudo das crianças, motivo pelo qual possui papel fundamental na sociedade¹²². Se a família é um meio para o desenvolvimento da personalidade da criança, a convivência com

¹²⁰ “As condições econômicas, sociais e culturais das famílias não são idênticas. Uma criança que nasce numa família e é educada por tal família tem, à partida, condições diferentes daquela que nasce e é educada por outra. A sua preparação será distinta, o apoio que receberá será diverso, o sucesso não será, naturalmente, o mesmo. E agora, mais do que nunca, em que se exige aos pais o maior empenho na educação e na orientação dos filhos” (Pinheiro, 2015, p. 210).

¹²¹ BRASIL. **Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

¹²² “Convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a protecção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade” (BRASIL. **Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021, preâmbulo).

seus membros é imprescindível para a formação desse ser humano, e isso inclui o convívio com os seus pais.

Segundo o artigo 7º da Convenção, sempre que possível, é direito da criança conhecer os seus pais e ser educada por eles. Conhecer os pais envolve a ciência de sua origem biológica, conhecer seu passado, sua antecedência, algo que integra o desenvolvimento da personalidade do ser humano, contudo, ao agregar à ciência de seu genitor o direito a ser educada pelo mesmo, a Convenção ultrapassa o direito a mera ciência da origem biológica, alcançando o direito a relacionar-se com os seus genitores, e, aqui, nitidamente estamos diante do dever de criar, compreendido no direito à educação não formal a ser exercida pessoalmente pelos seus pais como prioridade.

Importante ressaltar que não se pode confundir o reconhecimento de um direito com a sua concessão. Quando a Convenção estabelece que esse direito será concedido sempre que possível, não significa dizer que o seu reconhecimento dependerá de circunstâncias fáticas, o direito da criança existe e é reconhecido, cujo conteúdo declaratório é, inclusive, imprescritível, o que está condicionado à possibilidade é a concretização desse direito, pois, esta sim, dependerá de circunstâncias fáticas, como a ciência de quem são os genitores da criança, de sua existência ou condições psicossociais de convivência, por exemplo, justamente para preservar o proteção integral da criança e do adolescente.

O artigo 8 da Convenção reconhece expressamente como direito da criança a preservação de sua identidade, o que inclui as relações familiares¹²³. Portanto, considerou a relação familiar como aspecto fundamental da identidade da criança, pois é através da interação com o meio familiar que os vínculos se formam, que a personalidade é desenvolvida, as referências, sejam elas positivas ou negativas, são diretamente obtidas.

Quando a segunda parte do artigo prevê a obrigação dos Estados Partes assegurar-lhe assistência e proteção adequadas, de forma que a sua identidade seja restabelecida o mais rapidamente possível, ratifica que o afastamento da criança do seio familiar implica na perda de sua identidade, de suas referências. A fundamentação do artigo 9 revela a importância do princípio do interesse superior da criança, revertendo a versão que alguns autores fazem de forma distorcida sobre o direito de convivência, atribuindo-o aos pais. O relacionamento familiar leva em consideração o interesse supremo da criança e não dos pais, motivo pelo qual

¹²³ “Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal” (BRASIL. **Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021, artigo 8).

se reconheceu à criança o direito de não ser separada de seus pais contra a vontade destes¹²⁴. O direito aqui é claro: presença física. É o contato pessoal com os pais que deve ser preservado à criança, tanto que se faz referência à permissão de afastamento quando o genitor incorrer em maus tratos ao menor, ou em caso de impossibilidade de residir no mesmo local.

A terceira parte do artigo reconhece expressamente o direito de a criança ter contato direto com seus pais, fazendo uso da expressão “manter regularmente relações pessoais”, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança. O relacionamento familiar deve ser considerado pelos Estados Partes como prioritário, tratando o pedido de reunificação familiar de forma positiva, com humanidade e diligência. Desse modo, o artigo 10 da Convenção busca afastar imposição de fronteiras em prol da manutenção das relações familiares, concedendo às crianças e aos seus pais o direito de deixar qualquer país e entrar no seu para reunir uma família que estava fisicamente separada¹²⁵.

A reunificação de uma família em detrimento de fronteiras nada mais é do que o reconhecimento de que a relação familiar é tida como um direito humano a ser observado pelas nações, tamanha a importância que esse relacionamento tem para o desenvolvimento da pessoa humana, independentemente de sua idade.

O dever parental de criar está diretamente relacionado com a formação da personalidade da criança e do adolescente, algo que é viabilizado pela interação com a prole, e esse dever decorre da tutela do direito subjetivo internacionalmente reconhecido de convivência familiar, conduta objetivamente exigível daqueles que assumiram o risco de colocar um ser vulnerável no mundo, independentemente da vontade deles. A convivência familiar é um direito da prole, de ser criada por seus genitores, portanto, seu direito está associado ao dever dos genitores de comportar-se de tal forma que viabilize conviver com seus filhos, comportamento que deriva da obediência da norma e não necessariamente da moral. Decorre do dever de proteção do ser humano vulnerável que está em pleno desenvolvimento, que precisa ter sua formação psicológica e integridade física sob vigilância e cuidados.

¹²⁴ “Os Estados Partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança” (BRASIL. **Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021, artigo 9).

¹²⁵ “Uma criança cujos pais residem em diferentes Estados Partes tem o direito de manter, salvo circunstâncias excepcionais, relações pessoais e contactos directos regulares com ambos” (BRASIL. **Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da st. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021, artigo 10, segunda parte).

4.4 O ABANDONO PARENTAL E SUAS ESPÉCIES: UMA CONDUTA OBJETIVA E NÃO AFETIVA

As normas brasileiras que regulamentam as relações familiares apresentam um rol extenso do que consideram deveres parentais. A Constituição Federal nos permite identificarmos o conteúdo dos deveres parentais considerados personalíssimos: assistir, criar e educar, impondo condutas objetivamente exigíveis, cujo bem jurídico tutelado é, como afirma Pereira (2023, p. 397) o “desenvolvimento da personalidade” da criança e do adolescente, o que inclui a tutela do seu desenvolvimento psicofísico, moral, espiritual e social¹²⁶.

Como um ser humano em desenvolvimento, a criança e o adolescente, não deve ser visto como uma pessoa incapaz, mas como sujeito de direito em condições especiais de tutela jurídica, que muitas vezes exige um critério diferenciado de tratamento, diante do fato de ainda não ter alcançado a maturidade física, emocional, psicológica de um ser humano na fase adulta (Kreuz, 2012, p. 67). Sua condição peculiar, de vulnerabilidade, revela o caráter fundamental do cumprimento dos deveres parentais personalíssimos, configurando ato ilícito de natureza gravíssima o seu descumprimento, ou a prática do que já denominamos outrora de conduta abandonônica.

A força da norma constitucional deve ser irradiada para as normas infraconstitucionais que tratam dos deveres parentais, como o Código Civil e o ECA, conferindo-lhes interpretações conforme à Constituição, com o fim de garantir a eficácia dos direitos fundamentais por ela assegurados e, conseqüentemente, a unidade do nosso ordenamento jurídico¹²⁷. Trata-se da característica da superioridade da norma constitucional, que, de acordo com Mendes e Branco (2013, p. 66), condiciona o conteúdo das normas inferiores. Desse modo, quando o artigo 1.638, II do CC menciona que perderá o poder familiar o pai ou a mãe que deixar o filho em abandono, está associando à conduta abandonônica civil sujeitos ativos específicos e determinados,

¹²⁶ “A proteção plena dos menores integrantes do núcleo afirmar, incluindo filhos, netos, sobrinhos, traduz um intransponível fundamento do atual direito de família, a fim de facultar-lhes o pleno desenvolvimento psíquico, físico, moral, espiritual e social [...]” (Carvalho, 2019, p. 112); “[...] tentar definir poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja física, mental, moral, espiritual ou socialmente” (Grisard Filho, 2014, p. 24 *apud* Dias, 2016, p. 458);

¹²⁷ “Na atualidade, poucos civilistas negam eficácia normativa ao texto constitucional ou deixam de reconhecer seu impacto sobre a regulação das relações privadas. Estudos de teoria geral do direito acerca da aplicação dos princípios constitucionais e da metodologia de sua ponderação foram determinantes para afastar definitivamente a cristalizada concepção da Constituição como mera carta política, endereçada exclusivamente ao legislador” (Moraes, 2006, p. 233). “A lei ordinária perdeu o monopólio da vinculação normativa. As disposições constitucionais assumem o papel de inspiradoras das grandes transformações legislativas e de elementos essenciais na interpretação daquela lei” (Pinheiro, 2015, p. 166).

justamente em face do caráter personalíssimo dos deveres parentais inobservados. Como corolário, compreendemos que a conduta abandônica civil seria denominada “abandono parental”, pois decorrente da omissão do pai ou da mãe em cumprir o dever parental personalíssimo imposto de forma expressa, direta e individualizada pela norma constitucional: *assistir, criar e educar*¹²⁸.

A partir da norma constitucional, portanto, é possível identificarmos três espécies do que compreendemos ser o gênero “abandono parental” na esfera cível. A primeira, seria o *abandono assistencial*, praticado pelo pai ou pela mãe que viola o direito de assistência da prole, atingindo diretamente sua integridade física. A segunda, seria *abandono convivencial*, praticado pelo pai ou pela mãe que viola o direito de criação da prole (educação não formal), atingindo diretamente sua integridade psíquica. A terceira, e última espécie, seria o *abandono intelectual*, praticado pelo pai ou pela mãe que viola o direito de educação da prole (educação formal), atingindo diretamente a sua integridade intelectual.

Importante esclarecer que os bens jurídicos tutelados, embora atingidos diretamente, a depender da espécie do abandono parental discriminada, serão violados de forma transversa também, pois o ser humano não possui corpo, mente e intelecto completamente dissociados e a afetação de qualquer esfera do seu ser reverberará nas demais esferas. Assim, por exemplo, um pai ou uma mãe que deixa de prestar assistência à prole, ao violar a sua integridade física, não provendo suas necessidades vitais, fere sua integridade psicológica de forma transversa, do mesmo modo que pode afetar sua integridade intelectual.

O abandono parental, portanto, configura-se um ilícito civil decorrente da omissão do pai ou da mãe no cumprimento do seu dever parental personalíssimo (assistir, criar e educar) considerado de natureza fundamental para a formação da prole, atingindo diretamente seus direitos da personalidade, caracterizados pela integridade física, psíquica e intelectual da criança e do adolescente.

A identificação do núcleo dos deveres parentais e as espécies de abandono parental podem nos levar ao seguinte questionamento: os deveres parentais não contemplam o afeto? Dias (2016, p. 461) revela que a norma civil não aponta o que considera como dever mais importante dos pais em relação aos seus filhos: o de lhes dar amor, afeto e carinho, mas compreende que a afetividade responsável seria a essência existencial do poder familiar. No

¹²⁸ Nesse sentido, a norma penal tipificou como abandono material, o descumprimento do dever de assistir a prole, e como abandono intelectual, o de educar, mas não temos tipificado pela norma penal o descumprimento do dever de criar. Entretanto, o fato de o genitor incorrer no crime tipificado, não lhe isenta de responder civilmente pelos danos causados decorrentes do descumprimento da norma penal, sobretudo quando a norma civil compreende como ilícito o descumprimento dos deveres de assistir e educar.

entanto, a concepção de que o abandono parental é objetivo, e não afetivo, contribui para sanar o equívoco de se afirmar que a exigibilidade do cumprimento dos deveres parentais se limita à assistência material. Os deveres parentais podem ser exigidos, objetivamente falando, pois, assistência, criação e educação, são condutas objetivas que podem e devem ser exigidas daqueles a quem a Constituição incumbiu expressamente.

Portanto, o cumprimento dos deveres parentais promove as relações de afeto e não o inverso. Uma vez identificado o núcleo dos deveres parentais, não podemos afirmar que do afeto decorrem os deveres parentais, mas sim que dos deveres parentais pode decorrer o afeto. O afeto ocupa um lugar importante no Direito de Família, sobretudo nas relações paterno-filiais, e o cumprimento dos deveres parentais serve como instrumento para a promoção da afetividade e, conseqüentemente, para se evitar os danos extrapatrimoniais.

4.5 A AFETIVIDADE COMO POSTULADO PARA A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DEVERES PARENTAIS

Relacionar a afetividade com as relações familiares não nos parece uma incongruência, afinal, as famílias são integradas por seres humanos que se interrelacionam, trocando experiências de vida, sejam elas positivas ou negativas. Alguns afirmam que o afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família, sendo, outrossim, um viés externo entre as famílias, que cumpre o papel de pôr humanidade em cada uma delas (Dias, 2016, p. 55), outros compreendem que o termo é utilizado de forma extremamente genérica e aberta pelos agentes do direito, o que acaba por lhe conferir uma plasticidade extrema enquanto base fundante da relação familiar (Farias e Rosa, 2023, p. 59). Carvalho (2019, p. 100) considera o afeto familiar, estável e ostensivo, o elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, o que lhe permite ser valorado pelo direito.

O uso indiscriminado, ou mesmo, inapropriado do termo, pode estar trazendo conseqüências danosas à proteção de direitos fundamentais. Grande parte da doutrina compreende que a Constituição Federal traz, de forma implícita¹²⁹, o princípio da afetividade¹³⁰,

¹²⁹ “A afetividade é um princípio constitucional da categoria dos princípios não expressos. Ele está implícito e contido nas normas constitucionais, pois aí estão seus fundamentos essenciais e basilares: o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), da solidariedade (Art. 3º, I), da igualdade entre filhos, independentemente de sua origem (Art. 227, §6º), a adoção como escolha afetiva (Art. 227, §§5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue quanto por adoção (Art. 226, §4º), a união estável (Art. 226, §3º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (Art. 227)” (Pereira, 2023, p. 89).

¹³⁰ “O princípio da afetividade não se encontra expresso, mas está implícito no texto constitucional como elemento agregador e inspirador da família conferindo comunhão de vidas e estabilidades nas relações afetivas. Engloba o

quando prevê o direito à igualdade dos filhos, o reconhecimento da pluralidade de entidades familiares e o direito fundamental à convivência familiar (Carvalho, 2016, p. 102). Pereira (2016, p. 57) elenca o princípio da afetividade como um dos princípios vitais e fundamentais para o Direito de Família, campo que entende especialmente encontrar nos princípios a melhor viabilização para a adequação da justiça.

De fato, é possível se afirmar que a Constituição Federal imprimiu, de maneira implícita, o reconhecimento jurídico à afetividade, sendo um verdadeiro marco paradigmático do Direito brasileiro (Calderón, 2017, p. 56), no entanto, precisamos identificar o verdadeiro enquadramento jurídico do afeto, pois o uso meramente retórico do termo¹³¹ está contribuindo para uma indefinição acerca do verdadeiro conteúdo do dever parental, o qual está fadado ao subjetivismo, fruto da concepção de que as relações paterno-filiais são regidas por sentimentos espontâneos que não se enquadram dentro da concepção de dever jurídico¹³².

Pinheiro (2015, p. 207), autor português, afirma que se trata de um dogma, normalmente tido como relativamente moderno, típico dos países latinos, de que a relação de filiação pressupõe uma ligação afetiva entre os respectivos sujeitos. Segundo o autor, o afeto é apresentado para os países latinos como um valor do atual Direito de Família, no entanto, compreende que o Direito não tem acesso ao sentimento quando reservado ao seu interior, podendo apenas atuar quando ele passa a ser externalizado através de comportamentos (Pinheiro, 2015, p. 211).

Na doutrina italiana já se encontra afirmações de que o amor é um direito a ser garantido aos menores¹³³. Lifrieri (2019, p. 765-766) defende que a legislação italiana prevê o direito dos menores ao amor, mesmo quando o legislador não aprovou a expressão “direito da criança de ser amada pelos pais”. A autora sustenta que o fato de a mencionada expressão ter sido substituída por “direito à assistência moral”, implicou na elevação do sentimento a um valor

princípio da comunhão plena de vida, que é apresentado na doutrina tradicional envolvendo cônjuges com fundamentos no art. 1.511 do Código Civil. O princípio da afetividade é amplo, pois envolve não apenas os cônjuges, mas todos os membros nos diversos modelos de família, humanizando as relações familiares, que se afastam do formalismo do casamento para aglutinar a família na *affectio* e na realização espiritual dos componentes que a integram” (Carvalho, 2016, p. 98).

¹³¹ “Aqui parece que categorizar o afeto como um princípio serve para atender a uma retórica verbal, como se o uso dessa categoria servisse para realçar a sua importância na argumentação jurídica. Isto é, a designação da afetividade como um princípio parece uma opção movida mais por impulsos semânticos do que pela crença de que se trata de uma caracterização técnica. Parece que há um desejo de colocar em evidência a sua importância, através do seu enquadramento na categoria de princípios” (Farias e Rosa, 2023, p. 142).

¹³² Esse é o fundamento exposto pela Quarta Turma do STJ para afastar a aplicação do instituto da responsabilidade civil nos casos de pedido de indenização por abandono afetivo, conforme outrora demonstrado.

¹³³ Bianca (2006, apud Pinheiro, 2015, p. 213) afirma que, embora o sentimento só se revele para o Direito nas suas exteriorizações, esse entendimento é afastado quando a relação jurídica envolve um menor, considerando-o titular do direito ao amor, assim considerado como um subjetivo de personalidade.

social, passando a ser digno de proteção. Ainda segundo a autora, essa conclusão pode ser extraída de um contexto histórico normativo que sempre esteve alheio às questões emocionais e a crescente relevância jurídica dada aos sentimentos, estabelecendo-se uma proteção na relação amorosa entre pais e filhos, tratamento jurídico italiano que não é concedido nas relações entre adultos, em que o sentimento permanece irrelevante para o Direito.

Embora a autora italiana considere tratar-se de direito a um sentimento, “o amor”, suas conclusões são interpretações de expressões utilizadas pela legislação italiana, como: “adequação emocional”, “relações afetivas”, “inadequação emocional”, e os julgamentos apresentados pela autora, originários dos tribunais do país, tratam do reconhecimento do dano decorrente do que se considerou abandono moral, fruto da ausência de convívio com os genitores. Nesse sentido, as decisões italianas consideraram que os atos ilícitos praticados pelos genitores decorreram da violação das obrigações de assistência moral, cuidado e educação dos genitores em relação aos filhos¹³⁴, portanto, embora a autora defenda o reconhecimento do direito ao amor, em seu sentido subjetivo, de acordo com os julgados apresentados, os atos ilícitos foram decorrentes da violação de deveres parentais objetivos, como assistência, criação e educação, tal qual previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Pinheiro (2015, p. 2013) ressalta que já há afirmações de que a pós-modernidade se apresenta como uma época do “renascimento da irracionalidade”, apontando para o fato de que os sentimentos estão afastando a racionalidade, e, conseqüentemente, contribuindo para um subjetivismo no Judiciário. Isso ocorre porque, embora a doutrina brasileira queira dar um sentido objetivo ao afeto, na psicologia, como explica Sá (2010, p. 67), “o amor e ódio são compreendidos como sentimentos básicos, fundamentais, primários, sempre presentes na vida psíquica do homem”.

Ainsworth (1989, p. 711) ensina que há uma diferença entre o que se considera sentimento, algo interior, que se vincula afetivamente a uma pessoa (chamada de figura de apego) e os comportamentos de apego, que são a exteriorização dos vínculos afetivos, de suas representações internas. Segundo a autora, não se pode confundir laços de afeto com relacionamentos, pois o afeto transcorre do sentimento, por essa razão os laços que dele decorrem são duradouros, diferentemente dos relacionamentos, que são pautados na

¹³⁴ “Ne deriva quindi che, secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente, la violazione degli obblighi di assistenza morale, di cura, di educazione da parte del genitore nei confronti del figlio dà luogo ad illeciti endofamiliari con il conseguente risarcimento del danno qualora siano arrecati pregiudizi allo sviluppo della persona umana” (Lifrieri, 2019, p. 768).

convivência, isto é, na interação¹³⁵. Os laços de afeto, segundo a autora, são provenientes das características de cada indivíduo, cuja durabilidade é fruto da reciprocidade de sentimentos, que, inclusive podem ser sustentadas ao longo do tempo e da distância.

Portanto, o Direito não alcança o interior, não estabelece normas que determine o padrão de sentimento e de laços de afeto do ser humano, podendo alcançar tão somente o seu comportamento, isto é, a relação jurídica decorrente da necessidade de relacionamento entre pais e filhos, no que diz respeito à sua interação, mesmo que motivado por postulados normativos que procurem contribuir para a formação do laço de afeto. Como afirma Groeninga e Delgado (2021, p. 60) “do ponto de vista da psicanálise, o afeto é o equivalente da energia psíquica e dos impulsos que afetam o organismo e ligam-se a representações, objetos, pessoas, os quais adquirem, assim, um significado particular a cada indivíduo”.

Alguns doutrinadores compreendem que o Direito contempla a tutela da afetividade nas relações familiares, e o fazem para sustentar a possibilidade de os genitores responderem civilmente por abandono afetivo. Para tanto, afirmam que há uma diferença entre afeto e afetividade, sendo o primeiro um valor jurídico, ao passo que o segundo, um estado psicológico, um sentimento, o qual é externado através de condutas objetivas, mediante comportamentos (Carvalho, 2019, p. 103). Dessa forma, a afetividade não poderia ser objeto de pretensão jurídica, mas sim o afeto, no sentido de adoção de condutas objetivas legalmente exigíveis. Do mesmo modo compreende Dias (2016, p. 101), quando explica que a falta de afetividade não é considerada um ilícito, mas a ausência da figura parental pode gerar danos de ordem imaterial, conceituando-o como dano afetivo, por esse motivo, reconhece que o afeto é um bem que tem valor jurídico.

A compreensão de que o afeto é um valor jurídico é partilhada por muitos doutrinadores, ao afirmarem que “o afeto tornou-se um valor jurídico, e na esteira da evolução do pensamento jurídico ganhou *status* de princípio jurídico” (Pereira, 2016, p. 218). Compreendemos que a intenção dos doutrinadores é retirar o conteúdo subjetivo do afeto, a fim de conferir-lhe objetividade, associando-o a uma conduta juridicamente exigível, como se dá com a boa-fé objetiva¹³⁶. No entanto, o que se vislumbrou é que tais fundamentações doutrinárias estão

¹³⁵ “I define an "affectional bond" as a relatively longenduring tie in which the partner is important as a unique individual and is interchangeable with none other. In an affectional bond, there is a desire to maintain closeness to the partner” (Ainsworth, 1989, p. 711).

¹³⁶ “A boa-fé objetiva nasceu e se desenvolveu no âmbito do direito das obrigações, em um contexto negocial, mas acabou se alastrando a todas as relações jurídicas, inclusive nas relações de família, como critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada. As relações de família exigem dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no outro. Trata-se de verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também as relações de conteúdo pessoal, existencial” (Dias, 2016, p. 63).

frequentemente associadas ao esforço para sustentar o uso da expressão “abandono afetivo” como *nomen juris* da conduta típica abandônica civil, a dar ensejo à possibilidade de compensação por danos dela decorrentes.

Basta verificarmos que quando os doutrinadores afirmam que afeto tem um sentido objetivo, dissociado de afetividade, procuram sustentar que ele seria a expressão de condutas objetivas que se espera daquele que tem o poder familiar. Pereira (2019, p. 218) entende que “o afeto autorizador e caracterizador de uma entidade familiar deve estar acompanhado de outros elementos como solidariedade, responsabilidade, cumplicidade, vivência e convivência”. No mesmo sentido Dias (2016, p. 100), para quem o afeto é tido “como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade”.

Podemos aferir que, as condutas que se traduzem como deveres parentais foram associadas ao afeto como se ele fosse elemento integrante do dever jurídico, a fim de dar base para o uso da expressão “abandono afetivo”. Entretanto, como afirmam Groeninga e Delgado (2021, p. 61), “essa construção doutrinária binária não tem acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, no qual afeto e afetividade são empregados indistintamente”. Encontramos razões para desconstruirmos essa doutrina binária, pois os deveres parentais, constitucionalmente previstos, como apresentamos, não estão associados à afetividade ou ao afeto, estão pautados em condutas objetivas de assistir, criar e educar, deveres jurídicos que, se cumpridos, podem, de fato, contribuir para o estabelecimento da afetividade nas relações familiares, mas o afeto não é tido como elemento do dever jurídico¹³⁷.

Em palavras claras: não se pode construir uma proposição segura do que seja o valor jurídico *afeto* para o sistema jurídico conferindo um conteúdo distinto do seu sentido linguístico e, tampouco, sem a definição de um núcleo básico, elementar, que permita servir de suporte interpretativo a parametrizar a sua aplicação aos casos concretos. E não seria com um jogo de palavras, falando da *afetividade* como se não estivesse atrelada ao *afeto*, que se conseguiria definir um conteúdo jurídico mínimo, a conferir segurança em sua utilização (Farias e Rosa, 2023, p. 62).

O afeto, como já apontado, está associado a elementos subjetivos que não se baseiam na conduta, salvo quando exteriorizado. A princípio, é intrínseco ao ser humano. Não é o afeto, ou a afetividade, que promove os deveres parentais e as condutas que deles decorrem, caso o fossem, tais deveres seriam uma faculdade de quem nutre o afeto, isto é, o sentimento. Um

¹³⁷ “No entanto, em razão da valorização do afeto nas relações humanas e da compreensão da sua importância para a formação/desenvolvimento do sujeito, o que o Direito pode exigir são comportamentos que possam facilitar o fortalecimento de vínculos afetivos.” (Angelini Neta, 2016, p. 87).

cuidador contratado deve exercer seu ofício com zelo, cuidado e atenção, precisa adotar condutas objetivas em face da pessoa de quem cuida, isso não implica que seu ofício tem como fundamento a afetividade, pois a conduta havida como necessária ao cuidado de outrem não está associada ao sentimento do cuidador pela pessoa de quem cuida, mas a comportamentos que zelem pela dignidade deste último. Por esse motivo, o princípio que promove o estado ideal do titular do direito é o da dignidade da pessoa humana que necessita dos cuidados. É o princípio da dignidade que orienta a conduta necessária, isto é, ele é o fim que se institui o ponto de partida para a procura dos meios (Ávila, 2005, p. 71).

O cumprimento dos deveres parentais, portanto, refletem a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, traduzidos por condutas objetivas que não são, necessariamente, comportamentos que exteriorizam afetividade. Nesse sentido, as condutas de assistência, criação e educação seriam a realização desse estado ideal. Tais comportamentos são o fim imediato do princípio da parentalidade responsável e da proteção integral, que promovem condutas necessárias para a promoção do estado ideal da relação jurídica estabelecida entre os genitores e a prole¹³⁸.

Algumas pessoas podem pautar-se na afetividade para o cumprimento de seus deveres, como os de natureza conjugal ou parental, considerando-a uma regra para si, mas não significa dizer que essas pessoas estão obrigadas a pautar-se na afetividade. Os alimentos, por exemplo, que integram o dever de assistência, seja na relação conjugal, seja na relação parental, não são prestados com fulcro no princípio da afetividade, mas no da dignidade da pessoa humana, que está contido na norma constitucional como um princípio fundamental, e por essa razão o dever deve ser cumprido a despeito da afetividade.

A afirmação pode ser ilustrada através do seguinte exemplo: o artigo 1.566 do CC estabelece, dentre outros, ser dever de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca e a mútua assistência, caso um dos consortes deixe de nutrir afeto pelo outro e passe a nutrir afeto por uma terceira pessoa, ele não poderá, com base no princípio da afetividade, alegar a possibilidade

¹³⁸ “Por exemplo, o princípio da moralidade exige a *realização* ou *preservação* de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação. Para a realização desse estado ideal de coisas são necessários determinados comportamentos. Para a efetivação de um estado de lealdade e de boa-fé é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para realizar um estado de seriedade é essencial agir por motivos sérios. Para tornar real a situação de zelo é fundamental colaborar com o administrado e informá-lo de seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado que predomine a sinceridade é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação é necessário expressar porque se age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por consequência, não atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio” (Ávila, 2005, p. 71).

de ser infiel antes de romper a comunhão plena de vida¹³⁹, ou mesmo deixar de prestar alimentos em face do desamor.

Cumprido esclarecer que não se propõe o completo afastamento da afetividade das relações paterno-filiais, mas tão somente evidenciar que o dever jurídico dos genitores não está adstrito ao sentimento, ao que se entende por espontâneo, ou mesmo por algo que lhe impele a praticar as condutas que se espera. Significa dizer que o afeto não foi contemplado pela norma, mas, como explica Madaleno (2022, p. 40), ele “é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”. No entanto, o fato de o afeto se fazer presente nas relações familiares, não é o mesmo que afirmar que ele sempre estará presente, como um dever jurídico.

Ávila (2005, p. 89) explica que a estrutura de aplicação da norma não está no mesmo nível que a própria norma, como o são os postulados, os quais, por situarem-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, sua definição como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Para o autor, diferentemente dos princípios, os postulados estruturam a aplicação do dever de promover um fim, eles não prescrevem os comportamentos indiretamente como fazem os princípios, mas estabelecem o raciocínio, orientam a argumentação para a aplicação da regra ou do princípio.

Rosa e Farias (2023, p. 154), afirmam que “o afeto é um postulado aplicativo das normas (regras e princípios) familiaristas”, que servem como estrutura para aplicação de outras normas, “a servir como base estrutural necessária para a interpretação e a aplicação das regras e princípios do Direito das Famílias, constitucionais e infraconstitucionais, servindo como meio, instrumento, e não como a finalidade a ser alcançada” (Rosa e Farias, 2023, p. 155). De acordo com o entendimento dos autores, o afeto pode ser o norte do intérprete da norma ou do aplicador da lei, sobretudo quando os casos concretos envolvem relações familiares. Ele auxilia na aplicação das normas para a promoção do equilíbrio da relação paterno-filial, para o estabelecimento dos deveres decorrentes dessa relação, mas ele não é o conteúdo desse dever, uma vez que serve como estrutura fundamental para a compreensão dos deveres jurídicos parentais, a servir como meio para o cumprimento dos deveres fundamentais¹⁴⁰.

¹³⁹ O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, firmou a tese (tema 529) de que “a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro” (BRASIL, 2020).

¹⁴⁰ “Demonstrado, inclusive, o acerto do seu posicionamento topológico com *postulado normativo aplicativo* é possível lembrar que nele estão presentes todas as exigências metodológicas para o seu reconhecimento como tal (postulado): *i*) necessidade de levantamento de casos cuja solução tenha sido tomada com base nele; *ii*) análise da fundamentação das decisões para a verificação dos elementos ordenados e da forma como foram relacionados

A conduta abandonônica civil não está, portanto, associada à ausência de afetividade, mas à omissão de deveres jurídicos previstos, inerentes à condição de ser pai ou mãe, portanto, o termo “abandono afetivo” não se mostra tecnicamente apropriado para tipificar a conduta omissiva dos genitores que não cumprem os deveres parentais. O termo precisa sofrer o “abandono” doutrinário, a fim de afastar a controvérsia sobre a existência ou não da obrigação de amar, bem como redirecionar a discussão para a prevenção dos danos decorrentes da conduta abandonônica, que não podem ser sufocadas pelos argumentos de monetização das relações familiares¹⁴¹. O termo “abandono parental” se mostra mais adequado para tipificar a conduta abandonônica civil dos genitores em face da prole, traduzindo de forma objetiva o descumprimento dos deveres parentais.

entre si; *iii*) investigação das normas que foram objeto de aplicação e dos fundamentos utilizados para a escolha de determinada aplicação; *iv*) realização do percurso inverso: descoberta a estrutura exigida para a aplicação do postulado, verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base neles” (Farias e Rosa, 2023, p. 157-158).

¹⁴¹ “O problema fundamental a ser resolvido, assim entendemos, quando da verificação de abandono, da falta de afeto é, em um primeiro momento, a ocorrência de ato ilícito e, por segundo, se guarda relação com o abandono em si a natureza dos danos imateriais por quem os alega ter sofrido. Gostaríamos de ressaltar, contudo, que a procedência ou improcedência da ação não pode ter como fundamentação a falta de amor, ou seja: não há a obrigação de amar, mas sim de cuidado, assistência, por exemplo” (Almeida, 2020, p. 97).

5 O ABANDONO PARENTAL À LUZ DOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA

Uma das maneiras que o nosso organismo tem de nos proteger é com o sintoma da dor. Quando a sentimos, compreendemos que existe algo de errado em algum lugar do nosso corpo e, em razão dela, procuramos um especialista que poderá traduzir a mensagem que o corpo está enviando através daquela sensação negativa. O profissional, então, através dos sintomas, poderá ter um vislumbre da origem do problema, em alguns casos, solicitará exames específicos para localizar, com exatidão, o local do corpo que está sendo afetado, e, uma vez identificado o local da afetação, implementará o tratamento adequado para curar, ou, ao menos, remediar os efeitos do problema. Como resultado da recorrência de situações semelhantes, os profissionais de saúde conseguem identificar os hábitos que levam as pessoas a apresentarem os mesmos sintomas, e, ao divulgarem os resultados de suas pesquisas, buscam conscientizar a população ou pensar em vacinas, a fim de alcançar a prevenção da doença.

Embora exemplificado de forma simplória o processo de obtenção do diagnóstico, da cura e da prevenção de algumas doenças, utilizamos dessa comedida ilustração para demonstrar o quanto é importante a investigação da dor para encontrar o foco do problema e, conseqüentemente, identificar o bem que está sendo atingido, para então, categorizar os danos causados, a fim de buscar sua reparação ou compensação, mas, sobretudo, sua prevenção. O histórico jurisprudencial levantado apontou pretensões de pessoas que estavam sentindo “dor”, “diagnosticada” como abandono afetivo. Investigamos a forma como essa “dor” estava sendo tratada e constatamos que os “profissionais” estavam remediando a “dor” de maneira completamente divergente, alguns, colocando um balsâmico por cima da lesão que comprovadamente se mostrasse ainda latente, outros que sequer reconheceram que aquela lesão existia, deixando de examinar o paciente.

Nesse sentido, nos propomos investigar a origem da “dor”, isto é, analisar a sua causa, para, então, diagnosticarmos a “doença”. Vislumbramos que havia deveres jurídicos (deveres parentais personalíssimos) previstos no ordenamento jurídico brasileiro que não estavam sendo observados, e como consequência, bens jurídicos estavam sendo afetados (integridade física, psíquica e intelectual) revelando os sintomas que alguns chamam de “dor”, cuja lesão “diagnosticamos” como *abandono parental*. Entretanto, embora seja relevante apontar a “doença”, igualmente se faz importante procurar identificar os danos que ela pode causar, pois essa medida será de extrema valia para buscarmos o tratamento adequado, sobretudo mecanismos de preveni-la.

5.1 A AMPLIAÇÃO DA ACEPÇÃO DO DANO PARA A EFICÁCIA DA TUTELA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS CASOS DE ABANDONO PARENTAL

Os deveres parentais personalíssimos constitucionalmente previstos objetivam tutelar precipuamente três bens jurídicos da criança e do adolescente: integridade física, psíquica e intelectual. São bens jurídicos que integram os direitos da personalidade desses sujeitos, direitos tidos como fundamentais pela Constituição Federal¹⁴². Adentramos em uma esfera de proteção de bens que não possuem um caráter patrimonial, o que significa dizer que os efeitos da lesão a tais bens não se apuram através da quantificação matemática entre o que objetivamente se tinha e o que se deixou de ter ou que poderia vir a ter, mas sim entre o que se era e o que se deixou de ser ou que poderia vir a ser.

A questão ainda se apresenta de forma mais complexa quando se compreende que os sujeitos cujos bens são tutelados pela norma estão em condição de vulnerabilidade, o que potencializa a ocorrência de danos (Leal, 2018, p. 244), tornando-se ainda mais necessário categorizar esses danos com o intuito de identificar os bens jurídicos diretamente atingidos. Esses cuidados são necessários, pois, uma vez identificados os deveres jurídicos, o simples reconhecimento de um dano moral decorrente de sua inobservância ainda se mostra insuficiente, à medida que reduz a concepção e a dimensão do dano, além de obstaculizar a sua compensação e prevenção. O posicionamento da Terceira Turma do STJ ilustra bem o que pode acontecer com o emprego reducionista do conceito do dano moral aplicado aos casos de abandono parental, ao afirmar que a indenização depende da comprovação do ilícito civil, cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, devendo haver demonstração do dano sofrido, bem como a prova pericial da relação entre o dano e as ações e omissões do agente causador¹⁴³.

Compreender os danos decorrentes do descumprimento do dever jurídico insere-se na ideia de prevenção, uma vez que demanda uma verificação prospectiva de não violar direitos alheios, isto é, de não causar danos a outrem (Venturi, 2014, p. 239). Quando identificamos os danos decorrentes da inobservância da norma, é possível repensarmos o ordenamento e as

¹⁴² “Os direitos da personalidade visam concretizar, pela via da tutela da pessoa humana, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio constitucional da dignidade da pessoa. Nessa linha de raciocínio, os direitos da personalidade são direitos fundamentais” (Leal, 2017, p. 184).

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.887.697 - RJ (2019/0290679-8)**. Recorrente: A M B P DE M. Recorrido: M G P DE M. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 21 set. 2021. Brasília. DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902906798&dt_publicacao=23/09/2021>. Acesso em: 23 de mai. 2022.

condutas humanas potencialmente lesivas ao bem tutelado, pois, como afirmam Braga Neto, Farias e Rosenvald (2021, p. 32), “cabe ao direito prospectivamente afirmar que a tutela da intangibilidade existencial e patrimonial não autoriza sermos expostos a danos, riscos ou ameaças que excedam aquilo que se justifique em sociedade”.

Entretanto, se estamos diante de danos aos direitos da personalidade, de natureza extrapatrimonial¹⁴⁴, a concepção de dano requer adequação à efetiva tutela desses direitos fundamentais, algo que a estrutura tradicional da responsabilidade civil pode não contemplar. Fonseca (2019, p. 132) compreende a importância da visão de dano construída ao longo dos anos pela doutrina civilista, mas pugna por uma ampliação do seu conceito para maximizar a tutela do ser humano, com a finalidade de imprimir maior eficácia aos direitos fundamentais na relação privada. Nesse sentido, a concepção de dano, segundo Fonseca (2019, p. 132) volta-se para “a lesão ou a privação que afeta a esfera jurídica do lesado, impossibilitando a satisfação ou o gozo de bens ou interesses jurídicos”. Abre-se, então, caminho para a intervenção da responsabilidade civil preventiva em prol daqueles que precisam de proteção, utilizando-se de meios para coibir condutas potencialmente danosas e que juridicamente já são consideradas ilícitas.

Partimos da concepção de Leal (2017, p. 174-175), de que o conceito de dano, na acepção naturalista, não contempla o contexto axiológico constitucional que irradia os princípios a todo o ordenamento jurídico, e, como sustenta a autora, a não definição do termo “dano” na sistemática brasileira nos remete a uma cláusula geral, viabilizando que o agente do direito o defina diante da subsunção. Assim sendo, os danos decorrentes do abandono parental não estão reduzidos ao dano moral, em face das especificidades da relação jurídica existente e da faceta do ilícito.

5.1.1 O abandono parental e a concepção de dano normativo

A tutela dos direitos da personalidade impulsiona tratamento jurídico distintivo, pois revela a necessidade de proteção do ser humano em sua plenitude, sendo considerado um vetor para a ampla expansão horizontal do reconhecimento de novos danos, pois admitiu-se novos

¹⁴⁴ “Com efeito, é moral toda ofensa que transborde aos limites da materialidade, também denominada de patrimonialidade, uma vez que é de natureza do dano material ter conteúdo patrimonial e implicar sempre em perdas econômicas, sejam positivas (danos emergentes) sejam negativas (lucros cessantes). É por isso que alguns teóricos optam por denominar, por exclusão, como danos extrapatrimoniais os danos morais, isto no sentido de determinar que o termo moral comporta a tutela de bens, direito e interesses que não têm conteúdo patrimonial, mas passíveis de engendrar uma indenização compensatória quando não puderem ser ressarcidos *in natura*” (Leal, 2017, p. 180).

interesses jurídicos, a partir da concepção da tutela da vítima e sua proteção jurídica (Carrá, 2018, p. 132-133). Leal (2017, p. 183) entende por novos danos “aqueles decorrentes das diversas possibilidades de ofensas a bens e a interesses jurídicos da esfera do ser”. Carnelutti (2006, p. 87) compreende o interesse jurídico como uma necessidade humana capaz de ser suprida por um determinado sujeito. Quando esse determinado sujeito não supre tal necessidade, o bem jurídico dela decorrente resta violado, e o sujeito sofre a lesão. Desse modo, percebe-se que a identificação dos interesses jurídicos é de extrema importância para a compreensão do dano, algo que vai além da mera constatação de violação do bem jurídico.

A criança e o adolescente têm interesse em desenvolver-se física, psíquica e intelectualmente, interesse esse que ultrapassa a esfera da individualidade dos sujeitos, alcançando um interesse do Estado nos termos do artigo 226 da Constituição, estabelecendo que eles terão especial proteção, pois são reconhecidos como seres em desenvolvimento, portanto, vulneráveis (Konder, 2023, p. 23). Desse modo, quando o próprio Estado reconhece que a criança e o adolescente têm especial proteção e insere os deveres parentais como parte integrante da tutela dos interesses fundamentais desses indivíduos, associa tais deveres à proteção desses seres em desenvolvimento.

Os danos que esses sujeitos sofrem não estão reduzidos à concepção naturalista. Leal (2018, p. 247) compreende que a situação jurídica de pessoas e de grupos vulneráveis tutelados por norma de proteção amplia a aceção do dano, e permite a atuação da responsabilidade civil em face da conduta violadora da norma. O dano, desse modo, não atingiria apenas o bem em si, mas o interesse jurídico do indivíduo. Nesse sentido, a ideia de vulnerabilidade, segundo Leal (2018, p. 248) “é a base para a compreensão dos deveres de proteção cuja violação caracteriza dano normativo ou de conduta”.

A criança e o adolescente, ao deixarem de ser assistidos, criados e educados pelos sujeitos determinados pela norma constitucional estão sendo privados de desenvolverem-se física, psíquica e intelectualmente enquanto seres humanos, isto é, seus interesses jurídicos de receberem os cuidados devidos de seus próprios genitores, cujos deveres estão constitucionalmente previstos, são frustrados, submetendo-os ao estado de impotência diante da sua situação de vulnerabilidade. Há lesão ao interesse jurídico da criança e do adolescente de serem cuidados por seus pais, não há necessidade de se esperar que o bem jurídico seja afetado, isto é, que haja efetivo prejuízo físico, psíquico e intelectual, pois a proteção do sujeito já foi atingida em face da violação normativa.

Embora alguns possam afirmar com veemência que no direito civil nunca se poderá aplicar a concepção penalista de que o ato ilícito pode ser configurado através da mera

conduta¹⁴⁵ (Cavaliere Filho, 2012, p. 77), tal posicionamento limita a responsabilidade civil a atuar repressivamente, resguardando a violação do bem jurídico em detrimento de sua proteção. Fonseca (2019, p. 133) explica que não obstante o dano ser elemento essencial para a reparação, não o é para a configuração do ilícito civil e para a imputação da responsabilidade civil, a exemplo das práticas abusivas aos consumidores. Significa dizer que a ilicitude civil pode ser decorrente da própria conduta violadora da norma de proteção, em face da relevância dada ao bem ou ao interesse jurídico tutelado. Segundo a autora, ao proteger a autoridade da norma, protege-se de forma imediata o sujeito que ela priorizou resguardar.

Leal (2018, p. 252) utiliza-se do diálogo das fontes entre o Direito Penal e o Direito Civil para demonstrar que o ordenamento jurídico reconhece como ilícito penal a conduta que ameaça de lesão um bem jurídico, independentemente de o resultado vir a ocorrer ou se a vítima tenha se sentido ameaçada, o dano decorre da violação da norma que protege o referido bem. A ameaça, portanto, já está expondo o bem jurídico ao risco de dano. Se considerarmos que a norma penal parte do princípio de uma intervenção mínima¹⁴⁶, não seria razoável o ordenamento jurídico reconhecer como crime a mera conduta de ameaça e não reconhecer como ilícito civil a conduta que, ao violar a norma, descumpra um dever de proteção de um indivíduo vulnerável.

O dano normativo ou de conduta é presumido a partir de práticas violadoras de normas protetivas, uma vez que o descumprimento de bens e interesses jurídicos que tutelam sujeitos vulneráveis, tais como o trabalhador, o consumidor, as crianças, os adolescentes, os idosos, dentre outros. Em alguns casos há, por assim dizer, uma promiscuidade entre a configuração donexo causal e do dano, uma vez que ambos estão vinculados à conduta neste caso (Leal, 2018, p. 252).

De acordo com Fonseca (2019, p. 134), a violação da norma de proteção insere o ser humano em um “estado injusto de danosidade”, em face da previsibilidade do dano decorrente da violação da norma, provocando a imediata intervenção da responsabilidade civil preventiva para evitar a sua concretização. Desse modo, não considera razoável com os ditames constitucionais aguardar a concretização da lesão para que a responsabilidade civil atue, sobretudo quando se está diante de valores não patrimoniais envolvidos.

A concepção do dano normativo é o caminho para o estabelecimento da responsabilidade civil preventiva, diante da ameaça de lesão ao interesse jurídico da criança e

¹⁴⁵ “[...] o ato ilícito nunca poderá ser aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil” (Cavaliere Filho, 2012, p. 77).

¹⁴⁶ “A partir do princípio da intervenção mínima, temos que, em um Estado Democrático, a intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão deve ser sempre a mínima possível, como intuito de permitir seu livre desenvolvimento” (Junqueira, 2013, p. 33).

do adolescente. O pai ou a mãe que não cumpre o seu dever parental constitucionalmente previsto (deveres reversos dos direitos fundamentais da prole), submete a criança e o adolescente a um estado injusto de danosidade, praticando ato ilícito civil em face de um ser vulnerável, em pleno desenvolvimento, autorizando a intervenção estatal e a aplicação de medidas preventivas contra o dano eminente.

A injusta interferência no interesse jurídico da prole, demonstra que os genitores estão atuando com maior autoridade, submetendo os filhos ao estado de impotência, sujeição frente aqueles que detêm o poder e autoridade¹⁴⁷, revelando o desequilíbrio na relação jurídica, autorizando invocar os direitos fundamentais da criança e do adolescente para garantir a sua eficácia na nitidamente diagonal na relação, aumentando o protagonismo do caráter preventivo da responsabilidade civil na tutela desses direitos¹⁴⁸.

5.1.2 O abandono parental e os danos extrapatrimoniais

O abandono parental configura um ato ilícito por violar uma norma constitucional de proteção, e como resultado, vislumbramos o dano normativo, por submeter a prole a um estado injusto de danosidade. A responsabilidade civil, então, encontra a porta aberta para adentrar na seara e intervir na defesa dos interesses dos seres humanos em desenvolvimento. Do ponto de vista preventivo, os agentes do direito já se encontram aptos a lançarem mão de instrumentos de prevenção, a fim de evitar a materialização do dano, mecanismos que oportunamente estudaremos. Entretanto, para fins didáticos, nos propomos identificar primeiramente os danos decorrentes do ato ilícito, para depois vislumbrarmos os meios necessários para a sua prevenção.

Quando associamos os deveres parentais à tutela do interesse jurídico que a criança e o adolescente têm em seu desenvolvimento físico, psíquico e intelectual, identificamos os bens jurídicos que podem sofrer lesão pelo descumprimento da norma, bens que integram os direitos de sua personalidade, determinantes para a sua formação enquanto seres humanos. Martins-Costa (2001, p. 187), mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, já associava

¹⁴⁷ “Quando o Direito reconhece “posições vantajosas” para determinadas pessoas ou a grupos de pessoas que lhes permitem o específico aproveitamento de certos bens ou a fruição de certos interesses, estaremos diante de ‘normas de proteção’, que ocupam um lugar específico por atribuírem posições axiológicas exclusivas a certas pessoas ou a grupos de pessoas, visando a protegê-las de ameaças ou perigos, mesmo que em abstrato” (Leal, 2018, p. 251).

¹⁴⁸ “Assim, quanto mais desigual for essa relação autoridade-sujeição, tanto maior deve ser a responsabilidade do agente violador, para que se permita igual consideração e respeito entre os sujeitos de determinada relação jurídica. Isso implica no reconhecimento da parte mais vulnerável como pessoa digna do mesmo respeito que ele” (Fonseca, 2019, p. 104).

tais interesses à dignidade humana e por essa razão os considera como danos à pessoa¹⁴⁹, de natureza extrapatrimonial.

Embora alguns possuam uma visão pessimista sobre os reflexos do reconhecimento de novos danos como espécies de danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil, sustentando a necessidade de estabelecimento de critérios para a seleção de interesses merecedores de tutela¹⁵⁰, Rosenvald (2021, p. 309) demonstra que o direito a reparação¹⁵¹ pelo dano injusto será aferido da análise casuística entre a conduta supostamente lesiva e o bem jurídico supostamente lesado.

Vislumbra-se que a preocupação doutrinária reside no aumento desenfreado de pretensões de indenizações por danos, que podem acabar desvirtuando o tratamento adequado ao interesse jurídico¹⁵². Essa realidade é enfrentada pelas pretensões de indenizações por danos morais decorrentes do abandono parental. Os julgados revelam que o STJ se encontra temente em avaliar a intervenção da responsabilidade civil na esfera familiar, seja quando associa a pretensão à imposição de uma obrigação de amor, seja quando confunde o dano à pessoa com as consequências¹⁵³ do dano¹⁵⁴, exigindo-se comprovação técnica da existência da “dor”¹⁵⁵.

Essa confusão decorre da dicotomia estabelecida entre o dano material e o dano moral implementada pela doutrina e pela jurisprudência, quando se parte da concepção de que o primeiro conteria um aspecto objetivo e o segundo um aspecto subjetivo, associando-o à dor, mágoa, confundindo a lesão com seus possíveis efeitos (Rosenvald, 2021, p. 308). Martins-Costa (2001, p. 194) explica que o uso do termo “dano moral” não traduz a concepção de que o dano se refere à pessoa, impedindo a adequada apreensão pela própria jurisprudência, pois

¹⁴⁹ “É bem verdade que o desenvolvimento das expressões ‘dano à pessoa’, ‘dano à saúde’ e ‘dano biológico’ deveu-se, na doutrina e na jurisprudência italianas, à necessidade de ultrapassar a ‘norma de clausura’ do art. 2.059 do Codice Civile segundo o qual a responsabilidade não-patrimonial é admitida ‘solo nei casi detenninati dalla legge’, admitindo-se, assim, a indenizabilidade somente quando o dano seja consequência de um fato que tipifique um crime” (Martins-Costa, 2001, p. 188).

¹⁵⁰ “Tal proteção, contudo, também produziu efeitos contrários, levando certos autores com indisfarçável pessimismo, a proclamar que a Responsabilidade Civil estaria vivenciando não propriamente um renascimento, senão que um estado de crise em razão, muitas vezes, irrefletida admissão de um fato como danoso em termos jurídicos” (Carrá, 2018, p. 132).

¹⁵¹ Por se tratar de dano de natureza extrapatrimonial, entendemos que “compensação” seria o termo mais apropriado.

¹⁵² “Vivenciamos um ‘big-bang’ de interesses merecedores de tutela, com uma fatura de novas etiquetas, sendo a maior parte objeto de importação jurídica, sem a necessária reflexão sobre a adequação do transplante ao ordenamento jurídico” (Rosenvald, 2021, p. 308).

¹⁵³ Concepção importada da doutrina francesa e italiana dos finais do século XIX e início do século XX (Martins-Costa, 2014, p. 7098).

¹⁵⁴ Como ocorreu no julgado do Recurso Especial 1.087.561, originário do Rio Grande do Sul.

¹⁵⁵ A exemplo do Recurso Especial 1.557.978, originário do Distrito Federal.

constantemente associa o termo à “dor moral”, por esse motivo, a expressão “danos extrapatrimoniais” se mostraria mais adequada¹⁵⁶.

Nesse sentido, considerando sua função instrumental de concretização da tutela da dignidade da pessoa humana, Leal (2017, p. 177) sustenta a necessidade de investigação de elementos para reconstrução ou reconfiguração do conceito de dano moral, o qual, para a autora, está associado aos danos que não têm conteúdo econômico, mas existencial. Para Leal (2017, p. 181), o dano moral foi concebido pelo legislador como um gênero, e por esse motivo não pode ser confundido com suas espécies, encontrando-se o dano moral em sentido estrito inserido dentro dessa categoria de dano, juntamente com outras categorias que chamou de “novos danos”, como o dano existencial.

Para Rosenvald (2021, p. 310-311), esse gênero deveria ser denominado de “dano extrapatrimonial”, cujo objeto da lesão seria um interesse extrapatrimonial concretamente merecedor de tutela¹⁵⁷, e, com a identificação do bem jurídico atingido, identificar-se-ia a espécie de dano concretizado, classificando-os em: dano à imagem, dano estético, dano existencial e dano moral. Para o autor, a categorização dos danos permite que casuisticamente o bem seja tutelado de forma mais adequada, com critérios mais objetivos, além de oxigenar a cláusula geral contido no artigo 186 do CC.

Conceber o dano moral como gênero, associando-o ao conceito de dano extrapatrimonial, é de fundamental importância para a concretização da tutela dos bens jurídicos da criança e do adolescente para os casos de abandono parental. Muitos equívocos estão sendo cometidos, tanto quando do ajuizamento das pretensões, quanto do proferimento das decisões. Os danos estão sendo associados exclusivamente ao dano moral em sentido estrito, o que não está de todo equivocado, como oportunamente explicaremos, mas direcionam a lesão à aspectos subjetivos, de natureza transitória, e por essa razão, muitos magistrados exigem prova dos seus efeitos ao invés de compreenderem como suficiente para prova da lesão o descumprimento da norma.

Esses equívocos podem ser sanados após a identificação do bem jurídico lesado, e a categorização dos danos decorrentes dessa lesão. Cientes de que estamos tratando de direitos da personalidade da prole, portanto, fundamentais como o são o direito à integridade física,

¹⁵⁶ “Pensou-se por algum tempo que a palavra imaterial poderia equivaler à moral, contudo, há bens que são imateriais, como o crédito, a energia elétrica e o sinal de dados da internet que mantém seu caráter patrimonial” (Leal, 2017, p. 180).

¹⁵⁷ “O dano moral tem como causa a *injusta violação* a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como o princípio geral de respeito à dignidade humana)” (Moraes, 2003, p. 132).

psíquica e intelectual do ser humano, é possível identificarmos duas espécies de danos extrapatrimoniais para os casos de abandono parental: o dano existencial e o dano moral em sentido estrito¹⁵⁸. Portanto, danos autônomos, passíveis de serem identificados os seus contornos e limites de acordo com o caso concreto, sem incorremos em uma generalização de “indenização por abandono afetivo”, mas sim, instrumentalizarmos a função compensatória, fomentando comportamentos adequados aos deveres parentais constitucionalmente previstos¹⁵⁹.

5.1.2.1 O dano existencial e os efeitos sobre o exercício da pretensão

A criança e o adolescente são seres humanos em pleno desenvolvimento, e por essa razão a constituição designou especificamente seus pais como sujeitos responsáveis pela tutela de sua integridade física, psíquica e intelectual, traduzindo os deveres parentais, diretamente associados aos interesses jurídicos dos filhos de desenvolverem-se enquanto seres humanos. Obstaculizar a realização de seus interesses jurídicos, portanto, é prejudicar diretamente o modo pelo qual a criança e o adolescente alcançam o seu bem jurídico tutelado. O não cumprimento do dever contido na norma, portanto, interfere no desenvolvimento desses sujeitos vulneráveis atingindo a construção do seu ser, sua essência. Seus efeitos vão além do tempo presente, alcançam o futuro desse ser e serão sentidos para o resto da vida.

Frustra-se a sua existência, pois interfere no seu projeto de existir. Viola, desse modo, sua dignidade e a sua liberdade de escolher seu modo de viver, de formar-se, de desenvolver-se, de interagirem com aqueles que almejam e precisam para formação de sua personalidade. Alguns poderiam sustentar que criança e adolescente não têm capacidade para ter um projeto de vida violado, por não terem o discernimento necessário para realizar tal escolha, ou de projetar-se enquanto ser humano. No entanto, seu interesse jurídico ao desenvolvimento e o modo como se desenvolve é fruto da presunção da norma protetiva, quando estabelece sujeitos determinados para promoverem a tutela dos bens desses sujeitos em formação, ao lhes prescrever deveres parentais considerados reversos dos direitos fundamentais da prole, presumindo que seu desenvolvimento pleno depende do cumprimento desses deveres.

¹⁵⁸ Conceção de Leal (2017, p. 181).

¹⁵⁹ O dano extrapatrimonial não é uma convergência entre punição e compensação, pois objetiva realizar tão somente uma função compensatória, materializando o princípio da solidariedade no direito de danos” (Rosenvald, 2021, p. 313).

Quando um pai ou uma mãe não cumpre seus deveres parentais, retiram da criança e do adolescente a escolha de desenvolverem-se sob os cuidados e referências¹⁶⁰ daqueles que naturalmente esperam. Bowlby (2024, p. 140), psicanalista inglês, relata que a criança possui um comportamento biológico, ou seja, inato de apegar-se aos seus pais, trata-se do que chamou e ficou amplamente conhecido como comportamento de apego, algo que para ele é biológico, decorre de uma necessidade humana de proteção e segurança¹⁶¹. Holmes explica que os estudos de Bowlby “demonstram que as contribuições paternas são, de fato, vitais para o desenvolvimento de disposições de apego seguras, estáveis, exploratórias, equilibradas e expressas verbalmente de forma fluente na fase adulta” (Bowlby, 2024, p. 13). Nesse sentido, o exercício da parentalidade se apresenta como uma função intimamente ligada ao desenvolvimento da personalidade do ser humano, pois funciona como um modelo funcional do próprio indivíduo, construído na mente durante a infância, tornando-se características centrais do funcionamento da personalidade ao longo da vida (Bowlby, 2024, p. 144).

Como se observa, o exercício da parentalidade reflete na formação da personalidade do ser humano e seus efeitos espalham-se na vida adulta. Por essa razão reconhece-se que os deveres parentais são precipuamente de natureza existencial (Dias, 2016, p. 458). Segundo Winnicott (2021, p. 187), o relacionamento dos filhos com os pais, sobretudo nos primeiros anos de vida, produz um reflexo em sua personalidade, como um espelho, do qual as crianças possuem uma dependência, da qual irão se abstrair de forma progressiva, na medida em que vão amadurecendo. Desse modo, os pais, e as pessoas com que possuem um relacionamento de fraternidade, são como espelhos concretos espalhados no ambiente em que vivem, sendo considerados pelo autor como as oportunidades que as crianças têm de verem os pais olhando para si mesmas. Retirar-lhes esse “espelho” ou privar-lhes de tê-los, é retirar do ser humano em desenvolvimento a possibilidade de se ver refletido, de se autodeterminar-se, é privá-los dessa escolha. Sá (2010, p. 80) conclui em suas pesquisas que o vazio interior da ausência dos pais, da falta de cuidado é caracterizado como a perda do objeto de referência, de confiabilidade, algo que ele traduz como a perda da oportunidade de a criança ser ela mesma.

¹⁶⁰ “[...] a criança que não tem convivência familiar adequada cresce sem uma referência, sem limites, sem ter uma pessoa em quem confiar e para orientá-la no difícil processo de amadurecimento, sem se sentir, enfim, pertencente a algum lugar, o que prejudica a formação de sua identidade” (Vieira, 2020, p. 95).

¹⁶¹ “Uma característica importante da teoria do apego é a hipótese de que o comportamento de apego é organizado por meio de um sistema de controle no sistema nervoso central, análogo aos sistemas de controle fisiológico, que mantém as medidas fisiológicas, como pressão arterial e temperatura corporal, conforme os limites estabelecidos. Assim, a teoria propõe que, de forma análoga à homeostase fisiológica, o sistema de controle de apego mantém a relação de uma pessoa com sua figura de apego entre certos limites de distância e acessibilidade, usando métodos cada vez mais sofisticados de comunicação para fazê-lo” (Bowlby, 2024, p. 143).

Nesse sentido, privar a criança e o adolescente de serem assistidas, criadas e educadas por seus pais é privá-las injustamente da escolha, dentro do âmbito de sua autonomia privada, provocando-lhe um dano de ordem existencial (Santana, 2017, p. 15). Segundo Farias, Rosenvald e Braga Neto (2021, p. 353-355), o dano existencial é caracterizado por uma modificação prejudicial relevante na vida de uma pessoa, repercutindo na alteração de sua vida cotidiana, algo que pode refletir diretamente na vida da pessoa em relação aos outros ou no projeto de vida da pessoa. Os autores entendem que o dano ao projeto de vida seria aquele que impede o desenvolvimento da personalidade da pessoa, afetando a primeira pessoa do singular, sua liberdade de definir seu projeto existencial, ao passo que o dano à vida em relação afetaria a primeira pessoa do plural, e citam como exemplo o dano ao projeto de parentalidade, decorrente da síndrome de alienação parental, que obstaculiza o relacionamento da prole com os pais, cuja consequência é projetada para o resto da vida.

O dano existencial atinge as relações interpessoais dos indivíduos, impedindo o ser humano de estabelecer sua história vivencial, sua troca de experiências com demais pessoas, repercutindo na frustração da simbiose com o meio, refletindo diretamente no desenvolvimento de sua personalidade (Frota, 2011, p. 245). Santana (2017, p. 22) esclarece que o dano existencial tem característica própria, visto que não possui natureza transitória, projetando-se seus efeitos para o futuro, configurando-se como verdadeiro dano ao modo de viver do indivíduo. O abandono parental fere os interesses da criança e do adolescente, afetando diretamente o modo como passarão a se desenvolver, retirando da prole o projeto de parentalidade que lhe é determinado pela norma constitucional. O dano existencial é configurado, pois afeta diretamente o desenvolvimento da personalidade da prole, de sujeitos vulneráveis em plena fase de desenvolvimento físico, psíquico e intelectual, repercutindo diretamente em seu projeto de desenvolver-se de maneira digna.

A conduta abandonica parental, portanto, interfere negativamente na relação da prole com o bem jurídico que almeja, que é desenvolver-se física, psíquica e intelectualmente, proporcionado por aqueles que têm o dever de o fazer, retirando-lhe o direito de ser assistida, criada e educada pelos seus pais, direitos fundamentais, causando-lhes dano de natureza existencial (Santana, 2017, p. 40). Essa categoria de dano extrapatrimonial não decorre necessariamente da lesão ao bem jurídico, mas do fato de que o ato praticado pelo agente compromete a possibilidade de o indivíduo realizar-se enquanto pessoa, realização essa garantida através de normas de proteção da própria Constituição (Cedon e Ziviz, 2003, p. 52).

Aspectos positivos são colhidos com a identificação do dano existencial decorrente do abandono parental. Primeiro, se obtém uma separação do dano moral em sentido estrito e

consegue-se isolar o bem jurídico ameaçado pela conduta abandonônica. O dano não decorre necessariamente da lesão ao bem jurídico, algo que pode até vir a ocorrer, mas sua configuração é consubstanciada na afetação do interesse jurídico¹⁶² da criança e do adolescente, da relação estabelecida entre o meio de se alcançar o bem jurídico. O evento lesivo ocorre da violação à norma de proteção do indivíduo, e por isso atinge diretamente o seu interesse, pois a criança e o adolescente têm a necessidade¹⁶³ de serem assistidos, criados e educados por seus pais, e, uma vez que haja possibilidade física e jurídica¹⁶⁴ para o cumprimento desse dever - decorrente de uma norma de proteção como outrora analisamos – a omissão compromete a realização do ser humano, o torna impotente, agravando, ainda mais, o seu estado de vulnerabilidade, configurado, por alguns autores como vulnerabilidade existencial¹⁶⁵.

Interessante observar que a criança e o adolescente podem receber os devidos cuidados por terceiros, e, neste caso, o bem jurídico não sofreria a lesão, pois estariam sendo assistidas, criadas e educadas, contudo, não pela pessoa designada constitucionalmente, não pela referência de quem eles esperam receber os cuidados. O abandono parental, portanto, atinge o interesse jurídico da criança e do adolescente e não necessariamente o bem jurídico, retirando a impunidade e objetivando a aplicação da responsabilidade civil, pois o cuidado por terceiros não retira da criança e do adolescente a condição de ter sido abandonada por quem deveria receber cuidados, lhe trazendo incompletude existencial. Ser assistido, criado e educado por seus pais é o projeto de parentalidade do ser humano, parentalidade que não é exclusiva de pais biológicos, incluindo a socioafetiva e jurídica.

Embora a lesão ao bem jurídico não seja determinante para a configuração do dano existencial, não há que se olvidar que ele sofre agravamento quando o bem tutelado é atingido. Quando se trata de abandono assistencial, a criança e o adolescente deixam de ter a provisão

¹⁶² “Especificamente em relação ao Direito brasileiro, vislumbra-se não apenas a admissão do conceito de dano como violação a um *interesse*, como o efetivo alargamento do seu âmbito protetivo, admitindo-se a reparação de uma série de danos que não se confundem com aqueles de cunho patrimonial. Sem maiores controvérsias, pode-se afirmar que o dano é a lesão a um *interesse* e esse é o objeto de proteção da norma” (Steiner, 2016, p. 35).

¹⁶³ “A necessidade, assim considerada, é a questão do bem-estar, em uma relação de complementariedade. A abstenção do objeto confere uma sensação penosa, e, ao revés, a presença do objeto traz consigo uma sensação de satisfação, complementando a própria existência do ser humano, complementando assim sua força vital e dando-lhe plenitude para o desenvolvimento de sua personalidade e enfim, sua dignidade” (Santana, 2017, p. 48).

¹⁶⁴ A possibilidade física pode decorrer de vários aspectos, como a existência ou o conhecimento dos genitores, bem como de sua capacidade psicológica ou mesmo física de exercer seus atos da vida civil. A possibilidade jurídica decorre da ausência de impedimento legal para o exercício de algum dever parental, que devem atentar ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Um pai ou uma mãe, por exemplo, podem não estar aptos a exercer o dever de criar, mas não significa dizer que não estarão aptos ao de assistir ou de educar (educação formal).

¹⁶⁵ Segundo Konder (2023, p.22-23) a vulnerabilidade existencial seria “a situação jurídica subjetiva e que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana”.

adequada para seu desenvolvimento físico, não somente no aspecto material como outrora apontado, mas eles são privados dos meios mínimos para sua dignidade. Quando um pai ou uma mãe deixam de procurar os meios adequados para assisti-los (matricular em escolas, proporcionar-lhes tratamento médico, sejam de ordem pública ou privada, bem como sustentá-los do ponto de vista alimentar, seja custeando suas necessidades básicas ou buscando em programas de assistencialismo), a criança e o adolescente estão sendo privados das oportunidades de obterem um desenvolvimento adequado, proporcional ao seu padrão de vida, algo que repercute diretamente na formação do seu ser e de suas oportunidades.

Do mesmo modo ocorre quando são abandonadas pelos seus pais que, embora cumpram com o dever de assistência, não criam seus filhos, isto é, não se relacionam com eles, sendo privados do convívio e da interação (educação não formal) com aqueles que deveriam contribuir para a formação de sua personalidade, violando o direito à convivência familiar expressamente previsto na constituição. Há um dano direto à sua vida em relação aos seus pais, frustrando o que Rosenvald (2021, p. 313) chamou de projeto de parentalidade, algo que repercute de forma prospectiva na vida desses indivíduos. Por outro lado, comprovada a conduta abandonica intelectual, isto é, a privação da escolaridade e do acompanhamento do desenvolvimento intelectual da criança e do adolescente, seu interesse jurídico à formação intelectual será diretamente atingido, algo que irá repercutir nas oportunidades de vida e de relações profissionais desse ser humano em desenvolvimento.

A categorização do dano existencial permite o afastamento da abstração dos danos morais por abandono afetivo, viabilizando a identificação do bem jurídico ameaçado e as consequências prospectivas do dano à existência da pessoa, ao seu projeto de vida, à sua vida em relação aos seus genitores. Por possuir natureza pedagógica e não punitiva, a fixação do valor seria objetiva e não intimidada pelo argumento contumaz de um enriquecimento ilícito pela supervalorização da suposta “dor” sofrida. Rosenvald (2021, p. 313) defende que os valores das condenações para os casos de danos existenciais poderiam ser até mais significativos quando em comparação com as hipóteses de dano moral, justamente em razão da sua natureza pedagógica. Entendemos que, embora o dano existencial atinja o interesse jurídico da criança e do adolescente, o valor da condenação deve sofrer agravamento quando o bem tutelado chega a ser atingido.

Lobo (2024, p. 524-525) entende que o dano existencial compromete de forma permanente e duradoura a existência da pessoa humana, em seu aspecto psicológico e físico, bem como em suas relações com outras pessoas, tendo como principais características ser de natureza prospectiva, certa, continuada e *in re ipsa*, ou seja, sendo suficiente a prova do

descumprimento da norma, que seria o ato ilícito. Desse modo, quando identificamos os danos decorrentes do abandono parental como de natureza existencial, corrobora-se para a tutela da vítima (nesse caso, em estado vulnerabilidade), pois, por afrontar diretamente os direitos da personalidade da criança e do adolescente, possuem uma faceta *in re ipsa* (Santana, 2017, p. 19).

Sua característica *in re ipsa* igualmente é difundida na Itália, local que contemplou os primeiros julgados e discussões doutrinárias (Lobo, 2024, p. 525), e Cedon e Ziviz (2003, p. 164) demonstram que a doutrina italiana parte da premissa de que o dano existencial decorre da violação de um direito constitucionalmente protegido, algo que repercute diretamente em seu ônus probatório, bastando apenas a demonstração da violação do próprio direito e não do dano dele decorrente. Parte da doutrina italiana defende que o dano existencial é configurado como “dano-evento”, cuja sanção compensatória decorre do próprio fato violador dos valores protegidos pela norma constitucional, isto é, do evento lesivo, independentemente das consequências que possam acarretar, visto que essas consequências seriam características dos danos de natureza “dano-consequência”.

Ziviz (2011, p. 452-453), entretanto, ressalta que aplicação da teoria “dano-evento” foi superada no que diz respeito ao ônus probatório, explicando que a jurisprudência italiana vem se pronunciando no sentido de ser insuficiente a exclusiva prova do ato ilícito, ainda que viole interesses constitucionalmente protegidos, fazendo-se sempre necessário demonstrar a modificação negativa na esfera externa da pessoa. A autora não entende esse posicionamento como penalidade à vítima ou um obstáculo difícil de ser superado, pois, dada a natureza do dano existencial, que não se limita a dor e sofrimento, mas a critérios objetivamente verificáveis como escolhas de vida diferentes daquelas que teriam sido adotadas se o fato danoso não tivesse ocorrido, o ônus probatório seria perfeitamente absolvido por todos os meios de provas disponíveis no sistema processual, inclusive potencializa a possibilidade do recurso amplo às presunções, que representam um meio de prova ao qual os juizes também podem recorrer exclusivamente.

Não obstante o posicionamento da autora e da própria jurisprudência italiana, nos casos de abandono parental no ordenamento jurídico brasileiro, compreendemos que a presunção do dano opera-se em favor da criança e do adolescente, dada sua vulnerabilidade existencial. Não é papel exclusivamente do judiciário definir as formas de melhor promover a proteção da pessoa humana, sobretudo quando a norma constitucional presume o estado de vulnerabilidade e o potencial risco ao desenvolvimento do ser humano. A demonstração da violação da norma,

nesse caso, é o suficiente para a comprovação do dano existencial da criança e do adolescente¹⁶⁶, sobretudo quando se objetiva proteger o valor absoluto da sua personalidade, o que corrobora para maior intensidade nos meios de proteção a serem utilizados (Moraes, 2003, p. 120).

Utilizando-nos do diálogo das fontes, a lei consumerista brasileira, típica norma de proteção em face da vulnerabilidade do consumidor, apresenta como direito básico a facilitação de sua defesa, incluindo expressamente a inversão do ônus probatório em seu favor, quando suas alegações forem verossímeis ou quando for considerado hipossuficiente na relação processual (artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor). Melhor tutela não mereceria a criança e o adolescente? Para Moraes (2003, p. 121), muda-se a perspectiva quando o objeto da tutela é a pessoa humana, tornando-se imperativo lógico reconhecer que ela passa a ser, ao mesmo tempo, o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação jurídica. A autora nos leva a racionalizar que, diante do conflito de interesses, ou mesmo de direitos, a tutela deve recair sobre quem terá maiores prejuízos ao direito da personalidade. Neste caso, a tutela recairá sobre a criança e o adolescente, que terá a presunção do dano ao seu favor diante da prova do descumprimento da norma constitucional, não fazendo-se necessário provar a materialidade do prejuízo à sua existência pela ausência dos cuidados básicos de seus genitores, afinal, esse tipo de dano é desprovido de viés naturalístico.

Essa concepção é de extrema importância para a eficácia do desempenho da responsabilidade civil quando associada ao tempo do exercício da pretensão. Explica-se, o dano existencial não é de natureza transitória, mas contínua, pois interfere no futuro e nas consequências constantes colhidas em decorrência da lesão, por essa razão, alguns doutrinadores poderiam defender que o exercício da pretensão de compensação do dano decorrente do abandono parental não estaria submetido ao prazo trienal previsto no artigo 206, V do Código Civil Brasileiro¹⁶⁷. Entretanto, Rosenthal (2017, p. 440) explica que, embora o dano seja de natureza extrapatrimonial, sua pretensão de compensação é de natureza econômica, por isso sustenta que “jamais poderemos incorrer no equívoco de confundir conceitos como *dignidade, direitos da personalidade e direitos fundamentais* com a pretensão que surge com a lesão a uma situação jurídica existencial” (Rosenthal, 2017, p. 440). Para o autor, a pretensão em face do descumprimento do dever de cuidado com a prole se submete ao triênio legal por

¹⁶⁶ “Dessas perspectivas resulta o dever de ‘reconhecimento’ do outro, bem como a necessidade de um conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados. Abrange os danos no âmbito familiar, bem como aqueles causados a entidades transindividuais: consumidores, trabalhadores e ao meio ambiente (dano social/dano em massa)” (Leal, 2017, p. 191).

¹⁶⁷ “Sob o viés dogmático, pode-se cogitar da dispensa do prazo prescricional trienal do código civil para as hipóteses de danos existenciais” (Rosenthal, 2021, p. 312).

tratar-se de uma consequência econômica da violação paterna a uma situação existencial titularizada pelo filho.

Dessa forma, partindo da concepção da diagonalidade da relação jurídica estabelecida entre a prole e os genitores, há que se reconhecer o caráter *in re ipsa* do dano existencial decorrente do abandono parental, não somente por estar relacionado ao direito da personalidade da criança e do adolescente (o que já seria o suficiente), mas também por ser uma forma de garantir o equilíbrio dessa relação. O dano é configurado enquanto o sujeito encontra-se em um estágio de vulnerabilidade, de incapacidade civil (seja ela absoluta ou relativa) e de submissão ao poder parental, não por outro motivo a legislação brasileira impede o curso da prescrição entre ascendentes e descendentes durante esse período¹⁶⁸, de tal forma que o prazo trienal só inicia após os filhos completarem a maior idade civil, quando cessados os efeitos da submissão ao poder familiar (artigo 1.630 do CCB). O legislador reconhece a situação em que a prole se encontra e por esse motivo a protege durante seu estágio de maior vulnerabilidade.

Nesse sentido, considerando a natureza econômica da pretensão indenizatória, não seria razoável imputar um ônus probatório a um indivíduo que acabara de completar a maior idade e que, possivelmente ainda depende financeiramente de seus genitores, visto que o exercício de sua pretensão estaria limitado entre o período em que completara 18 anos de idade, chegando a termo aos 21 anos de idade, momento em que ainda se estará colhendo as consequências do dano.

Ponto relevante deve-se levantar sobre um aspecto específico da relação entre a prescrição e a categorização do abandono parental como dano existencial, notadamente no que diz respeito à conduta abandonônica assistencial. Como estudamos, o dever de assistência está relacionado ao direito que a prole tem de receber alimentos para sua subsistência, que inclui os recursos necessários para prover a educação formal da prole. Diferentemente do dever parental de criar (educação não formal) e educar (educação formal), esse dever não se extingue de maneira *ope legis*, isto é, seus efeitos não cessam pelo simples fato de a lei determinar que o poder familiar cessa com a maior idade. O STJ possui posicionamento assentado no sentido de que, embora atingida a maior idade, a pensão alimentícia ainda será devida nos casos em que se prove a necessidade ou quando o filho ou filha, ainda menores de 24 anos, estiverem cursando ensino técnico ou superior, por considerar que a obrigação parental inclui a adequada formação profissional da prole¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Artigo 197, II do Código Civil Brasileiro.

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº. 2179024 - RJ** (2022/023480702). Recorrente: R A DA S. Recorrido: J L N DE B. Relator: Marco Buzzi. Decisão Monocrática. Julgado em: 15 fev.

Entende-se que, antes de completada a maior idade, a necessidade da prole de ser assistida, criada e educada é presumida, contudo, atingida a maior idade, ainda poderá haver necessidade de assistência (não de criação e educação – acompanhamento escolar, pois estas encerraram-se com a maior idade), mas neste caso, não será presumida, precisará ser provada pelo titular do direito. O tribunal, portanto, entende que, se os genitores tiverem possibilidade e a prole ainda tiver necessidade, aqueles permanecem com o dever de assistir a prole, não por decorrência do poder familiar, mas em decorrência da relação de parentesco¹⁷⁰. Corolário lógico, provando-se a necessidade da prole e a possibilidade dos genitores, o descumprimento do dever de assistir reflete diretamente no projeto de vida do indivíduo, que, ao ser ceifado de seus alimentos básicos, que inclui recurso para formação profissional, sofrerá graves prejuízos ao seu desenvolvimento enquanto pessoa ou futuro profissional.

Os reflexos desse posicionamento do STJ, portanto, alcançam o exercício da pretensão indenizatória para os casos de dano existencial decorrente de abandono parental assistencial, pois, o dever jurídico constitucionalmente previsto não encerra quando a prole completa a maior idade, estendendo o triênio do exercício da pretensão para período posterior ao que se submete o abandono parental convivencial (educação não formal) e intelectual (educação formal).

5.1.2.2 O Dano moral em sentido estrito e seu caráter *in re ipsa*

O abandono parental é difundido pela doutrina e pela jurisprudência como abandono afetivo, cuja pretensão está majoritariamente associada ao pedido de danos morais em face do abandono sofrido. Como apontado anteriormente, o STJ apresenta dois posicionamentos acerca da configuração de danos morais para os casos de abandono parental: o primeiro posicionamento, é isolado, exposto pela Quarta Turma no julgamento do Recurso Especial 1.087.561, que reconhece a existência do dano moral quando o filho é deixado em estado de penúria por desamparo material; ao passo que o segundo posicionamento, é defendido pela Terceira Turma, e exposto em vários julgamentos, como no do Recurso Especial 1.557.978,

2023. Brasília. DF. Disponível em: <
https://processo.s.tj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=178205176&num_registro=202202348072&data=20230217&tipo=0>. Acesso em: 02 de dez. 2024.
¹⁷⁰ "O advento da maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos em face do Poder Familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.198.105 - RJ (2010/0111457-4)**. Recorrente: F C DE B R. Recorrido: M C D R. Relator: Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 1º set. 2011. Brasília. DF. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001114574&dt_publicacao=14/09/2011. Acesso em: 03 de dez. 2024.

que entende haver a possibilidade da existência de dano moral, desde que devidamente comprovado, através de perícia técnica, os efeitos prejudiciais decorrentes do abandono. Os dois posicionamentos do tribunal demonstram ser diametralmente opostos à concepção doutrinária de dano moral, confundindo-o com os seus efeitos, fomentando o desequilíbrio presente na relação paterno-filial e contribuindo para a ineficácia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Leal (2017, p. 177-179) sustenta que essa categoria jurídica é um mecanismo de tutela da dignidade da pessoa humana, tornando-se necessário dissociar a ideia arraigada de dano com o conceito naturalístico. Segundo a autora, da concepção do gênero “dano moral” previsto pelo legislador, alberga-se as espécies de danos de natureza extrapatrimonial, dentre elas o “dano moral em sentido estrito”. No mesmo sentido Rosenvald (2021, p. 310), para quem o dano moral não pode ser usado como uma concepção genérica, sob pena de violação do princípio da reparação integral, por essa razão sustenta a necessidade de compreender o dano extrapatrimonial como gênero, do qual se extrai os danos morais.

Moraes (2003, p. 127-130) entende que o dano moral tutela o valor da personalidade humana, cuja proteção decorre da cláusula geral de tutela da pessoa contida no princípio constitucional da dignidade humana. Assim, a autora censura a concepção de dano moral como “dor, vexame, humilhação ou constrangimento”, pois trata-se de sensações e emoções desagradáveis que apenas descrevem os efeitos do dano, isto é, suas consequências¹⁷¹.

Considerar dano moral o *pretium doloris* não passa, com efeito, de anacronismo insustentável tanto do ponto de vista teórico quanto prático. O dano moral não é o preço da dor, nem a dor há de ser tida como categoria jurídica – embora ainda assim considerem majoritárias doutrina e jurisprudência brasileiras. Tanto quanto a alegria e o amor, a dor é sentimento de pura percepção subjetiva e, como tal, irredutível a uma categorização racionalmente apreensível e controlável, como devem ser as noções jurídicas. Também não é “dano moral” qualquer sentimento pessoal de prejuízo ou menoscabo, tanto mais facilmente alegável quanto mais infantilizada e vitimizável – isto é, menos autônoma e autorresponsável – for a sociedade em que vivamos (Martins-Costa, 2014, p. 7098).

O dano moral em sentido estrito é constantemente confundido com suas consequências e essa concepção tem afetado a tutela da criança e do adolescente que sofrem abandono parental. Santana (2017, p. 19) entende que o dano moral puramente considerado possui um aspecto

¹⁷¹ “O exame dos precedentes à Súmula 37 oferece algumas pistas quanto ao conteúdo que viria a ser dado à noção de dano moral, principalmente no que tange à sua identificação com *sentimentos* (dor, vexame, humilhação etc.) e à atribuição de um *caráter punitivo* à indenização, daí para frente ganhando corpo o entendimento segundo o qual o dano moral tem uma *dúplice função*: punitiva ao ofensor e compensatória aos sentimentos (dor, vexame, humilhação, menoscabo e quetais) da vítima” (Martins-Costa, 2014, p. 7076-7077).

subjetivo, na medida em que está associado à intimidade psíquica do indivíduo, causando-lhe dor física e psicológica, portanto, nem sempre será cognoscível, pois repercute na esfera do ser e não do ter. A identificação do dano moral em seu sentido estrito, segundo a autora, requer a categorização dos bens, interesses e relações jurídicas extrapatrimoniais tuteladas, e, no caso do dano moral, o bem jurídico violado seria o bem-estar do indivíduo, seu equilíbrio psíquico e emocional, algo que constitui um valor humano e não um preço a ser especificado, sem incorrer na generalidade de dizer que o bem violado seria a dignidade humana (Santana, 2017, p. 58).

Para Martins-Costa (2014, p. 7084-7086), o melhor critério para se definir o conteúdo conceitual da expressão dano moral seria o da natureza do direito violado, buscando-se identificar a vantagem lesada pelo ato antijurídico do ofensor na esfera extrapatrimonial do indivíduo, algo que liga o dano moral aos direitos da personalidade, atingindo o ser humano em três esferas: biológica, singularidade ou social. Partindo dos ensinamentos da autora, identificaríamos os danos morais decorrentes do abandono parental como aqueles que atingem os bens ligados ao *ser humano biológico*, associados à vida e à saúde do indivíduo¹⁷². A integridade psíquica e emocional da criança e do adolescente é diretamente atingida ao sofrer o abandono parental, sobretudo o de natureza convivencial, justamente em face desse atingir diretamente a integridade psíquica do indivíduo em formação.

Não se exige que a criança e o adolescente expressem sua dor, seus transtornos psíquicos, seu sofrimento, pois a ausência dos genitores na vida de um ser em desenvolvimento naturalmente reflete em sua integridade psíquica e emocional, tanto que o direito à convivência familiar foi considerado um direito fundamental da criança e do adolescente pela Constituição Federal (artigo 227) após a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Winnicott (2021, p. 158) chama de “experiência da loucura” a ruptura com aquilo que existe no momento de continuidade pessoal da existência, levando a criança a ter que reorganizar seu sistema de memória, a fim de buscar a cura para o momento da ausência do genitor. Com relação ao adolescente, Winnicott (2021, p. 231-233) esclarece que a imaturidade é uma parte preciosa da fase de sua vida, e a abdicação da responsabilidade parental implica no amadurecimento falso e prematuro do adolescente, causando-lhe um envelhecimento prematuro e a perda da espontaneidade. A integridade psíquica não é atingida apenas quando há ruptura

¹⁷² O dano existencial, por sua vez, atingiria a singularidade pessoal do indivíduo, que, dentre outras características, está associado às escolhas pessoais do ser humano, que inclui a vida familiar, correspondendo aos direitos da individualidade, sendo estes os que dão ao ser humano as condições para realização do seu projeto pessoal (Martins-Costa, 2014, p. 7086).

do relacionamento familiar, como afirma o STJ¹⁷³, a ruptura é considerada um agravante do dano, circunstância que precisa ser levada em consideração quando da fixação da compensação. A privação parental desequilibra a criança e o adolescente, sobretudo quando brusca e definitiva, desestabilizando seu estado anímico e psicológico.

De um lado a criança sente o vazio interior da ausência do objeto. De outro lado, é tomada de ansiedade, medo, já que agora, é ela própria que terá que conter seus impulsos destrutivos e não dispõe mais de um continente para eles. Tendo que “esconder” sua destrutividade, não encontrando mais no ambiente segurança para manifestá-la, ela também não encontra mais os caminhos para expandir sua capacidade construtiva e seu desejo de contribuir. Instala-se o quadro típico da privação emocional, da privação primordial, o qual basicamente, consiste em perda da posse do objeto e perda de um quadro de referência e de continência para a administração e controle dos próprios impulsos (Sá, 2010, p. 80).

Como se pode observar, o abandono parental causa o dano moral, e ele nem sempre apresentará as consequências naturalísticas que o STJ exige como condição para compensar a vítima¹⁷⁴, pois o dano estará ali, latente. A partir do abandono, Sá (2010, p. 80) explica que o indivíduo poderá vir buscar solução, para o que chamou de “ferida psíquica” causada pela privação, em alguma fase da vida, podendo conter seus impulsos quando criança ou manter-se neutra, algo que poderá passar despercebido pelos adultos, mas há uma ansiedade instalada nela que não conseguirá manter em estado de neutralidade e indiferença por muito tempo, salvo se optar pelo caminho do luto ou da melancolia.

Portanto, a lesão não é experimentada apenas por aqueles que a conseguem exprimir¹⁷⁵, ela decorre da violação objetiva do bem jurídico tutelado, isto é, sua integridade psíquica, sua saúde, bem este que integra seu direito da personalidade, o qual é digno de proteção. Percebe-se que o dano não decorre da ausência de amor, de afeto, como já apresentamos, mas do descumprimento de um dever parental que atinge diretamente a vida e a saúde do indivíduo. Desse modo, não concordamos com a afirmação de que “por não ter como obrigar um pai ou

¹⁷³ Requisito exigido nos autos do Recurso Especial 1.557.978, originário do Distrito Federal.

¹⁷⁴ Sá (2010, 83) chama atenção para o fato de que esse tipo de privação, considerada por ele como primordial, pode até levar o indivíduo à delinquência, dada a busca por um meio de retornar à época em que tinha o relacionamento com o objeto perdido, que era de sua confiabilidade, a fim de reconquistar a confiança e a autoconfiança, através do qual a criança podia manifestar sua destrutividade, instintivamente impelindo a sociedade a retroceder com ela e testemunhar sua perda.

¹⁷⁵ “O adolescente, assim como o menino e a menina que estão em processo de crescimento, ainda não consegue assumir a responsabilidade pela crueldade e pelo sofrimento, pelo matar e ser morto que o mundo oferece. Isso salva o indivíduo nesse estágio de extrema reação contra a agressão pessoal latente, ou seja, contra o suicídio (a aceitação patológica da responsabilidade por todas as coisas ruins que existem ou poderiam ser imaginadas). Ao que tudo indica, o senso de culpa latente é enorme nos adolescentes, que precisam de anos para desenvolver a capacidade de encontrar no self um equilíbrio entre o bem e o mal, o ódio e a destruição que acompanham o amor dentro de si. Nesse sentido, a maturidade corresponde a um período posterior da vida, e não se pode esperar que o adolescente veja além do próximo estágio, que ocorre aos vinte e poucos anos” (Winnicott, 2021, p. 235-136).

uma mãe a amar seu filho é que se deve impor a sanção reparatória para a ausência de afeto” (Pereira, 2023, p. 402).

Lobo (2024, p. 514) explica que o ônus probatório recai sobre a lesão ao bem jurídico, e não sobre suas consequências, considerando-o de natureza *in re ipsa*¹⁷⁶, que para Cavalieri Filho (2012, p. 97) significa dizer que o dano moral “deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum”. Desse modo, o que se deve provar é a ocorrência do abandono parental, ato ilícito, violador dos direitos da personalidade da criança e do adolescente, e não suas consequências, sendo considerado um atentado ao princípio da proteção integral a exigência de estudo psicossocial como meio de prova da dor e do sofrimento.

Como esclarecem Farias, Braga Neto e Rosendal (2017, p. 307), a consequência é *in re ipsa*, isto é, presume-se o dano, mas não o ato ilícito. Nesse sentido, a criança e o adolescente, ou mesmo estes na fase adulta (dentro do triênio posterior à maior idade), precisam provar que sofreram o abandono parental, especificando sua espécie a fim de identificar o bem jurídico atingido, dispensando provar “materialmente” a dor, a angústia, o transtorno, a humilhação... isto é, as “feridas que não sangram”. Não se trata de impor que um tribunal cuide de “mágoas”, como assim sustentado pelo ex-Ministro Massami Uyeda ao abrir voto divergente nos autos do Recurso Especial 1.159.242 originário de São Paulo¹⁷⁷, mas de tutelar a integridade psíquica do ser humano em desenvolvimento, bem jurídico digno de proteção.

Esse tipo de discurso é bem característico daqueles que sustentam haver uma monetização do instituto da Responsabilidade Civil nos casos de condenação por danos morais decorrentes de abandono parental. Ignoram que o dano moral em sentido estrito não possui um caráter punitivo, mas compensatório, não sendo aferidos através de recurso financeiro a ser concedido à vítima, mas passíveis de valoração desde que seguidos determinados parâmetros. Martins-Costa (2013, p. 7104) apresenta significativa contribuição doutrinária quando desenvolve os parâmetros de fixação dos danos extrapatrimoniais, os quais podem ser perfeitamente utilizados para a fixação da compensação pelos danos morais (em sentido estrito) decorrentes de abandono parental.

¹⁷⁶ “A pessoa humana pode ser concebida sem dor e sofrimento, ainda que eventualmente os sintam; mas não sem honra, integridade psíquica ou física, e dignidade humana” (Lobo, 2024, p. 515).

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 24 abr. 2012. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 06 de out. 2019.

De acordo com a autora, com a utilização do método bifásico se pode chegar a um arbitramento equitativo da compensação. Esse método consiste em fixar o valor em duas fases: a primeira seria fixado um valor básico, levando-se em consideração o interesse jurídico atingido, partindo-se da análise jurisprudencial para casos semelhantes; a segunda fase consistiria na fixação definitiva da compensação, levando-se em consideração as especificidades do caso, como a gravidade da lesão, a culpabilidade do agente, a culpa concorrente da vítima e a condição econômica das partes, com o fim de se alcançar o montante definitivo. De acordo com a autora, esse método atende ao postulado normativo da proporcionalidade, pois permite alcançar uma razoável correspondência entre o valor fixado e o interesse jurídico lesado, sem deixar de levar em consideração as circunstâncias do caso, exigindo-se a devida fundamentação pelo magistrado (Martins-Costa, 2013, p. 7114-7116).

Os critérios apontados pela autora, com os quais concordamos para os casos de fixação do montante da compensação, precisam ser aplicados com coerência, sendo de fundamental importância partir da eficácia diagonal dos direitos fundamentais da criança e do adolescente para garantir o equilíbrio na relação jurídica paterno-filial, marcada pela submissão e vulnerabilidade da prole em face da relação de poder dos genitores.

Com relação aos casos de abandono parental, compreendemos que a análise do grau de culpabilidade do agente requer um cuidado peculiar. A exemplo do precedente do STJ, proferido no Recurso Especial nº. 1.557.978 originário do Distrito Federal, em que se defendeu ser compreensível o abandono parental em decorrência das circunstâncias profissionais do genitor, mencionando-se que ele era agente político, sendo Senador da República, e já havia sido Deputado Federal e Governador de Estado, mas que não morava em Brasília, o que teria dificultado a convivência com a filha¹⁷⁸. Esse posicionamento é extremamente preocupante, pois defende que a vida profissional atribulada é um critério atenuante para os casos de violação do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, e ignora, no casuístico, a diagonalidade exacerbada da relação.

Há quem defenda que, no momento da dissolução de uma sociedade conjugal, ocorre uma inversão de poder em face da mãe, introduzida pela própria legislação, segundo a qual confere ao pai a função de provedor, ao passo que a mãe figuraria como mera administradora desses proventos, como se o pai nada soubesse fazer em relação à criação dos seus filhos e por

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.557.978 - DF (2015/0187900-4)**. Recorrente: R A F D. Recorrido: Á F D. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em: 03 nov. 2015. Brasília. DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 08 de out. 2019.

essa razão tem por legitimado o seu afastamento, imputando à mãe o ônus de dar ao pai um lugar digno de ser amado¹⁷⁹ (Barros, 2000, p. 237). Embora tal posicionamento tenha sido manifestado antes da implementação da guarda compartilhada como regra, o direito à convivência familiar já estava garantido pela Constituição desde 1988. Nesse sentido, imperioso se faz ter muita cautela quando da análise do grau de culpabilidade da mãe (ou de qualquer parente) pelo abandono parental, pois essa alegação será recorrente para, não apenas indevidamente justificar o descumprimento dos deveres parentais, como mitigar a função compensatória e preventiva da responsabilidade civil.

5.2 OS INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO DOS DANOS EM FACE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A partir da identificação dos deveres parentais e dos interesses e bens jurídicos por eles tutelados, nos foi possível categorizarmos os danos decorrentes de seu descumprimento. Nos propomos, nesse momento, investigar instrumentos necessários de prevenção desses danos, que podem contribuir para a implementação da responsabilidade civil preventiva na relação paterno-filial, e, não logrando êxito, concretizar a função compensatória da responsabilidade civil nos casos de abandono parental. Não se propõe extinguir os conflitos familiares, pois, como ensina Vieira (2020, p. 94), os conflitos fazem parte dessas relações e têm um enorme potencial transformador, entretanto, a influência na formação da criança e do adolescente está diretamente associada à forma como os familiares lidam com seus próprios conflitos.

Por essa razão é de extrema importância que os agentes do Direito busquem implementar instrumentos que contribuam para que os genitores melhor gerenciem os conflitos naturais dessa relação, sobretudo nos momentos mais instáveis da relação paterno-filial, como ocorre nas situações de separação conjugal ou quando os genitores não vivem em comunhão plena de vida. Afinal, a relação marital, o divórcio e as separações temporárias em períodos críticos, como na primeira infância, são considerados fatores de risco social por Halpern (1990, *apud* Dalbem e Dell'Áglio, 2005, p. 19). Nesse sentido, a prevenção do abandono parental e a proteção do desenvolvimento da criança e do adolescente perpassa pela contribuição com os genitores no momento da separação conjugal ou, para os que nunca viveram em comunhão

¹⁷⁹ “Esta é a herança de um pai: o nome transmitido por amor. Para isso a mãe deverá ter dado lugar ao nome do pai. Esta ordem precede a ordem jurídica, apesar de ser a condição de sua eficácia. Se a função paterna é introduzir a lei, tornando-se autoridade, é função materna dar ao pai um lugar digno de ser amado” (Barros, 2000, p. 244).

plena de vida, pelo gerenciamento dos deveres parentais, a fim de viabilizar o exercício da parentalidade e fomentar o estabelecimento do vínculo com a prole.

Ainsworth (1989, p. 712) já apontava pesquisas que revelavam que o pouco tempo de convivência entre a figura paterna e seus filhos, sobretudo nos primeiros anos de vida, contribuíam para a diminuição das chances da vinculação do pai com o filho, e que grande parte dos pais que demonstraram ser plenamente capazes de cuidarem de maneira eficaz de seus filhos, eram aqueles que já se mostravam particularmente interessados na interação. Não por outra razão, Winnicott (2019, p. 176) é enfático ao sustentar a necessidade de se proteger a relação dos genitores desde o início do desenvolvimento da criança, algo que contribui para o surgimento do espaço potencial de confiança¹⁸⁰ da prole.

Como se pode observar, há necessidade de implementação de instrumento que possa ser aplicado tanto nos momentos da separação conjugal, quando no momento da vinculação da prole com os genitores, quando estes não vivem em comunhão plena de vida, a fim de mitigar os conflitos e fomentar o cumprimento dos deveres parentais. No Brasil, os assuntos referente à guarda, visitação (melhor seria convivência) e alimentos de crianças e adolescentes devem ser resolvidos pelo Poder Judiciário, com a participação do Ministério Público¹⁸¹, ainda que o divórcio seja realizado extrajudicialmente¹⁸². Embora a Lei nº. 5.478/1968¹⁸³ disponha sobre rito especial para ação de alimentos, e a Seção IV do Código de Processo Civil (CPC)¹⁸⁴ trate sobre o divórcio e extinção de união estável na modalidade consensual, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê instrumento eficaz para prevenir os litígios, dirimir os conflitos e designar as funções parentais.

A exemplo do ordenamento jurídico de Catalunha e Norte-Americano, bem como da concepção de poder familiar de Portugal, compreendemos que a implementação no Brasil de um plano prévio de parentalidade é essencial para as ações que tenham como objeto guarda,

¹⁸⁰ “Um bebê pode ser *alimentado* sem amor, mas o *manejo* impessoal ou sem amor não conseguirá produzir uma nova criança autônoma. Aqui, onde há confiança e constância, existe um espaço potencial que se transforma em uma infinita área de separação, que o bebê, a criança, o adolescente ou o adulto podem preencher criativamente com o brincar, transformado ao longo do tempo na fruição do patrimônio cultural” (Winnicott, 2019, p. 174)

¹⁸¹ Artigo 178, II do CPC.

¹⁸² Resolução 571 do CNJ, art. 33, §2º: “Havendo filhos comuns do casal menores ou incapazes, será permitida a lavratura da escritura pública de divórcio, desde que devidamente comprovada a prévia resolução judicial de todas as questões referentes à guarda, visitação e alimentos deles, o que deverá ficar consignado no corpo da escritura” (Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 571 de 26 de agosto de 2024**. Altera a Resolução CNJ nº 35/2007, que disciplina a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5705>. Acesso em 09 dez. 2024.

¹⁸³ BRASIL. **Lei nº. 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm. Acesso em 9 dez. 2024.

¹⁸⁴ BRASIL. Lei nº. 13.104, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

convivência e alimentos de crianças e adolescentes. Traçadas as diretrizes da convivência, designadas as decisões de fundamental importância e a fixação dos deveres de assistência e educação, se viabiliza a constatação do descumprimento do dever parental e a potencial lesão do bem jurídico tutelado, permitindo a instrumentalização da responsabilidade civil preventiva, antes da pretensão de compensação dos danos já causados.

5.2.1 A contribuição da inteligência dos institutos da guarda e convivência para o exercício da parentalidade

A inteligência de termos como “guarda”, “convivência” e “visitação”, metodologicamente se faz necessária nessa oportunidade para que os termos possam ser empreendidos adequadamente dentro da nossa proposta do exercício direcionado da parentalidade. Se oportuniza a efetiva tutela dos direitos da criança e do adolescente quando compreendemos tratar-se de institutos diferentes, com finalidades e características próprias. No entanto, alguns doutrinadores entendem que “guarda” e “convivência” são sinônimos, quando, ao mesmo tempo em que associam o termo “guarda” à convivência, o associam ao exercício da autoridade parental¹⁸⁵.

Pereira (2023, p. 409) chega a cogitar a hipótese de o termo “guarda” desaparecer, sendo substituído completamente por “convivência familiar”. Do mesmo modo Dias (2016, p. 513), para quem o termo “guarda” deve ser substituído por “convivência”, entretanto outrora defende que deve ser regulamentada a convivência quando a guarda for atribuída à apenas um dos genitores (Dias, 2016, p. 530). Pereira (2023, p. 410-414) ensina que a guarda compõe a estrutura da autoridade parental, cuja função é cumprir o dever de assistência e cuidado, atuando na formação da educação dos filhos, sendo considerado por ele um *mínus* atribuído aos pais; outrossim, associa guarda à convivência quando defende ser perfeitamente possível o estabelecimento de guarda compartilhada, mesmo havendo litigiosidade entre o casal¹⁸⁶.

¹⁸⁵ “A guarda dos menores destina-se, assim, a regularizar a posse dos filhos com ambos os cônjuges, com um deles, ou até mesmo com terceiros, conferindo, nesta hipótese, a condição de dependentes para todos os fins e efeitos, obrigando à prestação de assistência material, moral e educacional, conferindo ao detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, e podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados” (Carvalho, 2019, p. 522).

¹⁸⁶ “Quando profissionais do Direito se deixam levar por esse discurso fácil, de que tais regras só se aplicam àqueles casais que não divergem quanto à conduta e educação dos filhos, na verdade estão se acovardando e deixando de enfrentar o problema das crianças e dos adolescentes, pois o seu saudável desenvolvimento e dedicação pressupõe que eles desejam e necessitam conviver com ambos os pais em seu cotidiano *esses pais não têm condições de exercer a guarda compartilhada, teriam condições de exercer exclusiva? É óbvio que não!*” (Pereira, 2023, p. 414).

Não há como não entrar em contradição quando procuramos apresentar como sinônimos dois institutos distintos, e essa distinção é de fundamental importância para a tutela da criança e do adolescente, sobretudo após a investigação do conteúdo dos deveres parentais. De acordo com o artigo 1.634, II do CC, a guarda integra o conteúdo do poder familiar, seja ela unilateral ou compartilhada. A partir desse dispositivo legal já nos é permitido verificarmos que ela não pode ser associada à convivência, pois esta é um direito fundamental da criança e do adolescente, não havendo razão para que o legislador determine que a convivência possa ser unilateral ou compartilhada.

O §1º do artigo 1.583 do CC, igualmente insere a guarda no poder familiar, compreendendo por guarda compartilhada a “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres” dos genitores que não vivam em comunhão plena de vida. Embora o §2º do mesmo dispositivo legal estabeleça que o convívio com os pais deva ser dividido de maneira equilibrada entre os genitores quando se tratar de guarda compartilhada, assim prescreveu não por equiparar guarda à convivência, mas para proporcionar condições favoráveis para que ambos os pais possam tomar as decisões necessárias sobre o desenvolvimento da prole¹⁸⁷, pois a convivência favorece o exercício da guarda. A redação dada ao mencionado §2º pela Lei 13.058 de 2014, tem levado doutrinadores a utilizar guarda como sinônimo de convivência, todavia “compartilhar o poder familiar nunca teve o mesmo significado que compartilhar tempo de permanência da posse de filho, o que efetivamente não representa a mesma coisa” (Madaleno, 2022, p. 113).

O STJ, nos autos do Recurso Especial 2.038.760 originário do Rio de Janeiro, faz essa distinção quando não exige que os genitores residam na mesma cidade, estado ou até no mesmo país, para a concessão da guarda compartilhada, compreendendo que o avanço tecnológico permite aos “pais compartilharem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos”¹⁸⁸. No referido julgamento, a guarda está diretamente associada à responsabilidade parental, ao passo que a convivência está relacionada com a custódia física da prole, recomendando-se, inclusive, que se defina uma residência principal para os filhos, a fim de lhes garantir uma referência de lar para suas relações da vida.

¹⁸⁷ “Trata-se de uma tentativa legal de reforçar a ideia de compartilhamento das responsabilidades e do exercício da autoridade parental com relação aos filhos menores por ambos os genitores que já não vivem – ou nunca viveram – a conjugalidade” (Angelini Neta, 2016, p. 104).

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 2038760 - RJ (2022/0212032-3)**. Recorrente: A M V D M. Recorrido: M L M S. Relator: Nancy Andriighi. Terceira Turma. Julgado em: 06 dez. 2022. Brasília, DF. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202120323&dt_publicacao=09/12/2022. Acesso em: 09 de dez. 2024.

Madaleno (2022, p. 113-115) faz uma distinção entre a “guarda legal” e a “guarda jurídica”, a primeira associada à autoridade parental, e a segunda associada ao direito de convivência e fiscalização constante do artigo 1.589 do CC¹⁸⁹. Desse modo, a guarda legal deve ser estabelecida levando-se em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, e, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercerem a autoridade familiar, deve-se optar pelo compartilhamento entre os genitores do poder de participar de decisões relevantes pertinentes à prole comum. Muito embora a lei recomende que a guarda legal seja compartilhada, facilitada por uma distribuição equilibrada do tempo de convivência entre os genitores e a prole, a guarda jurídica não é fator determinante para a fixação da guarda legal (Madaleno, 2022, p. 118) e a mencionada decisão do STJ ilustra muito bem essa afirmação. Nesse sentido, a guarda é uma situação jurídica de poder decisório e responsabilidade sobre a prole, associada ao dever de zelo em seu desenvolvimento (Vieira, 2020, p. 152).

Nos Estados Unidos, por exemplo, há uma diferença entre o que é denominado “physical custody” e “legal custody”, a primeira diz respeito a tomada de decisões que envolvam o desenvolvimento dos filhos, podendo ser exclusiva (*sole legal custody*) ou compartilhada (*joint legal custody*), ao passo que a segunda, está relacionada com o tempo de convivência com a prole (Steegh e Gould-Saltman, 2014, p. 263). Portugal também diferencia convivência de guarda, a qual é concebida como exercício das responsabilidades parentais. “Nada impede que a criança resida com um dos progenitores e seja estabelecido um regime de visitas relativamente ao outro progenitor. O exercício conjunto das responsabilidades parentais permanece em qualquer caso” (Amaral, 2018, p. 246).

A correta distinção entre guarda e convivência é de extrema relevância para a compreensão dos deveres parentais, pois a atribuição da guarda unilateral, não significa destituição dos deveres parentais do não guardião. Significa dizer que, enquanto compartilhada a guarda, os genitores, de forma conjunta, serão responsáveis pelas decisões que vão interferir no desenvolvimento da prole, por outro lado, sendo ela unilateral, de acordo com o artigo 1.589 do CC, o não guardião terá o dever de fiscalizar as referidas decisões, sendo perfeitamente mantidos os deveres parentais de assistir, criar e educar a prole.

O dever de convivência do não guardião com a prole permanece inalterado, pois ele é considerado um direito fundamental da criança e do adolescente pela Constituição Federal, muito embora o artigo 1.589 do CC mencione o termo “visitação”, que para alguns pode ser interpretado como uma faculdade do não guardião. No entanto, consideramos inconstitucional

¹⁸⁹ “Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente”.

a acepção de convivência facultativa e descontínua, subjugada ao alvedrio do guardião. Segundo Groeninga (2011, p. 138), a convivência contínua estaria contemplada pela guarda compartilhada (quando equilibradamente estipulada) e a descontínua, por sua vez, contemplaria a guarda unilateral com a regulamentação da visita. Ocorre que o termo “visita”, utilizado pelo legislador, é alvo de inúmeras críticas doutrinárias, que defendem a substituição pela expressão “convivência”¹⁹⁰, justamente em face da concepção de descontinuidade da relação da prole com os genitores, em detrimento do direito fundamental à convivência familiar, insculpida no dever de criar a prole¹⁹¹.

Dias (2016, p. 531), entende que a expressão “direito de visitas” é inadequada, por estar associada a uma relação mecânica e condicionada a determinados períodos, devendo ser substituída por “direito de convivência” ou regime de relacionamento, tratando-se de um direito da prole e dever dos genitores, diretamente relacionado com os direitos da personalidade da criança e do adolescente, a despeito da atribuição da guarda. Portanto, mesmo que o genitor não possua a guarda da criança ou do adolescente, permanece com o dever de conviver com ele, do mesmo modo que possui o dever de assisti-lo e educá-lo, e essa conclusão decorre do fato de que guarda e convivência são institutos distintos.

Os efeitos dessa distinção são extremamente relevantes para que se evite o afastamento do genitor não guardião da prole, mantendo-se o vínculo convivencial entre eles, evidenciando a permanência da integralidade dos deveres parentais a despeito da modalidade da guarda fixada, o que corrobora com a mitigação dos litígios, do descumprimento dos deveres parentais e dos casos de alienação parental.

¹⁹⁰ “Embora tenham significados semelhantes e queiram dizer a mesma coisa, essas expressões trazem consigo significados diferentes. É neste sentido e por esta razão que a prática jurídica e judicial deveria adotar a expressão ‘convivência’, já que ‘visita’ traz a um sentido de frieza, oposto ao que deve ser a convivência familiar” (Pereira, 2023, p. 422).

¹⁹¹ Em 02 de fevereiro de 2023 foi apresentado o Projeto de Lei 45/2023 que propõe a substituição do termo “visita” previsto no art. 1.589 do Código Civil Brasileiro por “convivência” por considerar que o termo atualmente empregado não traduz a verdadeira concepção de convívio familiar e afetividade (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 45/2023**. Altera o art. 1.589 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a convivência dos menores com pessoas com as quais possuem vínculo afetivo. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2230971&filename=PL%2045/2023. Acesso em 11 dez. 2024.

5.2.2 O Plano de Parentalidade: instrumento da responsabilidade civil preventiva

Os conflitos fazem parte da vida do ser humano, e são eles que motivam os agentes do Direito a atuarem em prol da harmonia social¹⁹². No contexto da relação paterno-filial, esses conflitos são extremamente propensos a ocorrer nas situações de fixação de guarda, convivência e deliberações acerca dos deveres parentais, estando as crianças e os adolescentes sob condições mais sensíveis e suscetíveis à traumas. Por essa razão, há necessidade de implementação de instrumentos que auxiliem os pais e contribuam para a mitigação dos conflitos que naturalmente se fazem presentes nesse momento processual.

A prevenção do abandono parental está diretamente associada à implementação desses instrumentos. Lamb e Kelly (2015, p. 367) apontam que a separação dos pais é, ao mesmo tempo, uma fonte de dor psíquica e um fator que coloca a criança em um risco psicossocial. De acordo com os autores, muitos pais veem seus papéis minimizados pelo Poder Judiciário, com a limitação de visitas e de sua autoridade, algo que pode contribuir para o afastamento deles da vida dos filhos. Desse modo, defendem que esse quadro pode ser evitado quando os pais sentem que seus direitos são observados, e quando são reconhecidos como seres capazes de desempenhar seus papéis parentais ativos no cuidado, supervisão e orientação de seus filhos.

Alguns países exigem que os pais, no ajuizamento da ação que tenha por objeto a guarda e a convivência dos filhos, apresentem propostas do modo como pretendem exercer a sua parentalidade, algo que contribui para o exercício da jurisdição e para a mitigação dos litígios, direcionando o exercício dos deveres parentais, podendo ser um excelente instrumento de prevenção dos casos de abandono parental se implementados em nosso país. Madaleno (2022, p. 134-135) é um dos doutrinadores brasileiros que defendem a implementação de um Plano de Parentalidade para o efetivo exercício da guarda compartilhada no Brasil. “O plano de parentalidade é um documento criado para estabelecer as obrigações de cada progenitor quando tiver de tomar decisões sobre a educação, saúde, bem-estar físico, social e emocional dos filhos” (Madaleno, 2022, p. 121). O autor baseia-se no Código Civil de Catalunha, que regulamenta esse instrumento naquela nação.

De acordo com a Lei 25 de 29 de julho de 2010 de Catalunha, nas ações de separação ou divórcio envolvendo responsabilidade dos pais pelos filhos, exige-se que qualquer proposta dos genitores deva ser precedida por um instrumento de plano parental, especificando a forma

¹⁹² “O Direito não é o único instrumento responsável pela harmonia da vida social. A Moral, a Religião e Regras de Trato Social são outros processos normativos que condicionam a vivência do homem em sociedade” (Nader, 2023, p. 33).

como pretendem exercer as responsabilidades parentais, detalhando os compromissos a serem assumidos com relação à guarda, cuidado e educação dos filhos, devendo antecipar os critérios de resolução para os problemas mais importantes¹⁹³.

Esse instrumento igualmente é adotado nos Estados Unidos, onde, a depender do Estado, recebe uma nomenclatura própria. Na Flórida, antes do julgamento final acerca da guarda dos filhos, é realizada uma audiência denominada de “pre-trial conference”, oportunizando os genitores a apresentarem suas propostas de cronogramas de visitação, alimentos e a forma como pretendem exercer a autoridade parental na tomada de decisões, conhecida por “decision-making authority” (Sakcs, 2024).

Como se pode perceber, os países que adotam a exigência de uma apresentação de um plano de parentalidade, fazem uma nítida distinção entre as questões relacionadas à autoridade parental e as relacionadas à convivência, algo que outrora traduzimos como distinção entre guarda e convivência no Direito brasileiro. E essa distinção é de fundamental importância para a eficácia do plano de parentalidade, pois este requer propostas sobre convivência e sobre tomadas decisões importantes para o desenvolvimento da prole, a fim de mitigar os litígios.

No Brasil, no §1º do artigo 1.584 do CC, o legislador menciona que o juiz informará os deveres e direitos atribuídos aos genitores, bem como as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas¹⁹⁴. O termo “cláusulas” utilizado pelo legislador faz referência à modalidade da guarda e ao regime de convivência que fora requerido pelas partes (inciso I do artigo) ou decretado pelo juiz (inciso II do artigo). O §3º do mesmo dispositivo legal informa que o magistrado estabelecerá as atribuições do pai e da mãe e o períodos de convivência sob guarda compartilhada, podendo basear-se em orientação técnico profissional ou equipe interdisciplinar¹⁹⁵.

A partir da norma acima, nos é permitido concluir que a legislação brasileira contempla perfeitamente o Plano de Parentalidade, pois expressamente prevê a estipulação de cláusulas previamente estabelecidas, cujo descumprimento implicará em sanção, bem como que esse plano tratará de dois assuntos: primeiro, atribuições dos genitores; segundo, período de

¹⁹³ CATALUÑA. **Ley nº 25, de 29 de julho de 2010**. Del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2010/07/29/25/con>. Acesso em 11 dez. 2024.

¹⁹⁴ “§1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas” (BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002).

¹⁹⁵ “§3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe” (BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002).

convivência, isso porque nossa legislação não compreende guarda como sinônimo de convivência.

Portanto, muito embora o Plano de Parentalidade não esteja devidamente regulamentado no Brasil (o que entendemos ser de extrema importância), é perfeitamente possível sua implementação pelos agentes do Direito nas varas de família, uma vez que a legislação autoriza que o juiz atue de ofício ou a requerimento do Ministério Público, utilizando-se de profissionais especializados para tanto. Cumpre ressaltar, outrossim, que sua implementação não está restrita aos casos de guarda compartilhada, uma vez que o §4º do artigo 1.584 menciona que há um dever de cumprimento de cláusula também nos casos de guarda unilateral¹⁹⁶.

Procedimentos similares já se encontram regulamentados no ordenamento jurídico brasileiro há um tempo, como exemplo citamos a Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública¹⁹⁷. A norma prevê, em seu artigo 5º, §6º, a possibilidade de os órgãos legitimados à propositura da referida ação¹⁹⁸ proporem aos interessados a assinatura de Termos de Ajuste de Conduta (TAC) para que adequem suas atividades às exigências da lei, assumindo obrigações, sob pena de incorrer em sanções previamente estipuladas no próprio termo, o qual terá eficácia de título executivo judicial¹⁹⁹.

Para garantir a eficácia do plano de parentalidade deve-se abranger as questões de guarda, convivência e assistência, aspectos que norteiam o exercício dos deveres parentais. As questões referentes à guarda, contemplariam as decisões de fundamental importância para o desenvolvimento da prole, ao passo que as questões referentes à convivência, albergariam o direito fundamental à convivência familiar, por fim, as de assistência tratariam das questões de

¹⁹⁶ “§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor” (BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002).

¹⁹⁷ BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 10 jun. 2025.

¹⁹⁸ De acordo com o artigo 6º da Lei 7.347/85, têm legitimidade para propor Ação Civil Pública, seja ela de natureza principal ou cautelar, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, e as associações que atendam aos requisitos estabelecidos pela legislação.

¹⁹⁹ Art. 5º, §6º da Lei 7.347/85 assim dispõe: “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 10 jun. 2025).

sustento, padrão de vida, incluindo as obrigações de providenciar os meios assistenciais para os casos de impossibilidade financeira. Dessa forma, os deveres parentais, constitucionalmente estabelecidos - de assistir, criar e educar - estariam bem delimitados, possibilitando identificar os atos de lesão aos interesses jurídicos da prole e os casos de potencial ou efetivo dano aos bens jurídicos quando descumpridos ou não cumpridos da maneira estabelecida.

No mesmo sentido, Rocha e Macedo (2020, p. 21) entendem que o plano de parentalidade deve ser um documento formal, elaborado com ampla participação dos genitores, devendo conter regulamentação de convivência e de decisões importantes relacionadas à prole, como estudo, atividades extracurriculares, educação religiosa etc. Desse modo, não há como se ter um modelo padrão para o plano de parentalidade, uma vez que deverá levar em consideração as vicissitudes de cada família. Em Catalunha, a apresentação da proposta de plano de parentalidade é uma exigência legal²⁰⁰, cujas diretrizes mínimas encontram-se apontadas normativamente, especificando os compromissos que assumem em relação à guarda, cuidado e educação dos filhos. A norma específica que o plano deve tratar basicamente de assuntos associados ao regime de convivência e decisões sobre questões que envolvam o desenvolvimento da criança²⁰¹.

Do mesmo modo ocorre nos Estados Unidos, onde os “parenting plans” devem abordar as questões relacionadas à guarda (*legal custody*) e à convivência (*physical custody*). O plano de parentalidade sobre o tempo de convivência pode receber nomenclaturas distintas a depender do Estado americano. Alguns agentes do direito recomendam os “time share plans”, os quais

²⁰⁰ “Artículo 233-8. Responsabilidad parental. [...] 2. Los cónyuges, para determinar como deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9” (CATALUÑA. **Ley nº 25, de 29 de julho de 2010**. Del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2010/07/29/25/con>. Acesso em 11 dez. 2024).

²⁰¹ “Artículo 233-9. Plan de parentalidad. 1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. 2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos: a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento. b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos. c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen. d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él. e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia. f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede. g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos. h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos. 3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos” (CATALUÑA. **Ley nº 25, de 29 de julho de 2010**. Del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2010/07/29/25/con>. Acesso em 11 dez. 2024).

são baseados nos estágios de desenvolvimento dos filhos, especificando-se horários adequados de partilha de tempo (Pickar e Kaufman, 2014, p. 118). Os “time share plans” levam em consideração a rotina escolar e a idade da criança, contendo o detalhamento do tempo da custódia física com a prole. Outros doutrinadores utilizam a expressão “physical custody arrangements”, ao se referirem a acordos que dividem o tempo da prole com os pais, considerando que seu objeto é de mais fácil estruturação, por não exigir o aprofundamento em questões de tomadas de decisões, dispensando-se maior contato entre os pais (Steeh e Gould-Saltman, 2014, p. 264).

Lamb e Kelly (2001, p. 367), baseando-se na teoria do apego, compreendem que a regulamentação do tempo, proporcionando maior convivência dos pais com a prole, traz implicações extremamente positivas para o bem-estar dos filhos, pois tanto a relação de apego criança-mãe, como a de criança-pai, são enriquecidas e fortalecidas, proporcionados por uma ampla gama de contextos funcionais e sociais, contribuindo com o aumento da familiaridade entre os membros da família. Para os autores, separações prolongadas colocam os relacionamentos sob estresse, algo que a teoria do apego há muito tempo já apontava.

Pickar e Kaufman desenvolveram estudos sobre planos parentais que envolvem crianças com necessidades especiais, elaborando um modelo de avaliação de risco. Quando os genitores possuem filhos com alguma atipicidade, recomenda-se que o plano de parentalidade seja desenvolvido com apoio técnico-profissional multidisciplinar, pois deve acompanhar o desenvolvimento cognitivo, social e emocional da criança, ao mesmo tempo que proporciona oportunidades de otimização das relações parentais (Pickar e Kaufman, 2014, p. 114). Considerando que é muito comum nos Estados Unidos que os planos contenham cláusulas de “time share”, essas cláusulas podem não estar adequadas à crianças com transtornos psiquiátricos, do neurodesenvolvimento infantil ou que necessitem de cuidados especiais, por isso, os pesquisadores apresentam uma estrutura de análise de fatores de risco e proteção para auxiliarem os profissionais do Direito de Família a estabelecerem planos parentais mais eficazes para esses casos específicos (Pickar e Kaufman, 2014, p. 117-118).

Pesquisadores como Lamb e Kelly (2001, p. 368-369), apesar de receberem críticas por suas colocações, apresentam evidências de que o plano de parentalidade deve conter regulamentação de convivência de crianças com os pais desde a mais tenra idade, incluindo os períodos noturnos, que não devem ser postergados para depois dos três anos de idade. Segundo os autores, as crianças menores se beneficiam de transições frequentes de forma diferente das crianças mais velhas em face da má concepção do tempo que possuem. A postergação para idade superior a três anos seria considerada um fator de risco de ruptura do relacionamento com

o genitor, que precisa ser construído desde cedo com recurso emocionais, sociais, financeiros de curto e longo prazo. Desse modo, a introdução do genitor na rotina infantil, nos cuidados cotidianos, na noção de trabalho e gasto, bem como na aproximação afetiva e troca de experiência, quando assim atender ao melhor interesse da criança, seria fundamental para prevenção do abandono parental.

A regulamentação da convivência é prática que já vem sendo adotada pelas varas de família, contudo, não com tanta cautela e detalhes como ocorre em países estrangeiros. Dias (2016, p. 513) defende que a minuciosidade do regime de convivência deve ser proporcional ao litígio presente entre os genitores, estabelecendo-se dias e horários de forma bastante rígida, a fim de evitar que o acesso à prole fique ao critério de apenas um genitor. No mesmo sentido entende Moraes, Vieira e Bonini (2021, p. 28), para os quais o plano de parentalidade tem o objetivo de melhorar a comunicação e reduzir os conflitos parentais, motivo pelo qual compreendem que menor será o atrito e melhor será a estabilidade na relação paterno-filial, quanto maior for o detalhamento das cláusulas.

A regulamentação de convivência evita que os pais entrem em atrito, uma vez que dispensa profundo grau de comunicabilidade entre os genitores litigantes e pode ser de extrema relevância para os casos de fixação de guarda unilateral. Nessa modalidade de guarda há um potencial risco de lesão aos interesses jurídicos da criança e do adolescente, pois, embora o genitor não guardião não precise se indispor com relação à tomada de decisões sobre o desenvolvimento da prole, poderá interpretar esse “benefício” como isenção da responsabilidade do exercício da parentalidade, configurando um fator de risco para o descumprimento dos deveres parentais. O plano de parentalidade, portanto, se torna imprescindível, para que se deixe fixado o regime de convivência desse genitor, o dever de assistência e o modo como essa assistência será prestada, bem como o dever de fiscalização da tomada de decisão pelo genitor guardião e acompanhamento escolar da prole, sob pena de, não só sobrecarregar o genitor guardião, como também causar danos aos filhos.

Não obstante, a problemática maior consiste na estruturação do plano de parentalidade sobre questões de guarda (*legal custody*), maior objeto de litígio, porquanto envolve a tomada de decisões importantes sobre o desenvolvimento da criança e do adolescente e requer o diálogo entre os genitores. Quando se trata de responsabilidades parentais, Portugal faz uma distinção entre questões de particular importância para a vida do filho, que, como regra, devem ser exercidas de forma compartilhada entre os genitores, e as questões relativas aos atos da vida corrente do filho, que caberão ao genitor que estiver na companhia da criança (Amaral, 2014, p. 242). De acordo com o artigo 1.906º, nº 5 e 8, existe a possibilidade de os pais acordarem

sobre a convivência familiar, cuja aceitação e tomadas de decisões favoreçam amplas oportunidades de contato com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles²⁰².

Nesse sentido, Portugal compreende como guarda o exercício das responsabilidades parentais, relacionados com a possibilidade de tomada de decisão sobre questões de particular importância para o filho, e, quando o genitor não a exercer, no todo ou em parte, lhe assistirá o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício (artigo 1.906º, nº 7²⁰³). Desse modo, a guarda está atrelada ao genitor que residirá com o filho e, embora a legislação tenha avançado no sentido de permitir que ela seja exercida de forma compartilhada, restou a dificuldade de se estipular como se dará essa convivência em residências distintas²⁰⁴, bem como definir o que seria considerado “questão de particular importância”²⁰⁵ e o que seria considerado “atos da vida corrente” (Pinheiro, 2015, p. 336). Apesar de a legislação portuguesa não informar o que seria uma questão de particular importância, o artigo 1.906º, nº 7 pode nos dar um norte ao determinar que o genitor não guardião será informado, sobretudo, a respeito de questões referentes à educação e as condições de vida do filho.

Não há na legislação portuguesa a regulamentação do que conhecemos pela expressão “plano de parentalidade”, contudo, a Lei nº 5/2017, estabelece a possibilidade de os pais, quando em comum acordo, submeterem à Conservatória do Registro Civil proposta de acordo de regulação das responsabilidades parentais e alimentos devidos aos filhos, o qual será submetido ao Ministério Público, que poderá emitir parecer favorável ou desfavorável, neste último caso, sugerindo as alterações, para posterior homologação (Pinheiro, 2015, p. 245-246). Desse modo, existe a possibilidade de os genitores estabelecerem as diretrizes de como se darão

²⁰² “Artigo 1.906º. Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento. [...] 5 - O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro. [...] 8 - O tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles” (PORTUGAL. **Diário da República**, 1966. Decreto-Lei nº. 47344. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em 11 set. 2024).

²⁰³ “Ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho” (PORTUGAL. **Diário da República**, 1966. Decreto-Lei nº. 47344. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em 11 set. 2024).

²⁰⁴ “Perante isso, pode concluir-se que a lei vigente continuou a tradição que atribui primazia, absoluta ou relativa, a um, e apenas um, dos progenitores. Antes essa primazia manifestava-se na consagração da regra do exercício unilateral pleno das responsabilidades parentais. Actualmente, manifesta-se na consagração da regra do exercício unilateral em actos de vida corrente do menor” (Pinheiro, 2015, p. 337).

²⁰⁵ Trata-se de um conceito indeterminado. Porém, para a qualificação de qualquer ato como sendo de particular importância deve optar-se por um critério objetivo em vez de lhe dar a importância subjetiva que lhe é atribuída por um dos progenitores” (Pinheiro, 2015, p. 245)

as deliberações sobre o que consideram questão de particular importância na vida dos filhos, entretanto, isso ocorre em sede de jurisdição voluntária.

Sem embargo, nem sempre as ações que envolvem regulamentação de guarda dos filhos são de jurisdição voluntária, e são nesses casos que o Plano de Parentalidade se apresenta como uma alternativa salutar à proteção da criança e do adolescente. Compreendemos que parte dos litígios em prol da fixação da guarda decorre da confusão que se faz entre guarda e convivência, pois muitos pais acreditam que deixarão de conviver com seus filhos e sofrerão limitação no exercício de sua parentalidade nos casos de fixação de guarda unilateral. Por outro lado, quando a legislação brasileira estabelece que a guarda compartilhada será fixada como regra, essa modalidade de guarda acaba sendo estabelecida sem critérios de razoabilidade no casuístico, o que tem agravado ainda mais o estado de beligerância entre os litigantes, repercutindo de maneira negativa no exercício da parentalidade e no relacionamento familiar.

Assim como no Brasil, alguns Estados dos Estados Unidos adotam a presunção legal da guarda compartilhada (*joint legal custody presumptions*), a exemplo de Idaho, outros, como Connecticut, a presunção decorre da petição dos pais (Steeh e Gould-Saltman, 2014, p. 264), e todos igualmente enfrentam efeitos deletérios desse tipo de procedimento. Não temos o objetivo de apresentar a contraposição dos aspectos positivos e negativos dessa forma de “imposição” de guarda, nosso propósito é demonstrar a contribuição que o Plano de Parentalidade pode ter quando se opta pelo seu estabelecimento.

A fixação da guarda compartilhada presume que ambos os genitores terão autoridade para tomar as decisões que estão relacionadas com o desenvolvimento da prole, compreendendo que deverão entrar em consenso a respeito de assuntos considerados de particular relevância. Sucede-se que, assim como para um genitor, determinado assunto pode ser de particular relevância, para outro pode não ser, por outro lado, compreendendo ambos ser o assunto de particular relevância, podem perfeitamente não entrar em acordo. É nesse momento que não se pode presumir que haverá uma harmonia entre os genitores, pois, em verdade, o que irá acontecer é que a decisão de um genitor será preponderante sobre a do outro, e não sabemos em quais circunstâncias essa preponderância ocorrerá, se mediante violência (física ou psicológica), se mediante alienação parental ou se mediante abuso do direito da autoridade parental, agravando ainda mais a situação de litígio.

Steeh e Gould-Saltman (2014, p. 264) consideram haver menos esforço no estabelecimento de diretrizes para o plano de parentalidade quando se está regulamentando a convivência (*physical custody*), dado que a regulamentação da guarda (*legal custody*) envolverá assuntos futuros relacionados a cuidados médicos, religião e educação, que são difíceis de

mapear, portanto, envolvem tomadas de decisões importantes sobre a vida da criança e do adolescente. Desse modo, para que seja fixada a guarda compartilhada, os autores defendem que alguns critérios precisam ser levados em consideração²⁰⁶, tais como: comunicação eficaz, cooperação e igualdade de poder de negociação, confiança, como as partes comportam-se entre si e o respeito aos limites que são estabelecidos; do contrário, a presunção não passará de mera suposição²⁰⁷.

Nesse sentido, a apresentação de um Plano de Parentalidade em que se regulamente as decisões de particular importância se apresenta como uma solução para a dissipação do litígio, ainda que de forma peremptória. Caso seja uma ação de jurisdição voluntária, caberá aos pais especificarem as questões que consideram importantes para o desenvolvimento da prole, apresentando o modo pelo qual compreendem correto de serem conduzidas, como questão religiosa, escolar, atividades extracurriculares, procedimentos de saúde, lazer, educação, forma de disciplina, condições de imersão em tecnologia e rede social etc. Após parecer favorável do Ministério Público sobre o fato de que o plano de parentalidade atende ao melhor interesse da criança e do adolescente, o Judiciário o homologará. A não apresentação desse plano, ainda que em ação de jurisdição voluntária, potencializa litígios futuros e, conseqüentemente, apresenta-se como um fator de risco à proteção da criança e do adolescente, visto que obstaculiza a função preventiva da responsabilidade civil diante da ausência de regulamentação do exercício dos deveres parentais, como oportunamente analisaremos.

Nas ações de jurisdição contenciosa que tenham por objeto a guarda compartilhada, a apresentação do Plano de Parentalidade se torna imprescindível, cabendo a cada genitor apresentar suas propostas sobre o exercício da parentalidade, devendo contemplar as questões que consideram de particular relevância, apresentando as soluções que compreendem como pertinentes ao melhor interesse da criança e do adolescente, evidenciando os motivos de fato e de direito. Havendo controvérsia sobre determinada questão considerada por ambos os genitores como de particular importância, o juiz poderá valer-se de equipe técnica

²⁰⁶ Steegh e Gould-Saltman (2014, p. 267) entendem que a guarda compartilhada (*joint legal custody*) não deveria ser estabelecida como regra, fruto da presunção da lei, os pais deveriam provar a sua pretensão, sua aptidão para exercer a guarda, e, desse modo, havendo incontroversa acerca da guarda compartilhada, aí sim, deveria haver presunção.

²⁰⁷ “The possibility that one or more of these assumptions are false raises significant public policy questions about the application of joint legal custody presumptions. In other words, if the needs of children vary, or shared decision-making is an area of controversy for parents, or there is risk and detriment to some children, *or* most parents opposing joint legal custody are acting in good faith, *or* imposing joint legal custody on parents will escalate conflict, then the underlying values and logic behind joint legal custody presumptions are called into question” (Steegeh e Gould-Saltman, 2014, p. 265-266).

interdisciplinar para estabelecer as diretrizes de tomada de decisão, sempre com a intervenção do Ministério Público, podendo, valer-se, inclusive, de audiência de mediação.

Steeh e Gould-Saltman (2014, p. 268) recomendam, antes de o juiz decidir sobre um acordo de tomada de decisão ou de fixação de guarda compartilhada, que seja criado um Plano de Parentalidade sobre as tomadas de decisões partilhadas, em que se identifiquem as responsabilidades pelas áreas de decisão, com estabelecimento de protocolos para atribuição do ofício, designando as responsabilidades de cada pai, levando-se em consideração suas aptidões e áreas de conhecimento. Dessa forma, para os autores, essa seria uma forma mais realista e eficaz de incentivar a tomada de decisões de qualidade e estabelecer relações seguras e saudáveis entre pais e filhos após a separação, algo que não advém da imposição legal da guarda compartilhada.

Portanto, a exigência da apresentação de um Plano de Parentalidade, em que se estabeleça a regulamentação do exercício da parentalidade, fixando-se o regime de convivência e deliberando-se sobre as questões de particular importância para os genitores, atende aos anseios daqueles que criticam a fixação da guarda compartilhada como regra, pois questões mais sensíveis e sujeitas ao litígio estaria previamente dirimida, evitando-se os fatores de riscos já apontados quando há a imposição legal. Ademais, seus efeitos espraiam-se para a restauração do equilíbrio da relação paterno-filial, contribuindo para a eficácia diagonal dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Por fim, com um Plano de Parentalidade e os deveres parentais bem definidos, se contribui com a atuação da responsabilidade civil preventiva.

5.2.3 A pena privada: mecanismo inibidor de condutas potencialmente lesivas

Toda intervenção externa no relacionamento familiar deve ser ponderada, de forma a optar-se por meios menos intensos e invasivos, oportunizando-se a retomada espontânea do cumprimento dos deveres parentais, que podem ser incentivadas através de programas de orientação e conscientização dos deveres parentais ou mesmo de aplicação de advertências²⁰⁸. O artigo 129 do ECA prevê medidas aplicáveis aos pais, que vão desde encaminhamentos a programas e cursos de orientação familiar à perda da guarda²⁰⁹, sendo que algumas dessas

²⁰⁸ “Não cabe à sociedade e ao Estado substituir o papel da família, na efetivação dos direitos da criança e do adolescente, mas sim, por meio de ações articuladas, previamente definidas, promovê-la, de modo que possa exercer, dentro de sua esfera de autonomia, da melhor maneira possível, todos os direitos reservados à criança e ao adolescente” (Kreuz, 2012, p. 101).

²⁰⁹ “Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou

medidas podem ser requeridas administrativamente, via Conselho Tutelar²¹⁰. Não obstante, a depender do melhor interesse da criança e do adolescente, as medidas administrativas podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa²¹¹, e, considerando a independência das instâncias penal, civil e administrativa, nada impede a atuação do Poder Judiciário com medidas que visem conter ou estimular comportamentos com o objetivo de prevenir danos aos indivíduos em estado de vulnerabilidade.

Os direitos da personalidade, inseridos nos deveres parentais, requerem comportamentos conforme à norma constitucional, que dispõe sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Posto isto, diante da ameaça de lesão a esses direitos, a responsabilidade civil preventiva não pode ser vista como um mero instrumento acessório da responsabilidade civil, constituindo o seu próprio fundamento. Assim entende Venturi (2014, p. 99), para quem o papel da responsabilidade civil inclui a implementação de mecanismos predispostos a regular condutas humanas, sobretudo as potencialmente causadoras de danos graves e irreversíveis. Como se pode observar, muito mais do que evitar danos, o papel da responsabilidade civil preventiva é incentivar condutas conforme o ordenamento, prevenindo comportamentos socialmente nocivos (Fonseca, 2019, p. 103), “o foco não é o dano, mas o comportamento do agente, sua reprovabilidade pela sociedade” (Rosenvald, 2017, p. 229).

As penas privadas possuem esse objetivo, elas voltam-se para o estímulo do comportamento desejado, alertando o indivíduo que o descumprimento da norma poderá lhe trazer prejuízo, a despeito de ter causado dano a outrem. Farias, Rosenvald e Braga Neto (2021, p. 101) ressaltam que as penas civis, além de desestimular o ofensor à prática de condutas socialmente intoleráveis, de forma reflexa inibe atuações semelhantes por parte dos demais potenciais ofensores que se encontram na mesma situação.

O §1º do artigo 1.584 do Código Civil Brasileiro, prevê a possibilidade de o juiz aplicar sanções pelo descumprimento das cláusulas ajustadas em audiência de conciliação nas ações que versem sobre atribuição de guarda. A lei não especifica a natureza dessas sanções, embora

psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do poder familiar (BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 abr. 2024).

²¹⁰ Artigo 136 do ECA (BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 abr. 2024).

²¹¹ Artigo 99 do ECA (BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 abr. 2024).

o §4º mencione que o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada possa implicar em redução das prerrogativas atribuídas ao seu detentor. Não obstante, o legislador não delimitou as mencionadas sanções à redução das prerrogativas atribuídas ao seu detentor e, considerando o princípio da proteção integral da criança, deve-se contemplar mecanismos que orientem o cumprimento dos deveres parentais, como a previsão de multas.

O mecanismo das multas pode ser compreendido como um instrumento sancionatório indireto, na medida em que objetiva a indução de comportamentos, imprimindo prévia advertência concreta de desvantagem na hipótese de descumprimento, influenciando o agir do destinatário da sanção (Venturi, 2014, p. 321).

Do mesmo modo que são inseridas nos acordos cíveis e consumeristas, judiciais e extrajudiciais, implementar a previsão e aplicação de multas em caso de descumprimento dos deveres parentais é medida que deve ser bem recebida pelos agentes do Direito. Aliado à implementação do Plano de Parentalidade, a inserção de multa previamente designada ao plano, contribuiria para influenciar o agir dos pais, que deverão cumprir o regulamento sobre a tomada de decisão particularmente importante para o desenvolvimento da prole, bem como respeitarão o regime de convivência, sob pena de incorrer na penalidade antecipadamente estipulada pelas partes ou pelo Judiciário.

Esse mecanismo, além de objetivar a aplicação da multa e a apuração do seu valor, está desagregado da prova da culpa, da concretização da lesão ou de sua extensão, e não possui qualquer relação com a compensação de danos. A pena privada é estabelecida em função da conduta que se espera ser praticada e por isso causa um desinteresse na perscrutação do papel do dolo, objetivando a responsabilidade civil, visto que sua função é preventiva e geral, ela age como uma reação não a um comportamento subjetivo, volitivo, mas objetivo, decorrente do descumprimento das cláusulas do plano de parentalidade, ou, na ausência deste, do descumprimento das cláusulas contidas na sentença que fixou os deveres parentais (Rosenvald, 2017, p. 224-225).

Esse mecanismo não é estranho ao Direito de Família, a Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre alienação parental, prevê a possibilidade de o juiz aplicar multa ao genitor que obstaculizar a convivência do outro genitor com a prole ou que pratique atos de alienação parental²¹². Revela-se que a multa igualmente está associada ao direito de convivência

²¹² “Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos

da criança e do adolescentes com seus genitores, e, segundo Madaleno (2022, p. 142) ela pode ser imposta em caso de descumprimento de acordo ou da pontual determinação da convivência.

Em Portugal, o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC) instituído pela Lei 141 de 08 de setembro de 2015, que, dentre outras providências, regula o exercício das responsabilidades parentais e as questões afins, prevê procedimentos específicos para que os pais obtenham acordo para regulação do exercício das responsabilidades parentais, caso contrário, essa regulação ficará à cargo do juiz, após parecer do Ministério Público²¹³, observando-se os interesses da criança. Na sentença se estabelece o regime de visitas e a regulamentação da partilha do tempo entre os genitores, bem como poderá deliberar a quem caberá as questões de particular importância na vida do filho, se somente a um dos genitores ou a ambos (artigo 40º). No caso de descumprimento do acordo ou do que fora estabelecido em sentença, o artigo 41º, nº1, dispõe que o tribunal poderá, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do genitor, aplicar multa até vinte unidades de conta, sem prejuízo da condenação a indenizar a parte lesada²¹⁴.

Vislumbra-se que a aplicação de multa é mecanismo que se impõe nos acordos e sentenças que regulamentam o exercício dos deveres parentais, algo que é defendido, inclusive, por doutrinadores brasileiros (Carvalho, 2019, p. 517). Dessa forma, entendemos que assim como acontece nos acordos de natureza civil ou do consumo, seja de forma extrajudicial ou judicial, a penalidade deve ser estipulada antecipadamente nos planos de parentalidade ou nas sentenças de homologação da regulamentação dos deveres parentais, a fim de cumprir seu papel coercitivo e incitante ao cumprimento dos deveres parentais, em prol da eficácia diagonal dos

a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: [...] III - estipular multa ao alienador” (BRASIL. **Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Consultado em: 12 dez. 2024).

²¹³ PORTUGAL. **Lei nº 141 de 08 de setembro de 2015**. Aprova o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, e procede à primeira alteração à Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, que estabelece o regime jurídico do apadrinhamento civil. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2428A0041&nid=2428&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 13 dez. 2024.

²¹⁴ “Artigo 41º, Incumprimento: 1- Se, relativamente à situação da criança, um dos pais ou a terceira pessoa a quem aquela haja sido confiada não cumprir com o que tiver sido acordado ou decidido, pode o tribunal, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do outro progenitor, requerer, ao tribunal que no momento for territorialmente competente, as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até vinte unidades de conta e, verificando-se os respetivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos” (PORTUGAL. **Lei nº 141 de 08 de setembro de 2015**. Aprova o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, e procede à primeira alteração à Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, que estabelece o regime jurídico do apadrinhamento civil. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2428A0041&nid=2428&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 13 dez. 2024).

direitos fundamentais da criança e do adolescente e da otimização da função preventiva da responsabilidade civil.

5.2.4 A tutela inibitória: instrumento processual complementar à ação preventiva da responsabilidade civil

O aumento significativo das demandas cujas pretensões sejam a condenação a indenização por danos morais decorrentes de abandono parental, evidencia que os deveres parentais precisam ser repensados sob a ótica da responsabilidade civil preventiva, dado que estão intimamente ligados aos direitos da personalidade de seres em desenvolvimento. Isso se justifica pelo fato de que os pedidos de condenação representam a tentativa de compensar danos já concretizados e, quando as vítimas são crianças e adolescentes, isso implica na violação do princípio da proteção integral. Não se pretende, com essa observação, desmerecer a função repressiva da responsabilidade civil, uma vez que se reconhece a importância de se combater os danos já causados, nossa intenção é destacar a importância do combate à ameaça de dano, que requer uma perspectiva preventiva, sobretudo quando esses danos, conforme discutido anteriormente, espraiam seus efeitos para além do tempo presente, atingindo a personalidade do ser humano.

A norma constitucional, ao estabelecer os deveres parentais, reflete deveres jurídicos de proteção, em face da vulnerabilidade da criança e do adolescente, prevenir os danos a esses seres humanos em desenvolvimento é buscar meios que, além de estimular os comportamentos desejados, possa inibir os potencialmente lesivos. Embora não seja uma técnica de proteção imediata e direta contra o dano, a tutela inibitória volta-se para impedir a prática, a continuidade ou a reiteração do ilícito, e é extremamente relevante para proteger os direitos de natureza extrapatrimonial (Venturi, 2014, p. 272). Os deveres parentais visam a proteção da integridade física, psíquica e intelectual da criança e do adolescente, portanto, de natureza extrapatrimonial por integrar seus direitos da personalidade, prevendo o ordenamento jurídico brasileiro instrumentos processuais que façam cessar a ameaça de lesão. Nesse sentido, a tutela inibitória permite prevenir a lesão ou mitigar os seus efeitos, “sinalizando o compromisso do direito com o desestímulo a comportamentos antijurídicos e, fundamentalmente, com a transformação social suscitada pela Constituição Federal” (Rosenvald, 2017, p. 98).

A tutela inibitória é considerada uma técnica instrumental processual complementar à ação preventiva da responsabilidade civil, sendo institutos diferentes sob o aspecto dogmático. De acordo com Fonseca (2019, p. 149), os critérios que a norteia são distintos dos da

responsabilidade civil preventiva, esta fundamenta-se nos princípios da primazia da vítima, da solidariedade social e da prevenção de danos, pune o agente, através de penas privadas ou sanções em face do desprezo à norma protetiva, ou pelo descumprimento das cláusulas pactuadas; já a tutela inibitória, embora igualmente vise a prevenção do dano, utiliza-se de instrumentos, como a ameaça de aplicação de multa, mas fundamenta-se no princípio do meio idôneo e da menor restrição possível do réu, privilegiando a proporcionalidade e o equilíbrio.

O direito processual civil desempenha um papel crucial na proteção dos direitos materiais de crianças e adolescentes, especialmente no que diz respeito a direitos fundamentais relacionados à personalidade. Quando uma norma constitucional é considerada protetora em favor dos vulneráveis, e o direito material estabelece que sua proteção deve ser tratada com máxima prioridade, o direito processual oferece ferramentas que ajudam na prevenção de danos. Isso mostra que apenas indenizar os danos já consolidados não pode ser considerado suficiente, especialmente quando eles são irreparáveis.

A prática de um ato contrário a uma norma de proteção, ainda que não traga dano, exige uma forma de tutela jurisdicional do direito, e por isso, obviamente, não pode ser indiferente ao processo civil. Não há como admitir, no Estado Constitucional, que a única função do processo civil contra o ilícito continue a ser a de dar ressarcimento pelo dano. Num Estado preocupado com a proteção de direitos fundamentais, o processo civil também deve ser utilizado como instrumento capaz de garantir a observância das normas de proteção, para o que a ocorrência de dano não tem importância alguma (Marinoni, 2011, p. 256).

A tutela inibitória volta-se contra o ilícito, antes de voltar-se contra o dano²¹⁵. Fundamenta-se na determinação constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”²¹⁶. Assim, orienta os agentes do Direito a atuarem em prol da prevenção dos danos, muito mais do que da indenização deles. Nesse contexto, o artigo 12 do Código Civil Brasileiro, em prol da tutela dos direitos da personalidade, assegura o direito de se exigir a cessação da ameaça ou da lesão, alinhando-se perfeitamente aos preceitos constitucionais, e o processo civil contempla os instrumentos necessários para satisfação desse direito.

²¹⁵ “Alguém, mais apressado, poderia supor que a distinção entre probabilidade de dano e probabilidade de ilícito não tem repercussão prática. Ora, a possibilidade do uso da ação inibitória, nos casos exemplificados no parágrafo anterior, já seria suficiente para desfazer o equívoco. Contudo, quando se percebe que a matéria da ação inibitória se restringe ao ilícito, verifica-se que o autor não precisa alegar dano e o que réu está impedido de discuti-lo. Bem por isso, o juiz, em tal caso, não pode cogitar sobre o dano e, dessa forma, determinar a produção de prova em relação a ele” (Marinoni, 2022, p. 04).

²¹⁶ Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de fev. 2023).

Marinoni (2022, p. 04) explica que a ação inibitória possui três maneiras de atuar: a primeira, com o objetivo de impedir a prática do ilícito; a segunda, para inibir a repetição, e; a terceira, objetiva inibir a continuação. Todas três, segundo o autor, possuem um problema em comum: o ônus de se provar a ameaça; entretanto, isso não pode ser encarado como um obstáculo para a ação. Na relação paterno-filial, a lesão ao interesse jurídico da prole decorre da conduta que chamamos de abandonica, uma omissão que ameaça o desenvolvimento da prole, isto é, ameaça seus direitos da personalidade. A prevenção dos danos, desse modo, perpassa pelo cumprimento da norma, consubstanciada em uma ação positiva, o “fazer”. Por essa razão, o ilícito não está configurado em um ato comissivo, mas omissivo, corolário lógico, a conduta que ameaça os direitos da personalidade da prole decorre de uma abstenção.

A ação inibitória, nesse sentido, precisa ser compreendida além do aspecto da imposição de uma abstenção, para contemplar a exigência de uma conduta positiva, isto é, exigir um fazer, pois o objetivo é evitar o ilícito, seja ele comissivo ou omissivo (Marinoni, 2022, p. 07). Do mesmo modo que é vedado ao genitor afastar o outro genitor da convivência com a prole, dando ensejo a ordem de abstenção do ato comissivo, igualmente é permitido ao magistrado ordenar que o genitor que se abstém de conviver com a prole passe a conviver com ela, pois há um direito fundamental à convivência familiar da criança e do adolescente que está sendo violado. Esse raciocínio pode ser aplicado aos demais deveres parentais, visto que são decorrentes de normas de proteção de natureza constitucional.

O ordenamento jurídico brasileiro conferiu ao Poder Judiciário meios de se assegurar a prevenção da lesão aos interesses e bens jurídicos da criança e do adolescente, e a violação da norma jurídica de proteção já configura violação de dever positivo (Marinoni, 2022, p. 08). Desse modo, a tutela inibitória possui natureza preventiva, sendo destinada a impedir, de forma imediata e definitiva, a violação de um direito, podendo ser de natureza positiva, quando busca o cumprimento de uma obrigação de fazer, ou de natureza negativa, ao se objetivar uma abstenção, obrigação de não fazer (Nery Júnior e Nery, 2018, p. 1.193).

O legislador processualista contemplou a tutela inibitória nos artigos 497 e 536 do CPC, o primeiro, aplicado à ação de conhecimento, e o segundo, ao cumprimento de sentença. O artigo 497 do CPC autoriza o juiz a, na sentença que julgue procedente uma ação de obrigação de fazer ou de não fazer, conceder a tutela específica ou determinar providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático e equivalente. O artigo 536 do CPC, por sua vez, confere ao magistrado, no cumprimento de sentença, autoridade para agir, por iniciativa própria ou a requerimento, estabelecendo as medidas necessárias para garantir o cumprimento do

direito vinculado a uma obrigação de fazer, podendo valer-se das medidas que julgar necessárias, dentre elas, imposição de multa²¹⁷.

Nery Júnior e Nery (2019, p. 1.362) entendem que o objetivo do legislador é buscar a satisfação da tutela como prioridade ao invés de resolver a obrigação em perdas e danos, e, para tanto, utiliza-se de um rol meramente exemplificativo para buscar o resultado prático ou equivalente à tutela pretendida, podendo utilizar-se de medidas que considerar apropriadas ou sugeridas pela própria parte interessada. Nesse contexto, a condenação do genitor em perdas e danos deve ser alternativa a ser escolhida somente nos casos em que a exigência do cumprimento dos deveres parentais já não se faça mais possível, isto é, quando extinto o poder familiar, ou quando as medidas judicialmente aplicadas já se tornaram ineficazes.

Por outro lado, considerando as vicissitudes da relação paterno-filial, as medidas interventivas para o cumprimento dos deveres parentais, ao mesmo tempo que precisam ser eficazes, não podem ser extremas, de forma a tornar ainda mais litigiosa a relação. Carvalho (2016, p. 515-516) ressalta que a aplicação das *astreintes* não deve ser interpretada como o único meio eficaz para obrigar o genitor a cumprir com os deveres parentais, relembrando que o ECA (art. 98, II e art. 100) recomenda que as medidas a serem aplicadas em prol da proteção da criança e do adolescente devem levar em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários²¹⁸. Outrossim, o artigo 213 do ECA contempla medidas com natureza inibitória quando se trata dos interesses da criança e do adolescente, preceituando que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Alguns, como Dias (2016, p. 532), defendem a imposição de *astreintes* para coagir o cumprimento dos deveres parentais, sobretudo os relacionados ao direito de convivência da criança e do adolescente, do mesmo modo Pereira (2023, p. 425), para quem a multa funcionará

²¹⁷ “A norma autoriza o juiz a impor multa por tempo de atraso, para que se faça cumprir a determinação do magistrado no sentido de tornar efetiva a tutela concedida. É mais uma alternativa para a efetividade do processo, com natureza jurídica de execução indireta. Vale notar que, ao contrário do CPC/1973 461 § 5.º, o CPC 536 § 1.º não fala explicitamente na multa por tempo de atraso, limitando-se a mencionar “multa”. Pode ser que a intenção do legislador tenha sido a de englobar a multa diária que constava do CPC/1973 461 § 4.º, ou ainda tenha dado ao juiz maior liberdade para estipular a fixação de uma pena pecuniária que se adapte ao caso concreto com maior precisão” (Nery e Nery Júnior, 2019, p. 1.362).

²¹⁸ Os estudos de Sá (2010, p. 85-87) apontam que os casos de delinquência infantil decorrem da privação emocional que passaram na fase de desenvolvimento, e os níveis de prevenção podem ser estabelecidos em uma ordem: primária, secundária e terciária. “Sob o enfoque psicológico, pode-se dizer que a prevenção primária da delinquência identifica-se com programas amplos de assistência à saúde do lar e da família, de programas amplos que visem o desenvolvimento afetivo, sexual, social e profissional das crianças, adolescentes e jovens. Já sob um enfoque bem mais amplo a prevenção primária da delinquência identifica-se com a própria garantia dos direitos fundamentais da criança, do adolescente, do jovem e das pessoas em geral” (Sá, 2010, p. 86).

como instrumento de pressão ao genitor omissivo. Outros, como Amaral (2018, p. 252), defendem que o Poder Judiciário não pode obrigar um genitor a conviver com seus filhos contra a sua vontade, do mesmo Pereira (2021, p. 425), que compreende que a multa processual, *astreintes*, deve ser considerada uma sanção diante do fato de não ter como obrigar alguém a conviver com outra pessoa.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a multa, decorrente da tutela inibitória, jamais poderá ser interpretada como uma punição para alguém que não pode ser compelido a cumprir com uma obrigação não prevista no ordenamento jurídico, uma vez que ela está diretamente associada a um direito material existente²¹⁹, portanto, só há possibilidade de se promover a tutela positiva ou negativa de uma obrigação previamente existente, do contrário, não há previsão legal para a imposição da multa. Por outro lado, o dever de convivência, como já estudado, está previsto na Constituição como direito fundamental da prole, portanto, é decorrente de uma norma protetiva, e a norma se tornaria inócua se não houvesse a possibilidade de se exigir o seu cumprimento. Portanto, havendo dever de convivência familiar, reverso ao direito fundamental da criança e do adolescente, há o direito de se obter a tutela satisfativa deste, e a tutela inibitória é um desses instrumentos.

No entanto, embora o ECA, do mesmo modo que o CPC, contemple a aplicação de multa (art. 213, §2º), alguns aspectos precisam ser pontuados no caso de sua aplicação na relação paterno-filial. Deve-se observar, primeiramente, se já houve prévia estipulação da pena privada no plano de parentalidade ou no regime de convivência estabelecido pelo Poder Judiciário, pois, embora não seja vedada a cumulação das duas multas, que possuem naturezas distintas, o descumprimento dos deveres parentais a despeito da multa previamente fixada, já demonstra que ela perdeu sua essência, que seria a de incentivar os comportamentos esperados. Nesse contexto, a cominação de uma segunda multa, agora de natureza processual inibitória, igualmente seria ineficaz. Ademais, quando se trata de família com baixo poder aquisitivo, a imposição de uma multa se torna inidônea.

Assim sendo, a tutela inibitória vai além da fixação de multa por descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ela permite ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar quaisquer outras medidas necessárias para a obtenção da tutela específica, ainda que mediante resultado prático equivalente (Marinoni, 2021, p. 481). O ECA, no artigo 88, elucida diretrizes

²¹⁹ “Contudo, quando é o próprio direito material que exige um dever positivo para proteger um direito, a violação da regra deixa ver que um ilícito omissivo foi produzido, e assim, que um fazer, necessário para a prevenção, deixou de ser praticado. Nesse caso, quando se requer, com base na legislação processual, a observância do fazer, exige-se o cumprimento do dever, imposto pela norma, para a prevenção do direito” (Marinoni, 2022, p. 08).

que devem orientar os magistrados, as partes e o Ministério Público na promoção da tutela preventiva dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Kreuz (2012, p. 107) sustenta que o abandono começa na família, do mesmo modo que se deve começar as medidas de apoio e de transformação, com assistência e incentivo dos pais ou de outros familiares. Do mesmo modo, os magistrados, as partes e o Ministério Público, podem valer-se das medidas pertinentes aos pais e responsável estabelecidas no artigo 129 do ECA, determinando, dentre outros, o encaminhamento dos pais a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, a tratamento psicológico ou psiquiátrico, a cursos ou programas de orientação.

Desta forma, compreende-se o papel fundamental dos entes federativos, órgãos, autarquias e sociedade como todo, para a concretização do artigo 227 da CF, através da criação e promoção de programas que busquem a tutela dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que possam influenciar direta ou indiretamente na eficácia diagonal dos direitos fundamentais da prole na relação paterno-filial, contribuindo para a prevenção da lesão aos interesses e bens jurídicos dos seres humanos em estado de vulnerabilidade, viabilizando a implementação da tutela processual inibitória.

6 CONCLUSÃO

Viajar é um verdadeiro privilégio que os seres humanos podem desfrutar, principalmente para crianças. Elas criam expectativas para o dia da viagem, imaginam o local do destino, escolhem a roupa que vão viajar, os brinquedos que vão levar para lhes fazer companhia, preparam-se para arrumar as malas... Em verdade, não se dão conta da responsabilidade que permeia o planejamento de uma viagem em família com êxito. Porém, o mais interessante de se viajar com uma criança é a ansiedade externada através da clássica pergunta no início do percurso: “já estamos chegando?”. Quando o percurso é longo, e o meio de transporte nos permite, o ideal é dirimirmos a ansiedade da criança mostrando-lhe as paisagens pelo caminho, as transformações do espaço geográfico e as diversidades culturais que lhes são apresentadas, esse procedimento pode contribuir para expressivos registros em sua memória afetiva, muito mais do que o fato de chegar no destino.

Do mesmo modo é a experiência obtida através de uma pesquisa científica. Há uma responsabilidade que permeia o seu desenvolvimento com êxito, parte-se de um problema, se prepara um projeto com objetivos, hipóteses e metodologia a ser utilizada, todavia, mais importante do que concluir a pesquisa é aprender durante o caminho percorrido. Não se pode deixar que a ansiedade para se alcançar as conclusões retirem a importância dos momentos desfrutados durante a colheita das informações. Nesse sentido, a pesquisa foi norteada por um problema: como operacionalizar os deveres parentais a partir da função preventiva da responsabilidade civil? No entanto, muito mais do que encontrar respostas a esse problema, foi de extrema importância a exposição dos fundamentos apresentados no percurso que nos levou às conclusões.

O estudo da relação paterno-filial partiu da sua associação com os direitos fundamentais da criança e do adolescente que compõe esse vínculo. Diante da constatação da assimetria presente nessa relação, não se compreendeu adequado utilizar-se a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como fundamento para a operacionalização dos deveres parentais, uma vez que a relação paterno-filial é caracterizada pela concentração de poder parental de um lado e pela vulnerabilidade da filiação do outro lado, e, quanto maior o grau de disparidade, mais chances de violação dos direitos fundamentais, aumentando a necessidade de intervenção do Estado.

Nesse sentido, verificamos a viabilidade, através do diálogo entre fontes, da importação da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais para a relação paterno-filial, pois, embora a teoria seja aplicada nas relações trabalhistas, os mesmos elementos que autorizam sua

implementação nesse ramo do Direito, se fazem presentes na relação parental que integra o Direito de Família. A aplicabilidade da teoria alcança os agentes do direito, que buscarão meios para, fundamentados nos direitos fundamentais da criança e do adolescente, equilibrar a relação jurídica privada em favor dos seres humanos em desenvolvimento, o que não significa suprimir o poder parental, mas moderá-lo de modo a proteger os direitos fundamentais da prole.

Essa percepção abre os horizontes para a constatação de que a lesão aos direitos fundamentais da criança e do adolescente na relação paterno-filial não pode ser algo tolerável, fazendo-se necessária a assunção de uma perspectiva preventiva. Portanto, a prevenção dos danos à criança e ao adolescente perpassa pela regulamentação da relação paterno-filial, e a responsabilidade civil preventiva, na medida em que atua como uma ferramenta poderosa de condutas humanas e de garantia de coesão social (Rosenvald, 2017, p. 97), foi considerada um instrumento jurídico propício na implementação da prevenção da lesão aos direitos fundamentais na relação paterno-filial.

O Direito de Família possui princípios próprios, como da proteção integral da criança e do adolescente, motivo pelo qual os deveres de proteção que dele derivam ganham proporções ainda mais expressivas, considerando que o bem jurídico tutelado pertence a um ser humano em desenvolvimento. As condutas, não apenas dos sujeitos integrantes das relações familiares, mas dos próprios agentes do Direito, devem revestir-se de caráter precaucional, não tolerando-se lesões aos bens jurídicos desses seres humanos em formação, os quais são objeto de tutela integral do Direito.

A pesquisa nos revelou a inexistência de um estudo específico sobre o conteúdo dos deveres parentais, algo que tornava extremamente árduo o caminho a ser percorrido pela criança e adolescente no pleito pela concretização de seus direitos fundamentais. A realidade brasileira revelou uma discussão doutrinária e jurisprudencial em torno da possibilidade ou não de compensação pelos danos decorrentes do que ficou amplamente conhecido por abandono afetivo da prole.

A problemática se apresentou de forma mais contundente, pois, de um lado revelou-se que grande parte da doutrina brasileira, para garantir a punição dos genitores que se omitiam em suas responsabilidades parentais, concebiam o afeto revestido de um caráter objetivo, traduzido em condutas de cuidado com a prole que deveriam se dar durante a vigência do poder familiar. Demonstrou-se que muitos doutrinadores se apoiavam em decisões isoladas da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, argumentando que os deveres parentais se traduziriam em um dever de cuidado da prole, cujo descumprimento ensejaria a responsabilidade civil para compensar os danos morais sofridos. No entanto, ao se realizar um

levantamento das decisões do STJ, cujo objeto era “abandono afetivo”, revelou-se que não há uma consolidação de entendimento do Tribunal a respeito da tese, pelo contrário, a Quarta Turma do Tribunal não compreende que há um dever jurídico de cuidado afetivo em nosso ordenamento jurídico, sustentando que o dever parental se reveste apenas de obrigações de cuidado material da prole.

Como resultado, vislumbramos algumas conclusões prévias que nos incitaram a continuar a pesquisa: primeira, tanto doutrina como jurisprudência não nos apresenta uma compreensão adequada do que constituem os deveres parentais; segunda, embora a Terceira Turma do STJ compreenda que o dever parental é revestido de um dever de cuidado (sem fundamentar de forma satisfatória o que ele representa), instituiu inúmeros requisitos para que a vítima tenha êxito em seu pleito de compensação pelos danos que considerou serem de natureza moral; terceira, a Quarta Turma compreende que o dever parental reveste-se objetivamente na obrigação de cuidado material e não afetivo.

Diante desse cenário, vislumbrou-se que o foco da discussão doutrinária e jurisprudencial brasileira precisava ser alterado, desviando-o para a compreensão do conteúdo dos deveres parentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro para, assim, buscar a sua operacionalização a partir de uma perspectiva preventiva da lesão ao bem jurídico tutelado. Contribuir para que a discussão esteja voltada a encontrar meios de garantir o cumprimento dos deveres parentais, nos levou a atinar soluções que tornaram mais concreta a viabilização da compensação dos danos que não se conseguiu evitar.

A identificação do conteúdo dos deveres parentais partiu do entendimento dos deveres jurídicos de proteção e da concepção de deveres fundamentais (deveres reversos dos direitos correspondentes) constantes nas normas constitucionais, mas a concretização dos deveres parentais exigiu a compreensão do bem jurídico da prole que é tutelado pelo ordenamento. Como o Código Civil não evidenciava esse bem jurídico de forma tão clara, o diálogo com a fonte do Código Penal foi providencial para se identificar quais bens jurídicos eram tutelados para que os genitores respondessem penalmente pelo crime de abandono da prole. Não seria razoável que um genitor ou uma genitora respondesse penalmente pela omissão no cumprimento de certos deveres parentais, mas civilmente não fosse considerado omissor pela violação dos mesmos bens jurídicos. Identificou-se um dever fundamental de assistência à prole, e a omissão em cumprir esse dever foi caracterizada como conduta abandonica, tanto na esfera penal, como na cível. Contudo, na esfera cível, fez-se necessário fazer alguns aprofundamentos, os quais perpassavam pela identificação das espécies de assistência

integrantes dos deveres parentais, a fim de se verificar se a conduta abandônica civil poderia ser associada à expressão “abandono afetivo”.

Vislumbrou-se que a conduta abandônica civil foi associada pelo legislador brasileiro à perda do poder familiar como sanção, e a gênese do poder familiar se encontra na Constituição Federal, especificamente em seu artigo 229, que expressa ser dever dos pais: assistir, criar e educar seus filhos. Portanto, assistir, criar e educar a prole constitui o núcleo dos deveres parentais, suplantando a concepção de um dever exclusivamente associado a uma provisão material, uma vez que notadamente alberga aspectos extrapatrimoniais do vínculo existente entre pais e filhos.

Nesse sentido, realizou-se uma análise das condutas contempladas pelos deveres de assistir, criar e educar a prole, e constatou-se que tais deveres, além de serem personalíssimos, são diretamente correlatos à proteção dos bens jurídicos integrantes dos direitos da personalidade da criança e do adolescente: integridade física, integridade psíquica e integridade intelectual, respectivamente. Portanto, o ato omissivo no cumprimento do dever parental não poderia ser conhecido como “abandono afetivo”, mas como “abandono parental”, cujas espécies seriam: abandono assistencial, abandono convivencial e abandono intelectual, a depender do bem jurídico diretamente atingido.

O afeto, não deixa de ser elemento importante nas relações familiares, entretanto, não foi identificado como um dever parental, mas como um postulado para a interpretação e aplicação dos deveres parentais. Isso nos permite afastar a controvérsia sobre a existência ou não da obrigação de amar, bem como redirecionar a discussão para a prevenção dos danos decorrentes da conduta abandônica da prole. Passou a ser necessário estudar instrumentos que operacionalizassem o cumprimento dos deveres parentais, e, inevitavelmente, contribuiu-se para a identificação dos atos potencialmente lesivos ou que estariam violando diretamente os bens jurídicos tutelados.

Diante dos fundamentos encontrados no percurso da pesquisa, constatou-se que, de acordo com a própria Constituição, os deveres parentais são considerados de natureza personalíssima, constituindo-se verdadeiros deveres de proteção dos direitos da personalidade da criança e do adolescente, portanto fundamentais, sobretudo a esses seres presumidamente vulneráveis. Desse modo, compreendeu-se a importância de se categorizar os danos decorrentes da inobservância desses deveres de proteção.

A concepção naturalista de dano, como demonstrada através do levantamento doutrinário e jurisprudencial ao longo da pesquisa, se mostrou insuficiente e até mesmo contrário ao contexto axiológico constitucional que irradia os princípios a todo o ordenamento

jurídico. Fundamentou-se em Leal (2017, p. 174-175), por sustentar que a não definição do termo “dano” na sistemática brasileira nos remete a uma cláusula geral, viabilizando que o agente do direito o defina diante da subsunção. Desse modo, a concepção do dano normativo se apresenta como um dos caminhos para o estabelecimento da responsabilidade civil preventiva, pois, diante da ameaça de lesão ao interesse da criança e do adolescente pelo simples descumprimento de um dos deveres parentais, submete-se à prole a um estado injusto de danosidade.

Por outro lado, compreendeu-se que o temor assumido pela jurisprudência, de permitir a intervenção da responsabilidade civil na relação paterno-filial, seria apenas um subterfúgio encontrado por aqueles que confundem o dano à pessoa com as suas consequências, e por essa razão, se mostram reticentes em reprimir a conduta potencialmente lesiva. Nos filiamos à corrente doutrinária que defende que o dano extrapatrimonial deve ser considerado um gênero, do qual o *dano moral em sentido estrito* encontra-se inserido como espécie, juntamente com outras categorias denominadas de “novos danos” (Leal, 2017, p. 181).

O descumprimento dos deveres parentais obstaculiza a realização dos interesses jurídicos da prole, interferindo no desenvolvimento de seres humanos vulneráveis, atingindo a construção do seu ser, sua essência, gerando dano de ordem existencial à vítima. Essa categorização contribui para o afastamento da abstração da recorrente discussão em torno da configuração ou não dos danos morais decorrentes de abandono afetivo, uma vez que torna objetiva a identificação do bem jurídico ameaçado e as consequências prospectivas do dano à existência da pessoa, ao seu projeto de vida, à sua vida em relação aos seus genitores.

O dano moral em sentido estrito, decorrente do abandono parental, por sua vez, passa a ser identificado de forma mais objetiva, vez que resultante da violação ao dever de convivência da prole com os genitores (direito considerado fundamental pelo artigo 227 da CF). Essa conclusão foi obtida, sobretudo após os estudos de Martins-Costa (2014, p. 7084-7086). Partindo dos ensinamentos da autora, identificou-se os danos morais consecutivos do abandono parental como aqueles que atingem os bens ligados ao *ser humano biológico*, associados à vida e à saúde do indivíduo. A integridade psíquica e emocional da criança e do adolescente é diretamente atingida ao sofrer o abandono parental, sobretudo o de natureza convivencial, justamente em face desse atingir diretamente a integridade psíquica do indivíduo em formação. Portanto, comprovado o abandono convivencial, a prova de seus efeitos danosos é *in re ipsa*, logo, não há que se falar em ausência de amor ou da imprescindibilidade de prova pericial da lesão, argumentos encontrados e apontados em alguns julgados do STJ.

Com a identificação do conteúdo dos deveres parentais e os interesses jurídicos tutelados e violados, passou-se a analisar os instrumentos de prevenção dos danos apontados. Como premissa para estudo do Plano de Parentalidade, optamos por fazer um corte metodológico a fim de demonstrar a importância da compreensão da diferença entre os institutos da guarda e convivência, os quais demonstrou-se serem utilizados por alguns doutrinadores como sinônimos. Essa diferenciação é de extrema importância para mitigar os litígios entre os genitores e ratificar a concepção de que o direito de convivência da prole com seus pais não está condicionado ao exercício da guarda. Esse aspecto é crucial para um bom desenvolvimento do Plano de Parentalidade e o estímulo ao cumprimento dos deveres parentais.

Como forma de instrumento de prevenção de danos e estímulo a adoção de condutas parentais legalmente exigíveis, recorreu-se ao Direito Comparado, com ênfase no ordenamento de Catalunha e dos Estados Unidos da América, que contemplam a previsão normativa de Planos de Parentalidades, contendo regulamentos específicos sobre o modo como os genitores pretendem exercer seus deveres parentais em caso de criação da prole. As normas estrangeiras exigem que os pais esclareçam, de acordo com as especificidades de cada família, como os direitos da criança e dos adolescentes serão preservados diante do fato de os genitores não estarem em comunhão plena de vida. Demonstrou-se que esse instrumento pode ser implementado no Brasil a partir da legislação civil vigente, algo que não afasta a possibilidade de regulamentação mais detalhada (o que entendemos ser de extrema importância), podendo ser aproveitado, inclusive, a tramitação do projeto de alteração do atual Código Civil Brasileiro²²⁰.

Foi sugerido que, em uma situação que possa prejudicar os direitos da criança e do adolescente, evidenciada através da omissão ou abuso parental, se ofereça ao pai ou à mãe a chance de retomar, de forma espontânea, o cumprimento regular de seus deveres. Para isso, poderiam ser aplicadas medidas como a implementação de programas de orientação e conscientização, além da aplicação de advertências, conforme previsto na legislação do ECA. Como alternativa à ineficácia do instrumento administrativo que oportunizou o cumprimento espontâneo dos deveres parentais, defendeu-se que os planos de parentalidade podem prever sanções em caso de descumprimento das obrigações assumidas diante do Judiciário. Isso seria possível a partir da interpretação do §1º do artigo 1.584 do CC a luz do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, seguindo os mesmos fundamentos da multa legalmente

²²⁰ Projeto de Lei nº 4 de 2025 (Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>. Acesso em 08 abr. 2025).

estabelecida pela Lei 12.318/2010. Como exemplo do que ocorre em Portugal, no RGPTC instituído pela Lei 141 de 08 de setembro de 2015, que, dentre outras providências, regula o exercício das responsabilidades parentais e as questões afins.

Por derradeiro, em caráter subsidiário e, sempre que as medidas de incentivo administrativas não lograrem êxito, apontamos a tutela inibitória como instrumento processual complementar à ação preventiva da responsabilidade civil, uma vez que se volta contra o ilícito antes de voltar-se contra o dano. Como a pesquisa demonstrou que os deveres parentais estão assentados na proteção dos direitos da personalidade da criança e do adolescente, com fulcro no artigo 12 do Código Civil Brasileiro, que assegura a cessação da ameaça ou da lesão a esses direitos fundamentais, o instrumento processual serve como ponte para se alcançar a tutela desses direitos, pois confere ao Poder Judiciário a autoridade para agir, por iniciativa própria ou a requerimento, estabelecendo as medidas necessárias para garantir o cumprimento do dever, podendo valer-se das medidas que julgar necessárias, dentre elas, imposição de multa.

Todos esses instrumentos apontados encontram-se previstos em nosso ordenamento jurídico e precisam ser utilizados pelos agentes do Direito em prol da prevenção dos danos aos seres humanos em formação. As pretensões de compensações de danos não podem ser vistas como meio eficaz de promoção do cumprimento dos deveres parentais, sobretudo quando os julgados nos revelam que ainda há posições contrárias a aplicação da responsabilidade civil repressiva na relação paterno-filial e, aqueles que defendem sua aplicação, construíram verdadeiras muralhas a serem transpostas pelas vítimas do abandono parental.

O estudo dos deveres parentais nos permite compreender que os direitos da prole não se resumem a cuidados materiais, envolvem aspectos diretamente associados ao dever de promover o desenvolvimento físico, psíquico e intelectual do ser humano em formação, portanto, direitos da personalidade considerados fundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, a questão dos deveres parentais vai além da dicotomia entre ser ou não possível a intervenção da responsabilidade civil repressiva nas relações familiares, isso só contribui para obscurecer a compreensão de que os deveres parentais são passíveis de serem operacionalizados. Nesse sentido, mais do que apenas apoiar a viabilidade de reivindicar a compensação por danos resultantes do abandono parental, é essencial identificar as condutas exigidas por lei para o cumprimento dos deveres dos genitores, assegurando a exigência de comportamentos que estejam diretamente ligados a deveres de proteção estabelecidos na Constituição.

O cenário que se buscou apresentar, ou porque não dizer modificar, é o de que a criança e o adolescente, assim como nas prestações alimentícias, não precisam esperar o decurso do

tempo e o agravamento da lesão para poder exigir o cumprimento do dever parental, podendo-se utilizar de instrumentos preventivos e eficazes para afastar a ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado, sobretudo quando se trata de direitos fundamentais ao desenvolvimento do ser humano. Os agentes do Direito precisam olhar para o ordenamento jurídico e visualizar um arcabouço concreto de instrumentos e institutos eficazes para garantir a restauração do equilíbrio na relação paterno-filial, a partir da concepção de que não são somente os genitores que possuem direitos em face dos filhos, mas, sobretudo, estes (seres vulneráveis) possuem direitos em face daqueles.

O destino de chegada, após um longo percurso de viagem, nem sempre corresponderá às expectativas adquiridas no decorrer do caminho. Mas o que é o destino final senão uma nova jornada a ser vivida? Como criança que experencia uma viagem árdua e longa, procuramos fazer do trajeto uma oportunidade para desbravarmos lugares sob perspectivas ainda não vividas, e o compartilhamento da experiência é o que dá sentido à viagem concluída, todavia, preservaremos a consciência de que ela está longe de ser o fim do trajeto.

REFERÊNCIAS

- AINSWORTH, Mary D. Salter. **Attachments Beyond Infancy**. American Psychologist Association. v. 44. Nº. 4. 1989, p. 709-716. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglcfeindmkaj/https://terapia.co.uk/wp-content/uploads/2021/01/Ainsworth-Attachments-Beyond-Infancy.pdf>. Acesso em 25 jul. 2024.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade civil no direito de família: angústia e aflições nas relações familiares**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com o Código de Processo Civil (2015). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; CUNHA, Critine Helena; AMARAL, Jéssica Maria Sousa Gurgel do. A eficácia diagonal dos direitos fundamentais como uma limitação ao poder empregatício: uma análise da aplicação do princípio da não discriminação na fase pré-contratual das relações de emprego. **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social**, São Paulo, v. 211, n. 46, p. 253-268, maio/jun. 2020.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito da Família e das Sucessões**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001.
- ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. **Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo**. Curitiba: Juruá, 2016.
- ANTUNES, Henrique Sousa. Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil: propostas de reforma do código civil português. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco (Coord.). **Desafio da Responsabilidade Civil**. São Paulo: JusPodivm, 2019.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROS, Fernanda Otoni de. Um pai digno de ser amado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BASTOS, Eliene Ferreira. **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.
- BOWLBY, John. **Uma base segura: aplicações clínicas da teoria do apego**. Tradução: Marcos Vinícius Martim da Silva. Porto Alegre: Artmed, 2024.

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: responsabilidade objetiva**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021. v. 3.

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 45/2023**. Altera o art. 1.589 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a convivência dos menores com pessoas com as quais possuem vínculo afetivo. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2230971&filenome=PL%2045/2023. Acesso em: 11 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 571, de 26 de agosto de 2024**. Altera a Resolução CNJ nº 35/2007, que disciplina a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5705>. Acesso em: 09 dez. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 12 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm. Acesso em: 9 dez. 2024.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm >. Acesso em: 10 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4/2025**. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>. Acesso em: 08 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo em Recurso Especial nº 2179024/RJ** (2022/023480702). Recorrente: R. A. DA S. Recorrido: J. L. N. DE B. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 15 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://processo.s.tj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=178205176&num_registro=202202348072&data=20230217&tipo=0. Acesso em: 02 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.198.105/RJ** (2010/0111457-4). Recorrente: F. C. DE B. R. Recorrido: M. C. D. R. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 1 de setembro de 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001114574&dt_publicacao=14/09/2011. Acesso em: 03 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.887.697/RJ** (2019/0290679-8). Recorrente: A. M. B. P. DE M. Recorrido: M. G. P. DE M. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 21 de setembro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902906798&dt_publicacao=23/09/2021. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 2038760/RJ** (2022/0212032-3). Recorrente: A. M. V. D. M. Recorrido: M. L. M. S. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 6 de dezembro de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202120323&dt_publicacao=09/12/2022. Acesso em: 09 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 514.350/SP** (2003/0020955-3). Recorrente: R. A. DA S. Recorrido: J. L. N. DE B. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 28 de abril de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300209553&dt_publicacao=25/05/2009. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 492.243/SP** (2014/0065381-8). Agravante: T. C. G. B. Agravado: R. B. R. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 5 de junho de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400653818&dt_publicacao=12/06/2018. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.270.784/SP** (2018/0072605-1). Recorrente: Andre Franca da Silva. Recorrido: Jose Ribeiro de Mendonça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de agosto de 2012. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1170622&num_registro=201103061740&data=20120906&formato=PDF. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 766.159/MS** (2015/0209174-1). Recorrente: J. P. N. (MENOR). Recorrido: E. L. DE D. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 18 de junho de 2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1516725&num_registro=201502091741&data=20160609&formato=PDF. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.159.242/SP** (2009/0193701-9). Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.087.561/RS** (2008/0201328-0). Recorrente: R. A. DE M. Recorrido: P. A. A. DA S. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 17 de junho de 2017. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802013280&dt_publicacao=18/08/2017. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.298.576/RJ** (2011/0306174-0). Recorrente: Manoel Lima dos Santos Cunha. Recorrido: Antonio Lopes Da Silva Cunha. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de agosto de 2012. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1722405&num_registro=201800726051&data=20180615&formato=PDF. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.374.778/RS** (2013/0039924-3). Recorrente: R. O. Recorrido: R. A. M. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 18 de junho de 2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1416569&num_registro=201300399243&data=20150701&formato=PDF. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.493.125/SP** (2014/0131352-4). Recorrente: Maria Augusta Gallassi. Recorrido: Arivaldo Germano Galassi. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1488493&num_registro=201401313524&data=20160301&formato=PDF. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.557.978/DF** (2015/0187900-4). Recorrente: R. A. F. D. Recorrido: Á. F. D. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 18 de junho de 2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.579.021/RS** (2016/0011196-8). Recorrente: D. C. P. C. Recorrido: O. A. C. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19 de outubro de 2017. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613362&num_registro=201600111968&data=20171129&formato=PDF. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 757.411/MG** (2005/0085464-3). Recorrente: V. DE P. F. DE O. F. Recorrido: A. B. F. (MENOR). Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2114211&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1981131/MS** (2022/0009399-0). Recorrente: J. P. M. Recorrido: E. M. DE A. M. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 8 de novembro de 2022. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200093990&dt_publicacao=16/11/2022. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 1000938-80.2020.5.02.0006**. Relator: Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence. Brasília, 7 de junho de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#212c518331c07f4a62d0ed81b71bed8e>. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). **Agravo em Recurso de Revista 1001331-74.2020.5.02.0468**. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 28 de junho de 2024. Disponível em:

<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2d968472cb39c013f8112b0b05b1f129>. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). **Recurso de Revista 10316-19.2018.5.15.0125**. Relator: Ministro Alberto Bastos Balazeiro. Brasília, 28 de junho de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2d968472cb39c013f8112b0b05b1f129>. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). **Agravo em Recurso de Revista 1001112-69.2019.5.02.0606**. Relator: Ministro Alberto Bastos Balazeiro. Brasília, 21 de junho de 2024. Disponível em:

<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2d968472cb39c013f8112b0b05b1f129>. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1.045.273**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755543251>. Acesso em: 06 nov. 2024.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial 2. São Paulo: Atlas, 2016. v. 3.

_____. **Direito Penal**: parte especial 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Internacional human rights law**. Strasbourg, 2012.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Todo dano é indenizável? In: ROSENVALD, Nelson (Coord). **Responsabilidade civil**: novas tendências. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2018.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CASSETTARI, Christiano. A responsabilidade civil de quem não registra filhos. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil**: novas tendências. 2. ed. São Paulo: Foco, 2018.

CATALUÑA. **Ley nº 25, de 29 de julho de 2010**. Del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2010/07/29/25/con>. Acesso em: 11 dez. 2024.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVICCHIA, Durllei de Carvalho. O desenvolvimento da criança nos primeiros anos de vida. In: UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA; UNIVERSIDADE VIRTUAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Caderno de Formação**: Formação de Professores: Educação Infantil: princípios e fundamentos. São Paulo: Cultura Acadêmica, Unesp - Pró-Reitoria de Graduação, Univesp, 2010. v. 1. p. 13-27. Disponível em: <https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/224/1/01d11t01.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2024.

CEDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. **Il risarcimento del danno esistenziale**. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. Tradução de Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr, 2011.

_____. De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana. **Latin American Legal Studies**, v. 3, p. 1-28, 2018.

CORRÊA, Marcos José Gomes. Direitos Humanos: concepção e fundamento. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). **Direitos humanos**: fundamento, proteção e implementação. 1. ed., 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. v. 2.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 7, n. 32, p. 37, 2005.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CRUZ, Elisa. A vulnerabilidade de crianças e adolescentes: propostas de tratamento jurídico. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEDA, Vitor (Coord.) **Vulnerabilidade e suas dimensões jurídicas**. Indaiatuba: Foco, 2023.

DAL COL, Helder Martinez. Dever jurídico e direitos da personalidade. **CD-ROM Juris Síntese Millennium**, n. 36, jul./ago. 2002. Porto Alegre: Síntese. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7490-7489-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2024.

DALBEM, J. X.; DELL'AGLIO, D. D. Teoria do apego: bases conceituais e desenvolvimento dos modelos internos de funcionamento. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, v. 57, n. 1, p. 12-24, 2005. Disponível em: <http://www.psicologia.ufrj.br/abp/>. Acesso em: 25 jul. 2024.

DEUTCH, Sinai. Are Consumer Rights Human Rights?. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 32, n. 3, p. 550-551, 1995. Disponível em: http://www.ohlj.ca/archive/articles/32_3_deutch.pdf. Acesso em: 18 jun. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres Fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodvium, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

DURÁN, 2002, p. 85 apud RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EIDE, Asbjørn. Economic and Social Rights as Human Rights. In: EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights: a textbook**. 2. ed. Dordrecht: London: M. Nijhoff, 2001.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo. **Revista Jurídica**, n. 304, fev. 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.

FARIAS, Cristiano Chave de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, Aline Klayse dos Santos. **Responsabilidade Civil: do dano à danosidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FORST, Rainer. **Justificación y crítica**. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2015.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 22, n. 2, p. 243-254, 2011. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/4211>. Acesso em: 28 nov. 2024.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2.

GONZAGA, João Bernardino. Do crime de abandono de abandono de família. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 55, n. 374, p. 20-27, 1966. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/169091>. Acesso em: 09 abr. 2024.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 77, p. 177-184, jan./dez. 1982. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950/69560>. Acesso em: 02 abr. 2024.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário**. 2011. 138 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara; DELGADO, Mário Luiz. Direito de Família na atualidade: o afeto em visão interdisciplinar. In: **Direito privado contemporâneo: estudos dedicados a Zeno Veloso**. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 41, n. 151, 2021.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. Tradução de Denilson Werle et al. São Paulo: UNESP, 2012.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Aspectos jurídicos da relação paterno-filial**. São Paulo: Carta Forense, 2005.

_____. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KONDER, Carlos Nelson. A vulnerabilidade de crianças e adolescentes: propostas de tratamento jurídico. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEDA, Vitor (Coord.) **Vulnerabilidade e suas dimensões jurídicas**. Indaiatuba: Foco, 2023.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito a convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

LAMB, Michael E.; KELLY, Joan B. Using the empirical literature to guide the development of parenting plans for young children: a rejoinder to Solomon and Biringer. **Family Court Review**, v. 39, n. 4, p. 365-371, Oct. 2001. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.174-1617.2001.tb00618.x>. Acesso em: 11 dez. 2024.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Dano moral: (re)configuração de um conceito. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord); SANTANA, Ágatha Gonçalves (Org.). **Responsabilidade civil no século XXI e a construção do direito de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. Dano normativo ou de conduta pela violação de normas de proteção. In: ROSENVALD, Nelson (Coord). **Responsabilidade civil: novas tendências**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2018.

LIFRIERI, Rosita. Il diritto del minore a ricevere amore. **Actualidad Jurídica Iberoamericana**, n. 12, p. 762-777, feb. 2020. Disponível em: https://idibe.org/wp-content/uploads/2020/08/25._Rosita_Lifrieri_pp._762-777.pdf. Acesso em: 04 nov. 2024.

LIMA, Taisa Maria Macena. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Conferência Magna: Princípio da solidariedade familiar. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6., 2007, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2024.

_____. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

_____. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6903>. Acesso em: 27 jun. 2024.

LÓPEZ, Pamela Prado. **Reparación del daño moral ocasionado por el empleador al trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo**. 2005. Tese (Magíster em Derecho) - Universidad de Chile, Santiago, 2005. Disponível em:

https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106777/prado_p.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 05 jul. 2024.

MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Manual de direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**: curso de processo civil. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Tutela inibitória (e tutela de remoção do ilícito). 2022. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/32958687/TUTELA-INIBITORIA-E-TUTELA-DE-REMOCAO-DO-ILICITO-libre.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2024.

MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando Rodrigues. Danos Qualificados Constitucionalmente e a Formação da Norma de Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito da Responsabilidade Civil. In: GUERRA, Alexandre; MARTINS, Fernando Rodrigues; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Da estrutura à função da responsabilidade civil**: uma homenagem do instituto de estudos de responsabilidade civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Foco, 2021.

MARTINS-COSTA, J. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 19, n. 19, 2017. DOI: 10.22456/0104-6594.71527. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71527>. Acesso em: 28 jun. 2024.

MENESES, Beatriz Hilário Toscano; NASCIMENTO, Maria Letícia Lima; NEWTON, Paulla Christianne da Costa. Teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais em salvaguarda das relações trabalhistas. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, n. 19, 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Parte geral, t. 5.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 29, 2014. DOI: 10.17808/des.29.295. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295>. Acesso em: 4 nov. 2024.

_____. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONCADA, Luis Cabral de. **Lições de direito civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. v. 2.

NOVAIS, Jorge Reis. Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. **Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09012014-135648/publico/Flavio_Beicker_Mestrado_Dissertacao_Deveres_Protecao.pdf. Acesso em: 27 jan. 2025.

OLIVEIRA, Luiz Fernando de; MOREIRA, Mauro Sérgio de Souza; SOUZA, Kelvys Louzeiro de. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas sob o enfoque das teorias horizontal e diagonal: da formulação teórica à aplicabilidade judicial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. DOI: <http://dx.doi.org/10.14393/RFADIR-50.2.2022.54335.422-453>. Acesso em: 09 jan. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito das Famílias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015.

PICKAR, Daniel B.; KAUFMAN, Robert L. Parenting plans for special needs children: applying a risk-assessment model. **Family Court Review**, v. 53, n. 1, p. 113-133, Jan. 2015. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/fcre.12134>. Acesso em: 11 dez. 2024.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTUGAL. **Lei nº 141, de 08 de setembro de 2015**. Aprova o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, e procede à primeira alteração à Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, que estabelece o regime jurídico do apadrinhamento civil. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2428A0041&nid=2428&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 13 dez. 2024.

PREIS, Marco Antônio. Teoria dos Deveres Fundamentais: contributos para a conscientização dos direitos e deveres básicos do cidadão. **Revista Científica** [recurso eletrônico], Brasília, n.

1, 2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/index/index>. Acesso em: 10 jan. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de Direitos Humanos**: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

ROSEVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Por uma tipologia dos danos extrapatrimoniais. In: GUERRA, Alexandre; MARTINS, Fernando Rodrigues; ROSEVALD, Nelson (Coord.). **Da estrutura à função da responsabilidade civil**: uma homenagem do instituto de estudos de responsabilidade civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Foco, 2021.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: comentado artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SACKS, Adam. How long does child custody court take in Florida? SACKS & SACKS, 2024. Disponível em: <https://sacksandsackslaw.com/how-long-child-custody-court-take-florida/>. Acesso em: 11 dez. 2024.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental**: acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

SANTANA, Ágatha Gonçalves. Conceituação e autonomia do dano existencial no Brasil. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.); SANTANA, Ágatha Gonçalves (Org.). **Responsabilidade civil no século XXI e a construção do direito de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, Romualdo Batista dos. **A tutela jurídica da afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A Constituição Concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Paulo Sérgio Modesto da; VIANA, Meire Nunes; CARNEIRO, Stania Nágila Vasconcelos. O desenvolvimento da adolescência na teoria de Piaget. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0250.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

SILVA, Melissa Restel de Carvalho. Eficácia diagonal dos direitos fundamentais nas relações de emprego: uma perspectiva à luz da reforma trabalhista. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 23, n. 2, 2019.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 95, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.06.PDF. Acesso em: 10 jan. 2024.

SOUSA JUNIOR, Jeferson Soares de. O efeito diagonal do direito fundamental à segurança e à saúde no trabalho e a vulnerabilidade do trabalhador como justificantes ontológicas da inspeção do trabalho no Brasil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 86, n. 2, abr./jun. 2020.

STEEGH, Nancy Ver; GOULD-SALTMAN, Dianna. Joint legal custody presumptions: a troubling legal shortcut. **Family Court Review**, v. 52, n. 2, p. 263-270, Apr. 2014. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/fcre.12089>. Acesso em: 11 dez. 2024.

STEINER, Renata Carlos. **Interesse positivo e Interesse negativo**: a reparação de danos no direito privado brasileiro. 2016. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/T.2.2016.tde-20082016-121314. Acesso em: 26 jun. 2024.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. Proteção dos Direitos Fundamentais e Democracia. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). **Direitos Humanos**: desafios contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material**. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIEIRA, Marcelo de Mello. **Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar**. 2. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

ZENO, Simm. Os direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 11, 2005.