A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar

Erik F. Gramstrup[1]

Fernanda Tartuce[2]

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Configuração do abuso de poder familiar. 3. Consequências da violação do poder familiar e caráter pedagógico. 4. Responsabilidade dos pais por abusos no poder familiar: casuística. 5. Enquadramento da responsabilidade por abuso de poder familiar: responsabilidade objetiva, subjetiva ou *sui generis*? 6. Excludentes de responsabilidade civil: situações-limite. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais.

Autonomia e responsabilidade: vivemos um tempo em que tais valores destacam-se intensamente na vida social, volta e meia revelando fortes paradoxos. Se por um lado afirma-se buscar liberdade e independência, por outro se reconhece que quem causa dano precisa, integral e efetivamente, reparar as lesões. A isso se deve acrescer a peculiaridade da família, unidade formada pelo afeto, a atrair soluções, em matéria de responsabilidade civil, que nem sempre seguem a mesma toada do direito de danos em geral.

A vida familiar, nesse cenário, não tem sido fácil. Ante tantos apelos externos gerados pela atraente autonomia, como viver de forma satisfatória as relações familiares considerando os limites naturalmente advindos do cuidado com os filhos? Como atuar para disciplina-los se a ideia de responsabilidade é uma realidade invocada por tantos – às vezes até mesmo pelas crianças? Qual o limite entre disciplinar e abusar? Quem deve estabelecer esse limite?

Muitos vivenciaram épocas em que tudo parecia mais simples: os pais disciplinavam os filhos com olhares severos, repreensões verbais e mesmo alguns castigos físicos... os filhos pareciam entender – ou precisavam fazê-lo. Hoje se rejeita a violência: há um reconhecimento explícito de valores como integridade psicofísica e dignidade, de sorte que crianças e adolescentes precisam ser comunicadas, entender o que acontece e ser disciplinadas com moderação. Algumas situações-limite, no entanto, exigirão comentários e atenção.

---

[1] Doutor e Mestre em Direito. Professor da PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) e do programa de Mestrado e Doutorado da FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo). Juiz Federal.

[2] Doutora e Mestre em Direito Processual pela USP. Professora no programa de Mestrado e Doutorado da FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo). Professora e Coordenadora de Processo Civil na EPD (Escola Paulista de Direito). Membro do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e do CEAPRO (Centro Avançado de Estudos de Processo). Advogada orientadora do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto (Direito/USP). Mediadora e autora de obras jurídicas.

Como se percebe, o tema trabalha as fronteiras entre as searas pública e privada, demandando detida reflexão sobre intrincados elementos.

2. Configuração do abuso de poder familiar.

O poder familiar (outrora dito "pátrio-poder") configura-se na atualidade como poder-dever. De um lado, é o exercício reconhecido de um direito potestativo (para os que reconhecem neste uma espécie de "situação jurídica ativa", do gênero mais impreciso "direito subjetivo") [3]. De outro, consiste no preenchimento de uma série de deveres pessoais e obrigações de caráter patrimonial.

A parentalidade responsável é diretriz importante, sendo contemplada em expressa previsão constitucional[4]. O reconhecimento contemporâneo de que a base da família é o afeto leva à consequência lógica de que este também deve estar presente no exercício dos poderes e deveres inerentes à parentalidade. Esta, porém, pode acabar sendo exercida de modo indevido, sendo imperioso reconhecer que o poder-dever pode ser objeto de abuso tanto quanto qualquer outra situação jurídica ativa.

O abuso do poder familiar pode ser caracterizado, inicialmente, na esfera maior do abuso de "direito". Esta última expressão, em realidade, diz menos do que pretende: pode-se abusar, a rigor, de qualquer situação jurídica – pretensões, poderes, personalidade jurídica e até mesmo de direitos fundamentais (como ocorre no abuso do direito de concorrência - abuso do poder econômico - e com o direito de ação e defesa - litigância de má-fé). Portanto, abuso de "direito" é uma categoria geral do sistema e da ciência jurídica, contando com aplicação particular no caso do abuso do poder familiar.

Uma definição razoavelmente satisfatória do abuso de direito advém de nosso direito positivo, que a exprime pelo emprego anormal da posição jurídica em questão e pelo desvio de finalidade. Essa definição leva em conta o pressuposto de que os institutos jurídicos têm finalidades parciais, concordantes com as finalidades gerais do ordenamento e que seu desvio implica em ilícito, no sentido mais alargado do termo. Tanto é assim que o Código Civil de 2002 afastou-se do conceito estreito de ato ilícito do seu congênere de 1916: ilícito é tanto o ato culposo que resulta em dano para alguém, como também o ato que excede os limites da normalidade (art. 187).

Aplicando essas premissas a nosso tema, pode-se extrair que o abuso do poder familiar compreende as situações em que os detentores daquele poder-dever excedem as balizas socialmente esperadas de sua atuação e desviam-se das finalidades jurídicas associadas à sua condição de pais. Podemos incluir aqui todos aqueles que ocupam posições juridicamente assemelhadas: guardiões, tutores e curadores. Como a potencial atuação desses "custodes" foi ampliada a ponto de reconhecer-se no seu bojo a presença de uma "família substituta", podem eles também incorrer em abuso de poder, similar em tudo ao tipo que nos ocupa.

---

[3] A respeito das situações jurídicas ativas, vide Giuseppe LUMIA, *Principios de teoria e ideologia del derecho*. Madrid: Debate, 1993, p. 91-111.

[4] Nos termos do artigo 226, §7º, da CF, "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

Vale destacar, porém, que o tema reserva dificuldades ao intérprete em termos de aferição dos limites; como bem pondera Rolf Madaleno,

> "no abuso do direito a pessoa justamente excede as fronteiras do exercício de seu direito, sujeitando-se às sanções civis, que passam pelas perdas e danos aferíveis em dinheiro. Existe uma linha tênue entre o abuso do direito (art. 187 do CC), e o abuso do poder familiar (art. 1.630 do CC), sendo difícil e arriscado generalizar seus diagnósticos, pois cada situação exige um detido exame e talvez seu único denominador em comum seja que, de uma maneira ou de outra, em todas as hipóteses de abuso sempre estará sendo comprometido o bem-estar psíquico e o interesse do menor"[5].

3. Consequências da violação do poder familiar e caráter pedagógico.

Como bem pondera Giselda Hironaka, a responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consistindo "principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade"; há "uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal do pátrio poder[6]".

Ao pesquisar decisões sobre o tema, é comum encontrar decisões que reconhecem, como efeito da violação dos deveres parentais, a suspensão do poder familiar**.** Como exemplos, em causas julgadas pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, genitoras que abandonaram filhos tiveram suspenso o poder familiar; em um caso o filho abandonado tinha tenra idade[7], enquanto em outro, mais grave, a mãe deixou cinco filhos com o ex-companheiro (que acabou molestando a mais velha, então com 12 anos[8]).

---

5 MADALENO, Rolf. O custo do abandono afetivo. Disponível em http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943. Acesso 02 dez. 2014.

6 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno - filial. IN: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). Direito e responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 31.

7 Eis a ementa da decisão: APELAÇÃO CÍVEL. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. ART. 1.637 DO CÓDIGO CIVIL E ART. 22 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES. CONFIGURADO. PRIMAZIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. RECURSO IMPROVIDO. 1. A prova constante nos autos é indene de dúvidas de que a genitora abandonou a incapaz, desde tenra idade, assumindo, dessa forma, uma postura contrária aos deveres inerentes ao poder familiar, o que acarreta sua suspensão, conforme o estabelecido no art. 1.637 do Código Civil. 2. Outrossim, em casos semelhantes, envolvendo direito de guarda, deve preponderar o melhor interesse da criança e do adolescente. 3. Recurso conhecido e improvido. (TJES; APL 0900730-73.2008.8.08.0012; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Telemaco Antunes de Abreu Filho; Julg. 11/03/2013; DJES 27/03/2013)

8 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ELEMENTOS QUE COMPROVAM O ACERTO DA DECISÃO A QUO. QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DO PODER. MENORES SOB A GUARDA PROVISÓRIA DE FAMÍLIA EXTENSA. ARTIGO 1.637 DO CÓDIGO CIVIL. SITUAÇÃO DE RISCO. VERIFICADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Nos termos do artigo 1.637 do CC, "se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida de lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. "2. In casu, não há como negar a situação de vulnerabilidade das 05 (cinco) crianças, com idades que variam entre 03 (três) e 13 (treze) anos, tendo em vista que a Agravante, genitora dos menores, saiu de casa há mais de 02 (dois) anos, deixando-os com seu ex companheiro, oportunidade na qual o referido senhor passou a molestar sexualmente a filha mais velha, então com 12 anos de idade, a qual, apesar de registrada como filha do réu, não possui vínculo biológico com o mesmo o que impõe o reconhecimento do acerto irretratável da decisão proferida no 1º Juizado da Infância e da Juventude do Juízo da Serra/ES. 3. Muito embora deva ser priorizado o convívio da criança com sua família natural, necessário se faz a verificação das condições para tanto, e, no presente caso, a própria genitora agravante reconhece que não possui condição de cuidar de seus filhos, razão pela qual, pugna pela entrega dos mesmos em instituição de acolhimento para seu abrigamento até o final da ação de Destituição do Poder Familiar. Ocorre que, é inquestionável o fato de que o melhor para as crianças é que permaneçam aos cuidados da família extensa e não numa instituição de acolhimento, até ulterior determinação do Juízo. 4. De acordo com as provas carreadas aos autos, neste recurso de cognição sumária, não resta dúvida acerca do acerto da decisão de

Além de abandono, há crianças que também sofrem maus tratos pelos genitores, que igualmente podem ter suspenso o poder familiar[9].

Também é possível encontrar casos de destituição do poder familiar ante a violação dos deveres inerentes à parentalidade. Em causa apreciada pelo Tribunal maranhense, a mãe queria levar o filho para a Espanha; reconhecida a ausência do pai na vida do filho pela falta de assistência material e afetiva, o genitor teve destituído o poder familiar[10].

Ao ler tais decisões, vêm à mente algumas questões: seu resultado é profícuo em termos didáticos? Genitores que atuaram indevidamente em relação aos filhos são "punidos" com a suspensão e/ou perda do poder familiar ou acabam sendo "premiados" com a liberação do vínculo? Como fica o caráter pedagógico das decisões? Outros genitores que queiram se "libertar do jugo" da parentalidade responsável podem acabar se espelhando em pais que perderam o poder familiar, atuando de modo nefasto para obter a liberação?

Essas questões são importantes e merecem atenção redobrada. A efetividade no acesso à justiça demanda respostas aptas a produzir resultados eficientes e coerentes, prestigiando quem necessitou ir à justiça e desestimulando a renitência dos violadores[11].

Em alguns casos percebe-se que a situação de abuso é levada à esfera criminal: quando o castigo corporal é usado como instrumento de abusos em termos de violência e castigo, pode-se entender configurada a extrapolação[12] do *jus corrigendi*, sendo o genitor condenado pelo crime de maus–tratos[13].

---

primeiro grau que suspendeu o poder familiar da Agravante e seu ex companheiro, colocando os menores sob a guarda provisória de família extensa. 5. Recurso conhecido e não provido. (TJES; AI 0025692-04.2013.8.08.0048; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Subst. Délio José Rocha Sobrinho; Julg. 25/03/2014; DJES 02/04/2014).

9 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. ABANDONO E MAUS TRATOS. COMPROVAÇÃO. HIPÓTESE EXTINÇÃO CONFIGURADA. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. O poder familiar compete, em princípio, aos pais. A suspensão deste é excepcional e o art. 1.637 do Código Civil de 2002 elenca as hipóteses legais que permitem a medida extrema. Demonstrado nos autos o abandono e maus tratos à criança, mister decretar a suspensão do poder familiar relativamente aos seus genitores. (TJMG; APCV 1.0517.08.008082-6/002; Rel. Des. Fernando Caldeira Brant; Julg. 02/05/2013; DJEMG 09/05/2013).

10 O precedente recebeu a seguinte ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR COM PEDIDO LIMINAR. ABANDONO DA CRIANÇA PELO PAI BIOLÓGICO CONFIGURADO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. UNANIMIDADE. 1. A genitora da criança reside na Espanha e deseja ter seu filho consigo, mas encontra óbices, pois o apelado é ausente na vida do filho, não o assistindo nem materialmente. 2. Suspensão do poder familiar com fundamento no disposto nos seguintes dispositivos legais: inciso II do art. 1638 do CC, art. 1637 do CC, art. 227 da CR/88, artigos 18 e 70 do ECA. 3. O genitor, ora apelado, em nenhum momento assumiu seus deveres de pai, dando sequer assistência afetiva à criança. Informações dos autos dão conta que o menor sempre esteve na companhia ou da mãe ou da avó materna. 4. Os documentos colacionados aos autos, o depoimento das testemunhas e o parecer produzido por equipe especializada demonstram que a genitora da criança é quem melhor demonstra condições financeiras e psicológicas para exercer o poder familiar, devendo referido poder ser destituído do pai biológico, como garantia dos princípios da proteção integral, do melhor interesse da criança e do adolescente e da garantia de prioridade previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. 5. Apelação conhecida e provida. Unanimidade. (TJMA; Rec 0002375-66.2010.8.10.0002; Ac. 127755/2013; Quinta Câmara Cível; Relª Desª Maria das Graças de Castro Duarte Mendes; Julg. 15/04/2013; DJEMA 22/04/2013).

11 TARTUCE, Fernanda. Violação de ordem judicial, redução da multa e efetivo acesso à justiça. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em 08 dez. 2014.

12 Eis trechos de decisão proferida pelo Tribunal cearense: "2. Ora se afirma que o pai batera no filho porque este não quis almoçar, ora porque não quis tomar banho, ou, ainda, porque, por ser o genitor evangélico, não teria gostado de ver o filho dançando no pátio do bloco onde moram. 3. Percebese do material constante dos autos a sinalização de um propósito particular no comportamento do acusado, o qual se alinha em consonância com a figura típica do crime de maustratos, considerando a virtual intenção disciplinadora do agente. Tal constatação remete à competência do Juízo de Direito da 6ª Unidade do Juizado Especial Cível e Criminal de Fortaleza para o processamento e julgamento da causa" (...) (TJCE; CJ 080290804.2013.8.06.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Gomes de Moura; DJCE 29/04/2014; Pág. 108).

Por outro lado, pode-se compreender que a situação não demanda condenação. Em Santa Catarina, um pai foi processado por ter castigado seus filhos: o menor, de três anos, foi empurrado, caiu e sofreu hematomas na cabeça, enquanto o outro, de seis anos, levou palmadas. Apesar de haver provas sobre o perfil agressivo do genitor mesmo enquanto habitava com as crianças, ele foi absolvido em primeira instância, tendo sido a decisão mantida em segundo grau pelos seguintes (principais) fundamentos:

> "... embora seja questionável a utilização de violência física na educação de crianças e adolescentes, a verificação do delito de maus-tratos se dá pela efetiva exposição da vida e da saúde da vítima ao perigo.
> Saliente-se, a lei não pretende determinar os corretos meios de correção e disciplina, já que tal compreensão perpassa aspectos não apenas culturais, como também sócio-econômicos e emocionais, porém, a legislação tem o dever de punir os excessos e abusos decorrentes da discricionariedade existente durante o processo de educação.
> Por tais razões, ainda que se afigure uma atitude reprovável, entende-se não ter havido abuso por parte de A. na utilização do meio de correção aplicado, contra seus filhos, pois a saúde e a vida das vítimas não foram expostas a perigo. Tampouco há prova do necessário dolo, qual seja, a vontade consciente de maltratar o sujeito passivo de modo a expor-lhe a perigo a vida ou a saúde[14]".

Como se percebe, na esfera criminal a resposta à agressividade dos pais pode variar muito, sendo difícil identificar em tal seara um espaço de boas referências pedagógicas para pais que abusam. Ao ponto, vale perquirir: a responsabilidade civil pode se prestar a tal mister?

4. Responsabilidade dos pais por abusos no poder familiar: casuística.

Em nossas considerações precedentes, dois pilares foram assentados: a) a jurisprudência tem associado a responsabilidade parental com situações que implicam em suspensão ou perda do poder familiar, por conta do que questionamos se essa sanção seria a mais adequada em cada hipótese; b) o abuso de poder familiar é uma espécie do gênero abuso de direito (abuso de situação jurídica), sendo este na verdade uma categoria de teoria geral do direito. É hora de detalharmos uma e outra situação, procedendo a uma casuística.

A legislação civil elenca as situações em que o titular do poder-familiar pode ser afastado ou excluído. Tais situações ligam-se potencialmente à responsabilidade civil, sendo agora consideradas conjunturas ligadas ao castigo imoderado, ao abandono e a atos contrários à moral ou aos bons costumes.

Em relação ao castigo imoderado, não se chegou tão longe a ponto de excluir dos pais (e figuras assemelhadas) o poder disciplinar sobre os filhos. Entende-se hoje que não inclui a "correção" lastreada em

---

13 TJRS, Terceira Câmara Criminal, Apelação Crime. Nº 70024010993, Relator Desembargador José Antônio Hirt Preiss , Julgado em 14/08/2008.

14 TJSC; ACR 2013.077019-0; Descanso; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Volnei Celso Tomazini; Julg. 08/04/2014; DJSC 14/04/2014; Pág. 463.

agressão física[15], mas ainda se concebe a possibilidade de impor certas frustrações, como a retirada de privilégios, folguedos, recursos etc. No entanto, o poder disciplinar deve ser exercido dentro dos limites da normalidade e sem desvio de finalidade. Portanto, o castigo não-físico mas cruel, de acordo com as concepções sociais vigentes, implica em abuso indenizável do ponto de vista do direito de danos.

A essa situação extrema deve ser acrescida outra, não tão óbvia: a do castigo imposto não como meio de corrigir a conduta ou de formar o caráter do filho, mas como instrumento de descarga de sentimentos negativos, como a ira ou a frustração. É uma hipótese lastimável, mas que não pode ser ignorada pelo operador do direito. O desvio de finalidade típico do abuso é evidente na ação paterna ou materna tendente a extravasar os sentimentos precitados, sem a correspectiva intenção de beneficiar os filhos com o aprendizado de condutas pessoal e socialmente virtuosas. Compreenda-se bem o que estamos dizendo: sentimentos humanos existem e não se quer dizer que os pais não estejam sujeitos à tensão, ao temor, ao *stress* e assemelhados, sendo claro que no momento de corrigir os filhos, tais fenômenos psicológicos podem aflorar. O que não se considera legítimo é a imposição de "disciplina" – e cabem aspas aqui – unicamente por ira, irritação, frustração, é dizer, com o fim jurídico evidentemente desviado. Os filhos não são propriedade dos pais, mas alvo do "dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente" (art. 18, Lei n. 8.069/1990).

O abandono, a rigor, configura um ato ilícito no sentido tradicional (ato doloso ou culposo) quando se está diante de falta de assistência pura e simples. No entanto pode-se considerar uma alternativa atenuada consistente na omissão eventual de cuidados morais, afetivos e pedagógicos. A conduta continuada e/ou extrema de desarrimo equivaleria ao abandono a ponto de justificar a perda do poder familiar; se ocasional ou atenuada, poderia ser tomada em linha para efeito de responsabilidade civil.

Em relação a atos contrários à moral ou aos bons costumes, cabem aqui considerações análogas às do item anterior. A prática ou a exposição dos filhos a atos imorais, escandalosos ou reiterados pode resultar na perda do poder familiar. Em situações menos extremadas, porém, pode-se indagar da responsabilização dos titulares daquele poder.

Outros exemplos podem enriquecer este elenco, ainda muito restrito; vejâmo-los.

O direito ao respeito à criança ou ao adolescente previsto no art. 17 da Lei n. 8.069/1990 pode ser violado de forma direta ou indireta. No primeiro caso, por exemplo, como decorrência de agressão física ou atentado moral; no segundo, por atos mais sutis que implicam em abuso da situação de proximidade familiar. A brincadeira aparentemente inocente ou a divulgação nociva ("fofoca") são modos de abusar da situação de convivência e contiguidade física de que se poderia cogitar para fim de reparação do dano, quando ocorrer.

Os filhos de união dissolvida pelo divórcio podem sofrer alienação parental, um delito civil expressamente reconhecido como tal em nosso Direito Positivo. Eles podem, igualmente, ser vitimados por atos mais sutis e indiretos, como a consulta médica marcada sem necessidade bem no horário da visita; a

[15] A Lei n. 8.069/1990 passou a proibir expressamente o castigo físico por força doo art. 18-B (inserido pela Lei n. 13.010/2014). Portanto a imposição dessa modalidade é ato ilícito puro e simples no sentido tradicional; o abuso surgiria na imposição anormal de outra espécie de castigo.

expressão de pontos de vista negativos que, sem chegar a alienar o outro genitor, impliquem em ansiedade ou demérito de sua imagem para o filho... Também nestes casos, assim como naquele mais extremo da alienação, não está *a priori* excluído o remédio da reparação civil; este pode ser utilizado para indenizar não só o genitor prejudicado, como também a própria criança ou adolescente em questão.

A adoção inconsequente (com posterior arrependimento) é uma recorrência incômoda do cotidiano dos envolvidos na colocação da criança e do adolescente em família substituta. Também aqui se vislumbra uma hipótese de abuso de direito; a diferença está em que a adoção encontra-se na raiz genética do poder familiar, de sorte que não há abuso deste em sentido próprio, mas de uma posição jurídica que levaria a ele.

Outro caso de interesse é o da recusa abusiva de autorização para viajar. Nossa legislação explicita os casos e formas em que tal autorização é exigível. Em resumo, criança não pode viajar para fora da comarca que reside sem a companhia de pessoa legitimada por lei ou na ausência de autorização judicial; criança ou adolescente não pode viajar ao exterior sem estar na companhia dos pais ou responsáveis ou ainda sem estar na companhia de um deles e autorizado pelo(s) outro(s)[16]. Uma forma de abuso do poder familiar seria a recusa dessa autorização, quando cabível, sem um motivo proporcionado ou adequado. Afinal, a própria exigência resulta de finalidades programadas pelo Ordenamento: proteção à pessoa da criança ou adolescente; evitar situações em que possam ser injustamente privados da companhia dos pais ou responsáveis... Destarte, a autorização visa ao melhor interesse de crianças e adolescentes, não aos interesses exclusivos dos titulares do poder de autorizar. É possível cogitar hipótese em que a autorização seja negada por capricho, resultando em abuso de poder indenizável, havendo dano.

Não custa também referir a recusa injusta para a autorização de casamento. Há simetria entre esta situação e a anterior: o poder de autorizar casamento existe em função do interesse do filho, mais que dos pais. É claro que a recusa caprichosa está sujeita ao suprimento judicial, mas, ainda assim, dela pode resultar prejuízo sujeito a ressarcimento, caso comprovado.

Há, por fim, hipótese tão característica no Código Civil que merece citação literal:

> Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
> Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Da literalidade do dispositivo, retira-se que a consequência nele cogitada é a suspensão do poder familiar (e não exclusão, de que já tratamos acima). Outro ponto é de suma importância: o art. 1.637 em referência reconhece expressamente a possibilidade de o pai ou a mãe "abusar de sua autoridade". Em

---

16 O plural se deve ao fato de que há decisões judiciais reconhecendo a multiparentalidade.

seguida trata de ilícitos diretos contra a pessoa ou os bens dos filhos, mas permite ao exegeta enxergar a alternativa mais sutil, de abuso (excesso e desvio de finalidade).

A tutela nomeadamente elencada é a de urgência e natureza preventiva (isto é, a medida "reclamada pela segurança do menor e seus haveres", adequada à peculiaridade do caso, e até a "suspensão do poder familiar"), mas não haveria porque excluir de plano a indenização dos danos já consumados, seja por delito evidente, seja por abuso de poder familiar.

Os exemplos acima considerados são extensíveis, no que couber, aos demais exercedores de autoridade e cuidados sobre a criança e o adolescente. Veja-se o que sucede com a tutela: o tutor nada mais é que componente de uma família substituta. Sua autoridade e poderes são semelhantes, hoje, ao dos pais em relação ao órfão.

Verdade que, receosa de que a afinidade com o pupilo não seja tão grande quanto aquela que se verifica na família natural, a lei cercou a tutela de inúmeras cautelas: (a) possível fiscalização por um protutor; (b) autorização judicial para certos atos e proibição apriorística de outros; (c) prestação periódica de contas e ao final da gestão. Mas nenhum desses cuidados controverte com o fato de que a extensão dos poderes do tutor é ampla e quase igual a dos pais: pelo contrário, a própria lei assevera que, além das competências expressas, o tutor deve "adimplir os demais deveres que também cabem aos pais" (art. 1.740, III, Código Civil). Assim, é tranquilo o seguinte corolário: o tutor pode abusar da autoridade de modo semelhante ao dos pais e ser responsabilizado civilmente por tal abuso, embora a lei só se refira expressamente ao ato ilícito de sentido tradicional, cometido com "dolo ou culpa" (art. 1.752, Código Civil). Quanto à curatela, não é demais recordar que seu conteúdo é aparentado ao da tutela[17].

A guarda é considerada situação provisória, preparatória da tutela ou da adoção, ressalvadas situações excepcionais (art. 37, Lei n. 8.069/1990). Então, como vínhamos insistindo, a responsabilidade do tutor, do curador e do guardião é simétrica a dos pais, havendo nela potencialidade de abuso de autoridade como também na paternidade e na maternidade.

5. Enquadramento da responsabilidade por abuso de poder familiar: responsabilidade objetiva, subjetiva ou *sui generis*?

É momento de perquirir se a responsabilidade por abuso do poder familiar seria objetiva, subjetiva ou se não se enquadraria em nenhuma dessas modalidades.

Subjetiva é a responsabilidade que depende da indagação de culpa; objetiva, a que dispensa prova do lesado no sentido de haver culpa em sentido lato.

É claro que os atos dolosos e culposos implicam no dever de ressarcir o dano causado; nessa hipótese antiga e tradicional podem ser subsumidas as ações e omissões culposas *lato sensu* dos pais (e

[17] Código Civil, art. 1.774. Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes.

substitutos dos pais) que resultem em ilícito direto, no senso imemorialmente conhecido. Em suma: essa responsabilidade por ilícito em sentido estrito é subjetiva.

Mas já vimos que a noção de ilícito se alargou, primeiro na doutrina, depois na própria lei. O Código Civil justapõe, a par do delito em sentido estrito, o abuso de direito como modalidade de ilícito em sentido amplo. Daí decorre um sério problema teórico: é perfeitamente possível enquadrar o abuso de direito na seara da responsabilidade objetiva[18]. Nesse caso a responsabilidade dos pais, ainda que restritamente nos casos de abuso de autoridade parental, seria - ou poderia ser - objetiva?

Para responder de modo equilibrado e aceitável, é imprescindível assentar alguns pressupostos.

Primeiro, responsabilidade objetiva não é o mesmo que responsabilidade por risco integral. Fosse possível essa assemelhação, então a resposta teria de ser necessariamente negativa: os pais não respondem por risco integral. Como, porém, a própria noção de risco integral é polêmica e o uso dessa expressão vem se revelando inseguro, vale convencionar o que entendemos como tal: responsabilidade por risco integral é a responsabilidade sem nenhuma excludente. Por aí se vê que a responsabilidade objetiva, que faz abstração da culpa, não deve ser confundida com a severa responsabilidade por risco integral, que faz abstração de toda excludente, seja de ordem subjetiva, seja objetiva ou material.

Prevenida eventual confusão entre uma e outra, podemos prosseguir no exame do segundo pressuposto: o que exatamente quer dizer a assimilação do abuso de direito com a responsabilidade objetiva?

Logo de início já se pode prenunciar uma objeção a essa assimilação: quem abusa de um direito (de uma situação jurídica) excede seu exercício normal e desvia-se da sua finalidade; portanto, parece estar agindo com dolo ou com culpa grave. Mas se há um ou outro, que sentido há em falar em responsabilidade objetiva?

Eis a resposta à objeção: de fato, é difícil prefigurar na imaginação que o autor do abuso não incorra, ao menos, em culpa (geralmente grave), mas a responsabilidade objetiva não pressupõe ausência real de culpa, e sim a desnecessidade de prova de culpa. Vale dizer: quando a lei declara que o agente responde objetivamente, ela não está afirmando que a culpa não exista, mas sim que a vítima do dano está dispensada do ônus processual de provar tal culpa. Dizendo ainda melhor, a culpa pode ou não existir, mas o que importa é que a vítima não está encarregada de prová-la.

Aplicando a premissa à responsabilidade por abuso de direito, ela dispensa prova de culpa porque esse elemento subjetivo está *in re ipsa*. Uma vez que a vítima demonstre os fatos (e esses fatos remeterão a um exercício anormal e desviado da finalidade jurídica), a culpa fica evidente ou pressuposta, de modo que não há ônus de se provar mais nada.

Nesse contexto, a responsabilidade dos pais e demais exercedores de custódia é, sim, objetiva, por abuso da autoridade que lhes é peculiar. Mas importantes ressalvas devem ser compreendidas nessa afirmação, de modo que não soe exagerada: (a) a responsabilidade objetiva é a resultante de abuso, não de ilícito direto; e (b) isso não significa que os pais respondam sem culpa, mas que a prova da culpa é irrelevante porque ela já aparece *in re ipsa* havendo abuso de poder parental.

---

[18] GRAMSTRUP, Erik Frederico. Responsabilidade civil na engenharia genética. São Paulo: Federal, 2006, p. 69-81.

6. Excludentes de responsabilidade civil: situações-limite.

Um tema recorrente em qualquer campo da responsabilidade civil compreende o exame das circunstâncias que excluem a responsabilidade. Duas categorias merecem destaque: as excludentes de culpa (subjetivas) e as excludentes de nexo causal (objetivas). No primeiro grupo, a ação ou a omissão do suposto responsável é considerada justificada e lícita pela intercorrência da excludente. No segundo grupo estão as excludentes que rompem o liame que deveria ligar aquela ação ou omissão ao resultado danoso; em outras palavras, mesmo que tenha ocorrido dano, ele é atribuído a outra causa, o que retira a possibilidade de que aquele sujeito seja responsabilizado.

As excludentes clássicas de culpa ou de ilicitude do fato são a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular do direito e o estrito cumprimento de dever legal. Respectivamente, são brevemente definíveis assim: (a) legítima defesa: repelir agressão injusta, imediata e proporcionalmente; (b) estado de necessidade: agir para salvar um bem jurídico sacrificando outro, sendo tal sacrifício proporcional nas circunstâncias; (c) exercício regular de um direito: agir com estribo em prerrogativa jurídica, dentro de seus limites normais e sem excesso; e (d) estrito cumprimento do dever legal: expressão auto-definível, remete à ação ou omissão de quem cumpre dever jurídico, ainda que provocando dano, mas dentro dos limites desse dever.

Essa breve conceituação está longe de pôr fim ao assunto, mas serve ao nosso propósito de mostrar que tais excludentes se aplicam plenamente em matéria de responsabilidade parental. Por um viés, não são necessárias grandes divagações para assentar que se aplicam no seu campo próprio, o da responsabilidade subjetiva (responsabilidade com culpa comprovada). A razão é de notória simplicidade: essas excludentes foram moldadas a partir da experiência jurídica acumulada desde os Códigos Civis de primeira geração (v.g., Código de Napoleão e Código Saraiva, em Portugal), disciplinando a responsabilidade por dolo e culpa provados, e continuaram a ser disciplinadas nos Códigos de gerações posteriores (v. g., o Código Alemão de 1900, o famoso BGB e o Código Italiano de 1942), no seu campo adequado.

A razão é por demais simples, mas há um ponto que pode causar tropeços. Foram enunciadas as excludentes do exercício regular de um direito e do estrito cumprimento do dever legal, que parecem ser igualmente aplicáveis à responsabilidade por abuso do poder parental, no senso estrito dessa expressão. E de fato não poderiam deixar de ser: o exercício regular é ideia simetricamente oposta à de abuso; quem age nos confins da normalidade não pode ser acusado de abusar. Idem, para quem age nos limites estritos do dever - conceito perfeitamente cabível porque já asseveramos que o poder familiar é também um conjunto de deveres jurídicos para com os filhos.

Ademais, também não parece haver motivos para ressalvar a incidência da legítima defesa e do estado de necessidade como circunstâncias justificadoras da conduta, mesmo que esta se configure como abuso e não como ilícito direto. Na prática, tudo parece bem, mas resta uma indagação de ordem teórica: por

que esse elenco de excludentes "subjetivas" seria aplicável tanto ao ilícito direto quanto ao abuso, se integramos este último no campo da responsabilidade objetiva?

Em consideração superficial, parece haver uma contradição aqui. Mas essa aparência pode ser desfeita com exame mais aprofundado. Cumpre recordar o que ficou dito acima: responsabilidade "objetiva" foi definida como responsabilidade que dispensa a prova de culpa e não necessariamente "sem" culpa. Pelo contrário, quem abusa geralmente está imbuído de dolo; a questão é que isso aflora a olhos vistos desde que comprovado o abuso e a vítima não necessita despender um esforço adicional de prova. Por isso as circunstâncias justificadoras merecem atenção: a culpa é *in re ipsa*, portanto não precisa de comprovação à parte do próprio abuso; mas se for excluída pela contraprova (de uma das mencionadas circunstâncias), descaracteriza-se o abuso.

Logo, pais, tutores e curadores podem forrar-se à responsabilidade, tanto por ilícito *stricto sensu*, quanto por abuso, alegando e provando legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular e estrito cumprimento do dever legal.

Nesse ponto, revela-se adequado recordar alguma das situações-limite da responsabilidade civil na seara familiar em que certos cuidados e a visão humana do justo no caso concreto devem imperar, para que não se incorram em excessos que mais representariam vingança social do que aplicação do Direito.

Tome-se o exemplo do pai ou mãe (ou um de seus substitutos legais) que, ao disciplinar moderadamente o filho, vê-se alvo de injusta agressão por parte deste, sendo compelido a defender-se por meios físicos. A legislação proíbe o castigo físico – já o dissemos –, mas não a pessoa de proteger sua própria integridade, pois isso corresponde a um instinto defensivo natural e à autotutela de direitos da personalidade. Desde que não se ultrapasse o campo do razoável (que resulta da definição de legítima defesa, aliás), considerações de ordem sentimental não devem levar à condenação do pai ou da mãe que se vejam em ocasião tão aflitiva, constrangedora e lancinante. Pequenos excessos na autodefesa devem ser desconsiderados, até porque a legítima defesa em tal situação não abrirá espaço para longas considerações sobre o que seria ou não razoável. Deve-se olhar com humanidade e compreensão, pois o alegante muitas vezes é punido pelo próprio efeito da ação que não pode evitar. Nunca é demais lembrar que a equidade, compreendida como visão da justiça no caso concreto, tem aqui um grande campo de aplicação, moderando excessos legalistas.

Outro caso hipotético seria o do pai ou mãe que emprega meios físicos para apartar o filho ou filha do cometimento de crime ou envolvimento com quadrilha ou organização criminosa. Sim, ele(a) poderia convocar a força policial para tanto, mas deve ser lembrada a dura realidade (o que nunca é excessivo em questões de família): a força pública é escassa, nem sempre está disponível diante de um crime iminente e, quando está, por vezes se recusa a atuar sob o falso pretexto de que o titular do poder familiar deve agir por si! As mesmas considerações de realidade e humanidade podem ser invocadas para viabilizar o reconhecimento de circunstância justificadora de conduta, desde que as pautas da razoabilidade não sejam extrapoladas.

Voltemos agora os olhos para as excludentes de nexo causal. São elas, tal como nos ensina a ciência jurídica convencional: (a) o caso fortuito e a força maior, fatos necessários e inevitáveis conducentes ao dano; (b) o fato de terceiro; e (c) o fato da vítima. Evitamos as expressões mais antiquadas "culpa de terceiro" e "culpa da vítima" porque não é de culpa que efetivamente se trata, mas sim de que, em todos esses casos, interpõe-se um evento que implica em rompimento do nexo de causalidade. Assim, o dano não pode ser imputado ao suposto agente, porque sua causa na realidade foi outra. Também evitamos distinguir o caso fortuito da força maior. A divisão entre fortuito interno e fortuito externo (este último, sinônimo de força maior) é, ao contrário do que se imagina, muito fértil na seara do direito das obrigações e já foi estabelecida por notável doutrinador pátrio[19], mas não tem pertinência na responsabilidade parental.

Quanto a esse conjunto de excludentes, não vemos as dificuldades que exigiram esclarecimentos anteriormente. As excludentes de nexo causal se aplicam indiferentemente à responsabilidade subjetiva e à objetiva; para nossos propósitos, pois, incidem tanto no ilícito direto dos pais contra os filhos como no abuso do poder parental.

Isso esgota o que a ciência jurídica convencional teria a dizer sobre o assunto, mas ousamos acrescentar à construção mais uma ordem de questionamentos e reflexões; por serem deveras polêmicos, contarão com ponto e contraponto diante da diversidade de visões dos coautores desse trabalho.

Para o coautor, pode ser agregado a esse cenário um tijolo, uma excludente atípica ou, dizendo de modo reverso, típica do direito de família, mas não de outras ordens do direito de danos: a consequência agravada pela responsabilização.

Afirmamos anteriormente que a família é uma comunidade formada pelo afeto e estamos partindo dessa proposição como um axioma do Direito contemporâneo. Axiomas não se põem em debate, então dele partiremos como algo evidente. Pois bem: na visão do coautor deste trabalho, pode ocorrer que a imposição de responsabilidade agrave o dano a direito da personalidade, em vez de recompor ou sanar, porque pode resultar em prejuízo para os laços afetivos; aliás, a mera pendência da demanda poderia conduzir ao enfraquecimento dos sentimentos de solidariedade e confiança intrínsecos à família. Então – e com fins provocativos e propositivos de debate –, enxergando com prudência e humanidade o caso concreto, poderia o Juiz recusar condenação, se pudesse racionalmente demonstrar e concluir que esta só serviria para agravar o dano. Melhor ainda seria se pudesse, nas mesmas circunstâncias, recusar o prosseguimento da instância; o tema, porém, não pode ser alongado porque fugiria ao tema proposto.

Para a coautora, contudo, a decisão sobre os rumos da vida afetiva e a insistência no pleito de reparação pertence ao titular do direito tido por violado e não ao Estado-juiz. Certamente a história familiar contou com diversos capítulos até alcançar o âmbito judicial; naquelas oportunidades certamente devem ter havido tentativas de reatar os laços familiares e/ou a constatação sobre tal impossibilidade. Dizer que o processo piora o cenário e que excluí-lo seria uma forma de melhorar a situação é entendimento que libera o violador de sua responsabilidade, deixando o ordenamento de passar uma mensagem didática e a responsabilidade de honrar seu cunho pedagógico.

---

19 Cf. ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1955, pp. 335-347.

Para muitos certamente o melhor cenário seria o que contemplasse a possibilidade de reconstrução dos laços. É forçoso considerar, porém, que nem sempre há disposição e condições emocionais de trilhar um caminho afetivo que demande revisitar elementos de um passado doloroso. Ademais, este não é o pleito da demanda em foco: ela visa ao reconhecimento da responsabilidade de quem violou direitos do filho por abusar de sua condição privilegiada de detentor do poder familiar.

Como se percebe, o tema é polêmico e enseja diferentes olhares; a melhor resposta só poderá ser obtida a partir da reflexão detida dos elementos que compõem a historia de cada núcleo familiar.

Conclusões.

Idos os tempos em que os filhos eram considerados objeto de um sisudo pátrio poder, passando pela conscientização do poder familiar adstrito à lei e chegando ao período de "parentalidade responsável" - onde o poder familiar é visto, mais que como um direito dos genitores, como um poder-dever que tem a educação e bem-estar dos filhos como princípio e finalidade (com desdobramentos de conduta e patrimoniais) -, mudam também as percepções jurídicas sobre a responsabilização civil dos pais pelas atitudes tomadas junto aos filhos.

Considerado um poder-dever, o poder familiar deve se sujeitar a limites e obedecer à sua finalidade; como ocorre em relação a outros direitos, se utilizado com abuso de forma a causar dano ao menor, deve gerar responsabilização civil. Como todo abuso de direito, constitui um fato gerador de responsabilidade *objetiva*, que prescinde da demonstração de culpa ou dolo, já que a culpabilidade é um elemento que já está implícito no abuso.

Essa responsabilização, que pode ser imputada tanto aos pais quanto àqueles que façam suas vezes (tutor, curador ou família substituta), emerge em resposta a duas situações: (i) o poder familiar extrapola os limites aceitos socialmente ou (ii) o poder diretivo é exercido para finalidades estranhas ao bem do menor, como a descarga de sentimentos negativos dos pais.

Um campo em que frequentemente aparecem questões que nos defrontam com a necessidade de responsabilização é o do exercício do *jus corrigendi*, que, em tese, deveria ser exercido em favor do menor para sua própria educação. Contudo, o uso de violência ou castigos desarrazoados pode envolver extrapolação e, consequentemente, configurar abuso. Afora o castigo físico, já tido como irrazoável, a imposição de disciplina sem o objetivo de educar, mas redundante em ato cruel motivado por frustrações pessoais dos titulares do poder familiar, configura claro desvio de finalidade. Fora tais casos, há ainda a questão do desatendimento a deveres próprios do poder familiar, como não atender a cuidados morais, afetivos e pedagógicos. Agregue-se ao rol a já difundida prática de alienação parental.

Poder-se-ia cogitar da desnecessidade da responsabilização em forma de reparação civil, haja vista a existência de responsabilização típica consistente na suspensão ou na extinção do poder familiar. Contudo, essas soluções estariam afinadas com a tendência de estímulo à parentalidade responsável ou constituiria um

alívio para aqueles que não pretendem exercê-la? Para responder tal questão em uma perspectiva pedagógica e exemplar, a reparação civil pode ser um caminho alternativo.

No mais, a apuração da responsabilidade civil por abuso do poder familiar deve ser apurada com toda a técnica da responsabilidade civil em qualquer outro caso, atentando à configuração de seus elementos e à possível ocorrência de excludentes de responsabilidade, com temperamentos típicos do direito de família, como considerar o histórico familiar.

Por fim, a responsabilização merece algumas reflexões: deveria ser ponderado pelo juiz, diante de um caso de relato de abuso de poder familiar, ponderar se é possível que a condenação sirva para afrouxar ainda mais os laços familiares? Ou deve respeitar a autonomia de quem buscou a reparação na via judiciária porque provavelmente já esgotou suas outras possibilidades de incutir a responsabilidade no detentor de poder familiar? Deve-se ponderar entre a gravidade do abuso e os possíveis danos da condenação à relação familiar ou deve-se reprimir e desestimular o abuso acima disso?

Essas perguntas demandam reflexão detida, merecendo ser colocadas na pauta da discussão do Direito de Família moderno e nos debates sobre desenvolvimento de instrumentos jurídicos para criação de um ambiente familiar adequado à preservação da dignidade de todos os seus componentes.

Referências bibliográficas.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno - filial. IN: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). Direito e responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 31-**.

LUMIA, Giuseppe. *Principios de teoria e ideologia del derecho*. Madrid: Debate, 1993.

MADALENO, Rolf. O custo do abandono afetivo. Disponível em http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943. Acesso 02 dez. 2014.

TARTUCE, Flavio. *Direito Civil, v. 5: direito de família*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao Direito de Família.* São Paulo: Método, 2012.

_____. Violação de ordem judicial, redução da multa e efetivo acesso à justiça. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em 08 dez. 2014