

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

PEDRO LUIZ LONGO MOLENTO FILHO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO NO
DIREITO BRASILEIRO**

São Paulo

2022

PEDRO LUIZ LONGO MOLENTO FILHO

A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO NO
DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de graduação
interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção de título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Márcia Cristina Souza Alvim

Examinador(a)

Examinador(a)

A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO NO DIREITO BRASILEIRO.

PEDRO LUIZ LONGO MOLENTO FILHO

ORIENTADORA: PROF.^a DRA. MARCIA CRISTINA SOUZA ALVIM

RESUMO: O presente artigo traz a análise dos conceitos de responsabilidade civil e dos princípios e direitos inerentes a criança e ao adolescente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, além do fenômeno do abandono afetivo no seio familiar, fenômeno que ocorre a partir da omissão por parte do genitor ou genitora perante sua prole, e seus reflexos no desenvolvimento do menor, que muitas vezes, acarretam um dano existencial que perdura por toda a vida do menor. Neste diapasão, este artigo expõe quais são as obrigações intrínsecas ao poder familiar, relação jurídica que é composta não apenas de deveres patrimoniais dos genitores, mas extrapatrimoniais, como deveres de zelo e cuidado com o menor, garantindo assim o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana previsto no ordenamento jurídico brasileiro, promovendo um ambiente propício para garantia do desenvolvimento dos futuros adultos, para que possam desempenhar uma vida futura de obrigações e responsabilidades na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Abandono afetivo; Poder familiar; Responsabilidade Civil; Dano Moral; Criança e adolescente.

ABSTRACT: The present article analyzes the concept of civil liability and inherent principles and rights to children and adolescents in the Brazilian legal system in beyond to the phenomenon of affectional neglect within the family, a phenomenon that occurs from the omission on the part of the parent towards the offspring, and its reflexes in the development of the infant, which often cause existential damage that lasts for the entire life of the child. In this vein, this article exposes the obligations intrinsic to family power, a legal relationship that is composed not only of patrimonial duties of the parents, but extra-patrimonial, such as duties of zeal and care for the minor, thus guaranteeing the fulfillment of the principle of the dignity of the child. human person provided for in the Brazilian legal system, promoting a conducive environment to guarantee the development of future adults, so that they can perform a future life of obligations and responsibilities in Brazilian society.

Keywords: Affectional neglect; Family power; Civil liability; Nonpecuniary loss; child and adolescents

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Conceitos da Responsabilidade Civil; 2. Pressupostos da Responsabilidade Civil; 3. Das garantias da criança e do adolescente; 4. Estrutura principiológica do ECA; 5. Do poder familiar; 6. Dos deveres extrapatrimoniais; 7. Do abandono afetivo e do dano existencial; 8. Caso Concreto: Análise do Recurso Especial 1.159.242 -SP; Considerações Finais; Referências

Introdução:

O direito é uma ciência que evolui e acompanha as demandas econômico-sociais, se moldando a partir das necessidades, anseios e valores que contemplam a sociedade com o passar dos tempos, sendo assim, uma ciência transmutável. Neste sentido, as necessidades e direitos da criança e do adolescente, que compõe o núcleo familiar, também se transmutaram com o passar dos anos, assim como os deveres e obrigações dos genitores no seio da referida relação.

A figura da criança e do adolescente desempenha papel fundamental na sociedade e tem como a figura do Estado, da família e da sociedade em geral os seus principais protetores e fiscalizadores. Referida proteção está presente em todo o ordenamento jurídico brasileiro e garante que o menor permaneça em um ambiente propício ao seu pleno desenvolvimento.

Neste diapasão, o ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de garantir o cumprimento desses direitos personalíssimos, outorga a família o Poder familiar, poder este fiscalizado pela figura do estado. Este poder, exercido em caráter igualitário pela figura do genitor e genitora, para que estes exerçam a tutela dos respectivos bens e desempenhem uma disciplina educacional, moral, ética com o fim de garantir o pleno desenvolvimento do menor.

Assim, referida tutela, não se baseia apenas em deveres patrimoniais, como garantia do sustento do menor, estendendo também em obrigações de cunho extrapatrimonial e afetivo como zelo e cuidado, direito personalíssimo, essenciais para o pleno desenvolvimento físico e psicológico do infante.

Salienta-se que esta obrigação afetiva não se confunde com o sentimento imensurável e intangível de amar, mas sim na obrigação jurídica de cuidar e zelar pela prole, garantindo assim o seu pleno desenvolvimento para que futuramente possa desempenhar seu papel na sociedade, com desempenho de obrigações, deveres e responsabilidades.

Posto tais posicionamentos, o descumprimento desses direitos tutelados ocasionado pela privação da convivência familiar, acarreta um dano a personalidade do menor, que estará enraizado em sua personalidade e carregado por toda sua existência. Este dano existencial é passível de responsabilidade civil, sendo referido dever de compensação configurado pelo descumprimento de uma obrigação tutelada pelo ordenamento jurídico, assim, esta deve ser fixada e mensurada a partir dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, a partir da análise da base principiológica que compõe o direito de família junto com a análise os direitos inerentes da criança e do adolescente e dos conceitos de responsabilidade civil, em consonância aos entendimentos dos Tribunais Superiores, conclui-se

1. Conceito de Responsabilidade Civil

O Instituto jurídico da responsabilidade civil é um dos temas de maior relevância dentro da seara privada, não sendo considerada em espécie uma matéria autônoma dentro do direito civil, mas um dos tópicos dentro do direito das obrigações.

Com as transmutações sociais, o direito acaba por ter de resguardar e tutelar as novas demandas jurídicas trazidas pela sociedade, como a configuração de novos tipos de danos, dos mais diversos, sendo estes analisados e tutelados pelo instituto jurídico da responsabilidade civil.

O conceito histórico de responsabilidade pode ser analisado em princípio por sua origem, a palavra responsabilidade, proveniente do verbo latino *respondere*, de spondeo, que significa garantir, responder por alguém, prometer. No Direito Romano, o devedor ao celebrar um contrato verbal, constituía um vínculo e uma garantia, respondendo à sua indagação com a palavra spondeo, garantindo a reparação sobre possíveis danos, sendo assim, caracterizada a obrigação que o indivíduo tem de assumir as consequências jurídicas de sua atividade, portanto, sua aceção está vinculada a um dever jurídico

sucessivo, conseqüente a violação de uma obrigação ou dever jurídico, ou a ocorrência de fato jurídico “*lato sensu*”.

Demongue (1923, vol. I, tomo III, § 222 bis, p. 361, apud NADER, Paulo, 2016 p.7) cita a teoria da responsabilidade civil, formada como “*o estudo das condições e dos efeitos do ato ilícito... e da inexecução dos contratos*”¹

A atual vida em sociedade não pode ser concebida sem exigir que os indivíduos sigam uma linha de comportamento em prol da coletividade, agindo com cautela em ações diárias e cotidianas, com o intuito de não causar possíveis danos a ninguém. Seguindo assim, normas genéricas e gerais traçadas que ilustram um parâmetro de como deve ser o mínimo comportamental do ser humano em sociedade.

Como é possível constatar nas relações jurídicas atuais, o dano gerado pelo mal cumprimento ou descumprimento de uma obrigação ou dever jurídico, em que acarreta danos materiais ou morais, tem de ser quantificados para que possam ser ressarcidos a quem foi prejudicado.

A responsabilidade e a sanção pela prestação pecuniária reforçam a necessidade do cumprimento deste mínimo comportamental, elidindo a liberdade para o descumprimento de normas, que não respeitadas, causam danos.

Rui Stocco esclarece

“[...] a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria justiça, e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar outra pessoa, ou seja, o *neminem laedere*. A ninguém é permitido lesar o seu semelhante. O sistema de Direito positivo estabelecido repugna tanto a ofensa ou a agressão física como moral, seja impondo sanção de natureza penal, ou de natureza civil, também sancionatória, mas de caráter pecuniário, ainda que se cuide de ofensa moral. A primeira visa à pacificação social e à defesa da sociedade; a segunda tem caráter individual ou unitário e tem por escopo a proteção da pessoa.”²

Vultoso, assim, que sejam delimitados pelos juristas o que é considerado realmente um dano e o que pode ser visto como um mero aborrecimento do cotidiano. Constata-se então, que na vida em sociedade, é necessário a análise das situações fáticas, para que problemas ínfimos ou dissabores não se tornem motivo para pleitear uma

¹Apud DEMONGUE, René, **Traité des Obligations en Général**, 1ª ed., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, vol. I, tomo III, § 222 bis, p. 361

² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ed.rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p.115

indenização, sendo levados a apreciação do poder judiciário, já muito inflamado pelo grande número de demandas.

Vê-se, portanto, que o intuito do instituto da responsabilidade civil é de promover a segurança a ambas as partes das relações jurídicas, para que ajam dentro das obrigações e deveres impostos pelas relações contratuais ou sociais. Porém, dentro de uma análise jurídica e moral, para que não se torne banalizado e utilizado de maneira indevida.

Paulo Nader define responsabilidade civil como a “*a situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado*”.³

É imposto um parâmetro a quem pleiteia a indenização e a quem julga o mérito do dano causado, não sendo sustentável nem legítima a responsabilização de alguém que ocasionou apenas um mero aborrecimento, no sentido de que não seja configurada a vitimização social.

A reparação na responsabilidade civil, é definida então como uma compensação ou ressarcimento realizado pelo agente da ação ou omissão que ocasionou o dano a vítima do referido dano, ou seja, status quo ante, no sentido de que a prestação pecuniária só existirá caso não seja possível retomar o estado anterior ao dano, ocorrendo muito nos casos de dano moral aplicado também no âmbito familiar, como no exemplo do presente trabalho nos casos de abandono afetivo.

Ante o disposto, verifica-se que a responsabilidade civil se aflora quando uma obrigação ou dever jurídico, previsto em lei ou convenção é descumprido, constituindo assim, ato ilícito que deverá ser restituído a vítima.

A luz do regramento do art 186 Código Civil de 2002, estabelece que “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” neste sentido, respalda o Art 926 do referido código traduz que, “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem,

³ NADER Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.6

fica obrigado a repará-lo”, sendo, portanto, um meio de buscar a restauração do estado em que se encontrava a vítima antes do dano.

2. Pressupostos da responsabilidade civil

Em consulta ao regramento do art 186 do Código Civil de 2002, base fundamental da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, temos que: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Analisando referido regramento, extraímos os seguintes elementos gerais ou pressupostos da responsabilidade civil: (i) a ação ou omissão culposa do agente; (ii) o dano; (iii) e, o nexo de causalidade entre a ação e o dano causado a vítima.

Desta feita, para que a vítima pleiteie frente ao juízo o ressarcimento ou a reparação do seu dano, é necessário a demonstração da existência desses três requisitos.

É necessário desmiudar então, cada requisito citado, para que, posteriormente, seja efetuada a conjuntura que gera a responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo.

A Culpa, nas palavras de José de Aguiar Dias é apresentada como:

“a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase delito”⁴

Delimitando assim, ação ou omissão culposa do agente, violando um dever que deveríamos ou poderíamos conhecer e observar, ocasionando um dano através da transgressão de uma norma, que por sua vez é um ato ilícito.

Já o dano, um dos principais, senão o principal pressuposto da responsabilidade civil, é o que concretiza o prejuízo sofrido pela ação ou omissão cometida, sendo este referido dano, de cunho patrimonial ou moral.

Neste conceito, quando há o prejuízo decorrente do descumprimento de norma de cunho personalíssimo ou extrapatrimonial, revela-se o dano moral configurado.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho destacam três requisitos do dano indenizável: (i) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de

⁴ DIAS, José de Aguiar, **Da Responsabilidade Civil**, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1, p. 110.

uma pessoa física ou jurídica; (ii) certeza ou confirmação do dano; e (iii) subsistência do dano, ou seja, a permanência do dano temporalmente, não tendo sido este reparado, para poder ao final ser pleiteado em juízo.⁵

Ao final, o nexo causal ou nexo de causalidade, este trata do vínculo existente entre a ação ou omissão cometida entre o agente e o dano causado, sendo essa uma condição essencial para a caracterização do dano moral. Esta é a relação que liga o ato praticado pelo autor ao dano causado à vítima.

Por conseguinte, configurados os três pressupostos da responsabilidade civil, de ação ou omissão culposa do agente, que acarreta um dano e, sendo comprovado o nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano causado a vítima, configura-se a necessidade de reparação.

3. Das Garantias da Criança e do Adolescente

O ordenamento jurídico brasileiro possui garantias pessoais e indisponíveis, os chamados direitos fundamentais, naturais a qualquer pessoa humana. Sob a ótica da natureza da criança e do adolescente e de seu estágio de desenvolvimento e vulnerabilidade, são previstos direitos intrínsecos as figuras da criança e do adolescente, com o intuito de promover um desenvolvimento intelectual, emocional e físico saudável, oriundos em âmbito internacional da Declaração dos Direitos das Crianças de 20 de novembro de 1959 publicado pela Organização das Nações Unidas.

A Carta Constitucional de 1988, em seu art 227, prevê uma responsabilidade compartilhada entre o Estado, a família e a sociedade em geral para garantia do

A formulação e o interesse na garantia do cumprimento desses direitos fundamentais, como: direito à vida e à saúde; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; direito à convivência familiar e comunitária; direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; e, direito à profissionalização e à proteção no trabalho, são originários do estado em desenvolvimento da criança e do adolescente, para que possam futuramente integrar plenamente a sociedade, gozar de seus direitos e desempenhar suas funções, por isso,

⁵ Gagliano, Pablo Stolze – **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 19ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2021, p. 27

estes são tutelados por diversos agentes, entre eles, a família, a sociedade em geral e o Estado na figura do Poder Público.

Como é possível destacar no texto da lei 8.069/1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças até doze anos de idade incompletos e os adolescentes entre doze e dezoito anos incompletos, gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, lhes sendo assegurado todas as oportunidades e facilidades, com o fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Como previsto o dever coletivo de proteção aos menores, Paulo Afonso Garrido de Paula dispõe:

“se, num passado remoto, a criança ou adolescente era coisa consequentemente descartável e, num passado recente, interessava apenas ao direito penal, depois, em razão de alguma patologia, erigia-se um conjunto de normas tendentes à integração sociofamiliar (doutrina da situação de risco), modernamente passa a ser considerado como sujeito de direitos, sendo-lhes devida à proteção integral perante a família, a sociedade e o Estado.”⁶

Portanto, é consolidado em nosso ordenamento jurídico a defesa absoluta dos interesses dos menores, sujeitos de direito, pela família, Poder Público e sociedade em geral para que integrem um ambiente propício ao seu desenvolvimento e exerçam seus direitos, se consolidando como adultos aptos a viver em sociedade e consequentemente contribuindo para o desenvolvimento da sociedade e das futuras gerações.

4 Estrutura Principiológica do ECA

Cabe ressaltar no presente trabalho que, em sua organização, o Estatuto da Criança e do Adolescente possui além de sua normatização, sua estrutura principiológica aplicada na seara familiar e oriunda da Carta Constitucional de 1988. Essas diretrizes são utilizadas como alicerce e norteiam a lei 8.069/90, sendo invocadas principalmente nos casos em que não existe previsibilidade legal, havendo uma lacuna na lei, sob a ótica da hermenêutica jurídica.

Paulo Bonavides trata sobre a hermenêutica jurídica no âmbito constitucional, aplicável também ao ECA “os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional”⁷.

⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicionada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 24-25.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 237

Assim, demonstra-se um dos grandes institutos que norteia o ordenamento jurídico, servindo como base de fundamentação das decisões judiciais em análise aos casos concretos. Assim, o ECA possui alguns princípios norteadores, sendo destacados quatro: (i) o princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) o princípio da prioridade absoluta; (iii) o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; (iv) e, o princípio da convivência familiar.

O princípio da dignidade humana, extraído do artigo 1, inciso III da Constituição Federal é posto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil em relação a atuação estatal frente a qualquer cidadão, se estendendo, portanto, a figura da criança e do adolescente. Na condição de princípio fundamental, exerce um caráter basilar na garantia do cumprimento da prioridade absoluta da criança e do adolescente, no que tange a sua fundamentação e interpretação.

O princípio da prioridade absoluta, é estabelecido nos artigos 227 da Constituição Federal e artigo 4, parágrafo único, da lei 8.069/90 que elucida sobre: a primazia de receber proteção e socorro independente das circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução de políticas públicas sociais; e, destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e a juventude, trazendo assim, destaque sobre a relevância que as crianças e adolescentes tem na sociedade e a necessidade de assistência sob primazia absoluta.

Tânia da Silva Pereira compreende que a proteção absoluta se demonstra um dever compartilhado por toda a sociedade “a proteção, com prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social”⁸.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, se traduz na cooperação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a família e a sociedade em geral, em prover o considerado o ideal para a criança e o adolescente. Neste sentido, este princípio norteador demonstra que todas as escolhas e medidas tomadas na vida dos menores, sejam direcionadas para garantir e preservar seu pleno desenvolvimento, posto seu estado de formação e de sua vulnerabilidade.

⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança - da Teoria à Prática**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 6, 2000, p. 36.

Enzo Paladino contextualiza historicamente o surgimento do princípio da proteção absoluta e o afã estatal para garantir o pleno desenvolvimento dos menores:

“Sua origem histórica está no instituto protetivo do *parens patrie* do direito anglo-saxônico, pelo qual o Estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados – menores e loucos. Segundo Tânia da Silva Pereira, no século XVIII o instituto foi cindido separando-se a proteção infantil da do louco e, em 1836, o princípio do melhor interesse foi oficializado pelo sistema jurídico inglês”⁹.

Por último, destacamos o princípio da convivência familiar, extraído do artigo 19 da lei 8.069/90 que prospecta ser direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral, sendo este direito aperfeiçoado pelo texto da lei 12.010/2009, para garantia do cumprimento deste direito de conviver em um ambiente familiar e comunitário.

Portanto, a partir do aspecto axiológico que compõe a base principiológica do Estatuto da Criança e do Adolescente e do direito e família que corroboram para que o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, impõe que a responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, embora não possuam uma previsibilidade legal expressa, a partir da hermenêutica jurídica, conclui-se pela ilicitude da conduta e pela necessidade de indenização.

5. Do Poder Familiar

Originando-se do antigo Pátrio Poder ou Paterpotestas, onde apenas o pai exercia seu poder absoluto e com imposições unilaterais sobre suas proles, o Poder Familiar tem sua previsibilidade no art 1.630 e 1.631 do Código Civil de 2002 e delimita-se como a relação jurídica entre ambos os pais com seus filhos, constituindo por direitos e obrigações que corroboram para o desenvolvimento da criança, para os interesses da família e de sua convivência.

Em análise ao artigo 226, § 50 da Constituição Federal, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, sem qualquer distinção, neste sentido, o regramento do artigo 21 da lei 8.069/90 e 1.631 do Código Civil, impõe que durante o casamento ou união estável, o poder familiar também é exercido em igualdade de condições por ambos os pais, sendo exercido exclusivamente

⁹ PALADINO, Enzo. **Dicionário Enciclopédico dos Princípios Jurídicos**. Editora Autografia. 2016, ISBN 9788555265693. Versão Eletrônica.

apenas em caso de impedimento ou ausência de uma das figuras. Já nos casos de divergência ou desacordo no exercício do poder familiar, é assegurado o direito de qualquer um dos pais, de levar essa desinteligência para apreciação do poder judiciário.

Por conseguinte, tal relação, na perspectiva atual não se baseia em estabelecer uma hierarquia familiar propriamente dita, mas sim para estabelecer a tutela dos respectivos bens e uma disciplina educacional, moral, ética, com a finalidade de proporcionar um ambiente propício ao desenvolvimento saudável do menor, onde os pais, detentores desse poder de maneira igualitária, deverão exercer o poder familiar em igualdade de condições, e, poderão ser responsabilizados no caso de descumprimento das obrigações intrínsecas a relação.

Silvio de Salvo Venosa elucida que:

“O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento”¹⁰,

Desta feita, é destinado a proteção e tutela da prole, com o intuito de promover um desenvolvimento saudável e um apresto para um futuro com deveres e responsabilidades.

O poder conferido aos pais pelo Estado, tem o intuito de garantir o previsto no art 227, caput da Carta Constitucional e no regramento da lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, para um desenvolvimento saudável nos aspectos físico, intelectual, emocional e social, que tem como uma das principais características a indisponibilidade, indivisibilidade e irrenunciabilidade.

Salienta-se que em caso de descumprimento dos deveres e obrigações dos pais para garantir o desenvolvimento de seus filhos, além da responsabilidade civil e criminal, dependendo da natureza do fato, pode ser imposta a destituição dos pais naturais ou legais do poder familiar. A mudança no poder familiar também pode ocorrer nos casos de adoção, sendo neste caso, renunciado pelos pais naturais ou legais e assumido por terceiros, salientando que este não pode ser transmitido a outrem por seus titulares, sendo este, extinguido nos termos do regramento do artigo 1.635 do CC: pela morte dos pais ou do filho; pela emancipação; pela maioridade; pela adoção; e por decisão judicial.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 367

O Código Civil em seu artigo 1.634, impõe que Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.(Brasil, 2002)¹¹

Dessarte, através da sistematização das obrigações inerentes aos detentores do Poder Familiar, se garante um desenvolvimento físico, social, moral e intelectual, para que possam integrar a sociedade e desempenhar seu papel essencial nas sociedades futuras.

6. Dos Deveres Extrapatrimoniais

As obrigações no direito de família, intrínsecas a figura da criança e do adolescente são categorizadas como obrigações de cunho patrimonial e extrapatrimonial.

Neste diapasão, a proteção ao direito de auxílio patrimonial é a mais difundida no direito brasileiro, visto sua tipificação no Código Penal no art 244, em que deixar de prover, sem justa causa, a subsistência do menor de 18 (dezoito) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; ou, deixar, sem justa causa, de socorrer, com pena prevista de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

¹¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm > Acesso em 06 de maio de 2021

Embora menos difundida, as obrigações e deveres extrapatrimoniais são relevantes e essenciais para garantia da formação e desenvolvimento do menor, principalmente nos aspectos morais e intelectuais.

Como é sabido, o direito é matéria que se transmuta a partir das demandas sociais e isto é constatado no direito de família, frente a metamorfose na definição da própria família, que tornou protagonista o princípio da afetividade. Neste sentido, Ricardo Calderón afirma:

“As alterações da sociedade levaram os juristas a rever o seu conceito de família, de modo a procurar uma definição que abarque as manifestações sociais que atualmente são tidas como relacionamentos familiares pela nossa sociedade. Como a principal alteração foi a assimilação da afetividade como novo vetor desses agrupamentos, é possível asseverar que a afetividade levou a uma revisão do conceito de família”¹²

Nesta perspectiva, o direito de família passou ter o princípio da afetividade como protagonista, sendo um valor jurídico que estrutura a base das relações familiares, visto que a família não está mais fundada apenas no laço matrimonial, mas sim nos laços afetivos.

Por ser um valor jurídico intrínseco as relações familiares, o princípio da afetividade, que embora não esteja previsto diretamente na lei 8.069/90, tem um papel de extrema relevância na formação do menor nos aspectos morais e intelectuais. Sendo assim, caso seja configurado referido abandono afetivo, este é passível de responsabilização na seara cível. Tal possibilidade de responsabilização foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.159.242 -SP, que será tratado posteriormente no presente trabalho.

Portanto, o mau uso do poder familiar pode ocasionar os denominados danos extrapatrimoniais, que auferem o menor um prejuízo no seu eu íntimo, sendo destacado no presente trabalho o dano moral configurado por abandono afetivo.

7. Do abandono afetivo e do dano existencial

Ao inserir diretamente o tema do abandono afetivo, cumpre ressaltar que a paternidade e a maternidade responsável ocorrem com o pleno cumprimento do poder familiar, onde os genitores atuam de forma igualitária para criar e educar e prover o

¹² CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**, 2ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2017. P. 159

melhor ambiente possível para o desenvolvimento da prole, em consonância com os artigos 226, § 50 da Constituição Federal¹³, e 1.630 e 1.631 do Código Civil de 2002.¹⁴

Assim, o abandono afetivo, em uma análise psíquica e do comportamento humano, corrobora para um sentimento intangível e intrínseco a pessoa que sofreu o trauma, consistente em um constrangimento que fere um direito personalíssimo, incorporado à dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, embora tenha sido matéria de discussão recente nos Tribunais Superiores, tornou-se um tema de grande repercussão no âmbito do direito de família, que se fundamentou no sistema principiológico constitucional, possuindo como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana, em que se derivam os princípios: da prioridade absoluta; do melhor interesse da criança e do adolescente; e, o princípio da convivência familiar.

Por conseguinte, em consideração e respeito aos princípios supramencionados derivados da dignidade da pessoa humana, os genitores, detentores do poder familiar são responsáveis por prover um ambiente favorável ao desenvolvimento físico, intelectual e emocional, obrigação que supera o âmbito do suporte financeiro e material, sendo necessária atenção ao zelo e ao cuidado da prole, para efetivação do ambiente propício ao desenvolvimento do menor.

A negligência no cuidado e zelo, obrigações extrapatrimoniais positivadas no ordenamento jurídico brasileiro que compõe o rol de obrigações inerentes ao poder familiar, quando não cumpridos, acarretam uma lesão intangível a personalidade do menor, que estará enraizado em sua personalidade e carregado por toda sua existência.

Este dano existencial, gerado pela privação da convivência familiar e de seus cuidados intrínsecos, sucede um impacto emocional ocasionado a prole e promove carências e frustrações emocionais que estarão marcadas no consciente do menor, até o final de sua vida.

Nesta perspectiva, embora haja obrigações extrapatrimoniais relativas ao poder famílias, como dever de cuidado e de zelo, estes não se confundem com o sentimento

¹³ BRASIL. Constituição Federal, de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 06 de maio de 2022

¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm > Acesso em 06 de maio de 2021

amor. O sentimento imensurável e intangível de amar, é uma faculdade, sendo assim, sua obrigatoriedade não está prevista no ordenamento, não podendo ser provocado, porém, o ordenamento jurídico prevê as obrigações paterno-filiais de cuidar e resguardar a prole, sendo esse, valor jurídico uma obrigação legal.

Salienta-se que o abandono afetivo pode ser exercido tanto pelo genitor quanto pela genitora, que através de uma conduta omissiva se ausentam da vida da prole, deixando de exercer plenamente o poder familiar. Essa omissão, promove um déficit no desenvolvimento moral e intelectual do menor, gerando uma perda de qualidade de vida e, por consequência, um dano.

Portanto, infere-se que, a omissão ou descumprimento das obrigações extrapatrimoniais inerentes ao poder familiar por um dos genitores, promove um abalo psíquico e emocional marcante, que implicara em um déficit no desenvolvimento do menor. Decorrente dos direitos da criança e do adolescente, de ter garantido um ambiente familiar propício para seu desenvolvimento, a falta de amparo e cuidado de um dos genitores ocasiona um dano existencial, dano este, passível de reparação.

8 Recurso Especial 1.159.242 – SP

O primeiro caso julgado por instancias superiores que tratou da matéria do abandono afetivo ocorreu no julgamento do Recurso Especial 1.159.242 – SP, julgado pela 3ª (terceira) turma do Superior Tribunal de Justiça, que teve como jurisdição a relatora a Ministra Nancy Andreghi, e os ministros Sidnei Benneti, Massami Uyeda, Paulo de Tarso Severino e Ricardo Villas Bôas Cueva, com julgamento proferido em 24 de abril de 2012.

Em síntese, Luciana Nunes de Oliveira Souza, após ter sua paternidade reconhecida por meio de Ação Judicial, ingressou com Ação de Responsabilidade Civil por danos morais e materiais em desfavor de seu genitor Antônio Carlos Jamas dos Santos, sob o fundamento de ter sofrido abandono afetivo e material durante sua infância e juventude.

Em decisão de primeiro grau, o Magistrado julgou improcedente os pedidos formulados pela autora sob o fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se primordialmente das ações da genitora, que demonstrava comportamento agressivo com relação ao pai, fomentado após a ruptura da relação entre ambos.

Irresignada, a filha interpôs recurso de apelação perante o TJ/SP, onde foi reconhecido o abandono afetivo por parte do genitor, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

Após o esgotamento das instâncias ordinárias e sob a alegação de descumprimento aos dispositivos dos artigos 159 do CC/16 (186 do CC/2002), 944 e 1.638 do Código Civil de 2002, bem como dissídio jurisprudencial, o genitor interpôs Recurso Especial sustentando que não havia abandonado sua prole, congruente ao afirmado pelo tribunal de origem, e, ainda se assim tivesse feito, tal fato não seria revestido de ilicitude, sendo a perda do poder familiar a única punição prevista no ordenamento jurídico frente ao descumprimento do referido poder familiar. Sucessivamente, pugnou pela minoração dos danos morais arbitrados.

Em voto apresentado pela relatora Ministra Nancy Andregghi, este apresentou inovação ao analisar o instituto do poder familiar outorgados a figura dos genitores intrínseco as relações familiares, sustentando neste caso, sobre a omissão do genitor frente a uma fração de suas obrigações para com sua filha durante sua infância e juventude, posto ser detetor do poder familiar.

Neste diapasão, a Ministra ressaltou inexistir limites legais para a aplicação das regras que regem o instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito de família. Outrossim, as alegações do pai quanto as limitações referentes a possibilidade de compensação por dano moral devem ser sobrelevadas com a utilização do instituto da hermenêutica jurídica em análise ao caso concreto.

Sua sustentação baseou-se em consolidar as obrigações jurídicas inerentes ao poder familiar que ultrapassam a chamada *necessarium vitae*, uma vez que as obrigações intrínsecas as relações familiares superam as obrigações patrimoniais, se estendendo ao dever jurídico de zelo e cuidado. Referida obrigação encontra alicerce no dispositivo do artigo 227 da Constitucional Federal de 1988¹⁵, não sendo estritamente relacionada com o sentimento intangível de amar, mas sim o dever de cuidar, neste sentido, a relatora sintetizou seu entendimento na ilustre colocação “amar é faculdade, cuidar é dever”.

¹⁵ Artigo 227 da **Constituição Federal/88**: *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.*

Salienta-se que para a configuração do dano moral, como elucidado no primeiro capítulo do presente trabalho há necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre a ação ou omissão do autor com o resultado. Neste sentido, a ministra aludiu em seu voto ser facilmente constatado referido nexo a partir de laudos apresentados por especialistas que vincule a patologia psíquica com a ação ou omissão das do dever de cuidar dos genitores frente a sua prole.

No caso concreto, é constatada a existência de dano existencial, oriundo da negligência do genitor frente as obrigações familiares que tinha com sua filha. Esta omissão é comprovada pela ausência do genitor no desenvolvimento da prole, posto este ter constituído outra família, como novos filhos, estes os quais o pai se manteve presente e constituía boa relação. Embora a filha tenha se desenvolvido e constituído nova família, demonstrou-se claro a existência de dano existencial, suscetível a indenização por dano moral.

Analizados, relatados e discutidos os referidos autos, acordaram os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos termos da ementa a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.¹⁶

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.159.242/SP**. Inteiro Teor do Acórdão. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgamento em 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731390/recurso-especial-resp-1159242-sp-2009-0193701-9/inteiro-teor-865731399> acesso em 06/05/2022

Sobretudo, conclui-se que a partir da comprovação da existência de dano existencial a partir da negligência do genitor em relação a sua prole caracteriza ilícito cível, passível de reparação cível por dano moral, em harmonia com a tese apresentada no presente trabalho.

Conclusão.

O presente artigo expôs o intuito de garantir o pleno desenvolvimento do infante, com a aplicação do ordenamento jurídico brasileiro que através da figura do Estado outorga às figuras dos genitores o poder familiar, investindo aos pais o dever da tutela dos respectivos bens, bem como o desempenho de uma disciplina educacional do menor infante.

Assim, o Estado fiscaliza o poder outorgado aos genitores para promover um ambiente saudável para garantia do desenvolvimento do menor, visto a importância da figura do infante para as gerações futuras, em que desempenhara papel fundamental no cumprimento de obrigações e deveres sociais.

Portanto, destacada a importância do menor para o Estado e sociedade e a importância do seio familiar para garantia do desenvolvimento do menor, o descumprimento das obrigações dos genitores inerentes ao poder familiar para com o infante acarreta um dano no seu pleno desenvolvimento.

O dano psicológico ou dano existencial acarretado ao menor, ocasionado pela privação da convivência no seio familiar e a desobediência do dever de cuidado do genitor para com a prole, configura o descumprimento de um preceito fundamental e de um direito personalíssimo, inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana e a figura da criança e do adolescente. Neste sentido, visto não se tratar de mero dissabor ao menor, tal dano é incorporado no lado mais íntimo do menor, e o acompanhará até o final de sua vida.

Dessarte, embora não tenha como ser reparado visto ser imensurável e intangível, este dano merece uma reparação indenizatória proporcional ao prejuízo causado, tendo função punitiva ao genitor ou genitora, no efeito que passa a conscientizar os pais sobre suas funções e obrigações frente a suas proles, funções essas que são essenciais ao menor e a sociedade, dada a importância do menor para o Estado e para a sociedade.

Vultuoso, ao tratar da prestação pecuniária na situação exposta, embora referido dano moral não seja mensurável visto seu aspecto intangível e o abalo psicológico e emocional acarretado, este deve ser fixado a partir dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade com o caso concreto, para que não haja uma reparação desproporcional.

Ante o exposto, o ordenamento jurídico brasileiro e o entendimento dos Tribunais Superiores evidenciam a necessidade de reparação referente a omissão do genitor ou genitora frente as obrigações intrínsecas ao Poder familiar e sua relação com o menor infante. Neste sentido, o descumprimento dos direitos personalíssimos de convivência no seio familiar, bem como descumprimento da obrigação de dever e cuidado dos genitores para com suas proles, culmina em um dano e concomitantemente no dever indenizatório pelo dano existencial causado.

Considerações Finais:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 237

BRASIL. **Constituição Federal**, de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 06 de maio de 2022

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em 06 de maio de 2022

BRASIL. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm > Acesso em 06 de maio de 2021

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm > Acesso em 06 de maio de 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.159.242/SP**. Inteiro Teor do Acórdão. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgamento em 24 de abril de 2012.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731390/recurso-especial-resp-1159242-sp-2009-0193701-9/inteiro-teor-865731399> acesso em 06 de maio de 2022

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**, 2ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2017. P. 159

CAMPOS, Diego Leite de Campos. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997

DIAS, José de Aguiar, **Da Responsabilidade Civil**, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1. p. 110

DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro, volume V – direito de família** – 33 ed. – São Paulo: Saraiva 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze – **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 19ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2021. p.27

GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade Civil**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555592931. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592931/>. Acesso em: 13 mai. 2022.

NADER Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 6 e 7

PALADINO, Enzo. **Dicionário Enciclopédico dos Princípios Jurídicos**. Editora Autografia. 2016, ISBN 9788555265693. Versão Eletrônica.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicionada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 24-25

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ed.rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 115

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. 9786559645251. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645251/>. Acesso em: 13 mai. 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005 p. 367

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Pedro Luiz Longo Molento Filho

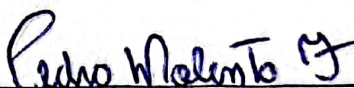
discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (inserir TIA), período (inserir período), turma (inserir turma), tendo realizado o TCC com o título: A responsabilidade Civil nos Casos de Abandono Afetivo no Direito Brasileiro

sob a orientação do(a) Professor(a) Márcia Cristina Souza Alvim

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 20 de maio de 2022.



Assinatura do discente